



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A decisão judicial

Ana Cristina Queiroz de Oliveira

Rio de Janeiro
2010

ANA CRISTINA QUEIROZ DE OLIVEIRA

A decisão judicial

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Mônica Areal
Nelson Tavares
Néli Fetzner

Rio de Janeiro
2010

A DECISÃO JUDICIAL

Ana Cristina Queiroz de Oliveira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: A presente pesquisa analisa a decisão judicial em seu processo construtivo, passando pelas razões de convicção íntima que levam o magistrado a decidir desse ou daquele modo. A interpretação do fato jurídico e da norma jurídica permite que o magistrado chegue a uma decisão, que se traduz no resultado da atividade jurisdicional, devendo ser fundamentado, sob pena de violar a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais.

Palavras-chaves: Decisão judicial, Teoria da argumentação, Motivação.

Sumário: Introdução. 1. Ato de decidir. 2. Interpretação – Antecedente lógico de qualquer ato decisório. 3. A argumentação nas decisões judiciais. 3.1 A “Lógica do Razoável” proposta por Recásens Siches. 3.2. Perelman e a “Teoria da Argumentação”. 3.3. “Lógica do Razoável” X “Teoria da Argumentação”. 4. Motivação das decisões judiciais. 5. O livre convencimento motivado e a súmula vinculante. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o processo decisório, trazendo as reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais não somente no meio jurídico como também no meio social.

Sabe-se que a segurança jurídica é importante fator de pacificação social. Os

jurisdicionados precisam ter confiança em um Judiciário atuante e ao mesmo tempo capaz de responder com justiça as questões sociais que lhes são postas para julgamento.

Todo e qualquer ato humano de julgar tem uma carga direta das convicções pessoais de quem o empreende, com as suas experiências anteriores e dos conhecimentos que foi incorporando ao longo da sua existência, não apenas os conhecimentos teóricos, intelectuais ou acadêmicos, esses certamente vitais para a formação do julgador, bem como daqueles provindos de outras fontes, como a dos duros embates da vida e das suas adversidades, cujo valor é indispensável.

Para Mauro Cappelletti¹, o papel do juiz é muito mais complexo do que previam as doutrinas tradicionais, para as quais o juiz tinha apenas a função de declarar o direito, sendo a atividade do juiz como mera e passiva “inamimada boca da lei”. Hoje, o juiz é moral e politicamente, bem mais responsável por suas decisões.

Na tarefa de dizer, o direito o julgador lança mão da argumentação, representando a fundamentação lógica com função de formular um entendimento adequado das regras do direito objetivo que foram aplicadas no caso concreto. Assim, garante-se a validade e aceitação da sentença.

Tratar-se-á, ainda, da imprescindibilidade da motivação das decisões, que tem base na Constituição, cujo escopo é permitir a visualização dos elementos formadores da convicção do magistrado. A Constituição da República no art. 93, IX sanciona com pena de nulidade os casos de inobservância desse princípio.

Um dos objetivos do presente estudo é identificar as possíveis formas de solução dos conflitos, tendo em vista que os caracteres subjetivos daquele que tem o poder-dever de decidir influenciam na observação dos fatos apresentados, na apreciação das provas, na interpretação da lei aplicável, por conseguinte, na decisão. Cuida-se do livre convencimento

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*(a). Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 33.

do magistrado no julgamento.

Assim, mostra-se relevante o papel da jurisprudência uniformizada, de modo que todos os interpretes da lei possam trilhar um caminho seguro para o deslinde das controvérsias de acordo com os ditames da Constituição, como também da legislação infraconstitucional. A jurisprudência, em especial a súmula vinculante, não visa limitar o magistrado em seu livre convencimento, mas minimizar as discrepâncias, além de conferir celeridade à prestação jurisdicional de inúmeros processos repetitivos que se avolumam, aguardando uma “sentença” (em sentido amplo).

1. ATO DE DECIDIR

O ato de decidir é materializado no mundo jurídico por meio da sentença. Merece registro que o termo sentença está aqui empregado no sentido genérico, compreendendo as sentenças em sentido estrito, acórdãos e decisões interlocutórias.

No dizer sempre expressivo de Moacyr Amaral dos Santos² “a sentença é representada pelas decisões finais, as quais encerram o processo, põem termo à relação processual, esgotam a função do juiz. Proferindo-as, o juiz dá por cumprido o seu dever jurisdicional”.

Importa considerar o caminho percorrido pelo magistrado para entrega da prestação jurisdicional. Ele confronta as questões de direito com as questões de fato, por meio da interpretação da lei e do exame das provas, ou seja, os elementos normativos e empíricos da

² SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 393.

lide. De acordo com Paulo Roberto Soares Mendonça³ há uma operação dialética do juiz, que cria a “lei do caso concreto”, quando interpreta a lei, analisa os fatos, sana controvérsias e ambiguidades.

O magistrado no processo decisório tem que valorizar o ser humano e privilegiar a justiça social com a aplicação do Direito, sendo o julgador impessoal, mas essencialmente humano, socializador e justo, para isso deve analisar os fatos, valores e normas de acordo com os parâmetros constitucionais e principiológicos.

Vale destacar a lição do Ministro Ruy Rosado Aguiar Jr. citado por Sálvio de Figueiredo Teixeira⁴ no livro “A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial”:

Acredito que o juiz não é servo da lei, nem escravo de sua vontade, mas submetido ao ordenamento jurídico vigente, que é um sistema aberto afeiçoado aos fins e valores que a sociedade quer atingir e preservar, no pressuposto indeclinável que esta ordem aspira à justiça. O primeiro compromisso do julgador é com a justiça; estando ele convencido de ser injusto o sistema, trazendo-lhe sua sujeição inconciliável conflito de consciência, não há como exercer a atividade operativa, porque toda a aplicação que fizer será sempre um modo de efetivação do sistema. O intérprete não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr em ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no ambiente social onde vive tem de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunidade, tratando de realizá-los. Não pode fazer prevalecer a sua vontade a esses valores: ‘É expectativa fundamental da vida em sociedade civilizada que a vontade de um homem não se submeta à vontade civilizada de outro’ (Roscoe Pound, ‘Justiça conforme a Lei’, p. 36). Não lhe cabe sobrepor-se aos sentimentos médios da sociedade em geral e da comunidade jurídica em particular, que mais o fiscalizam nas suas decisões quanto mais democrático o regime.

Cumprir examinar, neste passo, que a decisão judicial é uma decisão humana, por excelência. Como qualquer ato humano está impregnado de razão e emoção. Enfim, a decisão judicial está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana, que é investida do poder jurisdicional.

Lídia Reis de Almeida Prado⁵ em sua obra “O Juiz e a Emoção” aborda sobre a

³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 35.

⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 265.

⁵ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3. ed. Campinas/SP: Millennium, 2005, p. 24.

influência do psiquismo do juiz na sentença. Contudo, ressalta que não deve ser entendido dentro de uma visão reducionista, mas diante da Filosofia do Direito que traz uma atual postura de moderação, segundo a qual o juiz não deve ser considerado como alheio à realidade, aplicando a lei de modo automático, como também não deve ser visto como “todo poderoso senhor do processo”, aquele que age de acordo com as próprias motivações psíquicas, ao arrepio do direito positivo e das exigências sociais da interpretação jurídica.

A autora cita vários nomes como Recásens Siches, Joaquim Dualde, Jerome Frank, Miguel Reale e Renato Nalini, que ressaltaram a influência dos atributos do magistrado sobre a decisão. Vejamos algumas considerações desses autores sobre o assunto.

Para Siches⁶, enfatiza a autora, na produção do julgado ressalta-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância é corroborada até mesmo pela etimologia da expressão sentença, que tem origem em *sentire*, que quer dizer “experimentar uma emoção, uma intuição emocional”.

Jerome Frank⁷ entende ser um dos aspectos importantes da sentença a personalidade do juiz, sobre a qual concorrem questões de educação geral, educação jurídica, valores, vínculos familiares e pessoais, posição econômica e social, traços intelectuais e temperamentais. Alerta que os juízes devem ter boa disposição de se auto-analisarem, a fim de que tenham consciência de cada um desses fatores. Segundo Frank os juízes não tem iguais hábitos mentais e emocionais, suas personalidade não são idênticas, por isso é evidente a debilidade da uniformidade e certeza do Direito.

Merece registro que Frank, embora perfilhe do entendimento de que os juízes se utilizam da intuição ou sentimento na escolha das premissas que servirão de base para a sentença, não se esquece da relevância do fato de que as normas, os princípios jurídicos nelas

⁶ SICHES *apud* PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3. ed. Campinas/SP: Millennium, 2005, p. 14.

⁷ FRANK *apud* PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3. ed. Campinas/SP: Millennium, 2005, p. 18.

contidos, os precedentes jurisprudenciais, bem como os valores gerais contribuem para a formação dessas intuições. Segundo ele, em nome da tradição formalista, os juízes omitem como realmente raciocinam ao julgar, ou seja, como “meros seres humanos, ainda que conhecedores do direito”⁸.

Acrescenta que o julgador ao analisar os fatos não tem um conhecimento direto, mas sim indireto, o qual se dá por meio de depoimentos de testemunhas, análise de documentos, opiniões de peritos, dentre outros. Assim, o magistrado, de forma inconsciente, pode ser influenciado por fatores emocionais, tais como simpatia ou antipatia, em relação às testemunhas, os advogados ou as partes, bem como pode se deixar levar, involuntária ou inconscientemente, por preconceitos formados a partir de experiências anteriores, que influenciem na credibilidade de testemunhas ou das partes.

Lídia Prado menciona Miguel Reale⁹ para quem a sentença não se limita a um simples juízo lógico, realçando o que denomina “humanidade do juiz” na justiça. Reale lembra Adam Smith quando disse que “o ato de julgar é muito difícil, porque pressupõe a capacidade de colocar-se na posição do outro”. Aduz que “o segredo da justiça está no fato de o juiz saber que a neutralidade não significa fugir das pessoas do litígio, mas em se colocar na posição delas”.

Renato Nalini¹⁰ defende que o juiz moderno deve ter como pressuposto básico para a função, uma especial percepção do homem e da realidade. Para ele as Escolas de Magistratura devem levar em conta na preparação dos julgadores o temperamento, a experiência de vida e o caráter. Ressalta que “o juiz deve proferir a sentença com sentimento e não se reduzir a um mero burocrata repetidor de decisões alheias, com a finalidade de aderir à maioria”.

Em virtude dessas considerações, oportuno enfatizar as palavras de Piero Calamandrei

⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁹ REALE *apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3. ed. Campinas/SP: Millennium, 2005, p. 20.

¹⁰ NALINI *apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3. ed. Campinas/SP: Millennium, 2005, p. 21.

em “O Elogio dos Juízes”, que foram trazidas por Mauro Cappelletti¹¹:

[...] E, no entanto, desejar-se-ia no magistrado, sobretudo, largueza de idéias: a despreconceituosa experiência do mundo, a cultura que permite entender os fermentos sociais que fervem sob as leis [...]

Sob a ponte da Justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. E seria de desejar fosse o juiz capaz de reviver em si, para compreender cada um desses sentimentos [...]

Justiça é compreensão: isto é, tomar em conjunto e adaptar os interesses opostos: a sociedade de hoje e a esperança de amanhã; as razões de quem a defende e as de quem a acusa” [...]

2. INTERPRETAÇÃO – ANTECEDENTE LÓGICO DE QUALQUER ATO DECISÓRIO

No desempenho da sua função, o juiz passa inexoravelmente pela interpretação. Essa interpretação abarca a regra jurídica, a realidade dos fatos e as práticas sociais.

Obviamente a sentença não é um ato mecânico, impensado, mas sim fruto da inteligência do magistrado, que utiliza, ainda, da intelectualidade e da compreensão.

Cumprê destacar que a interpretação jurídica passou por grandes transformações ao longo do tempo. Entretanto, ainda existem defensores de uma ou de outra corrente.

Uma corrente é a do formalismo-silogístico dominante durante o século XIX, caracterizada por uma concepção legalista do Direito. A interpretação era cognoscitiva do direito, baseava-se tão-somente no significado dos conceitos jurídicos.

Lord Reid¹², juiz inglês, citado por Cappelletti, dizia que em tempos anteriores “entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito” em vez de meramente “declará-lo”.

Com efeito, a tradição justiniana e montesquiniana enxergava a atividade do juiz como

¹¹ CALAMANDREI *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*(b). Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 93.

¹² REID *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*(a). Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 31.

puramente cognoscitiva e mecânica. Essas escolas pregavam que o juiz deveria declarar o direito sem o emprego de qualquer criatividade. Deveria utilizar-se da lógica dedutiva com isenção de sua valoração pessoal¹³. Essa concepção de sentença como um silogismo caiu em descrédito.

Os paradigmas interpretativos tradicionais, fundados no formalismo, mostraram-se incapazes de responder satisfatoriamente aos anseios de uma sociedade complexa, assim, surgiu no século XX o pluralismo jurídico. Esse movimento contrário ao formalismo, que reconhece o papel do juiz de criação do direito, bem como a prevalência da eficácia da lei sobre a sua validade.

Plauto Faraco de Azevedo em sua obra “Justiça Distributiva e Aplicação do Direito” ensina que a vida não se cansa de matizar diversamente os casos concretos que são submetidos a apreciação do poder judiciário, e observa que:

A mera aplicação silogística da lei constitui trabalho utópico, apenas acidentalmente realizável, graças ao concurso de circunstâncias especiais e incomuns. O normal é a rebelião dos fatos contra esta perspectiva simplista. Talha-se a realidade das coisas ora em arestas vivas ora em contornos vagos e indefinidos, ‘exigindo, quase sempre, árduo e complicado labor na aplicação satisfatória da regra à especificidade do caso’. A hipótese legal rarissimamente deixa de diferir, em tal ou qual ponto, daquela a que se apresenta o julgador ou ao intérprete, ‘requerendo um processo de adaptação que, não raras vezes, ultrapassando as raias do comum, se eleva a altitude verdadeiramente criadora’.¹⁴

Defende-se a idéia de que a sentença traz um aspecto novo, que não estava contido na norma geral, até mesmo quando tem fundamento em texto legal expresso, vigente e de sentido amplamente aceito como inequívoco.

Sob essa nova ótica é que será tratada a interpretação jurídica.

Convém ressaltar que mesmo a melhor arte de redação das leis, utilizando-se de linguagem simples e precisa, sempre dará espaço a lacunas, ambigüidades e incertezas que

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?(a)*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 32/33.

¹⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 92/93.

devem ser resolvidas pelo magistrado. Assim, a sentença pode ser compreendida como ato de inteligência do magistrado, que envida seus esforços por meio de uma atividade racional e com inteligência avalia os elementos legais e fáticos com vistas a aplicar a lei à situação concreta posta em juízo.

O magistrado ao exarar uma decisão a faz segundo a sua interpretação da lei aplicável ao caso concreto, bem como a partir da razão lógica desenvolvida na compreensão dos elementos fáticos e jurídicos, exteriorizando, assim, a sua vontade quanto à situação posta a sua apreciação.

Cappelletti¹⁵ explica que interpretar significa penetrar pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e, em seguida, reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em um novo e diverso contexto de tempo e lugar. Alerta que a reprodução será influenciada pela capacidade do intelecto e do estado da alma do intérprete.

Segundo o autor “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto (...), que não deixe espaços para variações e nuances, para a criatividade interpretativa”.¹⁶

Oportuno realçar as palavras de Oliver Wendell Holmes¹⁷, jurista americano:

Não é completamente verdadeiro que na realidade prática (e eu não conheço razão nenhuma pela qual a teoria deveria estar em desacordo com a realidade dos fatos) uma dada palavra, ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro. Qualquer palavra tem geralmente vários significados, inclusive no dicionário.
[...] onde existe dúvida, não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha.

Antônio Carlos Esteves Torres em artigo publicado na Revista da EMERJ¹⁸, intitulado “Técnica de Sentença” asseverou que a parte central da interpretação consiste em dar

¹⁵ CAPPELLETTI (a). *Op. cit.*, p. 21.

¹⁶ *Ibid.*, p.22.

¹⁷ HOLMES *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?(a)*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 22.

¹⁸ TORRES, Antonio Carlos Esteves. *Técnica de Sentença – Língua e Linguagem*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 41, p. 54-83, 2008.

significado a um enunciado normativo previamente selecionado, lembrando que não se trata de uma mera questão de fato, mas da lei que contém uma linguagem natural e como não poderia deixar de ser, contaminado de indeterminação semântica. De tal modo, o juiz é compelido a eleger dentro do universo de determinação, sem praticar atos de asserção, mas diretivos, justificáveis de acordo com os valores.

Peter Häberle¹⁹, defensor de uma interpretação pluralista da Constituição, autor de importante obra sobre hermenêutica constitucional, a conhecida Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, assevera que “interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la.

Entende o autor que o juiz não é o único intérprete da Constituição, entende que os cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade, que vivem sob o contexto regulado por uma norma e que vivem com esse contexto, interpretam essa norma, seja de forma direta ou indireta.

Cumpra esclarecer, entretanto, que o juiz não está completamente livre para interpretar, mas tem limites para a sua atuação. A lei e os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico funcionam como balizas, como elementos de contenção do arbítrio do juiz. Com efeito, a interpretação é a atividade que nos permite revelar o sentido da regra que ela alberga, a partir da fonte do direito (lei, costume, jurisprudência, equidade).

Merece relevo os dizeres de Häberle²⁰ sobre a vinculação à lei:

Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela prática. Todavia, essa prática não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição.

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juizes apenas sob o aspecto de uma ameaça à sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam

¹⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 13.

²⁰ *Ibid.*, p. 31/32.

o livre-arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juizes somente é tolerável porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei.

Oportuno se torna dizer que quando o juiz decide por meio de uma interpretação construtiva deve ter muito cuidado para não afrontar o ordenamento jurídico, os princípios gerais do direito, bem como a lógica do razoável. Nessa espécie de decisão, a necessidade de uma fundamentação robusta, consistente, mostra-se, ainda, mais relevante, permitindo assim o controle externo do conteúdo decisório.

Oportuna a lição de Carlos Alberto Menezes Direito²¹, em artigo publicado na Revista da EMERJ, se a interpretação poderia modificar o comando da lei:

Ocorre que mesmo o trabalho de interpretação, com a maior amplitude que possa ter, não tem condições, em regra, de modificar a lei. E por que não tem? Porque a existência da lei impede que o Juiz julgue como se fosse livre o direito. Mas, a prática tem demonstrado que em muitas circunstâncias a interpretação, adaptando a lei à realidade, conduz a um julgamento além da lei. Em algumas ocasiões, ocorre uma necessidade de compatibilizar a realidade com a lei, particularmente, se a lei está envelhecida no tempo. Em um certo sentido, o Juiz pode criar com a sentença um novo direito, valendo lembrar, ainda uma vez, Dworkin, destacando o sentido trivial desse conceito, em que o Juiz anuncia uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição, nunca antes declarados. muitas circunstâncias a interpretação, adaptando a lei à realidade, conduz a um julgamento além da lei. Em algumas ocasiões, ocorre uma necessidade de compatibilizar a realidade com a lei, particularmente, se a lei está envelhecida no tempo. Em um certo sentido, o Juiz pode criar com a sentença um novo direito, valendo lembrar, ainda uma vez, Dworkin, destacando o sentido trivial desse conceito, em que o Juiz anuncia uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição, nunca antes declarados.

Menezes Direito exorta que o juiz tem um amplo campo do agir interpretativo. Segundo o autor as teorias de interpretação procuram justificar o papel construtivo do juiz. O que se espera atualmente é a realização da justiça, isto é, justiça para todos.

Sob essa perspectiva a lei passaria a ser apenas uma referência para o juiz que buscaria extrair a interpretação que melhor se ajuste ao caso concreto, esmerando a distribuição da justiça, ainda que dando um novo sentido para a lei, mesmo que a proposição esteja com clareza suficiente para o caso sob julgamento.

²¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A decisão judicial*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000.

De acordo com Plauto Faraco de Azevedo²² vale enfatizar a velha idéia de que as soluções jurídicas em geral, com enfoque nas decisões judiciais, têm legitimidade na medida em que atendem aos anseios do corpo social, em certo contexto cultural, em dado momento histórico. E acrescenta que “para isso é preciso menos hermetismo lingüístico e artifícios lógicos, e maior preocupação com os interesses pessoais e sociais em questão”.

3. A ARGUMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

3.1. A “LÓGICA DO RAZOÁVEL” PROPOSTA POR RECASÉNS SICHES

Segundo a “lógica do razoável” não se busca uma interpretação de uma norma abstrata, que se revele adequada a um fato social, mas sim busca-se construir uma norma específica para o caso concreto.

Paulo Roberto Soares Mendonça parafraseando Recaséns Siches²³ destaca que:

[...] inverte o eixo da operação interpretativa, a qual passa a estar centrada no caso e não na norma e, com isso, faz com que a norma aplicável seja aquela realmente adequada ao fato existente e não apenas uma mera adaptação de uma lei genérica. A decisão passa então a apresentar um caráter construtivo, uma vez que atualiza o sentido da norma a cada causa julgada”, com o que a “literalidade do texto legal torna desnecessário um esforço hermenêutico, no sentido de obter uma explicação ‘racional’, para uma decisão que se considera de antemão como ‘justa’. A decisão originada pela aplicação da ‘lógica do razoável’ pode ser melhor classificada como “correta”, porque fundada em valores socialmente relevantes.

Essa teoria defende que, para chegar à decisão, o Juiz percorre o seguinte caminho: faz uma filtragem nos fatos e avaliação das provas em confronto com a lei, bem como se

²² AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 128.

²³ SICHES *apud* MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56/57.

utiliza de aportes de circunstâncias extralegais. O Julgador pondera as conseqüências de sua decisão, chegando, em fim, à sua conclusão por intuição intelectual. Nesse instante a questão se esclarece e é fixada uma posição.

Vale mencionar algumas características da lógica do razoável, tais como: está condicionada pela realidade concreta para qual é aplicada; está impregnada de conteúdo axiológico (valorações), o que a diferencia da lógica do racional. As valorações são concretas, quer dizer, estão referidas a uma determinada circunstância humana real; essas valorações constituem a base para estabelecimento dos fins, de cuja formulação não se fundamenta exclusivamente sobre valorações, mas está condicionada pelas possibilidades da realidade humana concreta. Destaca-se, ainda, que a lógica do razoável está orientada pelas lições da experiência da vida humana e da experiência histórica.

No exercício da sua atividade jurisdicional, para saber qual a lei aplicável e seu alcance, o magistrado não se deve orientar tão-somente por critérios formais, mas também, materiais. Por conseguinte, para saber se uma determinada norma jurídica é aplicável ou não a um dado caso concreto e em que medida, deve antecipar mentalmente os efeitos que esta aplicação haverá de produzir. Com isso a interpretação da lei leva a uma conclusão mais justa para resolver o problema no caso em análise. Desse modo, o julgador não age ao arrepio do ordenamento jurídico positivo, mas imprime um mais perfeito cumprimento à sua tarefa jurisdicional, visto que o legislador na elaboração da lei, espera que sua aplicação atenda da melhor maneira possível as exigências da justiça e os anseios dos jurisdicionados.

3.2. PERELMAN E A “TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO”

Chaim Perelman defende que a argumentação deve ser o método empregado na busca de uma decisão judicial “razoável”.

Segundo o autor, a argumentação pressupõe um “encontro de mentes”, quer significar com isso, uma relação entre diferentes atores para que se torne efetiva. Criou as figuras do orador e do auditório, sendo o primeiro aquele que se dirige a um interlocutor determinado que é o auditório ou audiência, de quem se busca adesão da idéia proposta. Convém destacar que a finalidade precípua do processo argumentativo é a adesão, dela dependendo o seu sucesso ou fracasso.

Revela-se basilar que o orador funde seu discurso em premissas majoritariamente aceitas pelo auditório. Caso contrário não haverá como promover a persuasão acerca da conveniência da proposta do orador.

Os instrumentos utilizados na argumentação são os fatos, verdades e presunções, bem como os valores e hierarquias.

No que diz respeito à eficácia da argumentação, Mendonça²⁴ assevera que se deve a solidez dos argumentos apresentados, como também se faz importante a relação existente entre orador e auditório. Ressalta que deve haver confiança do auditório quanto ao orador, pois se houver uma prévia rejeição, de tal monta que inviabilize a exposição de argumentos, o processo argumentativo será impossível.

3.3. “LÓGICA DO RAZOÁVEL” X “TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO”

O ponto de divergência entre as duas correntes é que a “lógica do razoável” de

²⁴ *Ibid.*, p. 74.

Siches retira de foco a matriz normativa da lei para o fato, buscando o que chama de uma “interpretação correta” para o caso; por seu turno, a “teoria da argumentação” de Perelman objetiva uma interpretação que seja aceita no corpo social, fruto de um processo de argumentação e convencimento.

Os pontos de interseção entre as duas correntes se fundam no fato de que a matriz normativa não reside na matéria legislada, mas sim nas normas criadas de forma institucional, no curso do processo, sendo aceitas por uma audiência determinada. Também identificam dentro do caso concreto o alcance da lei, e não abstratamente num modelo normativo preexistente.

4. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A decisão deve ser legítima e aceitável pela sociedade, deve ser formada por raciocínios orientados pela norma, pelos fatos e valores dessa sociedade no momento da prolação da sentença. As escolhas do intérprete-julgador que determinam a decisão por ele proferida implicam em responsabilidades jurídicas, políticas e sociais, sendo imprescindível a fundamentação.

Vale acentuar que a formação da convicção julgadora envolve a assimilação do problema, seu exame, a ponderação a partir de outras decisões possíveis e suas respectivas conseqüências, o dimensionamento de seu alcance, para assim produzir uma decisão justa, pacificadora e aceitável.

A importância da fundamentação das sentenças está no fato de que as partes, o próprio Poder Jurisdicional e toda a sociedade devem ter conhecimento quanto ao raciocínio

desenvolvido pelo magistrado para a interpretação das normas aplicáveis ao caso concreto, bem como acerca da apreensão dos fatos relatados e comprovados pelas partes.

O dever de fundamentação das decisões judiciais visa possibilitar a fiscalização da atividade intelectual do juiz na solução do litígio, de modo a comprovar que sua decisão é produto de um ato refletido, pautado nos ditames da ordem jurídica, e não um ato discricionário de sua vontade arbitrária.

Neste diapasão disserta Antônio Scarance Fernandes²⁵:

Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para poder impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento de causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier²⁶ as razões para se fundamentar uma decisão judicial são as seguintes:

A primeira destas razões, familiar ao pensamento tradicional, é de ordem técnica. Seria, sob esse enfoque, necessária a motivação, para poder precisar-se e delimitar-se minuciosamente o âmbito do *decisum*.

A impugnabilidade tem como pressuposto a fundamentação ao objeto impugnado, principalmente porque se tem por admitido que as decisões não sejam arbitrárias. Esta, a segunda razão de ordem técnica.

Outro enfoque que pode ser concebido, típico de nossa época, é o que vê na idéia de garantia a fonte básica de inspiração da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

[...].

A motivação (além disso):

- oferece elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz;
- poder-se-á dizer, também, por meio do exame da motivação da decisão, verificar da sua legitimidade;
- 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

²⁵ FERNANDES, Antônio Scarance *Processo Penal Constitucional*. 2.^a edição, RT, São Paulo: 2000, p.119 *apud* BARROSO, Marcelo Lopes. Embargos de Declaração: concretização do Princípio Constitucional da motivação das decisões judiciais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2305>>. Acesso em: 18 set. 2010.

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 248.

probatório produzido e as alegações feitas pelas partes.

Vale destacar Enrico Tullio Liebman²⁷ para quem a motivação das decisões judiciais decorre de uma exigência fundamental de que os casos submetidos a juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente, bem como para aferição pelos jurisdicionados por meio da exposição do juiz, se realmente foi o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou.

Sérgio Nojiri²⁸ assevera que não importa a investigação das razões ou caminhos psicológicos percorridos pelo magistrado, sendo que o relevante no Estado de Democrático de Direito é que a fundamentação da decisão judicial se mostre de acordo com as questões fáticas e de direito apresentadas para apreciação, revelando que as imposições legais preexistentes foram seguidas pelo julgador. Realça que o juiz deve apresentar as razões de seu convencimento de forma clara e bem concatenada.

O autor lembra a importância da linguagem na fundamentação com vistas a promover a persuasão. Com efeito, a decisão judicial é um ato de comunicação do qual é exigida racionalidade que deve ser comprovada e não apenas demonstrada, por meio de um discurso estabelecido em termos racionais. E acrescenta:

No caso das motivações judiciais existem regras que visam, sob um certo prisma, fornecer elementos de convicção aos seus destinatários de que o magistrado cumpriu bem sua função jurisdicional. Os argumentos utilizados na decisão, nesse sentido, devem persuadir o cidadão a com ela consentir, conquistando sua adesão. Contudo, esse consentimento não precisa afigurar-se, necessariamente, em uma adesão irrestrita aos motivos elencados pelo julgador. Como vimos, o Poder Judiciário não está subordinado à opinião pública, da maneira como não estão o Poder Legislativo ou o Executivo.

(...)

A função persuasiva da linguagem na fundamentação das decisões judiciais decorre de alguns postulados propostos pelo Estado Democrático de Direito. Neste, o poder irresponsável e arbitrário não encontra abrigo. O exercício do poder jurisdicional, nos termos do art. 1º, da CF, deve, assim, pautar-se pelo princípio da responsabilidade estatal, que obriga o juiz prestar contas mediante a motivação da forma como utiliza esse poder (que também é um dever). Assim, quando o juiz

²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Do arbítrio à razão : reflexões sobre a motivação das sentenças*. Revista de Processo, São Paulo, n. 29, p. 79.

²⁸ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

apresenta as razões pelas quais optou por uma determinada alternativa possível, ele o faz a fim de persuadir os destinatários da norma a crer que a decisão tomada estava em consonância com as regras de direito aplicáveis ao caso concreto.²⁹

À guisa de conclusão desse capítulo, pode-se dizer que o dever de fundamentar as decisões judiciais constitui um instrumento de limitação do exercício do poder estatal, demonstrando que não resultaram do arbítrio. É através da adequada justificação do convencimento judicial que se permite às partes controlar a racionalidade da decisão e a correção do julgado, verificando-se, por exemplo, se foram obedecidas às regras do devido processo, se o juiz atuou com imparcialidade e dentro da legalidade, se examinou todas as questões que lhe foram postas. Cabe ressaltar que, assim, fica viabilizado o exercício da ampla defesa e possibilitado o reexame da matéria pelo órgão superior a fim de que sejam reparadas as eventuais injustiças.

5. O LIVRE CONVENCIMENTO E A SÚMULA VINCULADA

O ordenamento jurídico pátrio traz o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, que permite o juiz dar ao litígio a solução que lhe pareça mais adequada, de acordo com seu convencimento, obedecendo aos parâmetros estabelecidos pela lei e pela Constituição.

Não se pode esquecer a necessidade de motivação, uma vez que a liberdade do julgador é ampla, porém não é irrestrita, impedindo que o ato estatal expresso por meio da atividade jurisdicional fique imune aos necessários controles.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco:

²⁹ *Ibid.*, p. 105/106.

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais.³⁰

O princípio em comento está positivado no ordenamento, destacando-se os artigos 131 e 436, ambos do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito garante a autonomia e independência funcional do juiz no exercício da sua função. A legitimidade do exercício da jurisdição exige liberdade de decidir para os órgãos judicantes.

A necessidade de prestar a tutela jurisdicional com a máxima eficácia, garantindo celeridade na tramitação dos processos levou a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, que instituiu novos mecanismos, dentre os quais a súmula vinculante. É ver-se:

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.

§ 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.³¹

Inicialmente, cabe esclarecer a importância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que por muitas vezes acabam em enunciados de Súmula dominante.

Com efeito, a Súmula é um resumo do que foi decidido em sucessivos acórdãos do

³⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 68.

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2011.

Tribunal, que hajam adotado idêntica interpretação em de terminada norma ou conjunto de normas.

Oportuno se torna dizer que a súmula não cria direito, assim como não impede a evolução da jurisprudência. Os tribunais não estão obrigados a seguir as orientações do STF e do STJ, embora, como se sabe, normalmente o façam, mesmo porque, ao fim da cadeia recursal, a questão chegará, por via do recurso extraordinário ao conhecimento do Supremo Tribunal, ou por via do recurso especial ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça.

Existem dois tipos de súmulas, aquela que pode ser editada por qualquer Tribunal e a súmula com força vinculante, que é da competência da Suprema Corte.

As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal não passam a produzir automaticamente o efeito vinculante, só o produzindo se for confirmada, nos termos da lei, ou seja, por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Para a edição da súmula investida de eficácia vinculante, a Constituição exige que sejam atendidos dois pressupostos imprescindíveis, quais sejam, a decisão deve ser tomada por, ao menos, dois terços dos membros daquela corte, deve haver preexistência de reiteradas decisões no sentido da súmula proposta, bem como se tratar de matéria constitucional.

Oportuno mencionar que é possível a revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes, cujos procedimentos deverão ser regulamentados por lei.

A reclamação é o meio assecuratório de eficácia da súmula. Qualquer desrespeito à súmula, quer não a aplicando quando cabível, quer aplicando-a nas hipóteses de descabimento, pode ser objeto da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. Caso julgada procedente restará anulado o ato administrativo ou cassada a decisão judicial, devendo ser proferida outra decisão, nos termos do enunciado sumular.

Releva notar que quando se confere força vinculante a determinado posicionamento judicial sobre determinado objeto implica em impedir as instâncias inferiores de decidam

diversamente. É inequívoco se limita o magistrado na formação de seu livre convencimento.

O magistrado não precisará detalhar sua motivação, como é a praxe, mas demonstrar que suas razões se fundaram na aplicação da súmula que é vinculante. Por outro lado, a simples remissão aos fundamentos das decisões não se mostra suficiente para atender a exigência inserta no inciso IX do art. 93. Assim sendo, deve-se buscar a conjugação desse aparente conflito.

Não se pode perder de vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na aplicação do instituto da súmula vinculante, que mitiga o princípio da inafastabilidade da jurisdição, inscrito no inciso XXXV do artigo 5º.

CONCLUSÃO

A ideia clássica do juiz como sendo aquele que cumpre a vontade do legislador e dos comandos das súmulas, cuja função era o de mero aplicador da lei ou súmulas vem caindo por terra e cedendo espaço para realização da justiça, por meio de uma atuação judicial criativa que prestigie a elaboração do direito.

O desafio é, através dessa nova visão, buscar um pensamento crítico de direito útil, que sirva para a reflexão judicial, perquirindo acerca das possibilidades, bem como das formas que a função jurisdicional pode adotar à crítica jurídica para enfrentar as demandas contemporâneas. Essas novas demandas tem se mostrado cada vez mais e mais complexas e cada vez mais, as regras existentes no ordenamento jurídico são insuficientes para a pacificação social.

Em consequência disso, no exercício da atividade jurisdicional, o magistrado deve

manter-se em sintonia com a realidade social a qual está inserido, procurando solucionar os litígios de forma criativa, aplicando a lei de modo mais amplo e inteligente.

Deve, ainda, optar por uma solução voltada ao social, que valorize a dignidade da pessoa humana e os princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, desse modo, certamente fará justiça.

Enfim, não se pode perder de vista que a sentença - decisão judicial - não é um silogismo, nem decorre de um vago sentimento de justiça do julgador, mas sim é o produto de vasta e profunda preparação do magistrado.

REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em < [http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (a). Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

_____. *Juízes Irresponsáveis?* (b). Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A decisão judicial*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance Processo Penal Constitucional. 2.^a ed., RT, São Paulo: 2000, p.119 apud BARROSO, Marcelo Lopes. *Embargos de Declaração: concretização do Princípio Constitucional da motivação das decisões judiciais*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2305>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3. ed. Campinas/SP: Millennium, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORRES, Antonio Carlos Esteves. Técnica de Sentença – Língua e Linguagem. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 41, p. 54-83, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.