

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

**O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL E DA FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA
FUNDAMENTAÇÃO**

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

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

ORIENTADOR: PROF. DR. DANILO KNIJNIK

Porto Alegre
2011

JOÃO PAULO KULCZYSNKI FORSTER

**O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL E DA FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA
FUNDAMENTAÇÃO**

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

Banca Examinadora

Porto Alegre
2011

À Júlia, pelo incentivo constante e incansável;

Ao Pedro, pelas horas roubadas dos teus primeiros meses.

AGRADECIMENTOS

“Nenhum homem é uma ilha”, e nenhum trabalho é levado a cabo de forma exclusivamente solitária. Mesmo nos momentos de maior isolamento e concentração, o incentivo é constante, e cabe o reconhecimento dos responsáveis por todo apoio a presente empreitada.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, por todo carinho na minha criação e interesse para que eu tivesse a melhor educação possível, em todos os sentidos do termo. Especificamente, ao meu pai, pelas conversas edificantes, revisões do trabalho e auxílios nas traduções, sendo a luz de sua inteligência o farol do meu estudo, a iluminar, sempre, o longo caminho que ainda tenho a percorrer. À minha mãe, também pela inspiração profissional e revisão do texto, bem como por todo amor incondicional que só uma mãe pode dispensar a um filho, e que plenamente sinto. Aos meus irmãos, também agradeço, em particular ao Paulo e à Miriam, que também são meus colegas de escritório, pelo apoio nas minhas eventuais ausências, e ao Nestor, pela revisão de alguns pontos do trabalho.

Meu agradecimento é também dirigido ao Prof. Danilo, meu orientador, que muito me auxiliou ao longo do mestrado, seja através do fornecimento de precioso material de estudo, seja através da disponibilização de seu escasso tempo para pacientes debates acerca do tema. Fico feliz de registrar que, para além da orientação e extrema cordialidade acadêmicas, meu orientador tornou-se, nesse período, um excelente amigo, que pretendo conservar.

Acrescento minha gratidão aos Prof. Drs. Luís Alberto Reichelt e Sérgio Wetzel Mattos, pela disponibilidade e pela crítica sincera e muito bem dirigida às ideias apresentadas em seu estado inacabado.

Igualmente agradeço o notável empenho e dedicação dos funcionários do PPGDir, em particular na figura das servidoras Rose e Denise, que concedem àquele termo seu verdadeiro e mais nobre significado.

Last, but not least, estão as duas pessoas mais importantes da minha vida. Ele, que surgiu, em julho de 2010, para iluminar minha vida e todos os meus dias com seu amplo sorriso a me esperar, sempre feliz de ver o pai. Querido Pedro, teus hoje olhos azuis já me acompanham e faíscam ao encontrar os meus, marejados de êxtase de ver em ti a minha maior conquista e, ao mesmo tempo, meu maior presente. Presente, este, que só pôde ser dado pela minha amada Júlia, a quem dedico a integralidade deste trabalho, por sua paciência e incentivo verdadeiro, sincero e constante. Nunca me permitiu esmorecer, guiando-me até eu

achar as respostas, ora dentro de mim, ora nos livros. És minha fortaleza, meu tudo; contigo, não há hipótese, nem variável, só a constante resposta do teu amor.¹

¹P.S. – Eu te amo.

A tirania é um hábito, tem a capacidade de se desenvolver e acaba se transformando, no fim, em uma doença. Asseguro que o melhor dos homens pode, com o hábito, se deteriorar ao nível de um animal feroz.

[...]

Em suma: o poder concedido a um homem para castigar outro é uma das feridas da sociedade, é um dos meios mais fortes para sufocar qualquer semente ou tentativa de civilização e a causa fundamental de sua destruição certa e irrecuperável.

[...]

As pessoas não se esquecem de uma hora para outra o que herdaram; não se desprendem com facilidade do que receberam hereditariamente, aquilo que sugaram com o leite materno; não existem transformações súbitas. Não basta reconhecer sua culpa, seus pecados originais, é preciso se livrar deles. E isso não se consegue de um dia para outro.

Fiódor Dostoiévski

Recordações da Casa dos Mortos

Em quem se pode confiar? Quem pode ser eleito para exercer o poder e administrá-lo, para dirigir nossos destinos coletivos? De quem se podem esperar talento, comedimento, respeito, decência?

Julián Marías

Tratado sobre a Convivência

RESUMO

A motivação das decisões judiciais é um dos pilares fundamentais do processo e requisito indispensável para a manutenção da garantia ao contraditório no Estado Democrático de Direito, bem como para a verificação da imparcialidade judicial. Diante da valorização moderna do juiz como indivíduo, superada a imagem de que ele deve ser apenas a “boca da lei”, ou um autômato produtor de sentenças, impõe-se aprofundar o estudo da matéria, analisando a diferença existente entre motivos e fundamentos da decisão e suas repercussões no processo. Este estudo examina o papel de figuras judiciais históricas, relacionando o desempenho de suas funções com a motivação de suas decisões. Estuda também como se insere esse direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-o com a independência, a imparcialidade e a liberdade do juiz. Delineia, então, algumas espécies de motivos decisórios afinados com a possível “fundamentação atrás da fundamentação”, examinando, neles, a presença de elementos racionais, subjetivos, ideológicos, entre outros, para apontar as consequências da ausência dos verdadeiros motivos decisórios nas sentenças, determinando a possibilidade de seu controle a partir da subdivisão entre aqueles suscetíveis e não suscetíveis de controle judicial. Nesse âmbito, a categoria jurídica dos *obiter dictum* servirá de possível indício na demonstração da existência da fundamentação falsa (ou fictícia). Também é oferecida crítica a certos entendimentos estabelecidos em torno da matéria nas mais altas cortes brasileiras, propondo uma análise diferenciada do problema, em casos especiais.

Palavras-Chave: Juiz. Motivação. Fundamentos. Imparcialidade. Ideologia. *Obiter Dictum*. Controle.

RIASSUNTO

La motivazione delle decisioni giudiziarie è un dei pilastri fondamentali del processo e requisito indispensabile al mantenimento della sicurezza al contraddittorio nel Stato Democratico di Diritto. Dinanzi la valutazione moderna del giudice come individuo, superata l'immagine di che lui deve essere soltanto la "bocca della legge", oppure un automa produttore di sentenze, deve approfondirsi lo studio della materia, analizzando la differenza esistente tra motivi e fondamenti della decisione e suoi ripercussioni nel processo. Questo studio esamina il ruolo delle figure giudiziarie storiche, associando il disimpegno di sue funzione con la motivazione di sue decisione. Studia anche come se inserisce questo diritto fondamentale nell'ordinamento giuridico brasiliano, connettando con la indipendenza e la libertà del giudice. Delineando, allora, alcune specie di motivi decisori affinati con la possibile "fondamentazione dietro la fundamentazione", appunta le conseguenze della mancanza delle vere motive decisori nelle sentenze, determinando la possibilità di suo controllo dalla suddivisione tra motivi suscettibile e non suscettibile di controllo giudiziale. In questo ambito, la categoria giuridica dell'*obiter dictum* servirà di possibile indizio nella dimostrazione dell'esistenza della fundamentazione falsa (o fittizia). Anche offerta critica a certi intendimenti stabiliti nell'argomento nei più alti corti brasiliani, proponendo un'analisi differenziata del problema, in qualche casi speciali.

Parole-chiave: Giudice. Motivazione. Imparzialità. Fondamenti. Ideologia. *Obiter Dictum*. Controllo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - O JUIZ E O ATO DE JULGAR	17
1.1 O QUE É A MOTIVAÇÃO JUDICIAL?.....	23
1.2 ANÁLISE DE FIGURAS JUDICIAIS PARADIGMÁTICAS.....	27
1.2.1 O Direito Romano e o Iudex Unus	28
1.2.2 A Revolução Francesa e a Função Judicial	34
1.2.3 O Juiz na Alemanha Nazista	40
1.2.4 O Juiz na Alemanha do Pós-Guerra	46
1.2.5 O Realismo Norte-Americano	50
1.2.6 Breve Análise dos Perfis dos Juizes Históricos	54
1.3 A MOTIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	57
1.4 MOTIVAÇÃO X FUNDAMENTAÇÃO	59
1.5 A FUNDAMENTAÇÃO FALSA (OU FICTÍCIA).....	64
1.6 DAS GARANTIAS E DEVERES BÁSICOS INDISPENSÁVEIS À FUNÇÃO JUDICIAL	66
1.6.1 Da Liberdade (ou Independência) da Imparcialidade	68
1.6.2 Da Motivação Como Dever Judicial	74
1.7 CONCLUSÃO PARCIAL.....	76
CAPÍTULO II - DO QUE SE COMPÕE A MOTIVAÇÃO JUDICIAL?	80
2.1 OS OBITER DICTA COMO INDÍCIOS DE POSSÍVEL FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA FUNDAMENTAÇÃO	85
2.2 TIPOLOGIA MOTIVACIONAL.....	91
2.2.1 Motivos Passíveis de Controle Judicial	93
2.2.1.1 A Referência à Lei, Doutrina e Jurisprudência: Motivos?	94
2.2.1.2 Motivos Ideológicos	97
2.2.1.2.1 <i>Noção de Ideologia</i>	98
2.2.1.2.2 <i>Motivos Ideológicos</i>	100
2.2.1.2.3 <i>Ativismo Judicial</i>	105
2.2.1.2.4 <i>Síntese Crítica aos Motivos Ideológicos</i>	109
2.2.1.3 Motivos Históricos (ou de Experiência).....	112
2.2.2 Motivos Não Passíveis de Controle Judicial	118

2.2.2.1 (Falsa) Problemática Desses Motivos	119
2.2.2.2 Motivos Psicológicos.....	120
2.2.2.2.1 <i>Motivos Inconscientes</i>	121
2.2.2.2.2 <i>Motivos Conscientes</i>	123
2.2.2.2.2.1 <i>A Emoção na Motivação</i>	124
2.2.2.2.2.2 <i>O Juiz e a Contratransferência</i>	130
2.3 A MOTIVAÇÃO E A RACIONALIDADE	132
2.4 CONCLUSÃO PARCIAL.....	138
CAPÍTULO III - O CONTROLE DA FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA	
FUNDAMENTAÇÃO	141
3.1 CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA/CARÊNCIA DE “FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA FUNDAMENTAÇÃO”	141
3.1.1 Perspectiva Jurisprudencial	141
3.1.2 Identidade de Consequência Entre Carência e Ausência de Fundamentação.....	143
3.2 MECANISMOS DE POSSÍVEL CONTROLE DA “FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA FUNDAMENTAÇÃO”	146
3.2.1 Sistema Probatório e Formalismo.....	147
3.2.2 Impedimento e Suspeição.....	151
3.2.3 Embargos Declaratórios	155
3.2.4 Recurso Especial e Recurso Extraordinário	160
3.2.5 Ação Rescisória.....	165
3.3 O CONTROLE DA MOTIVAÇÃO NAS LIMINARES E TUTELAS ANTECIPATÓRIAS	168
3.4 CONCLUSÃO PARCIAL.....	173
CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS	189

INTRODUÇÃO

O julgamento é a voz do juiz², é o meio através do qual ele se expressa, por sua decisão. E de onde fala este homem? Pois, certo, trata-se de um ser humano, e não de um autômato³, uma máquina operadora de fórmulas matemáticas ou complexos esquemas preconcebidos. Ao menos não é a visão atual de sua pessoa, e sempre, ao decidir, emite sua posição quanto a determinado assunto, situando-se em certo lugar. A realidade é que existe uma progressiva valorização⁴ da figura individual do julgador⁵, na tentativa de aproximá-la da realidade pungente dos fatos, da crescente demanda por produtividade, diante do aumento geométrico do número de ações judiciais. É lícito requerer dessa pessoa mais do que se exige de qualquer outro ser humano? Ou sua função tem tal importância que ele deve aceitar as contingências dela decorrentes?

Recorrentemente, impõem-se ao magistrado diversas exigências, não meras faculdades, mas consolidados e inescusáveis deveres. Como pode ele exercer bem a sua função, sob essa constante pressão? Como conjugar de maneira equilibrada dois elementos fundamentais do processo, muito bem preconizados por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a efetividade e a segurança?⁶ De um lado, o julgamento deve fornecer tutela *efetiva*, por meio não só de uma solução célere, mas do indispensável conteúdo mínimo de justiça. Não pode ela ser caracterizada como uma “efetividade perniciosa”, deve ser sempre almejada a *efetividade virtuosa*, no sentido que lhe confere o referido autor.⁷ De outro lado, quanto à segurança, uma das expressões máximas do Estado Democrático de Direito⁸, é princípio norteador que tem como propósito maior a previsibilidade das decisões judiciais. A garantia emanada deste princípio, é claro, não rege o sistema de forma absoluta, devendo ser almejada uma minimização do estado de incerteza. Uma das soluções práticas para tanto, no âmbito dos

² BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 205.

³ VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au juge*. Paris: Quai Voltaire, 1991. p. 207.

⁴ Na perspectiva da própria revalorização do “momento jurisprudencial” do direito, pois “a tarefa de readequar o direito à realidade histórico-social pertença também ao juiz [...]”. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Org. e rev. técnica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2.

⁵ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie; GROS, Frédéric. *Les vertus du juge*. Paris: Dalloz, 2008. p. 2.

⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100. O tema é igualmente enfrentado pelo autor na sua obra *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 124-136.

⁷ *Ibid.*, p. 115.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 501.

processos judiciais, é o dever de motivação das decisões⁹, que se apresenta como remédio bastante eficaz a evitar arbitrariedades¹⁰, conectando a decisão do juiz ao processo no qual ela é prolatada, através da demonstração do raciocínio judicial.

O dever de apresentar os motivos da decisão jamais aparece de forma isolada, como garantia que possa ser deixada de lado, pois está vinculado a diversos outros princípios que regem a atividade judicial. É cediço que a motivação da sentença é, por exemplo, o primeiro degrau de acesso ao duplo grau de jurisdição; se o provimento não é claro, bem alicerçado, como poderá a parte interessada recorrer?¹¹ Além disso, a motivação adequada é um dos elementos que possibilita o acesso ao contraditório, princípio de “caráter essencial para o fenômeno processual”.¹²

Hodiernamente, é a preponderância do interesse estatístico decisional, do tempo de duração dos processos, entre outras metas, que pesam como critérios de avaliação da atuação judicial. Tais aferições possuem grande mérito; todavia, raramente (ou nunca) são vistas moções firmes na direção de uma melhora na qualidade desses provimentos, como se o Poder Judiciário fosse mera instância burocrática, sem compromisso maior para com a sociedade. Cotejar efetividade¹³ e segurança é a pedra de toque do bom andamento processual, sendo que o desatendimento total de um desses aspectos resultará, sempre, em provimentos não condizentes com as necessidades do Estado Democrático de Direito.

Diante dessa conjuntura, faz-se necessário analisar a matéria, tanto do ponto de vista de atendimento aos princípios mencionados, quanto do reconhecimento da humanização da função judicante, com foco sobre a motivação das decisões. No esforço de procurar responder a essas questões, o presente estudo divide-se em três capítulos, tendo como elemento

⁹ Embora esse dever soe bastante evidente, tardou-se a se impor ao juiz nos moldes hoje conhecidos, tanto no ordenamento jurídico pátrio quanto em alguns ordenamentos estrangeiros, tal qual o italiano. Cf. EVANGELISTA, Stefano. Verbete motivazione della sentenza civile. *Enciclopedia Del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1958/1995. v. 27. p. 154.

¹⁰ Especialmente porque o problema da arbitrariedade não aflige só as partes, mas a comunidade como um todo, já que “a jurisprudência e o arbítrio judicial constituem-se em fonte do direito e com um alcance muito maior do que se costuma admitir.” BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: AJURIS, 1977. p. 7.

¹¹ Sua principal função, afirma Taruffo, consiste em tornar possível o controle sucessivo das razões utilizadas pelo juiz como fundamento da decisão. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè Editore, 1992. p. 408.

¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

¹³ O Tribunal Constitucional Espanhol firmou entendimento no sentido de que o “direito à tutela judicial efetiva presume uma resolução fundada em Direito que ponha fim ao processo”. Essa resolução nada mais é do que uma decisão final devidamente fundamentada, uma vez que potencial arbitrariedade ou fundamentação não razoada (diremos motivada) ou não razoável “não pode ser considerada fundada em Direito”, sendo exigível fundamentação devidamente argumentada e extensa o suficiente para que abarque e responda a questão proposta perante o Poder Judiciário. JUNOY, Juan Picó i. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 60-61.

primordial a noção de que *fundamentar* e *motivar* são elementos distintos do processo decisório. Em todos os capítulos, esta é a percepção fundamental deste trabalho, do necessário reconhecimento do elemento humano da decisão¹⁴, por vezes oculto no que se chamou, aqui, de *fundamentação atrás da fundamentação*, compreendidos como motivos que embasam os fundamentos decisórios. Nessa senda, não se trata apenas de valorar individualmente o juiz como ser humano, com todas as suas particularidades, como já pontuava Santiago Sentís Melendo¹⁵, mas também de analisar os seus provimentos e a subjetividade neles presente.

O reconhecimento dessa subjetividade esbarra em problema fundamental no estudo da motivação: até que ponto o estudo da motivação possui relevância sob a perspectiva jurídica? Em que medida o conhecimento da porção mais pessoal e individualizada da decisão tem consequências jurídicas, em particular sob a ótica de seu controle? Uma das possíveis respostas deixa transparecer, desde logo, que existem motivos empregados pelo julgador passíveis de controle, sob o ponto de vista estritamente jurídico, e outros que não o são. Do contrário, ao imaginar que todos os motivos são passíveis de controle, depara-se, na realidade, com um falso problema. Falso, pois o sistema jurídico não oferece, às decisões fundadas em determinado elenco motivacional, estranho ao Direito, o controle adequado. Neste ponto em particular, a tópica, conforme ensina Viehweg¹⁶, oferta solução.

Faz-se necessária análise do problema sempre em um sistema predeterminado, no caso deste estudo, o jurídico. Diversos problemas para os quais esse sistema não oferece resposta apresentar-se-ão como supostos *falsos problemas*. Outras áreas do conhecimento (como a Psicologia, p. ex.) podem auxiliar melhor em questões pontuais. As demais serão examinadas minuciosamente, com a apresentação, no capítulo final, de formas de seu possível controle. Isso não quer dizer que esses problemas não possuam consequências no âmbito jurídico, mas que nem sempre esse meio oferecerá a resposta mais adequada ao caso.

A falsa fundamentação também será utilizada como conceito elementar do presente estudo. Ela se caracteriza quando os motivos apresentados não são os *verdadeiros* motivos decisórios, sem resultar, todavia, em sentença suicida propriamente dita. A categoria dos

¹⁴ Sendo esta a premissa elementar do estudo, será tratada aqui a teoria (e a prática) da decisão judicial sob a perspectiva de sua melhor compreensão, ou seja, esmiuçando alguns dos fatores que podem influir-la; ao passo que outras teorias buscam explicá-la exclusivamente sob o viés normativo ou descritivo. A divisão é de SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 530-544.

¹⁵ MELENDO, Santiago Sentís. Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 63, n. 462, p. 11-22, abr. 1974.

¹⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 33-35.

obiter dicta, enfrentada por doutrina e jurisprudência como (praticamente) irrelevante em termos de consequências jurídicas, é que se apresentará, em determinados casos, como indício da existência dessa falsa fundamentação.

Estabelecidas essas premissas, apresenta-se a divisão do estudo. No primeiro capítulo, serão examinados conceitos elementares concernentes ao estudo em tela, trazendo a problemática atinente ao debate da matéria, fundamental no presente trabalho: a diferença existente entre fundamentação e motivação, apontando o que são propriamente os fundamentos da sentença,¹⁷ distinguindo-os de seus motivos, etapa idealmente anterior no processo lógico-sentencial. Este início lança luz sobre a já referida “fundamentação atrás da fundamentação”, decompondo a noção clássica de fundamentação em dois elementos distintos.

Em seguida, pretendeu-se demonstrar a importância da motivação judicial, sob o prisma da atualidade, desenhando os limites, ainda que custosamente divisíveis, da liberdade de atuação dos julgadores. Liberdade, esta, note-se, que esbarra nas garantias das partes, entre elas a de obter não só tutela judicial, mas que seja esta devidamente motivada, nos termos dos comandos da legislação pátria, em todas as esferas jurisdicionais, buscando as raízes do dever de expor os motivos das decisões. Nesse âmbito, transparece a imparcialidade judicial como garantia a ser assegurada às partes, cuja verificação impõe, inexoravelmente, a análise da fundamentação decisória.

Passa-se à análise de figuras judiciais paradigmáticas, esmiuçando como esses “juízes históricos” motivavam suas decisões, como legitimavam o exercício de sua função perante a sociedade de sua época – se é que o faziam.

O Direito Romano é o ponto inicial do exame, mais precisamente o *iudex unus*, a forma de sua escolha e sua atuação. Após, analisa-se o período anterior e o imediatamente após a Revolução Francesa, tecendo o contexto político-social da época e as dificuldades da

¹⁷A acepção utilizada ao longo do trabalho do vocábulo sentença é bastante ampla. Não abarca a visão já superada como ato do juiz que encerra o *processo* (rectius: procedimento) de primeiro grau, mas sim de que é “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei”, conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo 162 do Código de Processo Civil. Ou seja, o que define a sentença é o seu conteúdo. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 2. p. 561-562. Na lição de Cássio Scarpinella Bueno, ainda assim, não se considera como sentença “a decisão que exclui litisconsorte do processo (art. 267, IV ou VI); que rejeita liminarmente reconvenção ou pedido incidental de declaração (art. 267, IV ou VI); que rejeita liminarmente a denúncia da lide, com a mesma ressalva anterior (art. 267, IV ou VI); a que homologa a desistência parcial da ‘ação’ (art. 267, VIII) ou o reconhecimento parcial do pedido pelo réu (art. 269, II) ou a renúncia parcial, pelo autor, do direito sobre o que funda a ‘ação’ (art. 269, V). Em todos esses casos, a decisão é interlocutória nos precisos termos do art. 162, par. 2º.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 327-328. O vocábulo também é utilizado ao longo do presente estudo como sinônimo de *decisão*, ainda que Colegiada.

função judicial em tempos tão conturbados. Procede-se, então, ao estudo dos juízes na Alemanha Nazista e no Pós-Guerra, esmiuçando algumas de suas decisões, impregnadas da ideologia do nacional-socialismo, mesmo após a vitória dos Aliados. Encerra o capítulo a análise do realismo norte-americano, movimento este que, na visão de alguns de seus doutrinadores, encara a função judicial e a origem dos provimentos judiciais com viés extremadamente subjetivo, valorizando sobretudo o indivíduo julgador e o aspecto pessoal do momento decisório.

O contexto histórico aponta determinismos atinentes ao exercício da função judicial, bem como a possível formulação de um perfil de juiz, em cada uma dessas épocas. É certo que, no momento em que se está diante de um regime totalitário, tal qual o nazista, a influência ideológica sobre a mente dos juízes é tão impressionante quanto duradoura. Também é preciso afirmar que o realismo jurídico norte-americano só poderia evoluir dessa forma em ambiente de maior liberdade e de proteção aos interesses individuais, caso dos Estados Unidos no final do século XIX e início do século XX. Ao término do capítulo, enfrenta-se o tema da fundamentação na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, destacando o seu caráter legitimador da função judicial.

Prossegue o estudo apresentando, no segundo capítulo, exame abrangente dos diferentes motivos decisórios empregados pelos magistrados, em rol não exaustivo. Tendo enfrentado previamente o panorama legalista-formal que rege a matéria e a ação do julgador, adentra-se o elemento primordial da fundamentação, ponderando a subjetividade por trás das decisões. A questão revela-se delicada, pois é impossível o esgotamento da matéria do que pode nortear a opção judicial por determinado caminho, ao invés de outro possível.

Efetua-se diferenciação entre os motivos que são ou não passíveis de controle *jurídico*, de forma mais ou menos rudimentar, pois difícil (ou talvez impossível) a existência de um motivo que seja *puro*. Tudo dentro do elenco tipológico motivacional proposto, que relaciona motivos ideológicos, conscientes, inconscientes, históricos, entre outros, com enfrentamento crítico de estudos recentes sobre a matéria. Observa-se, também, a motivação nos pleitos liminares, como a racionalidade inerente ao bom exercício do cargo e da função de julgador.

Encerrando, no terceiro e último capítulo, acha-se o apuro crítico efetuado sobre a problemática da “fundamentação atrás da fundamentação”, sob o ponto de vista da *praxis* jurídica. Existindo dois elementos diversos componentes do provimento jurisdicional, motivos e fundamentos, analisa-se as consequências do não-cumprimento do dever elementar do juiz de fazê-los constar de suas decisões, bem como o ferramental disponível para o

controle, ainda que limitado, dos verdadeiros elementos motivacionais do *decisum*. Também não se deixa de questionar, sob o ponto de vista da *legitimidade* das decisões judiciais no Brasil de hoje, a necessidade de constarem das decisões todos os motivos que forem possíveis de ser reconhecidos pelo julgador, ao longo de seu raciocínio decisório.

Inescapável, no derradeiro capítulo, propor crítica substancial a consensos jurisprudenciais estabelecidos em torno da temática enfrentada, com o fito de reabrir o debate acerca de determinadas categorias jurídicas, bem como de revalorizar o papel fulcral desempenhado pela garantia de fundamentação das decisões judiciais, constitucionalmente assegurada.

CAPÍTULO I - O JUIZ E O ATO DE JULGAR

O que é o juiz, se não a pessoa na qual todo um corpo organizado de cidadãos deposita as suas esperanças de obter pronunciamento jurídico especializado o mais justo e o mais (legalmente) previsível possível? E o que é o ato de julgar¹⁸, se não aquele de escolher, entre as mais diversas e quase infinitas opções existentes, aquela que, de acordo com o tirocínio do julgador, lhe parece mais acertada? Será possível jungir dois aspectos tão diferentes, humanidade e previsibilidade, em uma só função?

As questões *supra* são indagações já anciãs, todavia, até a presente data, sem resposta satisfatória. Peter Stein aponta que os juristas romanos já debatiam sobre tema muito similar ou idêntico, isto é, sobre as duas características esperadas, *lato sensu*, do Direito: “certeza e racionalidade de um lado, e uma solução satisfatória do caso individual de outro.”¹⁹ O julgador, *pessoa* que é, não pode ser transformado em ser autômato, em uma caricatura desumanizada²⁰ de si próprio – isto é tão indesejado quanto impossível, assim demonstra a experiência histórica. A grande questão é elaborar a humanidade judiciária, não a reduzindo a uma mera máquina de cálculo estatístico (ou a uma “máquina de subsunções”²¹), mas também a limitando, para que o processo não redunde em uma total arbitrariedade de cada juiz. Para o paradigma tradicional, registra Alejandro Nieto, “o juiz ideal é o juiz ‘estéril’, ou seja, carente de sentimentos e de imaginação: uma máquina que se limita a pronunciar com fidelidade gramofônica as palavras da lei sem interferência pessoal alguma (...).”²² Nessa mesma linha, é indesejável o juiz “asséptico”, que profere decisões sem qualquer representação de sua

¹⁸“Julgar é deslindar [...]. O termo abrange uma gama de significados [...]. Primeiramente, no sentido fraco, julgar é opinar; expressa-se uma opinião a respeito de alguma coisa. Num sentido um pouco mais forte, julgar é avaliar; introduz-se assim um elemento hierárquico que expressa preferência, apreciação, aprovação. Um terceiro grau de força expressa o encontro entre o lado subjetivo e o lado objetivo do julgamento; [...]. Por fim, num nível mais profundo, [...], o julgamento procede da conjunção entre entendimento e verdade: o entendimento que considera o verdadeiro e o falso; a vontade que decide. Assim, atingimos o sentido forte da palavra julgar: não só opinar, avaliar, considerar verdadeiro, mas, em última instância, tomar posição. É desse sentido usual que podemos partir para chegarmos ao sentido propriamente judiciário do ato de julgar.” RICOEUR, Paul. *O justo I: a justiça como regra moral e instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 175-176.

¹⁹STEIN, Peter. Interpretation and legal reasoning in roman law. *Kent Law Review*, Chicago, v. 70, p. 1556, 1994/1995. Apontou, talvez, Stein, que a racionalidade não serve inteiramente à satisfação da parte em relação ao seu direito, por se tratar de um critério subjetivo, e não objetivo, tal qual a razão.

²⁰“Encomendar a um homem a tremenda missão de julgar, e depois dizer-lhe como deve julgar, parece um paradoxo ou um sarcasmo; não é mecanizá-lo, ou automatizá-lo; é algo pior: é desumanizá-lo.” MELENDO, Santiago Sentís. Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 63, n. 462, p. 11-22, abr. 1974.

²¹BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte de direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1977. p. 12.

²²NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000. p. 162.

peessoa, levando em consideração exclusivamente o órgão que integra, segue procedimentos uniformizados e repetitivos.²³ Não passa de um burocrata que, não resta dúvida, não legitima sua função ao assim exercê-la.

Em diversos casos, não é de se analisar com lupa, mas sim com microscópio, em quais parâmetros jaz o fiel da balança. A dificuldade só aumenta com a passagem do tempo e a crescente complexidade das relações humanas e, conseqüentemente, do Direito, tendo-se visto que o ideário Racionalista, ao aplicar princípios matemáticos ao Direito, não criou nenhuma solução definitiva; na verdade, só fez surgir outra gama de problemas.²⁴ Nesse âmbito, J. J. Calmon de Passos aponta que existe, no tempo presente, o surgimento de um processo novo assentado sobre novos princípios, em especial o da “superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada”.²⁵ Mauro Cappelletti registra:

A conclusão deste estudo inclina-se, assim, no sentido de que se de um lado impõe-se preservado intenso grau de autonomia dos juizes, esta autonomia não deve ser ‘fechada’, mas sim ‘aberta’ às instâncias da sociedade. [...]. Justamente para remediar o risco da clausura corporativa, particularmente ameaçador numa magistratura de carreira, deve-se adotar, por isso, os instrumentos normativos, organizativos e estruturais que possam tornar a autonomia dos juizes aberta ao corpo social e, assim, às solicitações dos ‘consumidores’ do supremo bem que é a Justiça.²⁶

Quanto à supracitada palavra “mito”, aplica-se perfeitamente ao caso, já que é impraticável esperar de um ser humano, como aqueles que ele julga, que tenha neutralidade *absoluta*, o que resultaria em tremenda apatia ou irracionalismo.²⁷ O juiz, na sua função, sempre vai emitir, no final de sua atuação, o seu *sentir*²⁸ sobre o caso em tela, devidamente

²³ SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 102/103.

²⁴ Não é crível que só problemas surgiram do ideário de pensadores como Christian Wolff. Os princípios matemáticos não podem ser aplicados *irrestritamente* e considerando que o Direito é uma simples e mera equação de aplicação da legislação vigente. Entretanto, o princípio da não-contradição de Wolff é essencial e indispensável ao raciocínio judicial, devendo este seguir uma cadeia lógica de premissas e conclusões, não sendo permitido nenhum tipo de “salto” conclusivo, omitindo os passos de seu convencimento. Sobre o tema dos estudos de Wolff, em particular sobre os princípios matemáticos: HETTICHE, Matt. *Christian Wolff*. 2006. Stanford encyclopedia of philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/wolff-christian/>>. Acesso em: 5 abr. 2009.

²⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ana Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 83-97.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 92-93.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 92.

²⁸ Como assinalava Piero Calamandrei, conforme CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista*

fundamentado, é claro, mas, verdadeiramente uma “opinião” daquele juiz em particular. A diferença da “opinião” de um julgador para a de um outro jurista é de que aquele primeiro é o legitimado para emitir o julgamento e que seu posicionamento, ao contrário de todas as outras, tem força vinculante.

É manifesto que outro juiz poderia *sentir* aquela situação e as provas apresentadas de uma forma diferente, daí a dificuldade da expectativa de comportamento mecânico e automático de um ser humano. Além do mais, é evidente que todo juiz (ao menos deveria) deseja(r) o desfecho justo de um processo. Eduardo Couture assinala que “embora pretenda todo intérprete ser absolutamente neutro, não pode sê-lo. Sua operação não é matemática, nem geométrica. É um ato vital e, por isso, estará carregado, inconscientemente, de tais volições.”²⁹

O ato de julgar é extremamente complexo. Não é de se surpreender que, outrora, estivesse vinculado à função muito mais religiosa³⁰, pois suas características inerentes lhe conferem um quê de sobrenatural e de divino. Contudo, modernamente³¹, não resta dúvida quanto à humanidade de sua função, cabendo investigá-la mais a fundo. No contexto atual da decisão judicial há que se admitir que o julgador exerce rol de protagonista³², dada a grande importância da interpretação dos fatos e da lei atinentes ao caso. Pondera Ricardo Luis

de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, trad. de Athos Gusmão Carneiro, v. 13, p. 1. 1978. Na mesma linha, diz Benjamin Cardozo: “In this mental background every problem finds its setting. We may try to see things as objectively as we please. None the less, we can never see them with any eyes except our own.” CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New York: Dover Publications, 2005. p. 9.

²⁹ COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 9.

³⁰ “Os gregos tinham um modo especial de designar os magistrados: diziam *ohi ei télei*, o que literalmente significa “os que são destinados a realizar o sacrifício”, expressão antiga, que revela a ideia que primitivamente se tinha do magistrado. [...]. Sacerdócio, justiça e comando confundem-se na mesma pessoa. O magistrado representa a cidade, associação pelo menos tão religiosa como política.” COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 196.

³¹ Como bem assinala Barbosa Moreira, a maioria dos ordenamentos processuais contemporâneos consagrou, de forma expressa, o dever de motivar a sentença, havendo países, como o Brasil, que essa exigência ganhou status constitucional. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. In: _____. *Temas de derecho procesual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108. Nessa esteira, podemos citar como exemplos o art. 218.2 da Ley de Enjuiciamiento Civil (Espanha): “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, ajustando-se siempre a las reglas de la lógica y de la razón.” No Código de Processo Civil português o art. 659.2 e 659.3 exigem a presença dos *fundamentos* da sentença, sob pena de nulidade, nos termos do art. 668.1, “b”. No Code de Procedure Civile francês, encontra-se a mesma exigência no art. 455, referindo o comentarista que *le jugement doit être motivé*. GUINCHARD, Serge. *Méga nouveau code de procédure civile commenté*. Paris: Dalloz, 2001. p. 452-453. Na mesma esteira, afirma Adrien Lentiampa Shenge: “é a quase totalidade dos códigos de processo penal que obriga o juiz a motivar sua decisão a partir de diferentes elementos e argumentos expostos durante o debate estabelecido sob o contraditório, sob o risco de invalidação do julgamento”. SHENGE, Adrien Lentiampa. *Paul Ricoeur: la justice selon l'espérance*. Bruxelas: Lessius, 2009. p. 310. Taruffo também destaca que esse dever do juiz está consagrado em diversos ordenamentos jurídicos, por vezes em nível constitucional e, mesmo quando não assegurada por lei, a garantia fundamental da motivação se consolidou como prática dos tribunais. TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 267.

³² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. São Paulo: RT, 2009. p. 169.

Lorenzetti, questionando quais são os limites dessa função: “pode o juiz dar um sentido subjetivo [à lei], ou deve respeitar os parâmetros objetivos? Onde encontra-se esses limites? A segurança jurídica pode ser afetada por uma aplicação casuística e subjetiva do direito?”³³ A resposta não se apresenta fácil.

A complexidade do ato decisório não só está vinculada à dificuldade envolvida em todo e qualquer processo de escolha, mas também porque se trata de uma opção de *autoridade*. Em outras palavras, a escolha operada pelo julgador é processo decisório complexo, pois deve ponderar não somente no que previamente ocorreu como sobre o que se passará após sua decisão, vinculadora das partes. Bem refere Hans Georg Gadamer³⁴ que a *Aufklärung* determinou um tipo de preconceito contra a noção de autoridade, uma verdadeira deformação de tal entendimento, opondo-o à ideia de razão e liberdade, como uma forma de “obediência cega”.³⁵ Pontua o autor alemão que

a essência da autoridade não é isso. Na verdade, a autoridade é, em primeiro lugar, uma atribuição a pessoas. Mas a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em seu juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo. Isso implica que, se alguém tem pretensões à autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser alcançada. [...]. Seu verdadeiro fundamento é, também aqui, um ato da liberdade e da razão, que concede autoridade ao superior basicamente porque este possui uma visão mais ampla ou é mais experto, ou seja, porque sabe melhor.³⁶

Mutatis mutandis, aplica-se essa lição à função judicial. O juiz tem um poder que lhe é atribuído em razão de seu conhecimento, demonstrado através da participação em concurso público ou, em caráter excepcional, através de indicação presidencial, em casos específicos. O mesmo autor também pontua que “o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à noção de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que em princípio pode ser compreendido.”³⁷ “Em princípio”, bem refere o autor, pois, no caso da decisão judicial, somente após a verificação da *ratio decidendi*, exposta através da plena fundamentação, é que se perceberá se, de fato, aquele comando não é um arbitrariedade, mas sim uma decisão calcada nos melhores parâmetros racionais aos quais podem estar vinculados os jurisdicionados.

³³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. São Paulo: RT, 2009. p. 169.

³⁴ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. v. 1. p. 370.

³⁵ *Ibid.*, p. 371.

³⁶ *Ibid.*, p. 371.

³⁷ *Ibid.*, p. 371.

Eis que surge a indispensabilidade de motivação das decisões judiciais. Tal direito fundamental está assegurado na Constituição Federal de 1988, de forma expressa, em seu artigo 93, inciso IX. No entanto, ainda que não constasse de forma expressa, poderia ser deduzido de outros trechos da referida Carta, como, por exemplo, de trecho de seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, *constitui-se em Estado Democrático de Direito* [...]”

Portanto, cabe salientar que o processo configura-se como um instrumento moderno de efetivação da democracia³⁸ e preservador do Estado Democrático de Direito³⁹, por isso estando sujeito aos controles e obrigações propostos. Seria um verdadeiro disparate a existência de sentenças arbitrárias em verdadeira democracia, pois “o arbítrio é incompatível com o ato de julgar num Estado Democrático”.⁴⁰ Nenhum dos poderes está isento, em uma democracia, de revisão, de enfrentamento, de escrutínio, que não pode ser efetuado, em relação ao juiz, “senão pela análise racional, lógica, mas inteira, dos fundamentos da decisão.”⁴¹ E tudo isso

³⁸A democracia vista de uma perspectiva moderna, assinalando que “no caso de um regime constitucional ou, de qualquer forma política, o ideal de justiça processual perfeita não poderá ser realizado. Possivelmente, o melhor de todos os sistemas só poderá assegurar, no máximo, uma justiça processual aproximada da ideal e obviamente processualmente imperfeita.” BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 192. Refere ainda o mesmo estudo que a democracia possui como “princípios essenciais a garantia dos direitos fundamentais do homem, a defesa da valorização do indivíduo e da personalidade humana integrada e a tolerância política assecuratória de uma sociedade compromissada em respeitar ideias políticas opostas com a finalidade de alcançar soluções pacíficas para seus embates”. *Ibid.*, p. 193. Ou seja, a ideia fundamental da democracia reside na liberdade e na dignidade da pessoa humana, sopesando princípios dentro de uma ordem jurídica previamente constituída. E assim deve ser o resultado do processo judicial, levando em conta, sempre, seu resultado externo, mas nunca deixando de apreciar a obrigatoriedade de preservação do indivíduo, para que não seja esmagado pela coletividade ou pela incansável máquina estatal. Diz Julián Marías, com acuidade: “A democracia é em nossa época o único sistema de governo que pode ser legítimo. [...] Ora, a democracia tem ‘condições de existência’; tem de ser possível, e uma imensa parcela do mundo atual não a pode possibilitar; não basta ser possível, tem de realizar-se; isto é, tem ‘requisitos’, que se cumprem ou não, e em diversos graus. Se faltam, a democracia é imperfeita, deficiente, pode chegar a ver-se pervertida, a transformar-se num instrumento de opressão, como já viu Aristóteles. Se não se acha inspirada pelo liberalismo, a democracia não é verdadeira; se nela se introduz o espírito totalitário, sua perversão é total. [...] Os países que gozam de uma democracia efetiva têm o dever de cuidar dela, de mantê-la fiel a suas funções próprias, sem transbordar nem degenerar em opressão.” MARÍAS, Julián. *Tratado sobre a convivência*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 207-210. Sobre o mesmo tema, aprofunda Aharon Barak afirmando que a democracia é um “conceito normativo complexo”, lastreado em dois aspectos fundamentais, um de cunho formal, que é a soberania do povo, com todas as garantias inerentes, e outro de viés material, que são os valores característicos fundamentais da democracia, como separação dos poderes, independência judicial e outros princípios elementares dos quais se deduzem ainda outros. BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 23.

³⁹“A motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, anterior, portanto, à letra da norma constitucional que a refira expressamente.” NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 215.

⁴⁰FORSTER, Nestor José. *Direito de defesa*. São Paulo: LTr, 2007. p. 242.

⁴¹GASPAR, António Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea. *Julgar*, Coimbra, n. 1, Coimbra Editora, p. 29, jan./abr. 2007.

somente se verifica através da análise, em detalhe, da porção motivacional da sentença,⁴² para que se determine, dentre outras coisas, a efetiva *imparcialidade* do magistrado. Verificada sua existência, é certo que vasta gama de problemas já se coloca como resolvida.

Afinal, a imparcialidade é um dos corolários da democracia constitucionalmente estabelecida. Sem a devida imparcialidade, a justiça não é cega e o fiel da balança pende para o lado que desejar o magistrado, sem a devida atenção à lei e às provas do caso.

Adicionalmente, evidencia-se de plano a conexão do princípio da motivação das decisões judiciais a outros princípios do processo, tais como o contraditório⁴³, o duplo grau de jurisdição, entre outros.⁴⁴ Ora, o contraditório é *princípio diretor do processo*⁴⁵, devendo os atos judiciais sempre voltar-se na direção dele; por isso, deve o juiz conceder vista à parte contrária de documento novo, e também alertar a parte onerada em caso de inversão do ônus da prova⁴⁶. A respeito do duplo grau jurisdicional, registre-se que a motivação é o *degrau de acesso* à instância superior. Só a decisão devidamente motivada é que permite a interposição de recurso⁴⁷ com efetiva presença do contraditório, pois aquele recorrente arrazoará seu apelo com base em *verdadeiros* motivos judiciais.⁴⁸

⁴² USTÁRROZ, Daniel. A democracia processual e a motivação das decisões judiciais. In: PORTO, Sérgio Gilberto. *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 135.

⁴³“O processo é um ‘lugar’ no qual a dialética ocupa largos espaços e constitui um importante fator dinâmico. Em qualquer caso, verdadeiramente, a decisão judiciária pode ser entendida como o resultado final de uma complexa interação dialética nas quais participam diversos fatores. As principais dimensões dialéticas do processo e da decisão são duas. A primeira diz respeito à dialética das relações entre as partes, que os processualistas hoje chamam de ‘contraditório’”. TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *REPRO*, São Paulo, v. 32, n. 143, p. 73, jan. 2007.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 165.

⁴⁵CADIET, Loïc. (Org.). *Dictionnaire de la justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 271.

⁴⁶Em que pese o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o momento mais propício para esta inversão é no saneamento do processo, oportunizando à parte então incumbida o tempo e os meios necessários para que exerça seu direito constitucionalmente garantido de produzir prova. Bem assinala Luís Alberto Reichelt que, enquanto a adoção dessa estrutura dinâmica seja possível e até desejável, diante da realidade de determinados casos, deve-se atentar para a dificuldade da empreitada. É necessário que se ofereça às partes um mínimo de previsibilidade, para que a decisão final produza-se em absoluta sintonia com o “espírito dialético próprio dos fenômenos processuais.” Para isso, basta informar às partes, no “transcorrer da marcha processual, dos critérios que serão utilizados para fins de julgamento no caso de dúvida quanto à veracidade ou não de determinada alegação.” REICHEL, Luís Aberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 351. Nesse mesmo sentido: CARPES, Arthur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 39 e 48.

⁴⁷ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000. p. 163.

⁴⁸“Se o dever de motivar é consagrado constitucionalmente e também na legislação infraconstitucional de cunho processual, qual o fundamento a justificar a sua imposição em julgados? É que, com a adoção do sistema de livre convencimento, há a necessidade de estabelecer parâmetros para, garantindo o poder do juiz na busca da verdade real, limitar o eventual arbítrio que poderia surgir da falta de motivação, não sendo demais lembrar ainda, que os destinatários da motivação não são somente as partes, os seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública. Assim, ao contrário do que se poderia imaginar, quanto maior o conteúdo discricionário da decisão, mais necessária é a motivação, especialmente para que se possa aquilatar se o juiz usou bem ou mal a liberdade que lhe foi conferida. Serve a motivação, mais do que isso, para que o órgão ad quem possa verificar quanto à necessidade de reforma ou manutenção do decisório. Só a aferição das razões

Assim, é relevante o estudo, no ato de julgar, de seu aspecto motivacional, pois só é possível vincular o cidadão, na verdadeira democracia, à decisão motivada, não existindo espaço para o comando arbitrário. Também é o momento, no curso do processo, no qual pode ser capturada a essência do julgamento, o porquê de seu deslinde e verificada a imparcialidade judicial.

Ao longo deste capítulo, desenvolver-se-ão essas ideias, estabelecendo a base essencial do estudo e, assim, permitindo o prosseguimento e aprofundamento da análise dos motivos decisórios.

1.1 O QUE É A MOTIVAÇÃO JUDICIAL?

Poucos estudos foram encontrados que realmente *definem* o que vem a ser a motivação judicial. Deixam, assim, importante lacuna acerca do tema. É indiscutível, de outro lado, que a motivação é elemento essencial da decisão judicial,⁴⁹ mas não se debate o seu conteúdo, restringindo-se parte da doutrina tão somente a analisar o que ocorre quando não há qualquer fundamentação, ou, ainda, analisando a fundamentação *per relationem*.

Há possibilidade de que a dificuldade em torno da dita “*formação interna da sentença*”⁵⁰ e da ausência de clareza direcionando o magistrado no momento sentencial sobre o que é (ou deveria ser) o raciocínio judicial, também evoque barreira a mais apurada compreensão desse conceito.

Ensina Michele Taruffo⁵¹ que a motivação é *elemento* “estrutural necessário dos

constantes da sentença permitirá dizer se ela deriva da lei ou do arbítrio do julgador. A motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram.” BRASIL. STJ. 6ª. Turma. HC 111.049/MG. Rel. Min. Jane Silva (convocada), j. 05.02.2009, DJe 02.03.2009. Conclui-se, pois, que não só a ausência de motivação, como a motivação deficitária pode viciar o ato decisório. Isto decorre logicamente da ideia segundo a qual as conclusões só são claras quando decorrem de razões fundamentadas.

⁴⁹Para Lessona, só através da fundamentação é que se exerce o controle da atividade jurisdicional, verificando se o julgador decidiu segundo *allegata et probata*, vedada a utilização do “conhecimento particular do juiz”. LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 364.

⁵⁰RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 7. ed. Navarra: Thomson – Aranzadi, 2007. p. 430. Afirma o autor que a sentença é uma “operação intelectual e uma expressão de vontade”, mas não só isso, já que a porção intelectual e de vontade estão formente vinculadas às garantias e deveres do cargo, bem como ao regramento jurídico-constitucional aplicável. *Ibid.*, p. 427.

⁵¹Sempre atentos ao alerta do autor, que afirma que a determinação em concreto do significado próprio da motivação é extremamente mais complexo do que a análise que ele própria efetua, pois a motivação envolve diversas hipóteses, mormente a presença de fatores argumentativos dentro do contexto lógico judicial. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 118.

provimentos jurisdicionais”⁵², podendo ser vista como um discurso justificativo da decisão judicial “institucionalmente atribuído”.⁵³ Logo, ela deve ser encarada levando em conta a sua estrutura peculiar, utilizada como ponto de referência para a verificação do cumprimento de necessidade justificatória da decisão.⁵⁴ Ela “fornece os meios para confrontação do acto de julgar com os respectivos pressupostos, permitindo a construção da base do escrutínio.”⁵⁵ A objetividade com a qual Carl Mittermaier define o que vem a ser *sentença motivada* também auxilia na elaboração do conceito de motivação: “a sentença motivada outra coisa não é que o produto controlável de uma operação lógica.”⁵⁶

Definitivamente, a motivação não se confunde com a mera listagem das provas que convenceram o julgador, devendo demonstrar sua *ratio*, o que implica não só retirar uma conclusão fundamentada dos fatos provados, mas também de plasmar naquele momento *o iter formativo da convicção*, determinando quais são os elementos probatórios que considerou e como eles o conduziram à sua convicção.⁵⁷ É a representação e a documentação do *iter* lógico-intelectivo, representando o momento no qual os motivos intrínsecos do juiz tornam-se extrínsecos, públicos e expostos em definitivo à avaliação das partes e da população.⁵⁸ Nelson Nery Jr. utiliza o vocábulo *fundamentar*, afirmando que “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir daquela maneira.”⁵⁹

A motivação é a demonstração dos meandros do raciocínio do juiz, do início ao fim, quando analisou a prova constante dos autos e as alegações das partes. Não pode haver uma simples indicação da prova que o convenceu, conectando-a a uma determinada legislação ou precedente e, *presto*, motivada está a decisão. Com certeza, o correto exercício de sua função o obriga a demonstrar seu raciocínio, já que, no chamado *livre convencimento do juiz*, que é o princípio vigente no ordenamento jurídico pátrio, pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que apresente os respectivos motivos.⁶⁰

⁵²TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 457-458.

⁵³Ibid., p. 112.

⁵⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 86.

⁵⁵GASPAR, António Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea. *Julgar*, Coimbra, v.1, p. 29, jan./abr. 2007.

⁵⁶MITTERMAIER, Carl. *Teoria della prova nel processo penale*. Milano: Sanvito, 1858 apud LANZA, Luigi. *La motivazione dei provvedimenti giudiziari*: sessione II: la patologia della motivazione. Disponível em: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10609.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

⁵⁷SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal civil*. Tomo I. 2. ed. Madrid: COLEX, 2007. p. 528-529.

⁵⁸LANCELLOTTI, Franco. Verbete sentença civil. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957. v. 16. p. 1118.

⁵⁹NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 218.

⁶⁰Ibid., p. 217-218. No mesmo sentido, a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “O livre convencimento, como

A porção motivacional da decisão judicial é reveladora do pensamento do juiz, tornando possível caracterizá-lo; se faz juízos de cunho meramente ideológico, se leva em alta consideração o dispositivo legal aplicável, se ele dá mais valor à função criativa do direito, entre outras possibilidades.⁶¹ Essencialmente, a motivação demonstra não só se o magistrado enfrentou os argumentos das partes⁶² e valorou a prova⁶³, mas também fornece elementos para a verificação, em concreto, de sua imparcialidade.⁶⁴ Nessa medida, indispensável a clareza de sua comunicação às partes, para que possam “compreender a razão, o sentido e o conteúdo do seu julgamento.”⁶⁵

A motivação não é o espaço para uma simples “reconstrução histórica”, mas sim para uma *reconstrução lógica*, pois o livre convencimento⁶⁶, ao qual está submetida a motivação, “não é um mandato aberto, mas um princípio objetivo, vinculado ao ordenamento e às leis da lógica [...]”⁶⁷. A inevitável comparação com o historiador, preconizada por Calamandrei⁶⁸,

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.” E prossegue: “Em síntese: a) ainda que livre, o convencimento do juiz deve ser racional e não emocional; b) ele deve necessariamente resultar do material colhido nos autos do processo; c) o juiz tem o dever de justificá-lo ao motivar a decisão; d) em certos casos, o valor da prova é dimensionado pela lei e não pelo juiz. Segue-se que no direito atual o juiz valora livremente a prova, mas não tão livremente assim.” Finalmente, conclui, com grande propriedade: “Sem as exigências de racionalidade e atenção exclusiva aos elementos de convicção constantes dos autos, e sem ser necessária a motivação onde o juiz demonstre ter observado essas exigências, a regra do livre convencimento seria porta aberta ao arbítrio (Pontes de Miranda). Nesse contexto de limitações à liberdade de convencimento do juiz (racionalidade, vinculação aos autos e dever de motivação) reside o fator que a compatibiliza com os fundamentos da garantia constitucional do *due process of law*.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3. p. 105-107.

⁶¹LIRA, Gerson. *A motivação na valoração dos fatos e na aplicação do direito*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2006. p. 34-35.

⁶²O entendimento uníssono da jurisprudência e de boa parte da doutrina é de que o magistrado não é obrigado a enfrentar *todos* os argumentos das partes, mas sim que fundamentadamente sua decisão, apontando uma conclusão firme e clara. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 2. p. 582. A exposição da causa se dá em tese (pelo autor) e antítese (pelo réu), que serão analisadas pelo juiz em análise crítica determinando sua resolução. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 353.

⁶³BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 354.

⁶⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 87.

⁶⁵GASPAR, António Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea. *Julgar*, Coimbra, v. 1, p. 29, jan./abr. 2007.

⁶⁶Referido princípio das decisões judiciais possui conceituação extremamente delicada, cuja perspectiva de Juan Salaverría é fundamental. Ele analisa que a fórmula do livre convencimento pode encontrar diferentes classificações, a partir do ponto de vista gnoseológico, político-ideológico e técnico jurídico. Todas perspectivas fornecem uma vasta pluralidade de entendimentos do termo, sendo que, gnoseologicamente, “por detrás de uma fórmula aparante inalterada, circularam uma multitude de interpretações: desde o iluminismo – que era o suporte primeiro daquele critério – às concepções românticas e idealistas da prova; depois ao logicismo global da pandectística e do juspositivismo; mais tarde ao cientificismo do fim de século, por último a dimensão psicológica e psicoanalítica que tem servido de pano de fundo para o tema da decisão sobre os fatos no realismo jurídico americano.” As demais perspectivas também entregam conceitos díspares e múltiplos, a partir da polissemia dos termos ‘livre’ e ‘convencimento.’ SALAVERRIA, Juan Igartua. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 86/88.

⁶⁷KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 30.

contém diversas imprecisões, em especial aquela criticada por Couture⁶⁹, ao afirmar que o fim da pesquisa do historiador é a verdade real, enquanto que o juiz deve contentar-se com a simples *verificação* dos fatos, sem poder debruçar-se tão longamente sobre aquela matéria quanto se debruça o historiador. Outra diferença que, necessariamente, deve ser apontada é que, enquanto o historiador possui uma obrigação *moral*⁷⁰ de exercer corretamente sua

⁶⁸CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica I Argentina, 1945.

⁶⁹COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Aniceto Lopes, 1942. p. 283 Nobili também critica essa comparação, que só é correta quando a única questão em jogo é um resultado válido no plano gnoseológico. Mas este não é a única finalidade do processo, pois a busca do juiz está inexoravelmente conectada “aos fins eminentemente práticos do processo”, sendo que a prova processual, por exemplo, é um aspecto fundamental dessa atividade, já que não está tão somente vinculada ao plano de “puro juízo”, mas também à interferência procedimental da lei. NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 48. Taruffo aponta que os métodos do juiz e do historiador possuem semelhanças, mas que a indagação deve ser mais profunda acerca das instituições envolvidas em cada metodologia, no qual podem ser encontrados certos limites. É necessário aprofundar, refere, qual é o conceito de explicação do fato, para que possa ser feita uma análise do juízo de fato. Afirma o jurista italiano que a explicação do fato é constituída de dois momentos, da sua verificação e, outro, do raciocínio acerca daqueles fatos, verdadeira lógica. Analisar essa estrutura é clarificar a natureza dos elementos que compõem o esquema segundo o qual se realiza a reconstrução dos fatos. Diz: “Consistindo o juízo de fato na determinação dos valores de probabilidade indutiva da hipótese com base na evidência empírica utilizável, e resultando tais valores da conexão lógica em dois grupos de proposições, é perfeitamente admissível um controle formal sobre a congruência recíproca de tais proposições, expressa de modo objetivo de tal grau que confirma aquela hipótese.” Parece confirmada, para o autor, ao menos em linhas gerais, a similitude entre a atividade do historiador e do juiz. TARUFFO, Michele. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 22, p. 438-465, 1967. Calogero, muito antes de Taruffo, já havia reconhecido essa similitude, pois “assim como o historiador, o juiz tem, diante de si, o fato não como uma realidade já existente, mas como algo a ser reconstruído.” Em seguida, pontua que a atividade de ambos é idêntica quanto à gnoseologia do processo cognitivo. CALOGERO, Guido. *La logica del giudice*. Padova: CEDAM, 1937. p. 129. Nesse mesmo sentido, a atividade judicial, afirma Perfecto Andrés Ibáñez, “é assim uma actividade de carácter cognoscitivo através da qual se pretende obter o conhecimento empírico de qualidade sobre acções ou factos juridicamente relevantes. Por isso o processo é processo de conhecimento que se orienta idealmente no sentido da sucessão de trâmites que o constituem.” IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. A profissão de juiz, hoje. *Julgar*, Coimbra, v. 1, p. 37, jan./abr. 2007. Este último autor não estava efetuando comparação entre as duas funções, mas sua síntese da função judicial é adequada ao tema em análise. O magistrado busca conhecimento ‘de qualidade’, mas de natureza empírica, não científica; obtido no contexto de um processo legalmente preordenado. A distinção ente o historiador e o juiz não é, mesmo com todas essas críticas, nem remotamente infeliz. Estabelecendo relação com os modelos de constatação, conforme explicitados por KNIJNIK, 2007, passim, tão maior é a aproximação ente o juiz e o historiador quanto mais exigente for o modelo empregado. Isto por conta de que o magistrado deve, sim, ter apuro e cuidado com os fatos pregressos especialmente em matéria criminal, nos quais a apuração dos fatos pode conduzir à restrição maior da liberdade humana: o direito de ir e vir. A única ressalva é que, mesmo no modelo de constatação mais exigente, do processo penal indiciário, ele deve chegar a determinado fim em *razoável* tempo. Sobre os historiadores, não pende a *duração razoável do processo*.

⁷⁰BERLIN, Isaiah. Determinismo, relativismo e juízos históricos. In: GARDINER, Patrick (Org.) *Teorias da história*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 390-392. Cabe assinalar passagem do autor na qual, embora discorrendo sobre a função de historiador, poderia estar descrevendo a função judicial: “Segue-se que, para julgarmos com toda a justiça, devemos ter diante de nós todas as provas capazes; devemos possuir imaginação suficiente, noção bastante de como evoluem as instituições e de como agem e pensam os seres humanos, para assim nos ser possível compreender tempos e lugares, caracteres e situações bem diversas das nossas; para não nos deixarmos cegar pelo preconceito nem pela paixão, [...], é necessário que nos mantenhamos justos mesmo em face dos grandes batalhões.” Ibid. p. 399-400. No artigo mencionado *retro*, Calamandrei fala que o historiador pode escolher o tema histórico de sua paixão, enquanto o julgador está vinculado aos processos que lhe forem distribuídos. Entretanto, cuidado: o ato de julgar pode ser em si uma paixão, seja qual for o tema, o que, mais uma vez, só reforça a obrigatoriedade da mais completa motivação

função, pode-se dizer que o juiz possui uma obrigação *legal*. O espaço adequado para a história do processo está mais ligado ao elemento *relatório* da sentença do que propriamente à motivação, sendo óbvio e indiscutível que o primeiro elemento afeta diretamente o segundo, que deverá fazer a devida análise do que foi relatado.

Expostas essas noções, percebe-se certa dificuldade no uso dos termos *motivação* e *fundamentação*, que ora são utilizados de uma forma, ora de outra, pela doutrina e pelos tribunais⁷¹. O tema será abordado mais adiante e melhor aprofundado para a melhor compreensão da proposta da “fundamentação atrás da fundamentação”.

1.2 ANÁLISE DE FIGURAS JUDICIAIS PARADIGMÁTICAS

Estabelecidas as premissas básicas, é adequado e necessário o exame, ainda que breve, acerca de algumas figuras judiciais históricas, que podem auxiliar na compreensão do princípio da motivação; sem a pretensão de tracejar caminho único de sua história. Taruffo afirma que não é possível fornecer uma explicação unitária no plano histórico-político, dada a diferença das finalidades que os diversos legisladores parecem ter perseguido ao impor ao juiz a obrigação de motivar as próprias decisões.⁷²

Para alcançar tal finalidade, será empregada a premissa metodológica estabelecida por Misabel Derzi, do pensamento tipológico. A autora define tipo como “uma abstração

possível.

⁷¹No caso específico dos tribunais, seguidamente são usados esses termos como sinônimos. Como exemplo, seguem alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, bastante recentes, com o seguinte ementário: “Processual civil. Nulidade do acórdão por falta de motivação. Arts. 131, 165 e 458, II, do CPC. Não-ocorrência. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Termo a quo do prazo para embargos à execução fiscal. Garantia do juízo mediante penhora. Juntada do mandado. Recurso repetitivo. Art. 543-C do CPC. 1. Não há nulidade no julgamento se a fundamentação, embora concisa, for suficiente para a solução da demanda.” BRASIL. STJ. REsp 1.112.416/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 09/09/2009, ementa parcial). Ou, ainda: “Direito penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. 1. Dosimetria. Pena base. Fundamentação. Elementos concretos. Transporte para outro estado. Mais de duas toneladas. Exasperação justificada. 2. Direito à progressão. Pleito atendido na inferior instância. Pedido prejudicado. 1. O estabelecimento da sanção penal é uma operação lógica pautada pelo princípio da individualização da pena e do dever de motivação das decisões judiciais. Calcada a exasperação da reprimenda no fato de se promover transporte interestadual da droga e na expressiva quantidade de mais de duas toneladas de maconha, não se afigura excessiva a fixação da pena base em oito anos de reclusão.” BRASIL. STJ. HC 73.470/MS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/06/2009, DJe 01/07/2009, ementa parcial. Para parte da doutrina, também são sinônimos, como se vê em BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 353.

⁷²TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 320.

como o conceito, embora amplamente determinada”⁷³ que, justamente por se tratar de abstração, “há de colher não o indivíduo isolado, em sua ininteligível concretude, mas o que há de comum ou repetitivo em um grupo, selecionando as características relevantes [...]”⁷⁴

Ou seja, as figuras a serem perscrutadas, embora arbitrariamente escolhidas, não são individualizadas na pessoa deste ou daquele julgador histórico, e sim na de determinados *grupos* de juízes, que resultam na formação de perfis comuns. A forma como desempenharam suas funções judicantes é que lhes confere elevada importância e, ao fim de seu exame, será possível indicar a separação há muito existente entre motivos e fundamentos. A *fundamentação atrás da fundamentação* não é um fenômeno moderno, como se verá.

Ao fim desse rápido exame, comentar-se-á o entendimento de alguns dos realistas norte-americanos sobre o tema, o que, muito embora não represente uma única figura judicial ou determinado grupo de juízes, tenta demonstrar a humanidade inerente a todas as decisões judiciais na época atual.

1.2.1 O Direito Romano e o *Iudex Unus*

A figura do *iudex unus* é uma das mais interessantes e complexas da história⁷⁵ do direito processual romano clássico. Far-se-á um recorte histórico, com uma rápida introdução, a fim de estabelecer melhor compreensão do *iudex* e sua relação com o presente trabalho.

O procedimento romano, historicamente, inicia com o sistema das *legis actiones*,⁷⁶ pautado por características muito distintas, tais como a tipicidade e a extrema rigidez; *as ações se conformavam às palavras das próprias leis, conservando-se, por isso, imutáveis*

⁷³DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 91.

⁷⁴Ibid., p. 91. Com pertinência, afirma a autora: “O tipo comporta, então, flexibilidade estrutural, o que caracteriza sua abertura. Não obstante, no tipo há sempre notas, características, não necessariamente constantes em todos os objetos que abrange, mas que permitirão distinguir típico do atípico. [...]. Parece-nos que, pelo menos de acordo com a lógica aristotélica, o tipológico foge às características do pensamento científico conceitual clássico. O que importa é que (conceito ou não), tipo é o nome que se dá à ordem que, comparativamente, ordena objetos, segundo características nem rígidas nem flexíveis, em sistema aberto, graduável, voltado à realidade de valor e sentido.” Ibid., p. 91-92.

⁷⁵“O antiquíssimo costume das lides serem decididas por juízes privados tem sua mais clara confirmação no fato de que as XII Tábuas já conheciam o *iudex unus*.” MARTINO, Francesco de. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: CEDAM, 1937. p. 35.

⁷⁶Em época mais arcaica, como leciona Francesco de Martino, a noção de *iurisdictio* não era a mesma que mais tarde lhe atribuíram os romanos. Tratava-se, naqueles primórdios de Roma, de assunto de órgão sacerdotal e de caráter religioso, não jurídico: não era *ius dicere*. Ibid., p. 3.

como as leis mesmas.⁷⁷

Em primeiro momento, contudo, não existia a figura do julgador laico. A laicização surgiu somente após a introdução da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.⁷⁸ A bipartição do procedimento veio depois⁷⁹, separando o processo na fase *in iure*, perante o pretor, que detinha o *imperium*⁸⁰, da fase *apud iudicem*, perante o *iudex unus*. Essa estrutura se manteve durante o sistema das ações da lei, subsistindo no sistema formulário, com algumas alterações mais ou menos significativas⁸¹, como uma maior liberdade do *iudex unus* em relação à apreciação da prova no segundo momento, consequência provável da “flexibilização” de um sistema em relação a outro. Não se pode falar em abandono total de um sistema pelo outro, existindo verdadeira superposição⁸² de sistemas⁸³ no curso da história de Roma.

Segundo Carlo Augusto Cannata, o surgimento do processo formulário não se deu através da lei, inicialmente, pois “não havia reconhecimento legislativo (era puramente ‘pretório’) e, portanto, as sentenças pronunciadas por seus juízes não podiam ter relevância para o *ius civile*.”⁸⁴ O marco formal foi a promulgação da *Lex Aebutia*⁸⁵.

Nesse sistema, encerrada a fase *in iure*, o pretor elaborava uma *formula*, que fixava o objeto do processo e possuía uma estrutura básica pré-definida de juízos alternativos, na percepção do *iudex*, com base na comprovação das alegações (*si paret*), determinando ao réu consequências jurídicas desfavoráveis e benéficas ao autor, consequências estas também enunciadas no texto da fórmula. Caso contrário, se apurado pelo julgador a inexistência das

⁷⁷CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

⁷⁸*Ibid.*, p. 54.

⁷⁹MARTINO, Francesco de. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: CEDAM, 1937. p. 40.

⁸⁰*Ibid.*, p. 22.

⁸¹“Os procedimentos judiciais sob o processo formulário consistiam em duas partes, exatamente como nas *legis actiones*. A primeira parte, dos procedimentos diante do pretor, era conhecida como procedimento *in iure*, e o julgamento em si, ou procedimentos diante do *iudex*, era conhecido como *in iudicio*. O objeto dos procedimentos diante do pretor era para determinar o assunto (*litis contestatio*). Superada esta etapa, o pretor preparava a fórmula que nomeava um *iudex*, indicado pelo pretor, para julgar o caso, e dispunha as instruções necessárias para a condução dos depoimentos.” BURDICK, William L. *The principles of roman law and the relation to modern law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004. p. 638.

⁸²“Assim, não deve espantar que, ainda vigente o período arcaico das *legis actiones*, com ela conviveriam, inicialmente, procedimentos formulários paralelos, então excepcionais.” KNIJNIK, Danilo. *Desenvolvimento histórico do processo civil romano e a regra do ônus probatório*. Artigo apresentado na disciplina de História do Processo Romano. Faculdade de Direito – USP. Jun. 1999. p. 8. Nesse mesmo sentido: *The aebutian law permitted, but did not make compulsory, the use of the formulary procedure*. RADIN, Max. *The date of the lex aebutia*. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 22, p. 141, 1947/1948.

⁸³“O processo formulário nasce no vigor das *legis actiones*, como alternativa mais moderna – menos formalística, mais ágil e funcional.” CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*. Torino: Giappicheli Editore, 1982. p. 46-47.

⁸⁴*Ibid.*, p. 47.

⁸⁵DUCOS, Michèle. *Roma e o direito*. São Paulo: Madras, 2007. p. 118.

alegações do autor (*si non paret*), competia a ele absolver o réu.⁸⁶ Esse condicionamento da atuação do *iudex* se dava através de quatro *partes formularum*.⁸⁷ São elas: a *demonstratio*, indicadora da natureza da ação, a *intentio*, que aponta o pedido do autor, a *adjudicatio*, permitindo ao juiz adjudicar a coisa em questão a um dos litigantes como nos casos de partilha entre herdeiros e, por fim, a *condemnatio*, que permitirá ao *iudex* condenar o réu, se assim lhe parecer cabível ou, caso contrário, a absolvê-lo.⁸⁸

O problema principal, aqui, diz respeito ao próprio termo *iudex* e sua adequada tradução para os dias de hoje, sendo um equivalente distante do vocábulo *juiz*.⁸⁹ Seria o *iudex unus* realmente um juiz (julgador da lei), um júri⁹⁰ (julgador dos fatos), um árbitro, ou algo mais?⁹¹ Não existia nenhum servidor ou magistrado conhecido dos romanos que tivesse os mesmos deveres que atualmente pertencem ao juiz.⁹² Na realidade, afirma John Henry Merryman, o *iudex* não era um “proeminente homem da lei”, e sim um leigo despachando em uma função arbitral, de acordo com o prescrito pela fórmula pretoriana.⁹³ Era um leigo, sim, mas há que se ter em conta o alto nível educacional de seu tempo⁹⁴, podendo valer-se, ainda, de um *consilium* de especialistas para assessorá-lo quanto às matérias da lei, embora não estivesse vinculado aos seus conselhos.⁹⁵

Constata-se que o *iudex* era limitado, portanto, à fórmula do pretor, e não tinha muita liberdade em relação a algumas das *partes formularum*, como no exemplo de Fritz Schulz, ao referir a *formula creditae pecuniae*, na qual o juiz decidirá se existe ou não a dívida no valor total de dez mil sestércios. *Si non paret absolvito*, diz a parte da *condemnatio*. Acaso percebido pelo julgador que a dívida não era de dez mil, mas sim de nove mil sestércios, não tinha outra opção senão a absolvição.⁹⁶ Adicionalmente, é bastante discutível o efeito

⁸⁶BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *O objeto do processo civil clássico romano*. Belo Horizonte: Líder, 2007. p. 102.

⁸⁷“Podiam-se também inserir na fórmula, em determinadas circunstâncias, partes extraordinárias ou adjetas (*exceptio, replicatio, duplicatio, treplicatio* e *praescriptio*).” *Ibid.*, p. 103.

⁸⁸KOCOUREK, Albert. The formula procedure of roman law. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 8, p. 434, 1921-1922.

⁸⁹GARNER, Bryan. *A dictionary of modern legal usage*. Oxford: Oxford University Press, 1987. p. 318.

⁹⁰Peter Stein afirma ser o *iudex* da fase apud *iudicem* um *tipo de jurado singular*, sem aprofundar muito mais a temática. *Logic and Experience in Roman and Common Law*. *Boston University Law Review*, Boston, v. 59, 1979, p. 438.

⁹¹SIGILLITO, Martin T. The *unus iudex* in roman law and roman legal history. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 33, p. 483, 1988/1989.

⁹²*Ibid.*, p. 486.

⁹³MERRYMAN, John H. *The civil law tradition*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1997. p. 35.

⁹⁴SIGILLITO, Martin T. The *unus iudex* in roman law and roman legal history. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 33, p. 488, 1988/1989.

⁹⁵Parece curioso, como bem ressalta Sigillito, lembrando a lição de Fritz Schulz, que um leigo como o *iudex* conclamasse um *consilium* com o fito de auxiliá-lo, para depois dispensar seu entendimento. Embora essa conclusão não fosse vinculante, na maioria dos casos ela era seguida. *Ibid.*, p. 488.

⁹⁶SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Barcelona: Bosch, 1960. p. 22.

vinculante das decisões do *iudex* em relação às demais decisões futuras, de outros *iudices*.

Sigillito⁹⁷ traz diversos argumentos de romanistas, sendo rico o debate quanto à vinculação aos precedentes⁹⁸. A conclusão é no sentido de seu envolvimento em sistema de criação de precedentes, ainda que de forma inconsciente, já que dificilmente outro julgador não seguiria uma mesma *tendência* vista em outros casos idênticos ou similares. O *iudex unus* era um verdadeiro juiz, e não mero jurado ou árbitro, nesse sentido, por criar “não apenas uma nova lei, mas também uma então inominada e pouco percebida (e atualmente geralmente não notada) noção de ‘case law’ e de precedente persuasivo, senão mandatório”.⁹⁹ O fato de serem escritas as sentenças, na maioria dos casos, embora não fosse requisito formal,¹⁰⁰ apontava nessa direção de relevância do precedente, pois ele é identificável, ao contrário de decisões exclusivamente orais.

Dois aspectos fundamentais a respeito do *iudex unus* foram intencionalmente sobrepassados: a sua escolha e a motivação das suas decisões. Quanto à motivação, parece não haver grande controvérsia no sentido de sua desnecessidade¹⁰¹ por parte do *iudex*. Não podia ser afastada a existência de uma lógica jurídica por trás das decisões, ainda que não motivadas. A presença do *consilium* auxiliando o *iudex* e a atuação dos consultores das partes e seus procuradores evidenciam um forte caráter jurídico presente nessas decisões¹⁰², ainda que desmotivadas e proferidas por um leigo. Ou seja, pelo contexto histórico da Roma antiga, não parece crível a existência de decisões completamente arbitrárias, com tanta participação de especialistas no processo, e a possível responsabilização do *iudex*¹⁰³ que, ao iniciar sua função, era obrigado a *jurar* que atuaria segundo o direito e a verdade.¹⁰⁴ Aliás, o resultado *rem sibi non liquere*, com o julgador afirmando não estar esclarecido sobre o caso, com a consequente nomeação de outro *iudex*, é forte indicação de que ele não decidiria se não

⁹⁷SIGILLITO, Martin T. The unus iudex in roman law and roman legal history. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 33, 1988/1989. p. 491-492.

⁹⁸Ernest Metzger questiona o posicionamento de Kaser, que dizia não haver precedente vinculante no processo clássico, assinalando que é de se pensar se realmente os juízes não levavam em consideração nenhuma decisão inovadora de alguma forma, sendo mais do que “mera evidência da lei”. Afirma que poderia se chamar isto de “precedente”, ainda que essas decisões não fossem vinculantes, fossem ignoradas pelos *experts*, e não tenham deixado qualquer traço óbvio de sua existência no Digesto. METZGER, Ernest. Roman judges, case law and principles of procedure. *Law and History Review*, Illinois, v. 22, n. 2, p. 253-254, Summer, 2004.

⁹⁹SIGILLITO, op cit., p. 492-493.

¹⁰⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 127.

¹⁰¹“Assim, jamais sendo motivada, a sentença do *iudex* supunha, via de regra, uma simples declaração que tinha o condão de por fim à controvérsia e de fazer uma nova relação jurídica entre os litigantes.” Ibid., p. 128.

¹⁰²BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *O objeto do processo civil clássico romano*. Belo Horizonte: Líder, 2007. p. 149-150.

¹⁰³*Iudex, qui litem suam fecit* – V. KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 290.

¹⁰⁴Ibid., p. 457.

estivesse realmente convencido dos fatos: antes transferir o *onus* decisório para outrem do que proferir decisão sobre matéria da qual não estava convencido.

O *iudex* não estava obrigado a submeter sua decisão ao pretor para aprovação, e dessa *sententia* não cabia qualquer recurso no período formulário, ao contrário dos recursos, ainda que limitados, existentes contra a atuação do pretor.¹⁰⁵ No que diz respeito à análise da prova, possuía ampla liberdade, prevalecendo o sistema da livre convicção¹⁰⁶, cuja importância, desde muito cedo, foi reconhecida pelos romanos¹⁰⁷. Seu juízo podia ser formado livremente, não havendo obrigatoriedade de vinculação à observância de *provas formais, que são de todo estranhas ao processo clássico*.¹⁰⁸ José Rogério Cruz e Tucci aponta que “o resultado da atividade lógica, pela qual o *iudex* chega a uma determinada convicção, nada mais é do que uma *sententia* na acepção normal e comum da palavra, que significa opinião.”¹⁰⁹

Não é estranho que o *iudex* seja considerado como possuidor de uma atuação restrita, quase que nula, frente a tantas interferências. Devia agir nos limites das *partes formularum* elaboradas pelo pretor, podendo valer-se, na maioria dos casos, de um *consilium*, e, acima de tudo, estava inserido em um meio no qual era supostamente um alienígena, um leigo inserido nas entranhas do mundo jurídico. Todavia, seu poder frente à liberdade de apreciação da prova, desnecessidade de motivação, irrecorribilidade de seus comandos, dispensado de justificar sua *sententia* ao pretor, era verdadeiramente descomunal¹¹⁰, muito superior ao de qualquer juiz atual. Some-se a isto ser sua função principal a averiguação da prova, e concluir-se-á que não se trata de um reles instrumento do pretor. Não é de se admirar que essa figura tenha sido extinta ao longo da história dos sistemas jurídicos romanos posteriores.

O último aspecto fundamental do *iudex unus*, propositalmente deixado para o fim, é a

¹⁰⁵KOCOUREK, Albert. The formula procedure of roman law. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 8, p. 347-348, 1921/1922.

¹⁰⁶CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 126. Palazzolo, em estudo de passagem de Gaio (1.7), aponta duas conclusões possíveis: à época de Adriano, ou pela primeira vez os *responsa* emanados pelos juristas munidos de *ius respondendi* tinham valor vinculante ou, então, estava subentendido o princípio do livre convencimento do juiz. PALAZZOLO, Nicola. *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, 1991. p. 67.

¹⁰⁷KASER, op cit., p. 456. Nesse sentido, também destaca a livre apreciação da prova como princípio caro aos romanos desde muito cedo: MOZOS-TOUYA, José Javier. Le juge romain a l'époque classique. In: CARBASSE, Jean Marie; TARRIDE, Laurence Depambour. *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*. Paris: PUF, 1999. p. 61.

¹⁰⁸CRUZ E TUCCI; AZEVEDO, op cit., p. 127.

¹⁰⁹Ibid., p. 127.

¹¹⁰ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 20.

forma de sua escolha. É cediço que deveria ser selecionado de comum acordo¹¹¹, de uma lista preexistente¹¹² ou até mesmo fora desta,¹¹³ pelas partes e pretor para ser um *arbiter ex compromisso*, possuindo, nessa hipótese, um *duplo mandato*¹¹⁴. Não o sendo, apontado exclusivamente pelo pretor, era alterada sua natureza jurídica, não configurando um *iudex unus*, mas um *iudex datus* ou *delegatus*.¹¹⁵ Na maioria dos casos, as partes é que escolhiam o *iudex*, não sendo somente seu acordo o elemento criador do vínculo. Afirma Mazeaud:

O julgador não pode estar vinculado pelo simples acordo das partes. A intervenção do pretor é necessária: ele deve convidar o juiz a preencher a missão da qual as partes o investiram, ele deve comunicar a ele o poder de julgar.

Il ne peut le faire que par un acte, un décret séparé, extérieur à la formule qui est l'oeuvre des parties.¹¹⁶

O pretor não podia se opor à escolha das partes, bem como o *iudex* não podia recusar sua missão de julgar o caso para o qual havia sido escolhido.¹¹⁷ Feitas essas considerações, a conclusão é de que se o *iudex unus* não tinha como pressuposto legitimador de sua função a motivação das suas decisões, como se vê modernamente em diversos ordenamentos jurídicos, essa legitimação se dava de outra forma.

Propriamente, a sua legitimidade decorria da opção das partes envolvidas. Atualmente, não cabe às partes a escolha do julgador, que é sorteado, aleatoriamente, com base em um sistema de competência legalmente predefinido. Ao optar por quem seria seu julgador, as partes tinham em mente que aquele homem emitiria a melhor decisão possível, com *imparcialidade*, já que escolhido de comum acordo. Este é o caráter fundamental no que diz respeito ao *iudex unus*, a submissão voluntária, de comum acordo, à sua pessoa: as partes,

¹¹¹Nesse sentido: BURDICK, William L. *The principle of roman law and their relation to modern law*. New Jersey: The lawbook Exchange, 2004. p. 650; SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clasico*. Barcelona: Bosch, 1960. p. 14; WENGER, Leopold. The roman law of civil procedure. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 5, p. 364, 1930-1931.

¹¹²BURDICK, William L. *The principle of roman law and their relation to modern law*. New Jersey: The lawbook Exchange, 2004. p. 630.

¹¹³Era mais comum que fosse escolhido um *iudex* entre os nomes constantes do *album iudicium selectorum*, mas também era possível ser escolhido, de comum acordo, outro cidadão. WENGER, op cit., p. 361.

¹¹⁴Ibid., p. 359.

¹¹⁵BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *O objeto do processo civil clássico romano*. Belo Horizonte: Líder, 2007. p. 137. Alerta o autor que há de considerar, todavia, que mesmo a faculdade das partes de submeter a juízo privado encontra certo limite, ou então, o processo não teria se institucionalizado, no mundo romano, “como meio oficial de resolução de litígios.” Ibid., p. 138.

¹¹⁶MAZEAUD, Jean. *La nomination du iudex unus sous la procédure formulaire à Rome*. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933. p. 132-133 apud KNIJNIK, Danilo. *Desenvolvimento histórico do processo civil romano e a regra do ônus probatório*. Artigo apresentado na disciplina de História do Processo Romano. Faculdade de Direito – USP. Jun/1999. p. 30.

¹¹⁷Ibid., p. 47.

através da autorização pretorial,¹¹⁸ se submetiam a sua decisão. Hodiernamente, fora de processo arbitral, não existe essa faculdade, o que impende aos juízes expressarem sua legitimidade através das motivações das decisões.

1.2.2 A Revolução Francesa e a Função Judicial

A diferenciação da função judicial do *Ancien Régime* para o período posterior à Revolução Francesa é enorme. Pode-se dizer, seguramente, que o ano de 1789 é um marco nessa área, simbolizando a transição de um sistema judicial completamente submisso ao rei, para um sistema legitimado pela escolha popular de seus juízes.¹¹⁹

O sistema prévio era marcado por uma justiça *estática*, cujo princípio motor é que toda justiça emana somente do rei¹²⁰, mas nem por isso todas as arbitrariedades emanavam somente dele. O poder dos juízes, à época, era baseado em forte relação política com o rei. Se, de um lado, esses magistrados tinham ampla liberdade na aplicação da sanção penal¹²¹, ao fim do *Ancien Régime*, eles não podiam mais aplicar a pena capital se não houvesse autorização legal prévia e específica.¹²² Essa “restrição” do poder judicial é bem exemplificativa da arbitrariedade judicial de então.

E, mais, através de uma justiça delegada, os funcionários escolhidos, mesmo nos mais baixos escalões, se aproveitaram da enorme complexidade processual, taxando diversos atos, transformando o rito em um longo e custoso embate.¹²³ O contexto cultural de todo o período histórico do Antigo Regime foi marcado pela existência de um *corpus civitatis*, não existindo espaço para a individualidade. A ciência jurídica está fortemente conectada a caráter religioso; o sistema judicial não se presta a dirimir todas as questões que brotavam, mas tão somente a fornecer, em grande parte, aparência de justiça. A tortura, ao longo desse momento histórico, era absolutamente rotineira e possuía regramento próprio em cada país, sendo

¹¹⁸Danilo Knijnik registra a lição de Mazeaud, de que não era tão somente o acordo das partes que ligava a elas o *iudex*; era indispensável a intervenção do pretor convidando o juiz a preecher o cargo ao qual as partes o investiram, comunicando-o de seu poder de julgar. *Ibid.*, p. 30.

¹¹⁹CADIET, Loïc (Org.). *Dictionnaire de la Justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 36.

¹²⁰*Ibid.*, p. 36.

¹²¹Por exemplo, um texto legal da época dispunha que “serão punidos com o corpo e com o patrimônio, segundo a exigência do caso...”. Tradução livre de passagem de CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, 2000. p. 219. Original em francês: “*seront punis de corps et d’avoir, selon l’exigence du cas...*”.

¹²²CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, 2000. p. 219.

¹²³CADIET, Loïc (Org.). *Dictionnaire de la Justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 36.

amplamente admitida, com pouquíssimas restrições.¹²⁴

Já no apagar das luzes do *Ancien Régime*, Luís XV relembra vigorosamente os princípios fundamentais da justiça real:

É em minha pessoa que reside a autoridade soberana cuja característica própria é o espírito de câmara, de justiça e de razão. [...]. É somente a mim que cabe o poder legislativo sem dependência e sem divisão. [...]. A ordem pública como um todo emana de mim.¹²⁵

Posteriormente, o chanceler Moupeau, notadamente autoritário, conseguiu convencer Luís XV a fazer uma profunda reforma da justiça¹²⁶, começando por quebrar a força de resistência que o estatuto dos titulares de cargo venais dava aos magistrados; o que levou a uma demissão em massa de juízes e ao seu imediato exílio pelo Rei. Seguiram-se diversas reformas, instituindo até mesmo o princípio de gratuidade de acesso à justiça, alteração muito significativa e igualmente problemática em relação ao sistema até então vigente.¹²⁷

Como a França conseguiria tantos novos funcionários, dispostos a lidar com interesses tão diversos e a suportar pressões de todos os lados? A tarefa era impossível. Em conjunto com essa alteração, houve uma redução da ordem dos advogados parisienses a uma companhia burocratizada de cem pessoas.¹²⁸ Com a morte de Luís XV em 1774, houve pressão, com sucesso, sobre Luís XVI, para o prosseguimento da reforma judiciária. Todavia, a reforma proposta pelo Rei, entre outros itens, limitava a liberdade das províncias, o que suscitou violentos movimentos. A reforma judiciária, mais uma vez, foi deixada de lado; seria ela, contudo, um dos maiores interesses da Revolução, começando pela separação dos poderes prevista na lei de 16-24 de agosto de 1790, que dispunha sobre a organização da justiça.¹²⁹

Com a Revolução Francesa, a confusa sistemática anterior,¹³⁰ carecedora de

¹²⁴Há que se fazer uma distinção necessária entre punição e tortura, e de que o regramento legal na época possuía algumas “limitações”: os juízes não poderiam inventar novos tipos de tortura, “contentando-se” com o elenco existente, a condenação não poderia se basear em elementos meramente circunstanciais (o que foi alterado na França, em 1670), e deveria haver “prova suficiente” para a possibilidade de tortura, etc. LANGBEIN, John H. *Torture and the law of proof: Europe and England in the ancien régime*. Chicago: Chicago University Press, 2006. p. 50-55.

¹²⁵CADIET, op cit., p. 39. No original em francês: “C’est en ma personne que réside l’autorité souveraine dont le caractère propre est l’esprit de conseil, de justice et de raison. [...]. C’est à moi seul qu’appartient le pouvoir législatif sans dépendance et sans partage. [...]. L’ordre public tout entier émane de moi.”

¹²⁶GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 69.

¹²⁷CADIET, op cit., p. 39.

¹²⁸CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano: Giuffrè Editore, 2005. v. 2. p. 397.

¹²⁹CADIET, Loïc (Org.). *Dictionnaire de la Justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 39.

¹³⁰Os problemas anteriores não diziam respeito só à questão de anseio generalizado por justiça; a Revolução Francesa lutou por um “Direito único”, que congregasse todos os cidadãos, não mais distinguindo plebe, nobreza e clero, fazendo com que as obrigações de cada indivíduo fossem as mesmas para com os demais – uma “igualdade formal perante a lei”. AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do método jurídico: reflexões em torno de François Géný. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 18, n. 51, p. 6, mar. 1991.

legitimidade, caiu por terra. Foi então prevista a eleição dos juízes, escolhidos¹³¹ como administradores, entre os homens da lei, que exercessem a profissão há pelo menos cinco anos. A criação de diversos novos cargos de juiz se fez imperiosa, conforme a vontade do povo; mesmo as menores divisões territoriais administrativas da época, os *cantões*, possuíam cada um o seu juiz de paz.¹³² À toda evidência, a população estava cansada de uma opressão centralizada nas figuras dos *intendentes* do *Ancien Régime*, desejando, doravante, acesso jurisdicional facilitado. Só concordavam, naquele momento, com uma unidade central, sem hostilidade a ela, pois agora eram *livres* e eram administrados por eles próprios.¹³³

Os julgadores do modelo anterior eram representantes do Rei, e, no novo modelo, eram representantes do povo. Aparentemente, isto não era suficiente, tal o sentimento de hostilidade que os revolucionários tinham em relação aos juristas¹³⁴; acreditavam que a justiça estava sempre do lado do mais forte, com desprezo dos fracos. Eis a explicação do desejo de ruptura total com o esquema prévio, para que não ficasse nenhum resquício. A partir de agora, o cidadão seria colocado no plano central do sistema, seria feito juiz, árbitro ou conciliador.¹³⁵

O relatório de Nicolas Bergasse¹³⁶, advogado francês, sobre a organização do poder judicial é uma síntese bastante precisa dos sentimentos à época, em relação à atuação dos magistrados. Enumera diversas causas para a perda da confiança do povo, e afirma que é preferível que o povo tutele seus interesses, diante da ausência de apoio aos juízes por parte da população.¹³⁷ A preocupação de todo o povo francês a respeito da função judicial decorre, afirma Bergasse,¹³⁸ do enorme impacto causado pelo próprio no dia-a-dia de cada um desses

¹³¹ Não se pode deixar de apontar a influência do pensamento do Marquês de Condorcet nesse ponto: para este pensador, a lei era a vontade geral e o poder originário, derivado do povo organizado sob a forma de nação, todavia, essa nação só atua através de representantes eleitos. TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la filosofía del derecho y del estado II*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975. p. 280-281.

¹³² LEFEBVRE, Georges. *A revolução francesa*. 2. ed. Traduzido por Ely Bloem de Melo Pati. São Paulo: IBRASA, 1989. p. 154-155.

¹³³ *Ibid.*, p. 152-153.

¹³⁴ Hostilidade esta muito bem representada no pensamento de Voltaire, que afirmava que nos doze grandes tribunais franceses se encontravam doze precedentes diversos acerca da mesma matéria, e que a única solução para esse sistema já corroído e vetusto era fazer dele *tabula rasa* e substituí-lo em bloco por um “direito novo”. Não é de outro autor a célebre comparação com o incêndio que consumiu Londres e fez a cidade renascer “melhor”, sendo sua a frase: “Querem ter boas leis? Queimem as suas e façam novas.” CAVANNA, op cit., p. 151. Por sinal, não pode Voltaire ser caracterizado como um democrata na plena acepção da palavra; sua pregação sobre liberdade política estava relacionada à liberdade de expressão dos filósofos, desde que estes concordassem com ele. Também não tinha interesse na separação dos poderes conforme a teoria de Montesquieu, e sim na supressão dos poderes do clero, o que poderia gerar melhores condições de procedimentos judiciais mesmo sob a Monarquia Francesa. COPLESTON, Frederick. *A history of philosophy*. New York: Image Books, 1994. v. 6. p. 23-24.

¹³⁵ CADIET, Loïc (Org.). *Dictionnaire de la Justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 1158.

¹³⁶ BERGASSE, Nicolas. *Report on the organization of judicial power*. 17 aug. 1789. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/pi/icg-gci/rev2/rev2.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

indivíduos. Assim, por conta do “indiscutível poder sem limites” decorrente da função judicial, ela exerce influência maior do que qualquer dos outros poderes, e deve ser limitado na mesma medida dessa ascendência sobre os jurisdicionados.¹³⁹

A lei 16-24 de agosto de 1790, que institui a separação entre os poderes Legislativo e Judiciário, denota uma enorme preocupação com a função judicial. Mas não é uma preocupação só de distinguir as funções de cada um, é, acima de tudo, o meio encontrado para limitar e amarrar o poder do juiz. Verdadeiramente, o período compreendido entre 1789 e 1799 é um *laboratório de experimentações jurídicas*, que pode ser muito bem caracterizado por um culto extremado à lei, quase um fetichismo. A lei é a nova “religião”, afirmando Cavanna que ela não é o novo soberano que a Revolução substitui pelo antigo, bem como uma “divindade capaz de elevar o homem à perfeição da felicidade pública”.¹⁴⁰ A equação utilitarista encontrada na Revolução é muito simples: “bom direito = felicidade = justiça”¹⁴¹, entendido o “bom direito” como uma boa legislação, fundamental para o funcionamento dessa equação.

A finalidade daquela separação era atribuir a famosa e tão propalada função ao juiz de ser meramente *a boca da lei*, conforme desejava Montesquieu.¹⁴² Ele é o criador da *jurisprudência mecânica* e da integral submissão do juiz à lei, eliminando qualquer espaço de liberdade nessa função. Os *référés*, criados pelo art. 12, título II da lei 16-24, de agosto de 1790, são o mais perfeito exemplo disto, pois atribuíam ao juiz uma função unicamente *declarativa*, completamente submissa à lei. O legislador, como se sabe, restou como o verdadeiro detentor do poder de interpretação *autêntica* do direito.¹⁴³ A assembléia legislativa

¹³⁹ “Não há poder que deva ser organizado com maior precaução e maior escrupulo.” BERGASSE, Nicolas. *Report on the organization of judicial power*. 17 aug. 1789. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/pi/icg-gci/rev2/rev2.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2011, p. 3.

¹⁴⁰ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano: Giuffrè Editore, 2005. v. 2. p. 406-407. Cattaneo compartilha dessa visão: “Due sono essenzialmente i motivi per cui il concetto di legge ha una tale importanza nel pensiero rivoluzionario francese: in primo luogo, la legge non solo non può violarli, ma è la garanzia, la sanzione positiva dei diritti naturali, è la traduzione in termini positivi dei principi eterni della giustizia; in secondo luogo, l’idea della sovranità della legge, della supremazia della legge sugli uomini, è il presupposto essenziale della tendenza verso la legalità e la certezza del diritto, della lotta contra l’arbitrio.” CATTANEO, Mario A. *Verbete rivoluzione francese (Dottrina Giuridica della)*. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Vnion Tipografico – Editrice Torinese, 1957. v. 16. p. 244.

¹⁴¹ CAVANNA, op cit., p. 90. O mesmo autor afirma que essa é a maior ilusão do iluminismo (p. 100), de que possa existir uma “pedagogia jurídica da felicidade”, conectando a ideia de satisfação absoluta do povo com boas leis, como se isso fosse suficiente ou possível.

¹⁴² MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. Livro XI Cap. VI. Coleção Os Pensadores, v. 29. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 160. Guy Canivet afirma que a leitura desta passagem na forma apresentada é um erro interpretativo da obra de Montesquieu. Ele falava, neste ponto, a respeito da organização do processo inglês, no qual o juiz é a “boca da lei”, melhor dizendo, o oráculo do direito, em função complementar àquela exercida pelo júri. CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire e prudence interpretative*. In: *La Création du Droit par le Juge*. Archives de philosophie du droit, v. 50. Paris: Dalloz, 2007. p. 9.

¹⁴³ CAVANNA, op. cit., p. 418.

era legalmente designada a solucionar algumas controvérsias apuradas pelo julgador.

Três dispositivos dessa lei são fundamentais para enlaçar a temática do juiz francês da época da Revolução com o presente trabalho, os dois primeiros encontrados sob o Título II (arts. 10 e 12) e o último (art. 15) sob o Título V:

Art. 10. Os tribunais não poderão direta ou indiretamente tomar parte alguma no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo, sancionados pelo Rei, sob pena de prevaricação.

Art. 12. Eles não poderão fazer nenhum regulamento, mas eles se dirigirão ao corpo legislativo todas as vezes que entenderem necessário, seja para interpretar uma lei, seja para elaborar uma nova.

Art. 15. A redação dos julgamentos, tanto em apelação quanto na primeira instância, conterà quatro partes distintas. Na primeira os nomes e as qualificações das partes serão enunciadas. Na segunda, as questões de fato e de direito que constituem o processo serão colocadas com precisão. Na terceira, serão declarados o resultado dos fatos reconhecidos ou constatados pela instrução e os motivos que terão determinado o julgamento. A quarta, enfim, conterà o dispositivo do julgamento.¹⁴⁴

Todos os artigos citados versam sobre limitações dos poderes do juiz, sendo que o derradeiro é bastante atual, achando contraponto em diversos ordenamentos estrangeiros e inclusive no nacional. Em relação aos dois primeiros, tornam o julgador um reles burocrata estatal temporário que, na visão de Montesquieu, parecia ser um mal necessário. Não deveria pertencer a um corpo permanente de magistrados, exercendo o poder durante o tempo que fosse estritamente necessário. Pois a mera ideia de Poder Judiciário era algo “temível entre os homens”,¹⁴⁵ não devendo existir essa profissão (de juiz), tornando esse poder invisível e nulo.

O que afirma Mancuso¹⁴⁶ é que não há precisão nos fundamentos que levaram à formação daquela lei em tais moldes, com a exigência da motivação, já que os filósofos da época não tinham demonstrado qualquer interesse nessa temática. Essa preocupação, muito antes de ser filosófica, era uma questão política. Afirma o mesmo autor que, não obstante o caráter de controle democrático contido nessa norma, não se dá *plena substância à motivação que encontra a própria identidade em um perigoso jogo de silogismo*. As cortes francesas, a partir daí, passaram a motivar as suas decisões exclusivamente na lei, não fundando os seus

¹⁴⁴ Tradução livre dos originais em francês.

¹⁴⁵ MONTESQUIEU, Barão de. O espírito das leis. XI, Cap. VI. Coleção Os Pensadores, v. 29. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

¹⁴⁶ MANCUSO, Fulvio. Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore Anno XLIX, n. 1. p. 285-310, 1995.

juízos sobre os fatos apresentados, o que demonstra o apreço da época pela lei e a compreensão do dispositivo que submetia esses julgadores à norma positivada. Aqui, há um elo relevante de conexão com o que foi previamente comentado acerca de uma separação entre o que são *fundamentos* e o que são *motivos*, o que denota uma maior característica subjetiva nos motivos em comparação à outra categoria. Já que os magistrados franceses de então possuíam estrita obrigação para com a lei, sendo removida de suas atribuições qualquer função interpretativa, igualmente ceifada foi a subjetividade das decisões, o que não acarretou melhores julgamentos.

O artigo 15 determina que a “redação dos julgamentos”, doravante chamadas de sentenças, devia conter quatro partes. A primeira com a qualificação das partes envolvidas no litígio; a segunda, contendo as questões de fato e de direito que constituem o processo. Essas seções da sentença foram convertidas modernamente em uma só, o relatório, e é interessante a presença do vocábulo “precisão”, no que diz respeito ao dever judicial de expor as questões de fato e de direito.¹⁴⁷

A terceira e quarta partes possuem idêntica simetria atualmente, a motivação e o dispositivo. No que diz respeito à terceira parte, a disposição da legislação revolucionária era de que “o resultado dos fatos reconhecidos ou constatados pela instrução e os motivos que determinaram o julgamento serão expressos.” As cortes francesas da época seguiram a tendência apontada por Mancuso por estrita submissão à ideologia reinante e, claro, por conta do entendimento de que a lei era suprema e deveria ser seguida, porque, da forma como foi redigido, este artigo permitia que o juiz apontasse *os motivos que determinaram o julgamento*.

Naquele tempo, os únicos motivos reconhecidos como passíveis de uso pelo juiz eram as leis. Daí a reforçar a dicotomia por vários doutrinadores proposta e aqui seguida. O juiz francês, após 1790, era um homem que vê a legitimidade de sua função através de duas facetas, ambas indispensáveis. A primeira é a de que fosse eleito para exercer mandato por tempo determinado. A segunda é a de que suas decisões fossem motivadas na lei vigente e, em caso de necessidade, que recorresse ao legislativo, intérprete autêntico das leis que promulgava. Extraiu-se, do Poder Judiciário, qualquer função *interpretativa* ou *criadora* da Lei.

¹⁴⁷ A correspondência atual é vista, sobretudo, no processo penal, no que diz respeito ao artigo 381 do Código de Processo Penal, que também decompõe em quatro partes a sentença: “Art. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz.”

1.2.3 O Juiz na Alemanha Nazista

O estudo da função judicial na Alemanha sob a égide do nazismo é matéria sensível, sendo muito difícil apontar com absoluta certeza se os juízes daquela época foram uma consequência da deturpação da mente do povo alemão ou uma das causas diretas do horror.¹⁴⁸

Jost Dülffer¹⁴⁹ não tem tantas dúvidas, pois afirma diretamente que o sistema alemão de justiça, em conjunto com a força policial, teve enorme responsabilidade pela privação dos direitos e pelo terror. Ainda que continuassem exercendo normalmente as demais funções esperadas, grandes porções do sistema judiciário alemão se tornaram cúmplices do estado de injustiça. A imparcialidade foi removida da função judicial, ficando claro para os novos juízes escolhidos que exerceriam função sobretudo política, e não jurídica. A função judicial foi visceralmente corrompida pela política. Assim como os outros cargos públicos, todos os juristas¹⁵⁰ (e os juízes também), “*não se furtaram a emprestar sua perícia à instauração e à consolidação do regime*”¹⁵¹, conferindo-lhe, conforme Rigaux, certa aparência de legalidade, uma espécie de “*manto de honradez*”.¹⁵²

Duas leis apontaram o caminho para a escuridão nesse período. A primeira, datada de 23 de março de 1933, denominada de “Lei da Emancipação”, concedeu poderes legislativos ao governo do Reich, permitindo o governo através de decretos.¹⁵³ Não satisfeito com a

¹⁴⁸ Daniel Goldhagen ofereceu resposta direta e contundente a tal questionamento, apontando que os alemães, enquanto povo, foram ativos e voluntários carrascos dos judeus durante o Holocausto. Assim, os juízes, integrantes do “povo alemão”, teriam sido atores diretos e muito participantes da empreitada, ao contrário de ser uma obra de meros burocratas, como entendeu Hannah Arendt ao cunhar o termo “banalização do mal”. Para o autor, o anti-semitismo é o fator a ser isolado, pois é encontrado ao longo de extenso período da história alemã. Este seria o cerne do desenvolvimento das noções de raça e superioridade arianas e, nesse contexto, o elemento judeu deveria ser extirpado para preservação da pureza e avanço do *Volk*. GOLDHAGEN, Daniel Jonah. *Os carrascos voluntários de Hitler: o povo alemão e o holocausto*. São Paulo: Cia. das Letras, 1997.

¹⁴⁹ DÜLFER, Jost. *Nazi germany: 1933-1945*. Tradução de Dean Scott McMurry. New York: Arnold, 1996. p. 143-145.

¹⁵⁰ Carl Schmitt em particular há de ser lembrado, emprestando seu apoio às atrocidades cometidas pelo seu *Führer*. Como ilustração desse apoio, eis trecho de seu comentário sobre o extermínio do Röhm de 30 de junho de 1934, quando Hitler ordenou o assassinato de centenas de pessoas sem qualquer julgamento, dentre elas alguns de seus ex-tenentes, por um suposto plano contra o estado: “*O Führer protege a lei do seu pior abuso, nos momentos de perigo, ele cria justiça imediata sobre a autoridade de sua liderança e, portanto, de sua suprema capacidade de julgar. [...] O verdadeiro líder sempre é também um juiz. Julgamento decorre de liderança. Aquele que separa os dois, ou mesmo os coloca em lados opostos, torna o juiz ou um anti-líder, ou em ferramenta de um anti-líder, e busca destruir o estado com a ajuda da lei [...]. Em verdade, a ação do Führer foi pura justiça. Não está sujeita à lei; ao invés disso, é a mais alta lei.*” Compilado por REMAK, Joachim. *The nazi years: a documentary history*. Illinois: Waveland Press, 1990. p. 61-62.

¹⁵¹ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 107.

¹⁵² *Ibid.*, p. 107.

¹⁵³ Tão somente o grupo dos social-democratas votou contra a lei, os demais poucos opositores já haviam sido presos ou tido seus partidos desmantelados. NICHOLLS, A. J. The final step to power. In: MITCHELL,

função de chefe do executivo e legislador supremo, Hitler acumulou, por resolução do parlamento alemão de 26 de julho de 1942, a função de juiz supremo da Alemanha. Nas palavras de Göring:

Não estando vinculado a normas legais existentes, o Führer, como líder da nação, supremo comandante da Wehrmacht, chefe do governo e supremo executivo, como o mais alto juiz, e como líder do partido, deve, portanto, sempre estar em posição de compelir qualquer Alemão a cumprir seu dever, se necessário, e, se ele negligenciar seu dever, de puni-lo de acordo, após cuidadosa análise, sem atenção aos então ditos direitos estabelecidos.¹⁵⁴

Não se estuda, por óbvio, a figura deste ditador como a de um *juiz*, mas de assinalar a tendência autoritária da época. Os casos práticos expostos por Ingo Müller¹⁵⁵ são reveladores tanto da tendência exclusivamente política e ideológica das cortes nazistas quanto do direito material vago e opressivo. Um dos exemplos do autor é um julgamento, proferido pela Suprema Corte Prussiana, determinando o afastamento de um juiz de origem judaica de um caso, já no ano de 1934, a pedido de uma das partes, julgando a favor desta, por ele ser um “nacional-socialista de alto nível”. Outro caso considerou lícita a demissão de um funcionário, sem aviso prévio, pelo exclusivo motivo de um líder nazista ter elaborado relatório negativo sobre ele, tornando-o um “inimigo do estado” e, portanto, não mais merecedor de (certos) direitos. Ainda um último precedente lembrado pelo autor é a perda do pátrio poder, pelo simples fato de os filhos daquela unidade familiar terem se recusado, tão somente, a fazer a saudação a Hitler na escola; outro julgado, muito mais “grave”, foi relacionado a pais que não enviavam seus filhos para frequentar a juventude hitlerista.¹⁵⁶ Desfilam, aqui, decisões baseadas inteiramente na política e ideologia reinantes, mas nem por isso ilegais perante o sistema nazista, cujo construto jurídico-legal permitia tais atrocidades.

Contudo, os problemas jurídicos não foram todos decididos com base exclusivamente nesses critérios. A questão dos casamentos “mistos”, entre alemães “puros” e judeus, gerou muita controvérsia nos tribunais. A lei alemã não era moderna a ponto de permitir o divórcio, sendo lícita a anulação do casamento quando ocorria desconhecimento quanto às verdadeiras qualidades pessoais do cônjuge, desde que percebida nos seis meses

Alan. *The nazi revolution*. 4. ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1997. p. 47.

¹⁵⁴DÜLFER, Jost. *Nazi germany: 1933-1945*. New York: Arnold, 1996. p. 86. “Tradução livre do original em inglês: Without being bound by existing legal norms, the Führer, as leader of the nation, supreme commander of the Wehrmacht, head of the government and supreme executive, as the highest judge, and as leader of the party, must, therefore, always be in a position if necessary to compel any German to do his duty and, if he neglects his duty, to punish him suitably, after careful consideration, without regard to the so-called well-established rights.”

¹⁵⁵MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice: the courts of the third reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 138-139.

¹⁵⁶Ibid., p. 139.

após o casamento.¹⁵⁷

Nos anos de 1933 e 34, e também nos subsequentes, diversos pedidos de anulação de casamento foram protocolados, todos com o mesmo fundamento, de que aquelas pessoas vieram a ter um conhecimento “total” a respeito de seus cônjuges somente após o casamento, descobrindo, então, que eram de origem judaica. A Suprema Corte Prussiana encontrou dificuldade em consolidar o entendimento de que a identidade racial poderia ser uma qualidade pessoal, frequentemente negando a anulação matrimonial por conta do decurso do prazo. Todavia, a Corte de Apelos de Karlsruhe ignorou a questão do prazo legal de um semestre, afirmando que o casamento misto não só era “indesejável para um membro da raça aariana, mas também injurioso e. anti-natural.”¹⁵⁸

Curiosamente, esses precedentes da Corte de Karlsruhe não agradaram aos juristas nazistas. Roland Freisler, em novembro de 1934, emitiu declaração pública, afirmando que “não é o papel do juiz alterar as leis existentes de uma nação”¹⁵⁹, pois se cada juiz interpretasse as leis à sua própria maneira¹⁶⁰, estaria criado o caos e a anarquia. Por esta razão, segue Freisler, que esse tipo de questão só pode ser decidido do ponto de vista do *Führer*, que está em posição privilegiada, permitindo uma liderança unificada. A semelhança com o modelo revolucionário francês é muito forte. Hitler, por estar na figura de legislador máximo, é o verdadeiro intérprete das leis; ele só viria a ser declarado o juiz supremo da Alemanha oito anos mais tarde, também como consequência prática de que um legislador que interpreta as leis, a pedido do juiz, é um julgador.

Os questionamentos acerca da motivação dessa reprimenda são vários. Qual seria o motivo de fazê-la, já que essas decisões que concediam a anulação do casamento apesar de já transcorrido o prazo, estavam afinadas com a vontade da maioria, e com a ideologia dominante? A resposta é da ordem das mais práticas; interpretar a lei era indesejável¹⁶¹, pois a

¹⁵⁷ MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice: the courts of the third reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 94.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 95.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 95.

¹⁶⁰ Michael Stolleis constata que o problema não recaiu sobre as cortes administrativas, que foram privadas do processo de tomada de decisões por completo, ao menos nos escalões intermediários e mais baixos. Todavia, isso não significou preservar esse processo nos escalões mais altos, que também se viram privados de autonomia quando a questão possuía qualquer relevância política. As decisões judiciais, afirma, sofreram distorção não só por causa da pressão ideológica do regime, mas também por conta do processo legislativo que removeu a sua autoridade oficial. STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika: studies on legal history in nazi Germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. p. 132-133.

¹⁶¹ “O positivismo jurídico, oposto a toda teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de toda filosofia dos valores, foi, no Ocidente, a ideologia democrática dominante até o fim da segunda guerra mundial. Ele elimina do direito todo recurso à ideia de justiça, e, da filosofia, todo recurso a valores, procurando modelar o direito, como a filosofia, pelas ciências, consideradas como objetivas e impessoais, das quais ele chega a eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário.” Tradução livre do francês.

interpretação poderia ser desfavorável¹⁶² ao III Reich e aos planos políticos nazistas. Apesar de ter sido favorável nessa ocasião, não era garantia de futuro apoio. A liberdade dos juízes não era princípio afinado com aqueles do nacional-socialismo alemão. Deveria ser podada toda e qualquer forma de interpretação, o magistrado se torna, novamente, *la bouche de la loi*¹⁶³, devendo submeter suas decisões ao legislativo, em caso de dúvida, ou podendo ser revistas pelo próprio Hitler, caso assim desejasse. Essa preocupação parece meramente acessória, quando cotejada com os dados oficiais de punições¹⁶⁴ e o próprio sistema criminal vigente, que permitia tortura como método procedimental normal, intimidando não só os acusados, mas a população como um todo.¹⁶⁵

A deterioração do Poder Judiciário nesses tempos foi acelerada, permanecendo absolutamente sujeito aos comandos do *Führer*, mesmo diante do assassinato de alguns dos principais dirigentes alemães em 1934¹⁶⁶, por não mais interessarem à “causa”. Timothy Ryback, em primorosa reconstrução da biblioteca de Adolph Hitler, indica que Julius Friedrich Lehmann foi um dos maiores contribuintes da coleção particular de livros de seu

PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique: nouvelle retorique*. Paris: Dalloz, 1999. p. 67.

¹⁶² Na realidade, a atividade interpretativa era muito restrita e, quando ocorria, sempre aparecia de forma totalmente favorável ao III Reich. Foi assim nas câmaras penais dos Reichsgericht, que aderiram “com convicção à política racista e anti-semita”, sofrendo as câmaras civis da mesma influência da ideologia nacional-socialista, especialmente no que dizia respeito à “origem biológica” e todas consequências daí decorrentes. RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 116-117.

¹⁶³ As terríveis consequências desse sistema ser manipulado já eram previstas no início do século XX, e foram um risco amplamente aceito, já que atribuíam à *volonté générale* a fonte exclusiva do direito, ainda que totalmente desvinculada de quaisquer critérios filosóficos, religiosos ou históricos. Na Alemanha, isso foi particularmente problemático, pois quando implantado o sistema plebiscitário em 1918, não havia uma “autêntica integração nacional”, o que também permitiu que, em 1930, diante de uma crise mundial, fosse aparentemente necessária a supressão da via legislativa tradicional. Fala-se, então, no período do pós-guerra, em uma “crise do positivismo”, sendo ela, na verdade, “uma crise da força legitimadora do dogma democrático da vontade geral.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 647-650.

¹⁶⁴ Roland Freisler, anteriormente mencionado, era o juiz-presidente da *Volksgerichtshof*, a “Corte do Povo”, autoridade máxima para crimes políticos. Nela foram proferidas 5.000 (cinco mil) do total de 16.000 (dezesesseis mil) sentenças de morte declaradas no período de 1933-1945. Estas estatísticas não incluem o número de penas capitais proferidas em cortes marciais (em torno de 20.000), durante a II Guerra Mundial. DÜLFER, Jost. *Nazi germany: 1933-1945*. New York: Arnold, 1996. p. 144.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 145.

¹⁶⁶ Esse assassinio ficou conhecido como o “processo Röhm”, pois um dos mortos a mando do ditador foi o comandante das SA, que deu o nome ao processo. Outros líderes tiveram o mesmo destino, como o General Von Schleicher e Eric Klausener, presidente da Ação Católica, todos notórios conservadores. Alguns dias após esses fatos, Hitler assume a responsabilidade, afirmando que foram executados por necessidade, “que ele pôde ordenar em sua qualidade de juiz supremo do povo alemão.” O que se seguiu foi que o inquirido dos culpados fora suspenso, por conta de uma lei de artigo único, de 3 de julho de 1934, que declara “abrangidos pelo estado de necessidade os fatos ocorridos.” O que existe é uma atividade conjuntada e premeditada para cobrir de um “véu de legalidade” as claríssimas ilegalidades cometidas. Até Carl Schmitt, já referido *retro*, publica artigo intitulado “O Führer salvaguarda o direito”, incensando as qualidades de ‘justiceiro’ do ditador, o que só faz demonstrar o incondicional apoio ao regime nazista mesmo da parte de alguns juristas renomados e de alto nível cultural. Tudo conforme RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 114-115.

líder, sendo ele o “artífice público da pseudociência nazista do racismo biológico.”¹⁶⁷ Lehmann deu à Hitler um livro da autoria de Paul Lagarde, “Ensaio Alemães”, nos quais se encontra a seguinte passagem acerca da responsabilidade de ser alemão, na página 164:

A Alemanha é a totalidade de todos os alemães que se sentem alemães, que pensam como alemães, que desejam ser alemães, e cada um de nós é um traidor da nação se não percebe e respeita sua responsabilidade pessoal pela existência, felicidade e futuro da pátria em todos os momentos da vida; cada um de nós é um herói e um libertador quando percebe e respeita isso.¹⁶⁸

Eis as bases do acorrentamento do Judiciário e de toda a população alemã. Aliados à legislação comentada *retro* e ainda, por exemplo, através da “Lei para Restauração do Serviço Profissional Civil”, justificadora do ostracismo de todo e qualquer opositor do regime, e o “Decreto de Proteção da Nação Germânica”, que autorizava a censura, foi “desenvolvido todo um itinerário de asfixia da liberdade, em proveito dos detentores do poder, ao qual ascenderam, surpreendentemente, pelo voto.”¹⁶⁹

Apesar de todos esses fatores, alguns juristas sentiram-se desconfortáveis com o evidente esvaziamento do poder jurisdicional, que sofria acirrada competição por parte da polícia, que frequentemente prendia “suspeitos” em caráter de “prisão preventiva”, por existirem evidências de que um crime havia acontecido. Muitos desses “suspeitos” eram levados para campos de concentração e eram baleados e mortos durante “tentativas de fuga”.¹⁷⁰ Nesse contexto, houve manifestação do “líder das leis do Reich”, dirigida ao Ministro da Justiça, expressando sua “séria preocupação com o status do devido processo legal na Alemanha; este, por sua vez, exigiu da polícia secreta uma separação mais clara entre os poderes do sistema judicial e da polícia, sofrendo reprimenda do chefe da Gestapo, Werner Best, que confirmou a necessidade de todas as prisões efetuadas.”¹⁷¹

O ápice do absurdo foi atingido em 1939, quando réus que haviam sido absolvidos pela “Corte do Povo”, em caráter definitivo, portanto, seguiam sofrendo “prisões preventivas” pelos mesmos motivos pelos quais haviam sido julgados. Como “solução”, foi proposto que, caso as acusações fossem retiradas, ou que aquele indivíduo fosse, de fato, absolvido, ele seria

¹⁶⁷ RYBACK, Timothy W. *A biblioteca esquecida de Hitler: os livros que moldaram a vida do Führer*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p.144.

¹⁶⁸ Conforme RYBACK, Timothy W. *A biblioteca esquecida de Hitler: os livros que moldaram a vida do Führer*. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p.153.

¹⁶⁹ FORSTER, Nestor José. *Direito de defesa*. São Paulo: LTr, 2007. p. 102.

¹⁷⁰ MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice: the courts of the third reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 175.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 175.

então remetido à *Geheime Staatspolizei*¹⁷² para que tomasse as providências que entendesse cabíveis. É evidente que já não era mais possível qualquer forma de recurso, e o indivíduo, já tendo sido submetido à pantomima do “devido processo”, poderia ser aprisionado pela Gestapo.¹⁷³ A função judicial havia se tornado um cenário estéril, em que não havia quaisquer garantias verdadeiras. Quanto mais irrelevante fosse a função jurisdicional, mais ela proliferava; a independência dos magistrados há muito estava afetada.¹⁷⁴

Nesse contexto, o juiz se achava esmagado pela pressão da lei e da ideologia partidária, era um mero burocrata ou até menos, uma engrenagem muito pequena em uma gigantesca máquina. Suas decisões não eram vinculantes e poderiam ser revistas até mesmo pela Gestapo, com seu poder virtualmente ilimitado. O juiz supremo era Hitler, assim como o legislador absoluto. Indubitavelmente, muitos juízes sequer viam problema nisto; haviam sido engolfados pela máquina de propaganda nazista e, para utilizar a expressão de Voegelin, por serem portadores de uma “estupidez criminosa”.¹⁷⁵ A motivação de seus atos deveria ser principalmente ideológica, igualmente vinculada à legislação nazista. Suprimiu-se o poder criativo do juiz mesmo em favor do regime vigente, para que não pudesse também ser usado contra ele. É inegável, contudo, pelo espectro de decisões anteriormente referidas, que diversos juízes foram participantes muito ativos, permitindo vida mais longa ao regime, conferindo-lhe legitimidade mesmo quando não havia nenhuma.

Já é perceptível que nem mesmo a vinculação forte do julgador à legislação é suficiente; nem dar-lhe total liberdade, muito menos dar liberdade alguma. A perversão de preceitos básicos dessa função, aliada a outros elementos, foi fundamental a permitir e justificar a existência do regime nazista. A história não pode retroceder neste ponto, provando a necessidade de aprofundamento do estudo sobre a função judicial, sua responsabilidade e deveres, devidamente analisados mais adiante.

¹⁷² A polícia secreta do Estado (GESTAPO) havia se tornado extremamente poderosa, uma revisora das decisões judiciais, desde que versassem sobre qualquer tema ligado à política; e todos temas eram, desde a negativa de uma habilitação para dirigir até a dissolução de uma organização judaica. STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika: studies on legal history in nazi germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. p. 134-135.

¹⁷³ MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice: the courts of the third reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 176.

¹⁷⁴ STOLLEIS, op cit., p. 136.

¹⁷⁵ “A estupidez não é criminosa em si, mas pode tornar-se criminosa pela circunstância social. Então, quem quer que, como estúpido, num lugar da sociedade em que não poderia estar, dá ordens ou tenta instruir outros, é um estúpido criminoso; e por causa disso ele se torna um criminoso, mesmo que ele próprio não entenda assim de maneira nenhuma. VOEGELIN, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo: É Realizações, 2008. p. 143.

1.2.4 O Juiz na Alemanha do Pós-Guerra

Uma das primeiras medidas na Alemanha ocupada na porção dominada pelo Exército Norte-Americano, tomada pelo General Dwight Eisenhower em sua Proclamação número um, na condição de Supremo Comandante das Forças Aliadas, foi de ordenar o fechamento das cortes judiciais, sem previsão de retorno. Os soviéticos, britânicos e franceses tomaram medidas similares em suas regiões.¹⁷⁶ A meta dos Aliados era a destruição do sistema nacional-socialista como um todo, junto com suas instituições e ordenamento jurídico.

Ora, como analisar o problema da transição do sistema judicial alemão, tanto por conta da divisão do país, como levando em consideração que alguns de seus juízes permaneceriam os mesmos?¹⁷⁷ Ou, ainda sob o risco oculto de que mesmo os novos juízes poderiam estar submetidos aos mesmos critérios ideológicos anteriores? Obviamente, os juízes em posições mais delicadas, como aqueles da Corte do Povo, das Cortes Especiais, das Cortes de Polícia da SS e de todas as outras cortes extraordinárias haviam sido removidos de seus cargos.¹⁷⁸ Com isso, houve uma sobrecarga de um corpo menor de juízes que, assim que autorizado a reiniciar seus trabalhos, se viu assoberbado diante do sem-número de questões propostas, muitas delas envolvendo crimes do período nazista.

Não houve, na época, solução fácil ou perfeita, mas sim a possível: uma reorganização não só do sistema judiciário, mas do raciocínio jurídico propriamente dito. Houve uma revisão dos princípios informadores do sistema totalitário, para uma redescoberta dos valores democráticos. Não foi tomada a decisão de simplesmente declarar todos os atos soberanos do Estado Alemão nazista nulos, o que acarretaria a determinação de que o regime havia sido realmente despótico. Embora parecesse a solução mais simples, havia um grave problema: o regime tinha a legitimidade sustentada no apoio da maioria da população, e gozava de reconhecimento internacional. O que se conseguiu fazer, em nome de alguma segurança jurídica, foi retomar o sistema “pré-Hitler” de direito, removendo do ordenamento

¹⁷⁶ STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika: studies on legal history in nazi germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. p. 172.

¹⁷⁷ Somente os juízes com cargos mais “políticos” é que foram forçados a se aposentar. Aqueles que não estiveram envolvidos em atividade considerada criminoso, tão somente exercendo função jurisdicional e fora daquelas posições, retomaram suas atividades, geralmente em posição similar à anterior, com uma promoção ou duas. MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice: the courts of the third reich*. Cambridge: Harward University Press, 1991. p. 208.

¹⁷⁸ STOLLEIS, op cit., p. 171. Ingo Müller elabora uma espécie de “mapa”, descrevendo os caminhos de diversos juízes e promotores nazistas, concluindo que muitos passaram absolutamente incólumes pelo final da II Guerra Mundial, voltando a exercer suas funções em novos locais. Muitos foram de fato julgados, mas considerados como “não-incriminados” pelo exercício de seus cargos. MÜLLER, op cit., p. 209-213.

toda sorte de leis e regulamentos que ferissem os direitos humanos, acarretando maciça fragmentação jurídica.¹⁷⁹

O resultado desse realinhamento do Direito naquele país, e da função judicial como um todo, não foi mais satisfatório do que em outras profissões. A reforma necessária era tão colossal e sem precedentes que só podia estar fadada ao fracasso; o assoberbamento do Poder Judiciário alemão nessa época foi gigantesco, por uma simples questão de oferta e demanda: havia inúmeras questões jurídicas a serem debatidas, e não havia estrutura judiciária que as suportasse. Na realidade, o que se viu, ao menos na zona britânica, foram “juízes auxiliares” com conhecida filiação ao partido nazista¹⁸⁰, sendo contratados para exercerem tal função, que depois viria a ser decretada permanente.¹⁸¹

A diferença entre as zonas ocupadas era, também, gritante. Enquanto a ocupação americana, britânica e francesa valorizava as garantias e direitos individuais, o que se viu na zona soviética foi a consideração de que *slogans ocidentais* tais como “direitos humanos”, “direitos básicos”, “independência judicial”, “segurança jurídica”, “ideia de justiça” e “despolitização” eram brandidos como sendo elementos de “ideologia burguesa.”¹⁸² O que ficou claro, com a capitulação, não foram só os evidentes problemas do corpo jurídico criado por Hitler e seus asseclas, mas as mazelas dos sistemas judiciários que tentavam ser impostos. O processo todo, ao final, envolveu uma revisão ideológica, através de treinamento dos novos (e velhos) juízes para que fosse afastado todo o ordenamento nazista, devendo prevalecer aqueles antigos princípios existentes antes de 1933, valendo-se, também, do estudo do direito comparado para suprir a ponte que teve que ser construída sobre o nefasto e lodoso rio de leis e decretos nazistas.

Após 1945, houve quem dissesse que os juízes não poderiam ter qualquer fração de culpa no ocorrido, uma vez que estavam meramente seguindo a lei, de acordo com sua educação positivista. Todavia, é inegável, como aponta Ingo Müller, que os juízes declaravam não só sua fidelidade à lei, mas, acima de tudo, lealdade ao *Führer*.¹⁸³ Há que se acrescentar que o entendimento reinante à época era de que, se a lei havia sido aprovada em processo

¹⁷⁹ STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika: studies on legal history in nazi germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. p. 170.

¹⁸⁰ O “nacional-socialismo” continuou sendo, no Pós-Guerra, a ideologia de diversos funcionários públicos alemães dos mais variados escalões da administração da Alemanha Ocidental, não sendo justo “culpar a ‘maioria do povo alemão’ por sua falta de entusiasmo pelos procedimentos legais contra os criminosos nazistas.” ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 305.

¹⁸¹ STOLLEIS, op cit., p. 176.

¹⁸² Ibid., p 179.

¹⁸³ MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice: the courts of the third reich*. Cambridge: Harward University Press, 1991. p. 219-221.

legislativo próprio, não havia como questionar a lei. Exceção, claro, era feita ao próprio Hitler, que era *legibus solutus*, “livre de todas as leis”¹⁸⁴. Não obstante esta “defesa”, os juízes tinham parcela de culpa, como bem cravou Voegelin, ao falar da degeneração da sociedade por inteiro. Diz ele que, se alguém na posição de Hitler

dá ordens para matar – instruções para um crime sem nenhuma base legal e pelo qual ele próprio é um criminoso no sentido do Direito Penal – essas ordens serão simplesmente cumpridas porque a condição moral da população é tão baixa que as pessoas não podem distinguir entre legalidade e ilegalidade, criminalidade e não-criminalidade. [...] Portanto, se alguém não tem consciência da ilegalidade – ou seja, se é um tipo degenerado – será então absolvido. [...] Aqui tendes uma alternativa muito interessante para o judiciário alemão. Se alguém cometeu, ele próprio, fisicamente, um assassinio, estava ajudando e acumpliciando-se, ou, quando muito, estava obrigado por ordens. Entretanto, o outro, o que deu a ordem, não cometeu, na verdade, nenhum assassinio. Assim, não pode de maneira alguma ser incriminado. Então tudo acaba em nada. O assassino, que cometeu fisicamente o assassinio, age sob ordens; o que dá a ordem não cometeu nenhum assassinio. Ou seja, eles todos são inocentes. [...]. Portanto, se fôsseis um nazista, poderíeis matar qualquer um; qualquer juiz alemão vos absolveria.¹⁸⁵

Ora, essa conclusão mostra o quão desviado da justiça e da realidade era o sistema judiciário alemão, situação essa que persistiu no Pós-Guerra, ao contrário do que era esperado. Alguns julgamentos resultaram em penas de morte¹⁸⁶, mas outros tantos condenavam notórios carrascos a penas tais como dois dias de prisão para cada homicídio *comprovado*, ainda que nesses casos houvesse o reconhecimento de que suas atitudes foram tomadas com base em “livre arbítrio” e não necessariamente sob o estrito cumprimento de ordens diretas.¹⁸⁷

Como se vê, é impossível não misturar, nessa breve análise, o papel dos juízes durante a guerra, com seu papel no pós-guerra, seja relativo a criminosos de guerra, seja no exercício de suas funções cotidianas. De toda sorte, não é crível que os julgadores do período 1933-1945 não tenham tido qualquer responsabilidade sobre o terror do Holocausto. Foram ativos partícipes dessa tenebrosa consequência; se o perdão tácito para essa função foi uma

¹⁸⁴ Esta foi a defesa adotada por Hermann Jahrreiss utilizada no julgamento dos juristas em Nuremberg. MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice: the courts of the third reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 221.

¹⁸⁵ VOEGELIN, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo: É Realizações, 2008. p. 301-303.

¹⁸⁶ Hannah Arendt recorda que muitos réus sequer se preocupavam com as condenações impostas pelo *district court* de Frankfurt, já que as sentenças exaradas estavam sujeitas a recurso dirigido à Corte de Apelações alemã, o que significava que os réus responderiam essa instância recursal do processo em plena liberdade, a não ser que nova ordem de prisão fosse assinada pelo juiz. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 304.

¹⁸⁷ MÜLLER, op. cit., p. 250.

construção jurídica da época, isso foi feito sem nenhum embasamento legal nem sob qualquer migalha de justiça. É ensurdecador o eco da ausência daqueles que partiram, cujo veredicto, a respeito desses magistrados, só poderia ser esse: culpados.

Perelman¹⁸⁸ demonstra a existência de uma mudança radical no raciocínio judiciário após o ano de 1945, declarando que, diante dos fatos ocorridos na Alemanha, depois de 1933, é irrealizável identificar o direito com a lei, colocando-os como sinônimos. Deve-se ter atenção, diz o autor, a princípios que, embora não positivados, *s'imposent à tous ceux pour qui le droit est l'expression, non seulement de la volonté du législateur, mais de valeurs qu'il a pour mission de promouvoir, au premier plan desquelles figure la justice*. É uma reação forte à concepção positivista dominante até então, que tornava o direito absolutamente estático e vinculado aos desejos e arbitrariedades de um soberano qualquer, não submetido ele próprio a qualquer valor ou que possuía sua atuação limitada por qualquer norma.¹⁸⁹ A decisão do juiz não deve mais estar só conforme a lei, mas deverá também satisfazer uma necessidade de *justiça e equidade*.¹⁹⁰ Assim procedendo, o julgador questionaria a própria validade daquela lei perante os ditames da justiça, que não seria reles servente do poder em comando, mas princípio maior decorrente do anseio do povo, como um todo.

Diante desse fracionamento inédito na história de um sistema jurídico, com vistas à reconstrução não exclusivamente pela imposição do ordenamento dos países vencedores (ou de alguns deles), mas atribuindo méritos ao passado jurídico do povo alemão, o juiz estava esmagado em um período de transição. Parece ser comparável ao juiz Pós-Revolução Francesa, também coadjuvante de uma ordem de coisas muito superior a sua função, mas, dessa vez, os olhos de todo o mundo recaíram sobre a Alemanha, o que não impediu, também, que houvesse impunidade e que juízes antes filiados ao partido seguissem no seu ofício.

Mais do que propriamente uma análise desse cargo, cabe atenção à lição remanescente, entre tantas, da época: o sistema jurídico é humano e falho, e somente a sujeição do julgador a uma cadeia pré-ordenada de deveres e responsabilidades pela violação

¹⁸⁸ PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique: nouvelle retorique*. Paris: Dalloz, 1999. p. 70.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 70.

¹⁹⁰ No âmbito da equidade, destaca-se a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, lembrando de Aristóteles. Refere o filósofo que é da própria natureza do equitativo a “correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta.” Alvaro de Oliveira assina que a aplicação da lei com equidade é atividade “co-natural ao próprio ato de julgar, e não de substituí-la pela equidade”. Tal naturalidade decorre da permanente necessidade de contextualização dos significados expressos na língua jurídica, “pela inserção no contorno específico fático da causa, para se extrair a decisão justa e adequada do caso concreto, especialmente com a ajuda dos princípios.” Tudo conforme ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 8. Precisamente essa função “co-natural”, como ressalta o autor, é que também faz necessária a motivação plena, como possível forma de controle sobre o juízo de equidade realizado.

destes, aliada à estreita vinculação do julgador não só com a lei, mas ao *justo* e ao *verdadeiro*, é que podem auxiliar (e nunca prevenir por inteiro) a nova ocorrência de tamanha monstruosidade.

1.2.5 O Realismo Norte-Americano

A figura a ser analisada não se refere propriamente a um tipo de juiz histórico como até então foi realizado. Trata-se, na verdade, do exame do chamado “movimento”¹⁹¹ realista¹⁹² norte-americano, cuja importância para o presente estudo é fundamental, dado o reconhecimento destes juristas, valorizado, em maior ou menor grau, o aspecto *subjetivo* da decisão judicial.

É importante notar que o princípio¹⁹³ de tal movimento data do final do século XIX, aparecendo em escritos e decisões de Oliver Wendell Holmes as primeiras bases para essa corrente.¹⁹⁴ Ele está, portanto, em momento anterior às situações enfrentadas nos itens 1.3.3 e 1.3.4, mas a discussão em torno dessas ideias estende-se por décadas, até mesmo com alguns artigos publicados durante a II Guerra mundial.¹⁹⁵ Não se pode afirmar, de outra banda, que o realismo norte-americano era diametralmente oposto ao que se pensava no outro lado do Atlântico, em particular os pensamentos já consolidados, de origem positivista, que validariam os atos do estado nazista.¹⁹⁶

¹⁹¹ “There is no school of realists. There is no likelihood that there will be such a school. There is no group with an official or accepted, or even with an emerging creed. There is no abnegation of independent striking out. We hope that there may never be. New recruits acquire tools and stimulus, not masters, nor over-mastering ideas. Old recruits diverge in interests from each other. They are related, says Frank, only in their negations, and in their skepticisms, and in their curiosity.” LLEWWLLYN, Karl N. Some realism about realism: responding to dean pound. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 44, p. 1233-1234, 1930/1931.

¹⁹² O termo “realismo” nunca foi abraçado por Jerome Frank, que preferia terminologia diversa: “ceticismo construtivo (constructive skepticism), efetividade jurídica (legal actualism), observação do Direito (legal observation) ou, mais simplesmente ainda, modéstia jurídica (legal modesty), inclinando-se em seus escritos posteriores a 1933 pela palavra experimentalismo (experimentalism).” BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte de direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1977. p. 28.

¹⁹³ Em sentido contrário, há quem atribua o início do realismo a J. W. Bingham, no seu artigo *What is the Law?*. *Ibid.*, p. 25.

¹⁹⁴ HOLMES, Oliver Wendell. The common law. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 9.

¹⁹⁵ Conforme se depreende da coletânea dos mais importantes artigos da matéria, efetuada por FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

¹⁹⁶ É evidente que, mesmo na Alemanha do final do século XIX e início do século XX, não havia univocidade do pensamento jurídico. Conforme Plauto Faraco de Azevedo, “a partir dos últimos anos do século XIX, continuado ao longo do século XX e estendendo-se até nossos dias, nota-se uma reação, por vezes muito

Uma das passagens mais instigantes de Holmes, afirmaram posteriormente os ditos “realistas”, é a inicial de seu livro *The Common Law*: “*The life of the law has not been logic: it has been experience*”. Dizia, em seguida, que até mesmo os preconceitos compartilhados pelos juízes com o resto da humanidade, têm conexão muito maior do que o silogismo na determinação das regras que governam os homens.¹⁹⁷ Há que se dizer que se trata de uma reação ao positivismo e formalismos absolutos, a fim de descobrir quais são, realmente, as ideias que influenciam o Direito.

A percepção desses juristas é de que o fenômeno jurídico é muito mais dinâmico do que a simples aplicação de leis, que são estáticas quando comparadas às constantes mudanças econômicas, sociais, políticas. A lei é apenas parte do fenômeno judicial, que envolve as características de cada juiz, até mesmo aquelas subscientes e/ou irracionais. Uma das conclusões do movimento é de que a certeza do direito só poderia estar plenamente assegurada se “os juízes possuíssem mentes estereotipadas, agindo mecanicamente, sem idiosincrasias.”¹⁹⁸

viva, contra o método tradicional e a predominância exclusiva da lei.” AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do método jurídico: reflexões em torno de François Géný. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 18, n. 51, p. 9, mar. 1991. O espírito que pairava sobre a América também encontrou eco na Escola do Direito Livre (*freirechtliche Bewegung*), expressão consagrada em 1903 por Eugen Ehrlich. Bülow, contudo, é considerado o precursor do movimento, em seu escrito de 1885 *Gesetz um Richteramt*. Diz Larenz: “A ideia básica deste escrito [...] é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma actividade criadora de Direito. A lei não logra criar logo o Direito; é somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 78. A Escola recusava o dogma legalista então estabelecido bem como o caráter exaustivo da ordem positiva, preconizando o renascimento de um Direito Natural não vinculado à perspectiva metafísica, admitindo até mesmo decisões *contra legem*, verdadeira aberração para a época. Como os realistas, alguns dos integrantes desta Escola reconheciam que a “jurisprudência não está imune aos afetos, aos sentimentos, logo a pretensão de um rigor dedutivo é descabida; os bons juízes são especialistas nos fatos, não magos das disposições jurídicas.” OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Verbete Escola do Direito Livre. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 272-274. François Géný, por vezes correlacionado com a Escola de Direito Livre, não foi propriamente integrante desta, mormente por sua desconfiança da “fácil adesão ao Direito Natural”. Mas também encarava a lei como porção do Direito, e não como *tudo* no Direito, referindo-se ao *fetichismo da lei*. Considerava, no entanto, que ela integra “a realidade do Direito e, portanto, faz parte dos elementos com os quais lida essencialmente o jurista.” SALDANHA, Nelson. Verbete François Géný. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 378-379. Julgava, contudo, ser “ilegítimo e de todo modo absolutamente vão pretender tão só por meio da lógica fecundar os princípios contidos na lei escrita, de modo a adaptá-la, a qualquer custo, à solução de todos os conflitos jurídicos”, reconhecendo a necessidade de “buscar um princípio ou um conjunto de princípios, fora e acima da lei, capaz de surprender-lhe as lacunas.” Pontua o mestre de Nancy que “antes de tudo, o Direito Positivo deve permanecer vivo e viver significa mover-se e transformar-se.” AZEVEDO, op cit., p. 11. Há relação entre o *legal realism* e a *Freirechtsschule*, mas também não se pode dizer que há completa identidade. Enquanto a segunda debate se se deve adotar um modelo de “decisão livre”, a primeira questiona se não se deve simplesmente admitir que já a possuímos. A distinção é de Jerome Frank, lembrada por BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como fonte do direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1977. p. 31.

¹⁹⁷ HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 9.

¹⁹⁸ BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 701.

Holmes não só escreveu sobre o assunto, como tratou dele em seus julgamentos. No caso *Lochner v. New York* se encontra mais uma célebre afirmação, de certa forma outra “espinha dorsal” do realismo, de que “general propositions do not decide concrete cases.” Essa decisão depende de um julgamento ou intuição mais sutil que qualquer premissa maior, concluindo que “every opinion tends to become Law”.¹⁹⁹ A opinião de cada julgador teria essa força e, ao utilizar o vocábulo “opinião”, desvinculou (ou reconheceu a desvinculação), ao menos em parte, a decisão da lei ou de proposições gerais, reconhecendo que toda decisão contém alta carga de subjetividade. Roscoe Pound²⁰⁰ afirma que esse precedente foi a melhor exposição na época, nos Estados Unidos, de uma “reação à lógica”, removendo-a do papel central da função judicial e a colocando no seu devido lugar, de instrumento do juiz.

Pound, de seu turno, diferencia o Direito “nos livros” e “na prática”²⁰¹, dando importância para o papel do advogado, que deve não ser obcecado com a *common law*, recepcionando bem a legislação positivada e novos princípios gerais. O processo se constrói não só na atividade judicial, muito embora este seja o primado de seu sistema; a atividade do advogado deve utilizar princípios de sociologia e de economia, não se baseando exclusivamente nos precedentes. O sistema jurídico deve ser, na visão deste autor, um resultado de uma atividade conjunta entre advogado e juiz, não pensado tão somente com jurisprudência talvez excessivamente datada, mas também considerando que o Direito é amplamente informado por outras ciências.

Com certeza, no espírito deste “movimento”, a psicologia seria a ciência que teria mais a contribuir, pois estudaria o próprio juiz. Afirma Frank:

O processo de julgar, conforme os psicólogos nos informam, raramente começa com a premissa da qual se trabalha até uma conclusão. Julgar se inicia, frequentemente, da forma oposta – com uma conclusão mais ou menos formada; um homem normalmente inicia a partir de tal conclusão e posteriormente tenta localizar premissas que a sustentarão. Se ele não conseguir, satisfatoriamente, encontrar argumentos adequados que conectem sua conclusão com as premissas que julga aceitáveis, ele irá, a não ser que seja arbitrário ou louco, rejeitar a conclusão e buscar outra.²⁰²

¹⁹⁹ Citações extraídas do julgamento *Lochner v. People Of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=198&invol=45>>. Acesso em: 5 jun. 2010.

²⁰⁰ POUND, Roscoe. Liberty of contract. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American Legal Realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 31.

²⁰¹ Id. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, p. 12-36, 1910. Pound já preparava os fundamentos de sua incursão na *sociological jurisprudence*, de forma que as decisões judiciais operassem uma “engenharia social”. Este é passo além do reconhecimento da subjetividade das decisões, mais próximo da realidade do *common law* do que do nosso sistema. Sobre o tema, v. TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 338-340.

²⁰² FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936. p. 100. O “método inverso” também é referido por Alejandro Nieto, e ainda causa muita surpresa sua utilização. Ele não implica desconhecimento do regramento positivo; na realidade, o juiz bem formado e conhecedor da lei

É de se reconhecer que os juízes se valem desse processo de “raciocínio invertido”, como todas as outras pessoas. Todavia, sua função não deveria permitir-lhes que raciocinassem em parâmetros tão simplistas. Jerome Frank assinala que, ao não ser capaz de ligar a conclusão preestabelecida com as premissas estabelecidas, o homem deverá procurar outro caminho, a não ser que seja “arbitrário ou louco”. A ausência da exposição completa do raciocínio judicial induz esse risco, de submissão a um resultado sem fundamento, sem raciocínio que o conduziu até lá, por conta da arbitrariedade do julgador. O conhecimento de sociologia e economia faria o juiz pensar mais nas consequências de seus julgamentos, mas o estudo de sua psiquê faria com que fosse possível certa noção de previsibilidade de suas decisões.

Afinal, é o comportamento dos juízes²⁰³ e sua vinculação com seus predecessores e também sucessores que estabelece a continuidade de seu ofício²⁰⁴, sendo que a análise dessas figuras faria compreender a verdadeira motivação de seus atos. E a retratação fiel do que as cortes e legisladores e juristas fazem não é a única tarefa da ciência do direito.²⁰⁵ É muito atual a impossibilidade de distinção entre o que as cortes *devem* fazer daquilo que elas *fazem* ou, ainda, *acham que devem fazer*. Para que seja possível melhor ideia do real funcionamento do Direito, na prática, deve-se levar em conta: 1) *como* os juízes decidem; 2) como eles *devem* decidir para que haja respeito à ordem legal previamente estabelecida; e 3) uma forma de assegurar, geralmente, de como devem ser as decisões.²⁰⁶

Não é o caso de, como pretendiam os neorealistas, afirmar que não existem regras, princípios ou doutrinas, porque toda ação judicial se refere muito pouco ou nada a estas.²⁰⁷ Esse entendimento é absurdo e cria um estado de insegurança absoluta, extinguindo a necessária e indiscutível ligação de toda e qualquer ação judicial ao sistema jurídico pré-

não encontra dificuldade alguma em tomar primeiro sua decisão para depois buscar os argumentos que lhe darão sustentação. NIETO, ALEJANDRO. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 163-164. É exatamente disso que falava Frank, pois é lícito ao julgador tal metodologia, contanto que venha, de fato, a encontrar fundamentos para sua decisão, do contrário será apenas arbitrário. Tal procedimento é reconhecido também por Stefano Evangelista, admitindo que não se pode duvidar que “a formação do juízo da motivação se configura como um *posterius*, ao menos do ponto de vista substancial” da sua colocação na sentença como ato. EVANGELISTA, Stefano. Verbete motivazione della sentenza Civile. In: *Enciclopedia Del Diritto*. v. 27. Milano: Giuffrè, 1958-1995. p. 161.

²⁰³ Já que são, indubitavelmente, *os juízes humanos*. FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973. p. 146-147.

²⁰⁴ LLEWELLYN, Karl. N. A realistic jurisprudence: the next step. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 58.

²⁰⁵ POUND, Roscoe. The call for a realistic jurisprudence. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 61.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 62-63.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 64-65.

ordenado. Benjamin Cardozo sinalizou nessa direção²⁰⁸, ao dizer que a adesão ao precedente é a maior garantia do *common law*, pois o deslinde do processo não deve estar conectado a preconceitos ou arbitrariedades, devendo privilegiar a imparcialidade e a uniformidade.²⁰⁹

Jerome Frank, por sua vez, também não pactua com a total irresponsabilidade judicial. O juiz não decide como melhor lhe aprouver – isto só ocorre, diz, com juízes que não tem plena consciência de seus deveres enquanto tais.²¹⁰ O *stare decisis*, ainda que possua “pontos de fuga”²¹¹, tem seus efeitos.²¹² Todavia, é obrigado a reconhecer a possível ocultação dos verdadeiros motivos decisórios, em análise de estudo de Rohrlich²¹³, que constatou que os juízes muito raramente revelam os verdadeiros motivos e razões que induzem suas decisões. Este último acredita que esse escamoteamento é benéfico, pois o fato de os julgadores terem de “disfarçar” o que realmente os conduziu àquela decisão, os desmotivaria de sequer formarem seu convencimento com base nessas razões, que não podem ser reveladas. Frank concluiu em sentido diametralmente oposto: se o julgador oculta essas informações da decisão, ele próprio não consegue analisá-las melhor.²¹⁴

Mais grave do que ocultar essa informação das partes, é ocultá-la de si mesmo e do necessário exame crítico. Na realidade, a aparente “invisibilidade” dessas razões somente faz reforçar que elas, de fato, existem, e a conclusão de Rohrlich leva ao caminho da mais absoluta irresponsabilidade judicial.

1.2.6 Breve Análise dos Perfis dos Juízes Históricos

²⁰⁸ Cardozo recebeu grandes elogios de Jerome Frank, notável realista. Em primeiro momento, agradece e saúda o jurista, para, no momento seguinte, em discurso proferido na Ordem dos Advogados de Nova Iorque, se distanciar de Frank e seus colegas. Ao mesmo tempo que seus estudos apontam a existência de elementos subjetivos nos julgamentos, também constatam a relevância da uniformidade e do respeito ao sistema legal. FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 172.

²⁰⁹ CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. New York: Dover Publications, 2005. p.27.

²¹⁰ FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973. p. 285.

²¹¹ *Loopholes*, no original.

²¹² São quatro os efeitos: 1) Não há razão para alterar uma regra que não causa dano; 2) Há regras às quais a comunidade é apegada, e o magistrado não as alterará ainda que acredite não serem sábias; 3) Os juízes não tem o ferramental para examinar – e alterar – regras historicamente enraizadas e estabelecidas na comunidade, sob o ponto de vista de suas consequências pretéritas e futuras; e, finalmente, 4) é inegável que existe um elemento muito forte de confiança nos precedentes. Seria, nesse último ponto, injusta qualquer alteração no precedente, sem o devido motivo, pois há uma confiança estabelecida naquele entendimento. FRANK, op cit., p. 285.

²¹³ *Ibid.*, p. 157.

²¹⁴ FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973. p. 158.

Esses “juízes” que foram destacados na história de forma arbitrária compõem um painel de características de cada uma dessas épocas. Ao mesmo tempo em que explicam o cenário vigente, também delineiam certos perfis que os definem. Com esses perfis, não se pretende demonstrar um desenvolvimento linear da função judicial, pois tratar-se-ia de proposta histórica superficial. O patamar atual desse cargo possui uma origem muito mais rica e vasta do que um punhado de épocas possa explicar. Contudo, essa pequena seleção auxilia não só na compreensão atual de tal desempenho da atividade, bem como evidencia a razão de ser da exigência de motivação dos atos judiciais.

O *iudex unus*, por exemplo. Ele não era qualquer magistrado. Das duas funções possíveis, a que exercia era a mais distinta e certamente a de maior poder, no âmbito processual. Ele valorava a prova, e de suas decisões dificilmente cabia recurso.²¹⁵ Certamente era homem que refletia a cultura de sua época, e ainda podia se valer do rico conhecimento do *consilium*, cujos entendimentos não eram vinculantes, lembrando, ainda que com certa impropriedade, os laudos periciais modernos.

O seu poder advinha da nomeação pelo pretor, com base na concordância de ambas as partes. Era escolhido, portanto. E, curiosamente, com tanto poder em suas mãos, não há registro histórico de que incorresse em frequentes abusos dele. Soa possível que a existência da responsabilização civil do magistrado, aliada ao reconhecimento, pelo próprio *iudex unus*, da relevância de sua função, evitasse maiores abusos. Ainda assim, como se viu, essa figura não se manteve durante os sistemas jurídicos romanos posteriores.

Supõe-se, sem exagero, que a mera ideia de que tinha acesso a tanto poder já era temível. Caracteriza-se, portanto, esse primeiro juiz, como alguém com mínimo conhecimento legal, mas com ampla cultura. Dispensava-lhe a motivação de seus atos, pois havia outras formas de controle, e não se esperava dele nada além de que cumprisse sua promessa de julgar conforme a verdade. Era, antes de tudo, um juiz *responsável*, pois sabia muito bem as consequências de não decidir, ou de fazê-lo sem o devido cuidado.²¹⁶

²¹⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000, p. 24.

²¹⁶ Oreste Nestor de Souza Laspro identifica com precisão a responsabilidade do juiz nos períodos processuais romanos. No caso particular do *iudex unus*, ele alinha algumas possibilidades. O *iudex* que se omitia de sentenciar era a primeira dessas ocorrências. Precisamente a faculdade de pronunciar *rem sibi non liquere*, e deixar de julgar sob o argumento de que o direito não lhe parecia líquido lhe escusava de seu dever e afastava sua responsabilidade. Outro caso de responsabilização do *iudex* apresentava-se quando, na *condemnatio*, procedia à condenação de quantia maior ou menor que a exigida, ou desrespeitava os limites fixados na fórmula. Ou seja, deveria atender os limites contidos na fórmula, ou responderia por essa transgressão perante as partes. A última possibilidade alinhavada é a do *iudex* que se comporta como depositário infiel, apropriando-se da coisa litigiosa, equiparando-se ao ladrão. O que é certo, contudo, é que o *iudex unus* não era, nessa época, reponsabilizável por decisão que viesse a ser considerada injusta. Tudo conforme LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000. p. 29-32.

Já na Revolução Francesa, vários séculos após, a figura do juiz é emblemática. Situado no epicentro de um dos mais sangrentos movimentos populares da história, a função judicial, no período pré-revolucionário, estava vinculada à figura do rei, mas ainda exercida como privilégio e recaíndo, com frequência, em evidentes arbitrariedades. Após, o receio da recorrência da manifestação era tão grande, que o juiz é transformado em mero burocrata, sem qualquer função criadora da lei. Se, naquele primeiro momento, ao magistrado não se exigia motivação, era porque estava imbuído do poder real. Já depois, tal exigência foi cristalizada na Lei 16-24, de agosto de 1790, em seu artigo 15. E mais: no artigo 12, no caso de qualquer necessidade interpretativa da lei, o juiz deveria consultar o “corpo legislativo.” Caracterizava-se, aquele primeiro julgador, como *arbitrário* ou *prepotente*, e o segundo, como *amordaçado*.

Em novo salto histórico, apresentou-se o juiz que desempenhou funções na Alemanha nazista e, logo após, o magistrado do Pós-Guerra. Em ambos os casos, fortes traços ideológicos quedaram evidentes. Novamente, um ponto de divisão fundamental (o fim da II Guerra Mundial) efetuou uma divisão de águas. No entanto, diferentemente do verificado na Revolução Francesa, os juízes, depois de 1945, na Alemanha ocupada, não atravessaram mudança tão radical. A questão da ideologia revelou-se, a partir de então, problema fundamental no desempenho da função – a serviço de quem está o juiz? A serviço de quem está a lei? Afinal, ainda que os juízes tivessem liberdade para seguirem suas mentes – e não a tinham –, que espaço interpretativo possuíam, se até mesmo os doutrinadores da época davam razão ao *führer*? A ideologia havia contaminado a todos, e pouca ou nenhuma diferença haveria com a total liberdade dos juízes. O que se viu, na realidade, depois de 1945, foram criminosos de guerra, verdadeiros genocidas, com sentenças de 1 dia de prisão para cada morte *provada*. Os juízes que assim decidiam encontram a caracterização nada singela de *cegos* pela ideologia nazista. A motivação revela-se irrelevante, pois o sistema já fora corrompido desde seu gérmen fundamental.

No fim dessa carreira, acha-se a perspectiva *realista* dos norte-americanos acerca de como decidem os magistrados. Talvez não se trate de um juiz específico, ou talvez seja ele o julgador daquele país, naquela época. A valorização da figura desse indivíduo demonstra não só uma preocupação com a *liberdade* que ele encontra no exercício do cargo, atualmente, bem como evidencia consternação de como isso pode afetar os jurisdicionados. Nessa quadra, configura-se também como estudo interdisciplinar dessa função, carreando, para as luzes do Direito, conceitos antes exclusivos da Psicologia.

O realismo não logrou êxito em atingir o desejado adjetivo do juiz *verdadeiro*. Apenas galgou-se mais um degrau na longa escadaria do estudo dessa função. O que se

verifica, com essa breve análise, é que todas essas figuras não podem ser esquecidas quando do estudo do desempenho da função judicial hoje, e do rastro da importância da motivação das decisões, que pode ser acompanhado até muitos séculos atrás. Elas revelam as diversas facetas que o julgador pode apresentar conforme sua época: foi ela, acima de tudo e de todos, que construiu o juiz.

1.3 A MOTIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tracejado histórico realizado impõe a exposição do histórico da motivação das decisões judiciais no Brasil. Trata-se de direito fundamental que encontra previsão legal em amplo espectro legal do ordenamento jurídico pátrio. Desde a época do Império, o comando legal da necessidade de motivação das decisões estava presente. No Decreto número 737, de 25 de novembro de 1850, que regulava a “ordem do Juízo no Processo Commercial”, o art. 232 assim dispunha:

Art. 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.²¹⁷

Esta previsão legal tem raízes ainda mais distantes, mais especificamente o Código Filipino, na Ordenação do Livro III, Título LXVI, parágrafo 7º:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente 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.²¹⁸

Barbosa Moreira assinala que a Ordenação ainda impunha multa ao juiz que descumprisse tal preceito e, a reforçá-la, uma portaria de 31 de março de 1824 “vinha lembrar

²¹⁷ BRASIL. Decreto número 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>. Acesso em: 10 jan. 2010.

²¹⁸ Código Filipino. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p669.htm>>. Acesso em: 20 set. 2010.

aos juízes recalitrantes o dever a que estavam sujeitos.”²¹⁹

À parte da prolífica legislação estadual processual sobre o assunto,²²⁰ o Código de Processo Civil de 1939 também “determinava ao juiz que mencionasse na sentença os fatos e circunstâncias que motivaram seu convencimento (art. 118, parágrafo único), bem como os fundamentos de fato e de direito em que se baseou o julgamento da causa (art. 280, n. II).”²²¹

Atualmente, na Constituição Federal, verifica-se a previsão do artigo 93 que, em seu inciso IX, prevê a nulidade das decisões não fundamentadas. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal na matéria²²² é de que se trata de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não sendo necessária legislação específica posterior sobre a matéria.

No plano infraconstitucional, existe o ditame do art. 131 do Código de Processo Civil, que concede ao juiz livre apreciação da prova, devendo indicar, no entanto, os *motivos que lhe formaram o convencimento*. No sistema brasileiro, percebe-se a adoção do método da persuasão racional, através do qual o juiz possui a liberdade necessária para avaliação do material probatório dos autos, devendo expor *os fundamentos de sua convicção*.²²³

Muito embora o art. 165 preveja a fundamentação *concisa* das decisões interlocutórias, ele reforça um dos requisitos essenciais da sentença, previsto no artigo 458, II,²²⁴ do mesmo dispositivo legal: *os fundamentos*. O parágrafo 1º, do art. 273, do CPC, determina que o julgador indique, *de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento*. O artigo 461, em seu parágrafo 3º, traz o mesmo espírito, declarando a necessidade de fundamentação na decisão revocatória ou modificatória de liminar concedida. Os dois últimos artigos são fruto da Lei 8.952/94, com vista a proporcionar mais amplo embasamento infraconstitucional à matéria.

O sistema inteiro é orientado a exigir a devida fundamentação ou motivação das decisões judiciais, sejam interlocutórias, sejam finais. Do primeiro artigo insculpido na Carta

²¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 85.

²²⁰ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 216.

²²¹ *Ibid.*, p. 217.

²²² “A eficácia e a aplicabilidade das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, em princípio, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura.” BRASIL. STF. ADIMC número 189/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 18.04.1990, DJ 18.05.1990, p. 4342.

²²³ GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77-78. Não só o art. 131, mas também diversos outros do CPC referendam esse sistema, lembrando o mesmo autor os arts. 386, 405, par. 4º, 436, 439 e, ainda, o parágrafo 3º do art. 915.

²²⁴ Barbosa Moreira assinala que o verbo “analisar” que consta do texto deste artigo consiste em obrigação imposta ao julgador de *valoração* de *todo* conteúdo probatório, uma análise global crítica da qual não é lícito extrair “*fórmulas estereotipadas [...] tais como “a declaração da testemunha X não é convincente”, ou – pior ainda – “a prova não resultou favorável ao demandante”*”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. In: *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 111.

Magna extrai-se, entre outras incontáveis determinações, o da obrigação de motivação das decisões judiciais, quando afirma que “A República Federativa do Brasil, [...], constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” Já se comentou, largamente, sobre a motivação ser imprescindível dentro de uma nação com essa característica, não obstante a ideia de que essa garantia do jurisdicionado “surge como manifestação do Estado de Direito, sendo anterior à letra norma constitucional que a refira expressamente.”²²⁵ Mesmo diante da não existência de previsão legal expressa, o comando ainda estaria presente, corolário que é do devido processo legal e expressão do Estado de Direito.²²⁶

Não se pode olvidar que esse dever do juiz encontra previsão não só no âmbito do processo civil, como já reforçado, mas também na legislação processual penal²²⁷ (art. 381, III e IV, do CPP), trabalhista (art. 832), militar (art. 438, alíneas “b”, “c” e “d”, do Código de Processo Penal Militar) e, ainda, no âmbito dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 38).

1.4 MOTIVAÇÃO X FUNDAMENTAÇÃO

Feito o exame do que vem a ser a motivação judicial, bem como de seu histórico, que auxilia na compreensão da importância do fenômeno, surge uma questão, já debatida globalmente: será que existe diferença entre a *fundamentação* e a *motivação* no concernente à decisão judicial? Não são, para o presente trabalho, sinônimos. No seu estudo, Eduardo Caruso Cunha afirma que existe diferença entre contexto decisório e contexto justificativo, de forma que as razões utilizadas pelo juiz devam ser *juridicamente aceitáveis*²²⁸. Não obstante esteja correto, não houve aprofundamento da existência de diferença entre fundamentação e motivação. Tal diferença foi apontada em precedente da Cámara Nacional de Cassación Penal argentina, mais precisamente no voto da Juíza Dra. Angela Ester Ledesma:

²²⁵ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 215.

²²⁶ DIDIER JR., Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2. p. 228.

²²⁷ Lembrando que, em matéria penal, o art. 155 do Código de Processo Penal explicita a preponderância do chamado método da “persuasão racional” no tocante aos sistemas de avaliação da prova. É claro que, no âmbito penal, deve haver um compromisso ainda maior com a adequada valoração da prova e a correspondente motivação, dada a natureza dos direitos analisados, vinculando a decisão principalmente aos elementos produzidos em sede de contraditório, sendo permitido, todavia, amparar-se nos “elementos formativos colhidos na investigação”, desde que não de forma exclusiva. NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009. p. 18.

²²⁸ CUNHA, Eduardo Caruso. *O dever de motivação da sentença judicial*. 2008, 89 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2008, p. 17-19. Afirma o autor que existe a possibilidade de fatores emotivos e ideológicos influenciarem na decisão, concluindo que a existência da motivação visa *afastar o juiz de tais influências*. Mais adiante, no terceiro capítulo, veremos a existência desses fatores em diversos momentos decisórios e apontaremos conclusão diversa, de que a motivação tem como finalidade obrigar o julgador a explicitar *todos* os motivos, tanto quanto possível, que o levaram àquela conclusão.

Si bien en la práctica se expresa indistintamente, deber de fundar o de motivar; la primera, es decir, la fundamentación, se refiere a la correcta invocación de la norma aplicable y la segunda, a los verdaderos motivos o razones que tiene el juzgador para decidir, es decir al razonamiento derivado de las circunstancias de hecho probadas que lo llevan lógicamente a la aplicación de una o otra norma. Tal diferenciación pierde importancia en cuanto se observa que la motivación judicial no puede ser independiente de la fundamentación legal; el juez, al dar los motivos de su decisión, no podría apoyarse pura y exclusivamente o en los hechos o en las normas, pues si hiciera lo primero, prescindiendo de las normas, se estaría transformando en legislador, y si se apoyara en aquéllas, prescindiendo de los hechos, convertiría la sentencia en una obra de investigación. La motivación de la sentencia configura sin lugar a duda una de esas calidades o requisitos esenciales, parece evidente que su ausencia no puede menos que determinar la violación de la garantía de defensa, porque ella apareja necesariamente el quebrantamiento de una forma sustancial del "juicio", empleado el término en su verdadera significación constitucional.²²⁹

Até aqui, nenhum doutrinador alcançou tal síntese da ideia: a motivação é coisa diversa da fundamentação²³⁰, e uma não pode existir sem a presença da outra. A confusão daí decorrente leva à questão de ordem prática bastante significativa. São dois elementos distintos explicitados com frequência através de uma só palavra, e este é o ponto fundamental da presente indagação, ou, melhor dizendo, da “fundamentação atrás da fundamentação.” A fundamentação é a invocação da norma aplicável ao caso que foi apresentado, e a motivação é o conjunto de verdadeiros motivos ou razões que direcionaram o magistrado àquela decisão.

Entretanto, há equívoco no raciocínio da Dra. Ledesma. É incorreto afirmar que a discussão “perde importância”²³¹ só pelo fato (incontestável, admita-se) de não existirem fundamentos sem motivos e motivos sem fundamentos, tanto que a julgadora conclui que se tratam de requisitos essenciais, cuja ausência importará, no mínimo, em violação ao direito de defesa. O dever de motivação das decisões é violado antes do direito de defesa (ou da garantia do contraditório) propriamente dito, pois configura ausência de elemento fundamental, indispensável à boa e plena compreensão do julgado.

Não se quer dizer com isso que, dado o não reconhecimento amplo, no Brasil, dessa diferenciação, de que *todas* as decisões judiciais devam ser consideradas como ausentes de motivos. Bem ao contrário, em vários casos, mesmo sem sabê-lo, os julgadores oferecem

²²⁹ ARGENTINA. Cámara Nacional de Cassación Penal (Argentina). Proc. no. 04-3-20-35235991. Voto Dra. Ledesma. Disponível em: <<http://ar.vlex.com/vid/recurso-camara-casacion-penal-n-04-3-20-35235991>>. Acesso em: 20 out. 2009.

²³⁰ Como também ressaltado por Juan Picó i Junoy, ao afirmar que existe um “deber de motivar y fundamentar las sentencias”. JUNOY, Juan Picó i. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997. p. 63.

²³¹ ARGENTINA. Cámara Nacional de Cassación Penal (Argentina). Proc. no. 04-3-20-35235991. Voto Dra. Ledesma. Disponível em: <<http://ar.vlex.com/vid/recurso-camara-casacion-penal-n-04-3-20-35235991>>. Acesso em: 20 out. 2009.

ambos os elementos a controle. Quando esses motivos não estão expressos, independentemente da vontade do magistrado, é que se configura a “fundamentação atrás da fundamentação.”

A reforçar a dicotomia proposta, Inocêncio Mártires Coelho leciona que atualmente são necessárias mais do que

razões normativas – reputadas necessárias, mas não suficientes – para justificar as decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário *justificar a própria decisão*, oferecer uma justificação última e profunda, que se baseie em outras razões – tais como *justiça, razoabilidade, oportunidade e correção* – razões que não derivam diretamente das normas ou dos princípios do ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ser objetivas e compreensíveis por quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelas decisões dos aplicadores do direito.²³²

É assente que a autoridade das decisões judiciais depende não só do poder de mando oficialmente concedido ao magistrado, mas também da aceitabilidade e credibilidade de seus comandos, o que só se garante, de forma mínima, através da adequada justificação.²³³ E só se estabelecem tais características nas decisões em que não só a decisão final (dispositivo) é clara, mas também a justificação (motivos + fundamentos) seja razoável ou, ao menos, compreensível. A clareza da decisão está diretamente vinculada à sua completude, a qual se exige.²³⁴

Em linha similar de raciocínio, Ricardo Guastini²³⁵ aborda a temática da diferença conceitual entre motivação e fundamentação sob o viés da *interpretação*, analisando as correntes cognitiva e cética. A primeira com entendimento de que não existe qualquer lacuna no ordenamento, estando todas as situações devidamente previstas e, a segunda, ligada ao realismo norte-americano, sustentando que não há verdadeira divisão entre o Poder Judiciário e o Legislativo, já que o ordenamento é repleto de lacunas e demanda produção legal

²³² COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Orgs). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 200.

²³³ Aulis Aarnio ressalta que “numa sociedade moderna, exige-se que as decisões não apenas sejam dotadas de autoridade, mas também que apresentem suas razões; que a responsabilidade do juiz converteu-se, cada vez mais, na responsabilidade de justificar suas decisões; que o fundamento para o uso do poder do juiz reside na aceitabilidade das suas decisões e não na posição formal de mando que, eventualmente, ele possa ter; que a responsabilidade de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão; que, afinal, é especificamente pela justificação que os autores de uma decisão – quer se trate de juízes ou administradores – controem a credibilidade sobre a qual repousa a confiança que neles depositam os cidadãos.” AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29, apud COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Orgs). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 200.

²³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 139.

²³⁵ *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 14-18.

constante dessas duas fontes. O autor propõe uma teoria intermediária, constatando a existência de casos fáceis e difíceis propostos perante os tribunais.

Nos casos fáceis, não há qualquer discricionariedade na função do julgador, bastando-lhe aplicar a norma que é de fácil visibilidade, exercendo mera função “descritiva” da lei. Já naqueles que são difíceis, existe uma “zona de penumbra”, na qual se insere uma possível regra aplicável. Cabe ao julgador, nesses casos, *vincular* um significado àquela norma, exercendo função muito mais complexa do que a anterior. Pode-se depreender dessa análise a existência de diferença entre *fundamentos* e *motivos*.

A motivação é, verdadeiramente, espaço argumentativo do juiz, justificando suas opções e demonstrando a lógica de seu raciocínio, em maior ou menor medida, apontando a existência de todos os elementos que influenciaram a decisão, ainda que não propriamente lógicos: ideológicos, psicológicos, de experiência, que igualmente devem constar do arrazoado decisório final. É indesejável o *regressus ad infinitum* das motivações²³⁶, uma vez que, do ponto de vista teórico, toda e qualquer asserção do juiz é passível de justificação mediante argumentos que remetem a outras asserções, que podem igualmente ser justificadas por outras, e assim por diante, criando uma cadeia longa e talvez ilimitada de justificativas. Isso ocorre especialmente quando se tratarem de justificativas *extralegis*²³⁷, contrárias à prática da atividade judicial e da necessidade de um discurso acabado e, portanto, finito. Seguindo esse raciocínio, aponta Taruffo que a lei italiana (assim como a brasileira), não prescreve ao juiz a necessidade da motivação “total”, mas sim a motivação concisa.²³⁸

Já a fundamentação é o alicerçamento racional e jurídico do exercício motivacional, etapa seguinte e também indispensável neste processo de exposição e formação do convencimento judicial. Os fundamentos são o resultado das opções do julgador, sejam os fatos expostos na demanda, os dispositivos de lei aplicáveis, os precedentes utilizados. A motivação é precisamente o porquê dessas escolhas, a etapa anterior, revelada em argumento convincente, claro e congruente, da opção pela Lei “A” ao invés da Lei “B”, ou da preponderância da alegação “X” sobre a alegação “Y” com base no fato “Z”. Em outras palavras: quando diante de uma fundamentação ausente dos motivos, trata-se de fundamentação incompleta. E tal incompletude não é sanável a não ser pela apresentação

²³⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 308.

²³⁷ *Ibid.*, p. 308.

²³⁸ *Ibid.*, p. 309. Em seguida, registra: “Isto equivale a dizer que a motivação expressa ocorre somente quando é necessário justificar analiticamente um determinado enunciado, e só na medida na qual a argumentação parece suficiente para tal finalidade. (...) pode acontecer, por exemplo, que a interpretação de uma norma não exija uma justificação articulada, se está vinculada à jurisprudência consolidada, ou que a escolha de uma máxima de experiência não deva ser motivada, se é evidente que o fundamento dessa encontra-se no patrimônio do conhecimento comum.”

expressa de tais motivos.

A previsão constitucional é presente na legislação esparsa, que dispõe que as decisões deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade, fala de fundamentação *lato sensu*. Decompondo-a, verifica-se o primeiro elemento de motivação, e o segundo, de fundamentação *stricto sensu*, ambos indispensáveis no resultado final da decisão judicial. Portanto, quando se trata, no presente estudo, de motivos, trata-se da “fundamentação atrás da fundamentação”, porção essencial e primeira da fundamentação *lato sensu*. Este é o ponto fulcral que atravessa o presente estudo por inteiro. As palavras de Taruffo a respeito do tema reforçam o entendimento exposto:

Na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por *direito* e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e controlabilidade dos inúmeros aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo direito.²³⁹

Das considerações retro, verificam-se dois problemas. O primeiro é que a confusão conceitual decorrente da diferença necessária, mas não percebida, entre motivação e fundamentação, faz grassar nas cortes brasileiras as decisões *fundamentadas* (*stricto sensu*), mas não *motivadas*. Por esta razão é que se torna chocante a constante omissão do Supremo Tribunal Federal na análise dessa matéria, afirmando, em repetidos casos, tratar-se de “ofensa reflexa”²⁴⁰ ao texto constitucional.²⁴¹ Trata-se, na realidade, de ofensa direta ao texto constitucional, quando verifica-se que a previsão do art. 93, IX, não está sendo respeitada, pois fundamentos não se confundem com motivos.

Em segundo lugar, como conclui Taruffo, é problemática a compreensão de que o raciocínio do juiz pode alçar vôos para além do que convencionalmente se entende por direito, remanescendo essa porção decisória, por diversas vezes, alheia a conhecimento, quiçá a controle. Assim, caberá esmiuçar, no segundo capítulo, quais são os motivos passíveis de controle e quais são aqueles “incontroláveis”, e em que medida realmente afetam o direito das partes a uma decisão inteiramente motivada.

²³⁹ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 355, p. 102, mai/jun 2001.

²⁴⁰ Como será visto no Capítulo III.

²⁴¹ Mesmo no texto do Projeto de Novo Código de Processo Civil a questão persiste. A partir da leitura do artigo 11 do atual texto, verifica-se que não se “admite pronunciamento judicial, de natureza decisória, despida de adequada fundamentação”, mantendo, ademais, a ideia de que “o dever de motivação é o pressuposto de validade dos atos decisórios.” CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC: análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n. 190, p. 264, dez. 2010.

1.5 A FUNDAMENTAÇÃO FALSA (OU FICTÍCIA)

Estabelecida a diferença entre motivos e fundamentos, apurando, assim, o conceito do que se propõe por “fundamentação atrás da fundamentação”, é essencial o enfrentamento da questão da dita “falsa fundamentação”. O tema é analisado com frequência no âmbito do processo penal, geralmente caracterizada de *suicida* a sentença que possui falsa fundamentação²⁴². Mais adequada, contudo, é a noção de que a sentença suicida é que a possui fundamentação contraditória ou incongruente em relação ao dispositivo.²⁴³ O esclarecimento se faz necessário diante da conclusão de Lanza, que afirma que a sentença suicida é uma “patologia intencional”²⁴⁴ da decisão judicial. Todavia, não deve ser encarada como sinônimo de fundamentação falsa ou fictícia, que é conceito bem mais abrangente.

A falsa fundamentação²⁴⁵, e aí sim correto o autor italiano, é aquela intenção de criar um perfil motivacional ilusório, que acaba por tolher dessa porção decisória a sua eficácia justificativa.²⁴⁶ Preceitua Taruffo²⁴⁷, a esse respeito, que a motivação é fictícia sempre que as reais razões de decidir não estejam expressas na motivação, criticando a elaboração de Brüggemann sobre o tema, registrando, ainda que não são pouco frequentes os casos em que “o juiz não expressa na realidade as razões da decisão e não se refere às provas nas quais deveria se fundar.”²⁴⁸

O autor alemão analisa com profundidade a *Scheinbegründungen*²⁴⁹, assinalando que

²⁴² Recorda Luigi Lanza o estudo de Calamandrei, a respeito do processo Mulas, no qual foi prolatada sentença com motivos substanciais de condenação e dispositivo que absolvía o réu. *La motivazione dei provvedimenti giudiziari: sessione II: la patologia della motivazione*. Disponível em: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10609.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2010. p. 18.

²⁴³ “APELAÇÃO CRIMINAL. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. JULGAMENTO PRIMA FACIE. SENTENÇA SUICIDA. Trata-se de sentença suicida, pois a parte dispositiva contraria as razões invocadas na fundamentação. A eventual ausência de dolo não pode ser considerada excludente de culpabilidade. Ademais, inviável o julgamento prima facie, com fundamento no artigo 397, II, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, haver indícios da tese defendida na peça acusatória. Deram provimento ao recurso para desconstituir a sentença, determinando o retorno do feito para nova decisão. Unânime.” (BRASIL.TJRS; ACr 70030053045; Erechim; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho; Julg. 04/06/2009; DOERS 09/07/2009; Pág. 132) .

²⁴⁴ LANZA, Luigi. *La motivazione dei provvedimenti giudiziari: sessione II: la patologia della motivazione*. Disponível em: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10609.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2010. p. 17.

²⁴⁵ Que não se confunde com motivação implícita. Esta é verdadeira “não-motivação”, é um passo atrás daquilo que representa a fundamentação falsa. Naquela, não há motivos suficientes, nessa, há motivos falsos que induzem em erro o jurisdicionado acerca da verdadeira convicção judicial. A respeito da motivação implícita, especificamente: EVANGELISTA, Stefano. *Verbete motivazione della sentenza Civile*. In: *Enciclopedia Del Diritto*. v. 27. Milano: Giuffrè, 1958-1995. p. 162.

²⁴⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 17.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 266.

²⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons. 2010. p. 270.

²⁴⁹ BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1971. p. 85-90.

não há fundamentação que possa ser adjetivada como “verdadeira”, sob pena de uma “duplicação de palavras”²⁵⁰: ou ela é fundamentação ou não é. Os fundamentos *aparentes* são caracterizados por sua inverossimilhança, sendo muito mais do que meros não fundamentos. São, em realidade, fundamentos incompletos, que findam por lograr a sua finalidade precípua, de responder a pergunta “por que este fundamento e não outro?”²⁵¹ Refere Brüggemann que

A problemática dos fundamentos aparentes não se mostra apenas mais uma contradição no estabelecimento da verdade, mas também impede uma função essencial dos fundamentos, que é permitir o controle preciso da cognição judicial. Os fundamentos aparentes, portanto, podem tornar impossível acompanhar o raciocínio da autoridade judicial. É irrelevante, nesse contexto, se o resultado está certo ou errado. Desde que nós exigimos para a pesquisa judicial uma abordagem planejada, metódica, um controle de precisão será frustrado, especialmente na falta de ‘critérios de honestidade’.²⁵²

A crítica dirigida²⁵³ à relevância dessa categoria, nos moldes de Brüggemann, estabelece-se em dois motivos distintos. O primeiro, por conta da impossibilidade de verificar que tal correspondência exista. O segundo, a diversidade e assimetria existentes entre raciocínio decisório e discurso justificativo induziriam pensar que todas as motivações são fictícias. Verdade seja dita, a categoria, conforme preconiza o jurista alemão, é de grande amplitude, soando demasiado vaga a solução ofertada de que “a aparência pode ser destruída rapidamente, porque as coisas irreais, inverossímeis e fracas da natureza sucumbem aos ataques.”²⁵⁴

Tal ataque não destrói por completo a categoria examinada. Faz-se necessária a sua reformulação, para que torne a ter relevância, em uma acepção diversa do termo “motivação fictícia”, caracterizada pela motivação que “não é coerente com a gênese e com a natureza do enunciado que se propõe a justificar”²⁵⁵. Será fictícia a motivação que dissimule ou oculte os componentes valorativos decisórios, de forma a não justificar, de forma expressa, as escolhas essenciais à construção do resultado final. Trata-se da falta de motivação adequada, “da falta de racionalização e de justificação de alguns componentes decisivos do juízo, e, conseqüentemente, significa também a impossibilidade de controle externo sobre a validade

Optou-se pela tradução do termo *Scheinbegründungen* enquanto “falsos fundamentos”, ou “fundamentos aparentes”, expressões doravante consideradas sinônimas, que ocultam, portanto, outros motivos, esses sim, os verdadeiros.

²⁵⁰ BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1971. p. 86.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 86.

²⁵² *Ibid.*, p. 87.

²⁵³ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 266.

²⁵⁴ BRÜGGEMANN, op cit., p. 87.

²⁵⁵ TARUFFO, op cit., p. 266.

de tais componentes.”²⁵⁶

A fórmula proposta por Taruffo não resolve todos os problemas levantados pela amplitude da ideia original de Brüggemann; talvez seja tão problemática quanto. Mas isso não remove, sob qualquer aspecto, a importância da categoria, pois é certo que a fundamentação aparente pode não só afetar a confiança²⁵⁷ da comunidade jurídica naquele julgador, como também acaba por granjear as “consequências negativas de uma confiança traída”.²⁵⁸ A confiança traída, no caso, não é só daquele jurisdicionado em particular, que entregou àquele julgador em particular a expectativa de uma solução justa (pois baseada em um processo justo), mas da sociedade como um todo, que deposita na função do juiz a esperança da justiça.

A dificuldade não reside na conceituação do que é, em teoria, a fundamentação falsa, fictícia ou aparente, mas sim em como detectar a sua ocorrência e, mais, em como *provar* tal fenômeno. A forma oferecida pelo presente estudo no sentido de auxiliar essa questão é de utilizar a categoria jurídica dos *obiter dicta* como demonstradores de uma possível falsa fundamentação.

1.6 DAS GARANTIAS E DEVERES BÁSICOS INDISPENSÁVEIS À FUNÇÃO JUDICIAL

Não é possível prosseguir sem, antes, examinar mais detidamente o desempenho moderno da função judicial, sob a ótica de seus direitos e deveres. Como em qualquer outra função pública, os juízes possuem prerrogativas naturais de sua função, bem como devem responder pela prática de atos incompatíveis com ela. Esse regramento, em conjunto com as garantias, é definido através da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

Esse dispositivo legal elencou como garantias da função judicial a vitaliciedade²⁵⁹, a

²⁵⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 266.

²⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 90.

²⁵⁸ BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971. p. 89.

²⁵⁹ Alexander Hamilton, no artigo LXXVIII de *O Federalista* assinala que “se os tribunais de justiça não de ser considerados como os baluartes de uma constituição limitada, contra as usurpações legislativas, esta consideração fornecerá um argumento sólido em prol da posse permanente das funções judiciais, já que nada contribuirá tanto como isto para estimular nos juízes esse espírito independente que é essencial para o fiel cumprimento de tão árduo dever.” HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. *O federalista*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959. p. 315. O *Founding Father* também apontou que a “boa conduta” é o critério indispensável para a manutenção dessa vitaliciedade, por se tratar de um “elemento característico do bom governo”. *Ibid.*, p. 317.

inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos²⁶⁰, não mencionando de forma expressa a independência do julgador. As garantias expressas são evidentes corolários dessa liberdade judicial, estabelecendo que, não importam quais sejam as decisões proferidas, conquanto que não ilegais ou em evidente erro judiciário, deverão ser respeitadas, garantindo aquela finalidade.

A LOMAN consagrou o texto já constante da Emenda Constitucional n. 1/69 que, em seu artigo 113, previa tais garantias. Já a Carta de 1988 recepcionou o texto da Lei Orgânica, prevendo, em seu artigo 95, incisos I, II e III, aquelas mesmas disposições e em seu parágrafo único algumas restrições, que têm por finalidade “resguardar a independência e a imparcialidade do juiz”,²⁶¹ não atingindo, claro, os magistrados aposentados. Registre-se que, no que diz respeito à vitaliciedade, o juiz de primeiro grau só lhe adquire após dois anos de exercício. Essa garantia não é sinônimo de perpetuidade, podendo o magistrado ser punido pelos seus atos.²⁶²

Destaca-se o inciso III desse parágrafo único, que veda aos magistrados “dedicar-se à atividade político-partidária.” À toda evidência, o julgador que se filia a partido ou se engaja em campanha política,²⁶³ já pré-definiu sua matriz ideológica, o que poderá colocar em xeque sua imparcialidade em diversos casos, a ponto de que, caso opte pela ‘vida política’, o magistrado terá de se afastar, em definitivo, da função judicial.²⁶⁴ Portanto, relevante ponderar acerca dos motivos ideológicos da decisão judicial, como se verá mais adiante.

A referida independência é essencial à função judicial, como já se viu na análise histórica realizada. Não basta que o Judiciário seja independente dos demais Poderes, seus juízes devem ser independentes entre si. Não existe, dentro do Poder Judiciário, a mesma noção de hierarquia que existe no Executivo ou no Legislativo, exatamente porque a garantia da independência judicial, tanto no seu aspecto externo quanto interno, é que cria terreno fértil para a manutenção da imparcialidade judicial. Garantia essa, dos jurisdicionados, indispensável para o bom desempenho da função judicial.

²⁶⁰ Características que reforçam a independência do julgador que, por sua vez, reforça sua legitimidade. São, portanto, absolutamente indispensáveis. CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire e prudence interpretative*. In: *La Création du Droit par le Juge*. Archives de philosophie du droit, v. 50. Paris: Dalloz, 2007. p. 11.

²⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 4º Vol. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 69. Parece ser uma exceção o conteúdo do parágrafo único, V, que veda o exercício da advocacia, por determinado período de tempo no juízo ou tribunal no qual se afastou. Parece que o propósito dessa vedação é salvaguardar os demais magistrados da influência *presumidamente* grande que o colega recém afastado ainda possui, preservando a imparcialidade de todo um colegiado de juízes, e não só de um único julgador.

²⁶² *Ibid.*, p. 66.

²⁶³ *Ibid.*, p. 73.

²⁶⁴ MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 979.

1.6.1 Da Liberdade (ou Independência²⁶⁵) da Imparcialidade

No artigo 35, inciso I, da LOMAN, há referência a esta garantia: *art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício.* Curiosamente, a previsão quanto à independência se encontra sob o título “deveres do magistrado”, gerando uma espécie de obrigação ao mesmo tempo em que concede liberdade.²⁶⁶ Ou seja, ao mesmo tempo em que é uma garantia de seu ofício, é também um de seus maiores deveres, sendo, daí, uma garantia dos cidadãos^{267,268}, até por se tratar de um “componente central de qualquer democracia.”²⁶⁹

O primeiro aspecto é consolidado como separação dos poderes, “a consubstanciar um direito do juiz que se afirma perante os restantes poderes do Estado, nomeadamente perante o Poder Executivo”²⁷⁰ e também o Legislativo, uma divisão separadora de águas diante da história do Judiciário. Nélia Dias registra que

a independência do julgador surge como uma *conditio sine qua non* de todo o Estado de Direito onde a ideia de controle e interdependência recíproca entre os poderes passou a constituir o cerne do princípio de separação dos poderes e não um conjunto de atributos subjetivos do juiz.²⁷¹

Modernamente, caminha-se para um modelo de independência judicial no qual a prioridade não é esta *garantia* do julgador, mas sim que afigure esta regra um direito ou garantia dos *cidadãos*²⁷², ao formar, em conjunto com a imparcialidade, uma “dupla que se

²⁶⁵ Para Alejandro Nieto, não há como conjugar *responsabilidade* com *independência*. Deve ser escolhida uma das combinações entre uma independência irresponsável ou de uma dependência com responsabilidade, no sentido de que, se os juízes devem responder por seus atos e, portanto, se submeter a algum crivo a respeito de seu ofício, não existe a independência judicial. Tal posição é visivelmente exacerbada, e o sistema atual é de que existe a figura da responsabilização do juiz em determinadas hipóteses, mormente quando viola preceito fundamental de sua função causando grave prejuízo aos litigantes ou a terceiro. NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 172.

²⁶⁶ Bem pontua Cardozo que não existe liberdade absoluta; sempre que houver liberdade de escolha, esta será limitada seja pelas leis, seja por outros impedimentos. CARDOZO, Benjamin. *The growth of the law*, p. 60, apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 19-20.

²⁶⁷ DIAS, Nélia Daniel. *A responsabilidade civil do juiz*. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2005. p. 70.

²⁶⁸ A ambivalência do conceito decorre tanto da sua importância como da conotação equívoca de tudo que se relaciona com o Poder Judiciário. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 87.

²⁶⁹ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 76.

²⁷⁰ FRAGA, Carlos. *Subsídios para uma independência dos tribunais*. Lisboa: Cosmos, 2000. p. 47.

²⁷¹ DIAS, op cit., p. 72.

²⁷² O Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão 135/88, emitiu orientação nesse sentido: “A independência do juiz é, acima de tudo, um dever – um dever ético-social. A independência vocacional, ou seja, a decisão de cada juiz de, ao dizer o Direito, o fazer sempre esforçando por se manter alheio – e acima de influências exteriores é, assim, o seu *punctum saliens*. A independência, nessa perspectiva, é, sobretudo,

pretende perene.”²⁷³

No passado, o entendimento acerca dessa independência era completamente diverso. Nos primórdios, a função judicial era confundida na pessoa do líder, rei ou imperador, que seja, mas sempre uma figura política, jungindo funções ao mesmo tempo sacerdotais, de comando e de julgamento, tendo só no final do Império Romano esta atividade sido exercida por oficiais especializados (mas não independentes).²⁷⁴ Já na Revolução Francesa, a Separação dos Poderes foi a solução dada por Montesquieu para remover a *puissance de juger* das outras funções estatais. O Poder Judiciário germina como um *pouvoir nul*,²⁷⁵ pois sua obrigação era de ser a “boca da lei”. Sua independência decorre do enorme paradoxo de que os juízes não exercem função criadora, mas singelamente burocrática, operadora de um processo silogístico que só poderia levar a uma conclusão.²⁷⁶

A necessidade histórica de fortalecimento do Poder Judiciário para conter as arbitrariedades do Executivo e do Legislativo sepultou, de vez, essa visão fictícia, sendo a independência hoje vista de outra maneira. A progressão dos sistemas de valoração da prova, *ad exemplum*, demonstra isso de forma muito clara. Não é permitida a “convicção íntima” do julgador, devendo ele estar restrito às provas produzidas naquela ação, sustentando, em forma clara e lógica o seu raciocínio, apoiando sua decisão nesse contexto probatório. É o sistema da persuasão racional,²⁷⁷ adotado no Brasil.

A elasticidade conceitual do termo “independência”²⁷⁸, enfim, comporta

uma responsabilidade.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. 2ª. Seção. Proc. n. 137/87. Relator Conselheiro Messias Bento. Nessa quadra, por se tratar de uma garantia do jurisdicionado, jamais poderia servir como fundamento a afastar a responsabilidade do juiz, ao menos sob o prisma de afastar a responsabilidade do Estado pelos atos do juiz. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: RT, 2000, p. 119/121.

²⁷³ DIAS, Nélia Daniel. *A responsabilidade civil do juiz*. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2005. p. 81.

²⁷⁴ PASQUINO, Pasquale. Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 2, n. 1, p. 11-25, 2003.

²⁷⁵ Imagem que, segundo Tarello, é transmitida até hoje, muito embora não reflita mais grande parte da realidade. TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 314.

²⁷⁶ PASQUINO, op cit., p. 16-19.

²⁷⁷ Lessona afirma que este sistema valorativo da prova está vinculado não a uma verdade de *impressão*, mas de *consciência do juiz*, que deve julgar de acordo com as regras “da verdade histórica, que deve fundamentar.” LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 355.

²⁷⁸ Um aspecto prático a ser ponderado no presente tema é de que a palavra final sobre o que vem ser a independência ou como ela deve ser encarada não deve ser deixada exclusivamente para o Judiciário em si, e este é um problema que só pode existir em uma sociedade democrática. Afinal, a palavra final a ser dada nesses casos pode ser proferida pela instância que está violando a garantia de independência, especialmente se considerarmos o conceito de independência interna adotado por outros autores. De igual forma não pode ser deixada à mercê da decisão solitária de qualquer outro Poder, seja Executivo ou Legislativo, estes os maiores interessados na prática da influência dita externa. RUSSEL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: _____; O'BRIEN, David M. *Judicial independence in the age of democracy*. Virginia: The University Press of Virginia, 2001. p. 23

diversificadas visões²⁷⁹ sobre o tema. Há quem pondere a respeito da independência financeira²⁸⁰ do Poder Judiciário que, tendo orçamento autônomo, consegue distanciar-se de influências do Executivo e do Legislativo. Na mesma medida, é de extrema relevância que o magistrado possua dita independência para que não sinta qualquer coação que possa colocar em risco sua imparcialidade. Contudo, esta análise não é a fundamental, e sim uma derivação do conceito maior de independência que pode ser subdividido em interna e externa²⁸¹, e que também não está imune à crítica, afinal, existem diferentes visões também do que vem a ser cada uma dessas subcategorias.

Na visão de Zaffaroni²⁸², empregando o entendimento de Nicola Picardi²⁸³, a independência tem duas facetas: a da magistratura, grupalmente considerada, e a do juiz.²⁸⁴ A da magistratura é uma independência *coletiva*, correspondente ao conjunto de órgãos judiciários, bem como ao Ministério Público, resultando em um “autogoverno do judiciário”²⁸⁵, sendo uma de suas características a questão da autogestão financeira, supra referida.

Quanto à independência do juiz, ainda sob esse entendimento, pode ser dividida em externa e interna.²⁸⁶ A primeira distinção faz referência à pressão suportada pelo magistrado em face de poderes externos à magistratura e, por motivos óbvios, com interesses diretamente

²⁷⁹ A Carta de Princípios de Siracusa afirma que independência do judiciário significa “(1) que cada juiz é livre para decidir as questões postas perante ele com sua visão dos fatos e compreensão da lei, sem influências impróprias, induções ou pressões, diretas ou indiretas, de qualquer local ou por qualquer razão, e (2) que o judiciário é independente do executivo e legislativo, e possui jurisdição, diretamente, ou através de revisão, sobre todos os assuntos de natureza judicial.” SHETREET, Shimon, DESCHÊNES, Jules (Orgs.). *Judicial independence: the contemporary debate*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. p. 414. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

²⁸⁰ DIAS, Nélia Daniel. *A responsabilidade civil do juiz*. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2005. p. 76; também BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 79.

²⁸¹ DIAS, op cit., p. 73-75.

²⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 87.

²⁸³ PICARDI, Nicola. L’indipendenza del giudice. *Justicia y desarrollo democrático em Italia y América Latina*, Roma: UNICRI, n. 45, p. 279, 1992. Picardi e Giuliani analisam a questão no viés histórico, apontando que a independência *interna* era, na visão clássica, a mais importante, mas não se afastava a responsabilidade profissional do juiz. Modernamente, o privilégio tende à independência externa, com a criação da irresponsabilidade judicial profissional, ressalvados os casos de dolo. GIULIANI, Alessando; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Ristampa aggiornata. Milano: Giuffrè, 1995. p. 213.

²⁸⁴ Para o *Guide to Judiciary Policy*, o código que deve ser seguida pelos juízes norte-americanos, a norma primeira é de que o juiz deve manter a integridade e a independência do Poder Judiciário, reconhecendo que a “independência dos juízes depende deles próprios agirem sem se fundarem em “medo ou favor.” EUA. *Guide to Judiciary Policy*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/RulesAndPolicies/conduct/Vol02A-Ch02.pdf>>. Acesso em 05 mar. 2011.

²⁸⁵ ZAFFARONI, op cit., p. 88.

²⁸⁶ Juan Picó I Junoy efetua diferenciação similar; todavia, afirma que a independência interna é aquela “que ampara a los miembros de la Carrera Judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno.” JUNOY, Juan Picó i. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998. p. 30-31.

conectados às questões que ele decidirá. Já a segunda diz respeito à independência do juiz em relação aos seus próprios colegas (ou corpos colegiados do judiciário). E esta possui conotação bastante peculiar na temática motivacional, dada a possibilidade de que intrigas pessoais, bem como a maledicência de alguns colegas terminem por substituir as motivações racionais dos atos jurisdicionais: “as sentenças não são confirmadas, revogadas ou anuladas por razões jurídicas, mas por simpatia, antipatia, rancor, ciúme do colega.”²⁸⁷

Outra perspectiva sobre o tema tem Nélia Dias²⁸⁸, afirmando que a independência externa diz respeito às relações existentes entre o julgador e outras entidades²⁸⁹, “políticas ou outras”, ou seja, desde influência do Poder Executivo como de outra entidade de qualquer natureza. Já a interna, para Pasquino²⁹⁰, é aquela derivada do próprio histórico do juiz, de suas experiências pregressas, por exemplo, se casado ou divorciado, se pai de família, filho único etc.

Realmente custoso escolher qual o entendimento mais apurado, mas certas questões, à parte de nomenclaturas, merecem atenção. Não paira maior dúvida a respeito de que o Poder Judiciário deve ser independente em relação aos demais poderes, e que também deva ser fortalecido o suficiente para que demais entidades ou grupos não estatais o pressionem em qualquer direção além daquela que deva ser legitimamente perseguida. Não pode se pretender, contudo, a independência do judiciário como fora de separação *absoluta* da realidade, o que terminaria por criar verdadeira aberração jurídica.²⁹¹

Quanto à pessoa do julgador, individualmente considerado, é certo que não deva sofrer pressão de seus pares, em qualquer nível hierárquico, mas ele também não pode violar a lógica própria do sistema. Porque magistrado algum decide sozinho, e sim inserido numa realidade social e jurídica, na qual muitas decisões já foram tomadas, antes da dele. Assim, por exemplo, a questão do *precedente* não deve ser confundida com violação de

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 89. Por conta disso a hierarquia no Poder Judiciário é peculiar: juízes de diferentes competências acabam por se submeter a um tribunal constitucional, mas existe verticalização dentro de cada competência, individualmente considerada.

²⁸⁸ DIAS, Nélia Daniel. *A responsabilidade civil do juiz*. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2005. p. 73 et seq.

²⁸⁹ Acórdão 135/88 do TC Português: “A independência dos tribunais pressupõe e exige a independência dos juízes, a qual se traduz em que estes, no exercício das suas funções, interpretam e aplicam a lei sem outra sujeição que não seja aos ditames da sua consciência - sem sujeição, designadamente, a ordens ou instruções de quem quer que seja.”

²⁹⁰ PASQUINO, Pasquale. Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 2, p. 25, 2003. Em sentido contrário, Peter H. Russel afirma que a independência interna é uma desvinculação de um juiz para com seus demais colegas, uma influência, portanto “interna do Poder Judiciário” e, nesse sentido, idêntico ao entendimento de Picardi. RUSSEL, Peter H. Toward a general theory of Judicial independence. In: RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M. *Judicial independence in the age of democracy*. Virginia: The University Press of Virginia, 2001. p. 11.

²⁹¹ ZAFFARONI, op cit., p. 90.

independência, mas respeito a entendimento prévio sobre determinada matéria, cuja não utilização faz assumir carga especial de argumentação.²⁹²

O conceito de neutralidade atravessa-se nesse ponto, em particular na visão de Pasquino, há pouco mencionada. Equivoca-se ao afirmar que a independência interna diz respeito à experiência pessoal do juiz. Talvez o autor tenha confundido independência, neutralidade e imparcialidade, pois é certo que não é possível que o julgador, ao decidir, se dispa completamente da pessoa que é. Bem ou mal, carregará peculiaridades de sua experiência para o processo.

Em síntese, a independência do juiz é característica externa ao processo individualmente considerado, de cunho geral. E é somente através da sua existência que pode se verificar a imparcialidade judicial²⁹³ no caso concreto. Esta, por sua vez, é estrita em relação a cada um dos casos que o juiz enfrenta. Se a ele não é garantida a independência, jamais será imparcial; mas, independente, tem via aberta e ampla para que mantenha sua imparcialidade. A independência é genericamente percebida, a parcialidade, individualmente considerada. São características reciprocamente implicadas e interdependentes, pois “não há independência sem imparcialidade”²⁹⁴, e a primeira é um instrumento para se atingir a segunda.²⁹⁵

Já a imparcialidade, requisito igualmente essencial para o processo justo, e próprio do juiz numa democracia²⁹⁶, caracteriza-se no “ânimo para o julgamento, [com] o afastamento do sujeito dos materiais em disputa: imparcialidade, portanto, é alheação.”²⁹⁷ É condição indispensável ao ato de bem julgar”, sendo o ritual judiciário “o melhor meio de prevenir um

²⁹² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 267.

²⁹³ Imparcialidade esta que é “condição *sine qua non* do legítimo exercício da função jurisdicional”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19.

²⁹⁴ ALMEIDA LOPES, José Joaquim. Princípios constitucionais da separação de poderes, da reserva do juiz e do estado de direito democrático. *Revista de Direito Público*, v. 3, n. 6, p. 65, *apud* DIAS, Nélia Daniel. *A responsabilidade civil do juiz*. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2005, p. 81. Ainda o Acórdão 135/88 do TC Português: “O direito a um julgamento independente e imparcial, e, mais do que isso, a garantia pública dessa independência e imparcialidade, não são, decerto, dimensões menores do princípio das garantias de defesa que o processo penal de um Estado de Direito tem que assegurar.”

²⁹⁵ RUSSEL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: _____; O'BRIEN, David M. *Judicial independence in the age of democracy*. Virginia: The University Press of Virginia, 2001. p. 25. No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 90. No mesmo sentido: VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au juge*. Paris: Quai Voltaire, 1991. p. 191.

²⁹⁶ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 101.

²⁹⁷ CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 101. Diz ainda o mesmo autor: “Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder, para que a solução justa/legal seja aquela pronunciada.”

olhar parcial sobre o mundo.”²⁹⁸ O julgador imparcial fornece às partes oportunidades iguais na construção dialética do processo, bem dizendo, é também requisito fundamental para preservação do contraditório.

Não se trata de alienação ou da criação de um “juiz asséptico”²⁹⁹, e sim afastamento da pessoa do magistrado das partes e do objeto do litígio, durante todo o curso da demanda. Contudo, obrigatoriamente deverá se posicionar quanto à *causa petendi*, o que, de forma alguma, fere sua imparcialidade, até mesmo porque os critérios de sua violação podem ser considerados bastante objetivos.

Ademais, é com a imparcialidade que o magistrado adquire a *objetividade* necessária para o desempenho de sua função. Com essa ferramenta, ele se desprende de relações ou interesses pessoais em cada demanda, para que perceba não os interesses próprios em cada um dos casos que julga, mas quais são os interesses da sociedade.³⁰⁰ Sem imparcialidade, não há justiça.³⁰¹

Mas, nem por isso, deixa de contribuir para o ordenamento jurídico com certa dose de sua individualidade, que é justamente o que confecciona a riqueza da noção do precedente e o debate acerca de seu caráter (não) vinculante, sem ferir, com isso, o requisito da imparcialidade. O que se quer dizer é que o pluralismo de ideias no âmbito judicial, até certa medida, contribui para a existência e relevância do Poder Judiciário, e não o contrário: somente um modelo democrático de magistratura é que permite a verdadeira imparcialidade.³⁰²

Não há, portanto, “independência” na mais plena acepção da palavra. O julgador sempre estará subordinado a regras, princípios, enfim, a todo o conjunto de um ordenamento pré-estabelecido. Dada esta conclusão, passa a ser a independência percebida, como antes referido, uma garantia do jurisdicionado,³⁰³ e não só do julgador. Os reais direitos do magistrado, (a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos) são os pilares necessários³⁰⁴ para que possa existir o que se chamou de ausência de influência

²⁹⁸ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 320-321.

²⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 91.

³⁰⁰ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 102.

³⁰¹ VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au juge*. Paris: Quai Voltaire, 1991. p. 14.

³⁰² ZAFFARONI, op cit., p. 93.

³⁰³ Lembrando novamente o *Guide to Judiciary Policy*, só a adesão do magistrado a determinado corpo de regras e condutas pode manter a confiança pública na imparcialidade do Poder Judiciário. EUA. *Guide to Judiciary Policy*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/RulesAndPolicies/conduct/Vol02A-Ch02.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

³⁰⁴ Trata-se de “tripé destinado [...] a assegurar a independência e a imparcialidade dos juízes frente aos demais poderes do Estado. Sobre esse tripé se assenta a confiança na independência e na imparcialidade do juiz,

externa direta e indireta. Só assim se garantindo o exercício de sua atividade dentro dos ditames legais esperados pela sociedade democrática, no qual lhe foi entregue a enorme missão de fazer justiça.

1.6.2 Da Motivação Como Dever Judicial

A tarefa da qual é incumbido o juiz não é só aquela de julgar, mas também de embasar, lastrear, enfim, fundamentar sua decisão.³⁰⁵ Este é um de seus tantos deveres.³⁰⁶ E, para que haja um mínimo grau de certeza de que sua disposição não foi arbitrária³⁰⁷ ou parcial³⁰⁸, ele deve motivar os fundamentos, dar a razão justificadora³⁰⁹ de porque optou por determinado fundamento em detrimento de outro, fazendo com que as partes saibam como “foi formada sua convicção [...] [e] as razões que, em concreto, o determinaram”.³¹⁰ A verdade deste sistema não é uma mera verdade de impressão, mas uma consequência lógica da consciência do juiz, que deve expô-la e fundamentá-la, a fim de permitir um adequado e possível controle através de recurso, para apontar, por exemplo, um erro de interpretação sobre a prova.³¹¹ A motivação é a única forma possível de explicar a convicção e a decisão judiciais³¹², demonstrando que esta levou em consideração o debate que a precede, decidindo

originando-se daí a autoridade das suas decisões.” MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 1. p. 283.

³⁰⁵ “O tema da motivação é tremendamente complicado porque, como assinalava Cappelletti, pertence às dobras ocultas da consciência, submetida às mais variadas influências que, em ocasiões, atuam de forma imperceptível, e com a motivação de trata de garantir a submissão do juiz à lei.” GONZÁLEZ, Fernando Gómez de Liaño. *El proceso civil*. 4. ed. Oviedo: Editorial Forum, 2005. p. 218.

³⁰⁶ LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 269.

³⁰⁷ “Toda decisão de justiça deve ser motivada, é uma exigência elementar do Estado de Direito democrático.” RIGAUX, François. *A Lei dos juízes*. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 253.

³⁰⁸ Afirma Adrien Shenge, sobre a motivação: “ Isso que pode se compreender quando sabemos que, para os juristas, esta obrigação constitui uma garantia suplementar de imparcialidade e uma condição para um julgamento equitativo.” SHENGE, Adrien Lentiampa. *Paul Ricoeur : la justice selon l'espérance*. Bruxelas: Lessius, 2009. p. 310. Mais : “A publicidade e o dever de motivação estão consagrados, pela moderna doutrina processual, na esfera dos direitos fundamentais, como pressupostos do direito de defesa e da imparcialidade e independência do juiz.” CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC: análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n. 190, p. 257, dez. 2010.

³⁰⁹ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: MEDINA, José Miguel et al (Orgs.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 170.

³¹⁰ PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. *Direito processual civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 348.

³¹¹ LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 378-379.

³¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 457.

secundum allegata e não *ultra petita*.³¹³ É a forma de justificar uma escolha.³¹⁴

Lembra-se, também, a afirmação de José Casalta Nabais que a todo direito fundamental corresponde um dever fundamental e um custo, chamando isto de *face oculta dos direitos fundamentais*³¹⁵, ou seja, se de um lado o jurisdicionado tem direito fundamental à decisão motivada, incumbe ao juiz o *dever fundamental* de motivar suas decisões.

O processo possui sequência de eventos pré-ordenada, com início, meio e fim. Cada momento processual possui suas particularidades, mas pode-se dizer que toda essa sequência de atos está impregnada de diversas garantias das partes. O contraditório é uma das mais amplamente comentadas, dada a natureza democrática desse princípio, cuja força motriz é a noção de participação constante (não episódica) e, se possível, em igual medida, tanto de autor quanto de réu.³¹⁶ Garantir essa atividade no curso do processo é obrigação do julgador, ignorá-la é causa de frequentes nulidades. A ausência de motivação é uma dessas nulidades, gozando de previsão constitucional. Quando não existe explicitação dos motivos decisórios, o juiz subtrai das partes o direito de saberem o que realmente levou àquela conclusão e de, portanto, *participarem ativamente* no controle desse deslinde.³¹⁷ O acesso ao segundo grau de jurisdição, relembra-se, se dá através da análise da decisão atacada. A omissão de peças fundamentais do processo lógico-decisório pode dificultar ou até mesmo impedir o recurso.

A obrigatoriedade de motivação pode ser contemplada sob outros aspectos, tais como o controle da imparcialidade do juiz, verificação da legalidade das decisões e possibilidade de que as partes percebam se os argumentos por elas expendidos foram analisados pelo magistrado.³¹⁸ Falou-se muito sobre independência e imparcialidade no ponto anterior, extraíndo, agora, o entendimento de que a motivação permite o controle da “imparcialidade (ou independência) no *jus dicere*”, como ensinam Comoglio, Ferri e Taruffo.³¹⁹ Aliás, já se prega que esse controle nem é mais exclusivo das partes e que a motivação não é dirigida só a elas, mas à sociedade como um todo³²⁰, chamando Taruffo essa questão de um controle

³¹³ SHENGE, Adrien Lentiampa. *Paul Ricoeur : la justice selon l'espérance*. Bruxelas: Lessius, 2009. p. 310.

³¹⁴ LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 271.

³¹⁵ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 163.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 158.

³¹⁷ Ada Pellegrini Grinover destacou a relação fundamental que existe entre a obrigação de motivar e a garantia do contraditório. GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 34.

³¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. São Paulo, RT, 2007. p. 313.

³¹⁹ *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 80, apud LOPES, Maria Elizabeth. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel et al (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 97.

³²⁰ Essa é a função *extraprocessual* da motivação, representada pela “garantia do controle do exercício do Poder Judiciário fora do contexto processual”. TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In:

democrático *a posteriori* dos fundamentos do ato através do qual o juiz faz justiça.³²¹

Democrático, pois é de sua natureza intrínseca, quando o processo transcorre num Estado Constitucional.³²² Nessa quadra, a democracia se concretiza, ao longo de toda e qualquer demanda, na garantia do contraditório, do qual a exigência de fundamentação das decisões judiciais é sua “última manifestação.”³²³

Conectando a motivação ao preceito elementar de publicidade das decisões, que acaba por fortalecer a independência dos juízes³²⁴, pode-se inferir que as decisões devidamente motivadas prestam um serviço extraprocessual, muito além de garantir o contraditório³²⁵, acesso ao duplo grau de jurisdição, processo justo³²⁶ e demais garantias. Essa finalidade é a de *legitimação*³²⁷ do Poder Judiciário perante a sociedade que poderá melhor compreender os comandos judiciais, por estes conterem embasamento justificativo distanciado da arbitrariedade. Ela deve preencher um vazio que não pode ser deixado para trás, pois será ocupado pela imaginação das partes e de seus procuradores que tudo podem ali inserir. O Judiciário só tem a perder ao conceder esta margem de interpretação sobre o vácuo decisório.

A existência da porção motivacional da sentença permite seu controle pela instância superior, também no que diz respeito ao preenchimento das lacunas da lei.³²⁸ Como bem afirma Canaris, ao falar sobre lacunas legislativas de valores, não existe “completude lógica do Direito, como, também, não existe nenhuma completude teleológica.”³²⁹ Adiante será analisada a questão da influência ideológica no preenchimento dessas lacunas.

1.7 CONCLUSÃO PARCIAL

MEDINA, José Miguel et al (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 171.

³²¹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 409.

³²² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 135.

³²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 389 apud MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 138.

³²⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

³²⁵ MITIDIERO, op cit., p. 134 et seq.

³²⁶ *Ibid.*, p. 139.

³²⁷ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2. p. 263. No mesmo sentido: BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n. 190, p. 69, dez. 2010. Ainda: NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000. p. 164.

³²⁸ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254.

³²⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 239.

Do exame dos pensamentos expostos, em relação à análise dos tipos de juízes históricos escolhidos, pode-se concluir que, para compreensão da função judicial, não se deve dar atenção *exclusiva* à lei, mas também se deve notar a importância da experiência do julgador e da relevância dos fatos em cada processo individualmente considerado. Ressalte-se que os estudos na área do realismo norte-americano apontam para a “grande possibilidade do erro judiciário”³³⁰ e para a necessária visualização do processo como um fenômeno dinâmico, que deve ser analisado sob a lente da multidisciplinaridade, pois o Direito não é estanque nem autossuficiente. Com efeito, recebe influências ideológicas, políticas, psicológicas e toda sorte de peculiaridade individual de cada julgador em cada caso a ele exposto.

Com isso não se quer dizer, nem concordar, com o mais amplo e descontrolado subjetivismo judicial. Afirma-se, com veemência, a pluralidade de influências às quais está sujeito o julgador e, portanto, da palpável existência de uma “fundamentação atrás da fundamentação”. Já está superada qualquer visão acerca da automatização da função do juiz, com o fito de torná-lo um autômato, controlado pela letra fria da lei. É tempo de admitir-se a complexidade desta figura, como ser humano, e estudá-la a partir dessa perspectiva. A legitimação moderna do cargo judicial não se dá tão somente com a correta investidura, seja qual for o tipo de certame, mas também pelo correto exercício da função propriamente dita.

E o caminho obrigatório desta atividade passa pela motivação das decisões, de forma completa e satisfatória, por já estarem superados, ao menos em grande parte, os “juízes históricos” aqui previamente analisados. O ponto mais relevante que pode ser extraído do movimento realista para o presente estudo é, sem dúvida, o “reconhecimento da existência de um elemento alógico, irracional e subjetivo na atitude judicial.”³³¹ Este elemento poderia até mesmo ser *intuitivo*, conforme estudo de Hutchenson³³² que, acreditando ser melhor afastar uma “jogada de dados” como elemento decisório fundamental, admitiu a existência de determinados “saltos” inexplicáveis de raciocínio, verdadeiros “flashes intuitivos” que iluminariam o escuro caminho do juiz. Ao contrário do advogado, afirma, que possui um final pré-determinado de seu raciocínio, que é a defesa dos interesses de seu cliente, o juiz usa

³³⁰ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: _____. (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 12.

³³¹ POUND, Roscoe. The call for a realistic jurisprudence. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Org.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 66.

³³² HUTCHENSON, Joseph C. The judgment intuitive: the function of the ‘Hunch’ in judicial decision. *Cornell Law Quarterly*, v. 14, p. 278, 1928/1929.

tanto quanto aquele a intuição e, ao descobrir a solução justa e adequada, pode encerrar seus trabalhos, pois sua função está cumprida.³³³

Igualmente, verifica-se que o contexto social no qual está inserido o julgador pesa fortemente sobre suas escolhas. Modernamente, a situação perdura. A existência de correntes declaradamente ideológicas e atuantes no Poder Judiciário, que serão analisadas em seguida, fazem pensar a respeito dos elementos atuais que envolvem a função judiciária, em particular a respeito dos limites e responsabilidades do cargo. Se no ordenamento jurídico brasileiro não existe *eleição* de juízes, tal como historicamente notado, há de se questionar quais são as formas de legitimar o exercício dessa atividade, muito distinto em cada época estudada.

No ambiente democrático atual, obrigatoriamente qualquer decisão judicial deverá ser motivada.³³⁴ Mas não qualquer motivação, no sentido de qualquer “razão”, empregada da forma mais ampla e vaga, preenche o cumprimento desse dever. Antes de se proceder à análise de quais são as razões aceitáveis, ou, melhor dizendo, as passíveis de controle jurídico, a dicotomia proposta entre fundamentos e motivos é notadamente relevante. Reforça a importância da porção motivacional da decisão, dividindo-a em dois momentos distintos, cada qual com suas peculiaridades. Só assim se cumpre o dever de motivar da forma mais completa possível, minimizando as consequências da “fundamentação atrás da fundamentação”, seja porque ela acaba por ir expressa no corpo dos motivos, perdendo, dessa maneira, sua característica mais danosa que é o seu ocultamento. A esse respeito, a fundamentação falsa (ou fictícia) ganha destaque, pois se relaciona diretamente com o conteúdo presente na “fundamentação atrás da fundamentação”.

Se existe a garantia da independência ao Poder Judiciário como um todo, bem como ao magistrado individualmente considerado³³⁵, a verificação de sua existência não depende apenas de uma forma prévia³³⁶ (p. ex., com a autonomia financeira do referido Poder).

³³³ HUTCHENSON, Joseph C. The judgment intuitive: the function of the ‘Hunch’ in judicial decision. *Cornell Law Quarterly*, v. 14, p. 278, 1928/1929.

³³⁴ Fala-se, em particular, do caso brasileiro. No caso da tradição geral do “Direito continental europeu” também se exige que a decisão não apenas se funde na lei, como ofereça as justificações que levaram ao resultado final. Ainda que não seja obrigatório o fazê-lo de modo antecipado, é necessário que o façam quando lhes é exigido. WRÓBLEWSKI, Jerzy; MACCORMICK, Neil. On justification and interpretation. In: ATRIA, Fernando; MACCORMICK, Neil (Orgs.). *Law and legal interpretation*. Burlington: Ashgate Publishing Ltd., 2003. p. 424.

³³⁵ Conforme assevera Pico i Junoy, até mesmo por se tratar de um “postulado constitucional, que tem por objetivo garantir a plena liberdade dos juízes e magistrados no exercício de sua função jurisdicional, estando unicamente submetidos ao império da lei.” JUNOY, Pico i. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998. p. 30.

³³⁶ Essa é somente um dos requisitos a garantir que o tribunal estabelecido pela lei seja *independente e imparcial*. Varaut, citando o julgado *Campbell*, refere que, para poder se dizer independente, deve ser analisadas certas características do órgão em espécie: 1. a forma de designação e o mandato de seus membros; 2. a existência

Dependerá, certamente, de um controle posterior, no qual se encaixa como luva a obrigatoriedade de motivação. Nesse ponto em particular, ela também revela-se instrumento, através do qual poderá ser verificada, ainda que só através de indícios, influências indesejadas que afetem a independência referida.

O pensamento de Canotilho, ao delinear a estrutura lógica nuclear do Estado de Direito, sintetiza bem os pensamentos expostos. São seus requisitos: “1. a instância decisória deve ser independente e imparcial; 2. a decisão deve ser proferida só depois do conhecimento das questões de facto e de direito; 3. a decisão deve ser fundamentada.”³³⁷ A via motivacional plena, melhor dizendo, de exposição tanto quanto possível dos *motivos* decisórios, é o único meio de garantir que os direitos das partes estão sendo preservados.

Seja no plano prático, doutrinário ou legal, o entendimento moderno é de que cabe aos juízes a motivação de suas decisões. Não obstante tal consciência, “motivar” tornou-se um termo vago, possibilitando sua confusão com o vocábulo “fundamentar”. Portanto, acabam por serem admitidas mesmo motivações extremamente concisas ou *per relationem*, sem o devido escrutínio das sentenças que possam ser encaradas como falsamente fundamentadas.

Como se verificou, a doutrina ignora em larga escala a noção de “fundamentação atrás da fundamentação”, por conta da dificuldade de controle jurídico de seu conteúdo. O segundo capítulo oferta visão renovada do tema, dividindo os motivos constantes desse elemento oculto em passíveis e não passíveis de controle, cuja percepção se denota através da análise dos *obiter dicta* constantes do corpo decisório dos provimentos jurisdicionais.

de garantias contra pressões exteriores; 3. seja possível saber se ele tem ou não aparência de independência. VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au juge*. Paris: Quai Voltaire, 1991. p. 253.

³³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Julgar e decidir: as invisíveis manhas da decisão nos ‘tribunais académicos’*. *Julgar*, Coimbra: Coimbra Editora, v. 1, p. 14, jan./abr. 2007. No que lhe acompanha integralmente BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 95.

CAPÍTULO II - DO QUE SE COMPÕE A MOTIVAÇÃO JUDICIAL?

Na lição de Taruffo, os elementos que compõem a *fundamentação* são os seguintes: 1) enunciado das escolhas do juiz com relação: a) à individualização das normas aplicáveis; b) às consequências jurídicas dela decorrentes; e 2) os nexos de implicação e coerência dos referidos enunciados.³³⁸ O jurista italiano registra que, embora distinga raciocínio decisório e justificação da decisão, isso não quer dizer que a decisão só deva ser considerada a partir do perfil psicológico³³⁹. Pontua também que o *decisum* não deve ser visto como “atividade irracional em si, e destinada a ser racionalizada apenas em momento posterior.”³⁴⁰

Não se contesta que é obrigação do julgador decidir com base em processo lógico, sendo que os fundamentos de decidir devem ser racionais e que o conceito da “escolha” que o magistrado opera, deve ser entendido como “modelo sintético de natureza essencialmente lógica, que permita reconduzir as operações que formam o procedimento de *discovery* da decisão.”³⁴¹

No item 1.5, efetuou-se a decomposição do termo “fundamentação”, verificando que se compõe de dois elementos distintos: a motivação e a fundamentação *stricto sensu*. Parecia não haver espaço na doutrina de Taruffo, naquele momento, para a inserção do elemento dos “motivos”³⁴², conforme expostos, quando estes não pertencem à total racionalidade, ou seja, quando eivados de natureza pessoal do julgador. E, de fato, como já se constatou, através dos momentos históricos examinados, a figura pessoal do juiz sempre esteve presente nas decisões judiciais. Modernamente, “movimentos”, “escolas” ou “doutrinas”, como do Realismo Jurídico, Direito Livre, entre outras, vicejam, a fazer pensar mais a respeito do viés subjetivo dessas decisões. Ignorar essa característica não resolve o problema. Entendimentos construídos acerca de um ponto ainda bastante problemático e confuso não o superam, apenas incrementam sua complexidade.

É evidente que a decisão judicial não pode estar submetida à subjetividade pura, pois

³³⁸ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 222 et seq., como visto em GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *AJURIS*, Porto Alegre, v.50, p. 8, 1990.

³³⁹ *Ibid.*, p. 222.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 223. Em clara discordância, neste ponto, de alguns dos realistas norte-americanos, que sustentam ser a decisão um processo de construção invertida, na qual primeiro se atinge a conclusão para, posteriormente, efetuar o *iter* do raciocínio.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 223.

³⁴² Muito embora admita que a motivação, enquanto discurso, “implica sua separação em partes separadas, dotadas de certa autonomia estrutural, lógica e semântica.” *Ibid.*, p. 109.

o processo não existe para atender o arbítrio do juiz³⁴³, mas para servir a sociedade. O que se pretende, aqui, é perquirir esse viés mais pessoal, do próprio indivíduo do magistrado, que permeia (e às vezes, norteia) a atividade jurisdicional. A personalidade do juiz influi diretamente no deslinde dos feitos, do contrário não haveria decisões diversas quando o ordenamento jurídico possui as mesmas leis para todos os casos.³⁴⁴

Efetuada a distinção entre motivação e fundamentação, a conclusão foi a de que os motivos são as razões das escolhas do julgador. E estas razões raramente são examinadas doutrinariamente. O trabalho de Taruffo sobre a motivação é grandioso, mas não ofereceu solução³⁴⁵ a respeito desta distinção sob o viés do indivíduo julgador, e de como este aspecto afeta o resultado final da decisão judicial, muito embora tenha tocado seguidas vezes nesse ponto ao longo de sua obra.

O que o ilustre jurista fala a esse respeito, no entanto, merece destaque. Acerta ao referir³⁴⁶ que é simplista a visão radical da análise do comportamento do juiz sob o viés psicológico, cuja diferenciação tradicional separa os motivos expressos na decisão e as razões efetivas dela, como se isso fosse totalmente irrelevante a motivação para conhecimento da gênese da decisão. A ilação, diz ele³⁴⁷, faz referência a comportamento tão genérico, que sequer merece aprofundamento, refutando, portanto, o exame *puro* do viés psicológico (ou ainda filosófico³⁴⁸) da decisão judicial.

A visão acerca da decisão judicial deve ao menos *tentar* contemplar mais de um desses aspectos, já que o próprio comportamento humano também não se explica por uma única perspectiva. Ou seja, a atenção se volta não só para a razão, nem só para a “emoção”, nem só para um único aspecto considerado de forma absoluta, separado de todos os demais. A

³⁴³ É inegável que os juízes possuem certo grau de discricão na prolação de suas decisões, mas eles estão, na maior parte de sua atividade, sujeitos a restrições muito significativas, “eles simplesmente não podem proceder como bem desejarem.” KOZINSKI, Alex. What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. In: O'BRIEN, David. *Judges o judging: views from the Bench*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2009. p. 98. A opinião de Kozinski sobre a noção popularmente referida de que o que o julgador comeu ou se teve uma boa noite de sono influencia em suas decisões é de que essas conclusões não passam de “horse manure”.

³⁴⁴ NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 173.

³⁴⁵ Muito embora o tema não tenha sido aprofundado na sua obra *La motivazione della sentenza civile*, Taruffo abordou o tema em artigo posterior. Afirmou, nesta oportunidade, que “*em grande parte o raciocínio do juiz não é regido por normas nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico*. [...] Mesmo quando ele justifica a decisão tomada, “*emprega , como se costuma dizer, o material e as formas mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc.*” TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 355, p. 101, mai./jun. 2001.

³⁴⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 97.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 97.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 98.

complexidade inerente ao ato decisório exige uma visão multifacetada e, por que não, multidisciplinar.

Nesse âmbito, poucas são as publicações atuais que examinam também o viés psicológico da atuação do juiz³⁴⁹. O material encontrado nessa interseção disciplinar, entre Direito e Psicologia, é voltado ao estudo da delinquência, do testemunho³⁵⁰, dos casos de família, e assim por diante.³⁵¹ Uma das peças e um dos atores fundamentais do processo são esquecidos, como se não desempenhassem papel da maior relevância.³⁵² A influência da Psicologia, idealmente, deveria ser maior sobre o Direito. Talvez não para enriquecê-lo, de forma direta, mas para auxiliar na valorização e estudo do componente humano implícito e inseparável. O Direito, bem dizendo, é “pouco permeável a acolher influências de outros ramos do saber”³⁵³, o que sempre dificultou muito o avanço desses estudos.

³⁴⁹ Honrosa exceção deve ser feita à obra coletiva, que compreende a análise de diversos autores sobre o tema do trabalho ora desenvolvido, como tantos outros, e será fundamental para este capítulo. ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008. Outros autores também enfrentam as questões que envolvem o processo decisório, sob outra perspectiva, como, por exemplo, Rui Portanova e Artur César de Souza, cujas obras serão objeto de crítica mais adiante.

³⁵⁰ No caso do testemunho, há julgados relatando reconhecimento de como a situação emocional do depoente afeta sua fala: “Com efeito, a perfeita identidade dos depoimentos é que causaria suspeita, uma vez que, a despeito da sinceridade e honestidade, testemunhas jamais retratarão um fato exatamente como ele ocorreu, e, obviamente, os relatos de diferentes testemunhas presenciais jamais serão idênticos. E isso se dá porque muitos fatores influenciam na constituição de um testemunho – v.g., emoção, idade, sexo, sugestibilidade, capacidade de memorização, grau de cultura etc. –, sendo que este não passa, na verdade, da percepção sensorial e extraprocessual do testemunhante frente aos fatos real e exatamente ocorridos.” TJRS. Apelação Crime nº 70031303506, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. 02.09.2009. O celebrado especialista na psicologia do testemunho do Instituto de Psiquiatria da Universidade de Londres, Gisli Gudjonsson, refere que o processo de aquisição de memórias é permeado por diversas etapas, podendo, *e. g.*, sofrer interferências que denomina “*pós-evento*”. Nesses casos, a testemunha é exposta, e isto ocorre com certa frequência, a novas informações relativas àquele fato, como em jornais ou discutindo o evento com outras pessoas. O debate entre testemunhas, antes do depoimento, ou, no curso deste, da exibição de fotografias, pode induzir alterações significativas na memória registrada. O método mais confiável, aponta, para a recuperação dessa memória, ainda que de forma parcial e necessitando de questionamento adicional posterior, é que o depoente narre livremente os fatos ocorridos. GUDJONSSON, Gisli. *The psychology of interrogations, confessions and testimony*. Londres: Wiley, 1993. p. 86-89. Para evitar o problema da falsa memória muitas vezes relacionada com o estado emocional do depoente (seja do momento de aquisição da memória, seja do instante em que está prestando seu testemunho), especialistas sugerem o emprego de determinadas técnicas, como se vê em FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209 et seq.

³⁵¹ Por exemplo, a obra de Denise Perissini da Silva enfrenta exclusivamente a questão da perícia psicológica no âmbito dos processos judiciais, muito embora o estudo seja intitulado “Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro (São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003). Estudos mais atuais, apresentados adiante, a respeito do campo da “Psicologia Jurídica” já iniciaram o esquadramento do tema da figura do juiz e da influência de sua pessoa, em particular no momento da coleta da prova.

³⁵² Recorda Alejandro Nieto que “*em princípios do século XIX já se havia tomado consciência da importância da personalidade individual do juiz, considerando-a como o protagonista mais ativo da vida do Direito*.” Tradução livre do espanhol da obra de NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 173.

³⁵³ FENOLL, Jordi Nieva. *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 61.

A razão para tanto é que só interessa *prima facie* ao Direito, em se tratando de decisão judicial, aquilo que é passível de controle *jurídico*. Bem dizendo: de nada lhe serve o aprofundamento psicológico da motivação, se esse estudo para por aí, sem atribuir consequências jurídicas aos achados. Afinal, a motivação possui finalidades bastante claras, já examinadas: 1) garantir o contraditório, demonstrando que as alegações das partes foram examinadas; 2) demonstrar que houve a devida valoração da prova; 3) oferecer a decisão a controle posterior, seja pelas partes, seja pela sociedade.

No entanto, a politização³⁵⁴ da função judicial³⁵⁵ também faz pensar sobre o que é e não é jurídico. A atual responsabilidade política dos julgadores³⁵⁶ é extremamente elevada: superada a noção de “poder nulo”, datada da Revolução Francesa, os juízes exercem hoje função criadora³⁵⁷ do direito, sempre que diante de incerteza objetiva da lei, o que lhes confere “poder político pleno, e não nulo”.³⁵⁸ Muito poder foi transferido a esta função nos últimos anos, pois o magistrado foi chamado a “desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições”³⁵⁹, aumentando de forma significativa seus poderes.³⁶⁰

Isto se passa também em ordenamentos codificados, devido ao fenômeno da “inflação legislativa”, que não se deve tanto ao aumento do número de leis, mas à desvalorização delas.³⁶¹ Esse número excessivo de leis acaba por torná-las menos conhecidas e, conseqüentemente, menos aplicadas.³⁶² Vive-se, a bem da verdade, na época do “juiz-administrador”, que é dado não só a exercer sua função clássica, mas também a desempenhar esse papel, ao tomar responsabilidades novas.³⁶³

Só que o conceito de “política” aplicado ao magistrado não é amplo, mas restrito. Ele

³⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995. p. 94.

³⁵⁵ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, p. 11, nov. 2010.

³⁵⁶ Nessa linha, destaca Ada Pellegrini Grinover que “a doutrina salienta hoje a função política da motivação, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz da impugnação, mas todos os jurisdicionados, permitindo aferir, em concreto, a imparcialidade do juiz, além da legalidade e justiça das decisões. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 165.

³⁵⁷ BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1977, passim.

³⁵⁸ TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 314.

³⁵⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

³⁶⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n. 190, p. 39, dez. 2010.

³⁶¹ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Ristampa aggronata Milano: Giuffrè, 1995. p. 191. Jean Bredin chega à mesma conclusão, pois a multiplicação dos textos legais, que tentam tudo prever, alimenta a fragilidade do direito. Ao mesmo tempo que esse excesso tenta limitar, o liberta. BREDIN, Jean Denis. *Le déclin du droit e l'avènement du juge*. Paris: Goldman, apud VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au juge*. Paris: Quai Voltaire, 1991. p. 164.

³⁶² *Ibid.*, p. 191.

³⁶³ *Ibid.*, p. 193.

não é “político” como é o legislador ou o integrante do Poder Executivo. Ele é político na função de juiz, ou seja, deve exercê-la nos limites impostos ao juiz, sob pena de descaracterizar a própria atividade judicial.³⁶⁴ Isto não ocorre quando, por exemplo, ele age nos limites da esfera de inatividade do legislador³⁶⁵ ou é instado a decidir a respeito de lacuna no texto legal, mas é porque a sua função o permite. Não se trata de um acidente, mas “da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso”.³⁶⁶ A distinção a ser feita, nesse ponto específico, é entre *política* e *partidarização* do Judiciário,³⁶⁷ que, conforme Zaffaroni³⁶⁸, são questões separadas e frequentemente confundidas. A partidarização será enfrentada mais abaixo, no tópico sobre *motivos ideológicos*.

Enfim, a ciência jurídica tem trabalhado, já há algum tempo, em examinar com profundidade essas questões, com vista a oferecer um aparato lógico-racional a serviço desse julgador. E, mais cedo ou mais tarde, o magistrado acaba por esbarrar na fronteira final que lhe é imposta, bem como à sua classe, indistintamente: no Estado Democrático de Direito, todo poder necessita justificar as suas ações.³⁶⁹ Com tamanho poder em mãos³⁷⁰, o meio de

³⁶⁴ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Ristampa aggiornata Milano: Giuffrè, 1995. p. 225-226.

³⁶⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6. Em sentido oposto, afirma Berizonce que o moderno desempenho de papel político pelo Judiciário é decorrência direta da inatividade legislativa, o que cria um “vazio normativo” e transfere para os magistrados essa atividade. BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n. 190, p. 41, dez. 2010.

³⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995. p. 94.

³⁶⁷ No âmbito do direito norte-americano, os juízes, nos termos da norma nº 5, do *Guide to Judiciary Policy*, devem evitar a atividade política. Isso implica que não deverá: “1) agir como líder ou exercer cargo em organização política; 2) fazer discursos para uma organização política ou candidato, ou publicamente apoiar ou se opor a candidato concorrendo a eleição pública; 3) solicitar doações ou fazer contribuições para uma organização política ou candidato, ou comparecer ou comprar um bilhete ou jantar ou outro evento patrocinado por uma organização política ou candidato.” O comentário do mesmo *Guide* afirma que o termo “organização política” se refere a “partido político, grupo afiliado à partido ou candidato para cargo público, ou uma entidade cujo principal propósito seja promover ou contestar candidatos políticos ou partidos relacionados às eleições para cargo público.” Nítida, aqui, a diferença entre politização e partidarização, esta última, claramente vedada aos magistrados. EUA. *Guide to Judiciary Policy*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/RulesAndPolicies/conduct/Vol02A-Ch02.pdf>>. Acesso em 05mar. 2011.

³⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995. p. 95.

³⁶⁹ O juiz Raymond de Ryckère, magistrado e resistente do Estado Belga durante a ocupação na Primeira Guerra Mundial, registra que, em um regime representativo, “todos os poderes emanam da nação, compreendidos os poderes dos órgãos do Estado que não são eleitos – o exemplo por excelência: os magistrados. Os juízes extraem, portanto, seu poder da nação, e o exercem segundo a Constituição e as Leis. [...] Se os parlamentares extraem sua legitimidade do sufrágio, os juízes, eles, têm sua legitimidade do respeito e da confiança que suscitam sua independência, coragem e a firmeza e a dignidade de sua atitude.” A perda dessas características é a perda da legitimidade. Tudo conforme CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire e prudence interpretative*. In: *La Création du Droit par le Juge*. Archives de philosophie du droit, v. 50. Paris: Dalloz, 2007. p. 10-11.

³⁷⁰ Muito oportuna a colocação de Tarello, ao afirmar que, muito embora haja grande poder em mãos dos magistrados, não se está diante de um “governo de juízes, ou seja, naquele que, como ensina uma larga

justificação e legitimação das decisões dos magistrados se dá através da motivação.³⁷¹

Além da questão política, deve-se proceder a um afastamento da mitologia que cerca essa atividade profissional, para que se possa “aferir as vantagens de ter profissionais do direito que tenham a coragem de expressar os verdadeiros fundamentos de seus julgamentos”³⁷², sem receio de crítica por tê-lo feito. O resultado será a instalação de profícuo e necessário debate sobre uma realidade por muito tempo oculta, como referem os realistas: não cabe pensar se desejamos um modelo “livre” de juiz, cabe admitir que nós já o temos.³⁷³

O exame se divide em quatro momentos, neste segundo capítulo. Primeiramente, opera-se o resgate da categoria jurídica do *obiter dictum*, demonstrando, ao contrário do estabelecido, que essas porções da decisão podem ter enorme relevância, em particular na temática da *fundamentação atrás da fundamentação*. Após, é apresentada listagem rudimentar de motivos, dividindo-os em motivos passíveis e não passíveis de controle jurídico. Em derradeiro, analisar-se-ão o necessário e indissociável aspecto racional da decisão judicial, bem como a questão da motivação nos pleitos liminares.

2.1 OS OBITER DICTA COMO INDÍCIOS DE POSSÍVEL FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA FUNDAMENTAÇÃO

Antes de ingressar na referida “tipologia motivacional”, cabe apontar que alguns desses motivos são de difícil percepção. Há de se considerar que a ocorrência de determinados motivos que possam ser alcunhados de *fundamentação atrás da fundamentação* não são necessariamente frequentes, mas nem por isso inexistentes. Taruffo, sempre ele, já havia percebido que a motivação pode se firmar não como um

complexo de sinais linguísticos dotados de um significado próprio, mas como um ‘fato’ (um comportamento, ou melhor, o resultado de um comportamento do juiz), idôneo a fornecer o ponto de partida para um procedimento que conduza à descoberta de outros fatos a respeito do julgador, o procedimento seguido para a formação da decisão, os fatores que

tradição doutrinária, é o pior dos governos.” Os julgadores não são um corpo de ação conjugado, com ações unívocas: eles não trabalham uns com os outros, assim como diferentes ramos do Poder Judiciário pouco interagem. TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 317.

³⁷¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 189, p. 19, nov. 2010.

³⁷² GOMES, Mário Soares Caymmi. O direito como linguagem e discurso: a retórica judicial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v. 10, n. 39, p. 282, jul./set. 2009.

³⁷³ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936. p. 158.

a influenciaram e assim por diante.³⁷⁴

Nesse ponto, o jurista italiano admite o tema como bastante complexo e que a expressão “motivação como um fato” contém diversas impropriedades.³⁷⁵ Contudo, a noção curial oferecida é a de que, na motivação, poderão ser encontrados determinados indícios que apontam para diferentes caminhos e diversas consequências. Primordialmente, refere que a percepção de alguns indícios poderá apontar uma possível diferença entre a motivação ofertada e as verdadeiras razões de decidir.³⁷⁶ Podem, ainda, encaminhar o entendimento de que existem algumas escolhas não expressas pelo julgador, fruto de condicionamentos prévios de sua mente.³⁷⁷ Ou mais: demonstrar as características desse magistrado; seu nível de cultura, sua situação histórico-social, a existência de tabus de ordem psicológica, cultural ou política.³⁷⁸

Mas que indícios são esses? Taruffo não refere, de forma clara e direta, quais seriam tais indícios, a não ser que constam da porção motivacional da decisão judicial, satisfazendo-se, por exemplo, em designar a “característica estrutural” (em sentido amplo) da motivação, expressões linguísticas ou dogmas conceituais como fonte de indícios.³⁷⁹ Parece que a categoria dos *obiter dicta* merece destaque nesse ponto, já que é nele que encontrará o seu lugar, a sua relevância.

Geralmente, os *obiter dicta* são definidos como tudo que “no contexto da motivação, não fazem parte de uma argumentação justificativa específica ou não constituem um elemento dotado de função justificativa autônoma”.³⁸⁰ Taruffo delinea três hipóteses³⁸¹, nas quais se verifica a presença de elementos *obiter dicta*. Na primeira delas, existe uma asserção do magistrado, apoiada por diferentes argumentos, cada um dos quais se sustenta por conta própria, tem autonomia e relevância individuais. Ou seja, ainda que somente um desses argumentos for levado em consideração para a justificação daquela asserção, ele é suficiente. O discurso remanescente não é propriamente um *obiter dictum*, porque também possui autonomia e relevância, não se tratando de mero expediente retórico. Pode ser que o julgador necessite de tantos argumentos para demonstrar examinados, na mesma medida, as alegações das partes.

³⁷⁴ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*, Padova: CEDAM, 1975., p. 63.

³⁷⁵ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*, Padova: CEDAM, 1975. p. 64-65.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 66.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 79.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 86.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 85.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 312.

³⁸¹ *Ibid.*, p 312-314.

A segunda possibilidade é asserção suportada por alguns argumentos que possuem a já referida auto-suficiência, e outros que não são idôneos a fundamentá-la, individualmente considerados. Aqui, sim, deparam-se as partes com o próprio *obiter dictum*, eivado de profundo caráter persuasivo. Muito embora, naquela primeira hipótese supracitada, os argumentos excedentes também tenham a função de persuadir, nesta segunda análise, o excedente é dispensável do ponto de vista estritamente formal da decisão. Já a terceira hipótese, alinhavada pelo jurista italiano, é uma asserção fundada exclusivamente em argumentos de natureza persuasiva, sem o devido arcabouço justificativo.

Ora, nos três casos percebe-se a existência de porções dispensáveis às asserções judiciais, por vezes empregadas de forma *obiter*. No entanto, a noção clássica de *obiter dictum* o classifica como enunciado “que o juiz realiza fora da estrutura justificativa do discurso.”³⁸² Isto não quer dizer que não exerça função de alguma relevância na sentença. O *obiter dictum* ajuda a colocar a decisão, ou alguma de suas porções, em uma determinada “ordem de ideias, de princípios e de valores, sobre os quais se pressupõe existente o acordo entre aqueles à qual é endereçada a motivação”³⁸³, configurando-se como elemento-chave da motivação “valorativa”, especialmente nos casos em que a decisão não segue o entendimento dominante, em que ela é uma ruptura de pensamento com aquilo que já estava estabelecido.³⁸⁴

Todavia, a categoria não se limita a isso. Na perspectiva da motivação como conjunto de indícios, os *obiter dicta* podem desempenhar papel fundamental³⁸⁵. Aos elementos anteriormente mencionados por Taruffo, devem ser somados esses como possíveis indícios de ocultamento das verdadeiras razões decisórias. Afinal, se hoje se permite uma maior concisão na exposição dos motivos, no corpo da decisão judicial, até mesmo por necessidade prática, por que os magistrados fariam constar, nesse texto, uma porção dispensável? Justamente, isso não ocorreria. A presença do *obiter dictum* é apenas um indício, o qual deve ser trabalhado a partir de raciocínio indutivo ou inferencial.³⁸⁶

Só então é que se poderá descobrir se esse elemento (não) confirma a presença de *fundamentação atrás da fundamentação*. Importante destacar que não se pretende analisar uma oposição ferrenha entre *rationes decidendi* e *obiter dicta*³⁸⁷, a ponto de que configurar

³⁸² TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 314.

³⁸³ *Ibid.*, p. 315.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 314.

³⁸⁵ Em sentido contrário, de que os *obiter dicta* não se prestam como “chave teleológica” para compreensão da *ratio decidendi*: CORDOPATRI, Francesco. La Ratio Decidendi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XLV, n. 1, CEDAM, p.192, jan./mar., 1990.

³⁸⁶ Para tanto, vide TARUFFO, op cit., p. 159 et seq.

³⁸⁷ “Embargos De Divergência. Descabimento se se pretende solver contradição entre a *ratio decidendi* do acórdão padrão e simples *obiter dictum* constante da decisão embargada: questão de validade das elevações

contradição interna do julgado. A meta é que ela exerça função complementar, a indicar a possibilidade de uma das razões de decidir não constar, de forma expressa, do *decisum*.

Se a elevação da categoria dos *obiter dicta* a torna útil, e isso venha a causar espécie, a solução também se apresenta simples. Caso o *obiter dictum* confirme que existe motivo ocultado das partes e, portanto, que frustra o direito fundamental à motivação das decisões judiciais de forma *plena*, ele passa a ter natureza jurídica diversa, possivelmente de indício. Nessa quadra, apresenta-se correta a noção de que *obiter dictum* não se confunde com *ratio decidendi*³⁸⁸ – mas, certamente, pode a primeira apontar na direção de uma razão de decidir não expressa.

Mais um exemplo de caso a ser pensado encontra-se no do Recurso Especial nº 163.483/RS.³⁸⁹ Naquela demanda, os autores, vizinhos a uma pedreira em Bagé/RS, processaram a municipalidade, pois ela fazia uso do local como desaguadouro de todo lixo municipal. Eles, invocando o mau uso da propriedade vizinha, solicitaram o fechamento do local, o que só foram conseguir na via especial, mas não de forma unânime. E tudo porque, na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi mencionada que a questão era de enorme relevância ambiental.

Um dos ministros concluiu que tal entendimento acarretava a ilegitimidade ativa dos recorrentes, porque a matéria era claramente objeto de ação civil pública. Contudo, o voto que prevaleceu, foi o que dava provimento ao recurso especial, por entender que a questão ambiental era meramente ocasional, e que o aresto regional, ao referir o meio ambiente, o fez de forma *obiter dictum*. Portanto, não poderia daí resultar qualquer prejuízo aos recorrentes. Logo, quando o *obiter dictum* ganha qualquer relevância jurídica, ele deixa de sê-lo. Mas isso soa excessivamente preciosista. Não parece existir maior problemática que essa categoria possa desempenhar uma função que, há de se admitir, não ocorrerá com frequência, mas nem por isso se torna um *acidente* que a descaracterize por completo.

da alíquota da contribuição exigível das empresas exclusivamente prestadora de serviço não resolvida pelo acórdão embargado que - embora incluindo *obiter dictum* a respeito - decidiu a causa como se se tratasse somente de empresas vendedoras de mercadorias: embargos de divergência não conhecidos.” BRASIL. STF. RE-Emb-ED 176437; RS; Tribunal Pleno; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 05/03/1998; DJU 03/04/1998; p. 00014.

³⁸⁸ Nos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 194.662-8/BA, o Ministro Gilmar Mendes registrou a lição de Winfried Schlüter, na sua obra *Das Obiter Dictum*. Ainda que haja controvérsias na diferenciação da categoria enfrentada com a *ratio decidendi*, “é certo que um critério menos impreciso indica que integra a ‘ratio decidendi’ premissa que não possa ser eliminada sem afetar o próprio conteúdo da decisão.” BRASIL. STF; RE-ED 194662; BA; Segunda Turma; Rel. Desig. Min. Gilmar Mendes; Julg. 10/12/2003; DJU 21/03/2003; p. 00071. A passagem consta da fl. 288 do processo, voto-vista do Ministro Gilmar.

³⁸⁹ BRASIL. STJ. RESP 163483; RS; Segunda Turma; Rel. Desig. Min. Adhemar Ferreira Maciel; Julg. 01/09/1998; DJU 29/03/1999; pág. 00150.

Por isso, descabida a utilização do entendimento extremado anglo-saxão a respeito de *obiter dictum*, pois analisa a questão sob a perspectiva da maior relevância do precedente. Para esse sistema jurídico, o *obiter dictum*³⁹⁰ não é só a porção desnecessária a justificar a decisão³⁹¹, mas também o elemento presente em algumas decisões sem eficácia vinculante, pois o “princípio do *stare decisis* impõe ao escritor de sua opinião a obrigação de evitar as *obiter dicta* e de se restringir somente às questões envolvidas.”³⁹² Rupert Cross³⁹³ reconhece, no sistema referido, a distinção entre as duas categorias. No entanto, aponta que é de extrema dificuldade a separação precisa de ambos, a ponto de que, por isso, “*dicta* em casos anteriores é, claro, frequentemente seguida ou aplicada, mas não é jamais algo além de autoridade persuasiva.”³⁹⁴

Como o sistema do *civil law* tem funcionamento diverso³⁹⁵, não atribuindo valor tão elevado ao precedente e restringindo a coisa julgada à porção dispositiva da sentença,³⁹⁶ os *obiter dicta* não têm tamanho elevado potencial problemático. A transposição é que deve ser cuidadosa, afinal, a matéria é extremamente delicada na *common law*, comportando até agudas críticas de alguns dos realistas norte-americanos.³⁹⁷ Assim, devem ser transportados para o sistema jurídico pátrio para utilização mais ampla e com menor perplexidade, mas com certa atenção. O Brasil atravessa um momento de maior valorização do precedente, mas ainda

³⁹⁰ Frequentemente referido, nas decisões da *Common Law*, só como *obiter* ou, ainda, *dictum*. BALLENTINE, James A. *Ballentines law dictionary*. Rochester: Lawyers Cooperative Publishing, 1969. p. 346.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 346. É o entendimento consagrado por Posner: “O [obiter] *dictum* é uma afirmação em uma opinião judicial que poderia ser suprimida sem prejudicar seriamente as fundações analíticas do todo – que, sendo periférico, pode não ter recebido a total e cuidado atenção da corte que a emitiu.” Sarnoff v. American Home Products Corp., 798, F.2d 1075, 1084 (7th Cir. 1986). Disponível em: <<http://openjurist.org/798/f2d/1075/sarnoff-v-american-home-products-corporation>>. Acesso em: 5 jun. 2010. Análise do julgado em GARNER, Bryan. *A dictionary of modern legal usage*. New York: Oxford University Press, 1987. p. 185.

³⁹² GARNER, Bryan. *A dictionary of modern legal usage*. New York: Oxford University Press, 1987. p. 185.

³⁹³ CROSS, Rupert, HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 40/41. Destaca, em particular, a decisão do distante ano de 1673, na qual Vaughan CJ disse: “Uma opinião proferida na corte, se desnecessária ao julgamento em questão, que poderia ter sido dita como silenciada, ou até contrária à decisão, não é uma opinião judicial, mas mero *gratis dictum*.”

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 41.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 49. Em sentido contrário, afinado com o preconizado na *Common Law*: “Menção à impossibilidade de destinação do imóvel para aluguel. não vinculação das partes, por se cuidar de mero *obiter dictum*. Recurso a que se nega provimento.” BRASIL. TJRS. Embargos de Declaração nº 7000215239. Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgado em 15.10.2003, DJ 12.11.2003. Na mesma linha, que a existência de porção *obiter dictum*, por si só, não configura julgamento ultra petita: BRASIL. TJMG; APCV 1.0672.07.250635-1/0021; Sete Lagoas; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Otávio de Abreu Portes; Julg. 17/12/2008; DJEMG 30/01/2009.

³⁹⁶ “8. Argumentação utilizada a título de *obiter dictum*, que não integra o dispositivo da decisão, e não se confunde com a *ratio decidendi*, mesmo porque, as razões de decidir não fazem coisa julgada.” BRASIL. STJ. Reclamação 2.850/DF, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.11.2008, DJE 12.02.2009.

³⁹⁷ Rupert Cross critica que alguns realistas levaram a sério a brincadeira por Lord Asquith, ao referir que a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* era muito simples: se nós concordamos com o que o sujeito anterior falou, é *ratio*, e se não concordamos, é *dictum*. CROSS, op cit., p. 50 e 52.

está extremamente distante de qualquer semelhança maior com a *common law*. Alguns dos conceitos por ela empregados revelam-se ferramentas interessantes na análise e compreensão do fenômeno da decisão judicial.

Novamente Rupert Cross, em exame apurado sobre o tema, explica o funcionamento de dois testes aptos a separar cada uma das partes da decisão. No chamado “Wambaugh Test”³⁹⁸, é necessário separar a suposta “proposition of law”, inserindo nela uma palavra que inverta seu significado. Se a alteração do significado resultar em um pensamento diferente, mas não importar em deslinde diverso, aquela afirmação não é *ratio decidendi*. O teste tem suas falhas, e por isso mesmo o jurista inglês refere o teste de Goodhart, que leva em conta o acertamento dos fatos realizado pelo juiz da causa. Para determinar se um precedente é aplicável ou não, basta verificar se os fatos entre as causas possuem certo grau de identidade, ou se alguma parte do material anterior está ausente.³⁹⁹

O Superior Tribunal de Justiça, de sua vez, tem frequentemente enfrentado o tema e declarado qual é a porção do *decisum* que se revela *obiter dictum*⁴⁰⁰, bem como o Supremo Tribunal Federal.⁴⁰¹ Em certo julgado⁴⁰², o Ministro Arnaldo Esteves Lima decidiu que as notas taquigráficas referentes à sessão de julgamento não compõem o voto. Assim, as referências efetuadas pelo julgador, durante a sessão de julgamento, mas não constantes de seu voto, são *obiter dicta*. Mas se a categoria serve de indício para apuração de possível *fundamentação atrás da fundamentação*, certamente servirão como embasamento para atacar aquele *decisum*, com o objetivo de que o magistrado declare os verdadeiros motivos decisórios, como se verá no terceiro capítulo.

O problema, aqui, é que tradicionalmente tudo que é visto como *obiter dicta* não pode ser atacado na via recursal, sob pena de falta de interesse processual⁴⁰³. Essa percepção,

³⁹⁸ CROSS, Rupert, HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 52 e ss.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 63 e ss.

⁴⁰⁰ Como se vê nos precedentes: AgRg-AgRg-REsp 1.129.727; Proc. 2009/0085759-0; GO; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 16/12/2010; DJE 21/02/2011; REsp 1.202.448; Proc. 2010/0126146-0; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 07/10/2010; DJE 02/02/2011

⁴⁰¹ O que o Supremo Tribunal Federal já faz há décadas, conforme se vê nos seguintes julgados: RE 55315; Tribunal Pleno; Rel. Min. Victor Nunes; Julg. 15/06/1964; DJU 27/08/1964; RE 51638; Rel. Min. Victor Nunes; Julg. 09/08/1963.

⁴⁰² BRASIL. STJ. RESP 933.371/RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 02.09.2010, DJE 20.10.2010.

⁴⁰³ Nesse sentido: “RECURSO. Sucumbência inexistente: falta de interesse processual em recorrer para questionar simples *obiter dicta* da decisão recorrida, cujo dispositivo julgou extinta sem julgamento do mérito a ação proposta contra a recorrente. Se sequer fazem coisa julgada os motivos da decisão (C.PR.Civ., art. 469, I) - ao contrário do que dispunha o Código antigo, com relação às “premissas necessárias” dela -, a fortiori, nenhum efeito fora do processo poderiam ter simples *obiter dicta* contidos no acórdão malgrado em sentido adverso ao dispositivo, fundado em outra circunstância, prejudicial.” BRASIL. STF.; AI-AgR 222267; PR; Primeira Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 14/12/1998; DJU 26/03/1999; p. 00009. Nesse mesmo sentido: BRASIL. STJ.; EDcl-EDcl-RMS 21.742; Proc. 2006/0072718-6; ES; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 16/10/2008; DJE 03/11/2008.

contudo, é estreitíssima e ignora por completo a função da categoria, conforme referido anteriormente. O *obiter dictum* encontrado na decisão pode, realmente, demonstrar a presença de *fundamentação atrás da fundamentação* e ser objeto essencial do recurso, pois aquela decisão viola a garantia constitucional insculpida no artigo 93, IX, da Constituição Federal. As partes, em última instância, é que devem examinar cuidadosamente, caso a caso, tais passagens decisórias, para extraírem sua conclusão e tomarem as medidas cabíveis. Admita-se, contudo, a título de advertência, que não se pretende institucionalizar o recurso a partir dos *dicta*, mas sim, em casos extremamente pontuais e selecionados, quando essa porção decisória efetivamente indique uma fundamentação determinante não revelada.

O tema se conecta de maneira muito forte com a falsa fundamentação, conforme exposta por Brüggemann⁴⁰⁴. Afinal, a admissão da sua ocorrência é apenas o primeiro passo na direção de tentar sanar a questão. E, nessa caminhada, além do que Taruffo mencionou como possíveis indícios das reais razões de decidir, os *obiter dicta* podem desempenhar papel fundamental na apuração da eventual fundamentação fictícia.

Nesse percurso, a exposição tipológica de alguns motivos possíveis também desempenha papel de destaque. Pois, além dos instrumentos que estão à disposição do magistrado (analogia, análises estatísticas etc), existem motivos específicos que os impelem a decidir de tal forma e até mesmo a justificar a opção por uma ou outra “ferramenta” racional. E, constando os *obiter dicta* somente da sentença (raramente de qualquer decisão interlocutória), eles só serão importantes no que diz respeito aos motivos passíveis de controle judicial e, também, aos meios de controle *posterior* da decisão judicial.

2.2 TIPOLOGIA MOTIVACIONAL

Retoma-se, neste ponto, como premissa, a classificação de natureza tipológica de Misabel Derzi⁴⁰⁵, na tentativa de elencar alguns dos motivos presentes no momento decisório, muito embora nem sempre devidamente explicitados, com o devido enfrentamento crítico de sua ocorrência. Registre-se, contudo, que tipificar à exaustão *todos* os motivos possíveis é tarefa tão impossível quanto prever e codificar todos os comportamentos humanos praticáveis.

⁴⁰⁴ BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche begründungspflicht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1971. p. 85-90.

⁴⁰⁵ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 91-92

A proposta é de fortalecer os laços de interdisciplinaridade entre as duas áreas do conhecimento mencionadas, Direito e Psicologia, com o fito de melhor compreender como age o julgador. Mas, nem por isso, proceder-se-á ao abandono dos motivos juridicamente relevantes.

Alguns motivos elencados a seguir não são, necessariamente, aqueles que *devem* constar das decisões judiciais. Bem ao contrário: trata-se de exposição operada com base na realidade dos julgamentos, com os motivos que *eventualmente* podem constar de forma expressa e, diversas vezes, de maneira mais velada. Na mesma esteira do pensamento de Taruffo, “não se pretende sustentar aqui que tal raciocínio [do juiz] não tenha ou não deva ter uma estrutura lógica”⁴⁰⁶, mas tão somente admitir que, ocasionalmente, outros motivos além daqueles expressos sejam utilizados pelos julgadores como determinantes para o desfecho da lide.

Cabe distinguir alguns desses motivos, enquanto passíveis de controle judicial e, portanto, de recurso, dos demais, cujo controle escapa da alçada do Poder Judiciário, mas nem por isso deixam de merecer atenção. Na realidade, são também eles que demonstram a rica complexidade da decisão judicial.

Não há decisão perfeita, bem assim não existem julgadores ou seres humanos, a esse título, perfeitos. A finalidade é colaborar na definição e perseguir a melhor compreensão do fenômeno decisório motivacional. Acresça-se que a divisão efetuada não é estanque nem matemática; os motivos listados possuem forte influência entre si. É difícil precisar a existência de um motivo “puro”, na falta de melhor denominação. A motivação raramente é singular, revelando-se quase sempre múltipla e complexa.

O reconhecimento da existência desses tipos motivacionais é imperativo ao se perceber que toda ação é uma opção e, ao escolher, a subjetividade não tem como ser totalmente alijada dessa atitude.⁴⁰⁷ A ação altera a realidade ao nosso redor, que assim não

⁴⁰⁶ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 355, p. 102, mai./ jun. 2001.

⁴⁰⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. ‘E o juiz não é só de direito’ (ou ‘A função jurisdicional e subjetividade’). In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 408. No julgamento dos embargos infringentes nº 70028708071, pelo 4º. Grupo Criminal, muito bem ponderou o Relator, Des. Sylvio Baptista Neto: “Rejeito os embargos infringentes. A aplicação da punição, no que concerne à pena-base, não tem nenhum critério matemático, fixo, rígido, a ser seguido. Deste modo, existindo, e muito, a subjetividade do julgador na hora da fixação da quantidade, eu penso que se deve respeitar aquela estabelecida na decisão de 1º Grau, quando não se mostra desarrazoada, ilógica. Porque, entre o mínimo de quatro e o máximo de dez, estaria errada, injusta, a fixação de uma pena-base de cinco anos, de seis anos, de quatro anos e seis meses etc.? Ou, entre as balizas de dois a oito anos, pode-se afirmar, com certeza, ainda que razoável, que a pena deveria ser de dois anos e oito meses ou de dois anos ou de quatro anos etc.? Sempre haverá um julgador que, para o caso concreto de um estupro, dirá que a pena-base deverá ser a mínima e outro que a quantidade de sete anos é a adequada. [...] Na

seria se tivéssemos permanecido inertes.⁴⁰⁸ Por trás de cada ação, há um motivo, pois “a ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal.”⁴⁰⁹ Como assinala Calmon de Passos, “pode não haver destino, mas há por certo decisão”.⁴¹⁰ Não há efeito sem causa, e a ação humana não é “desordenada nem caótica, nem simples atividade ou movimento, [...] [realizando-se em] conformidade com razões, vale dizer, motivações.”⁴¹¹

Nessa conjuntura, não cabe questionar a licitude da existência da *fundamentação atrás da fundamentação*, mas sim constatar sua existência pura e simples⁴¹², já que contingência da realidade⁴¹³, devendo-se construir esforço para que deixe de ser um elemento oculto e passe a constar dos julgados. Nem por isso deixa-se de apontar o que é desejável, sem, contudo, “obscurecer a visão do que é possível.”⁴¹⁴

2.2.1 Motivos Passíveis de Controle Judicial

É importante alertar que, quando se fala de “motivo passível de controle”, quer se dizer controle *jurídico*. Ou seja, tratam-se de motivos que podem ser atacados, na via recursal,

verdade, e insistindo, o parágrafo acima demonstra que a aplicação da pena-base é muito subjetiva. De matemático tem-se apenas a baliza mínima e máxima. Até porque, como a hipótese em comento, uma, ou mais, circunstância se eleva, favoravelmente ou desfavoravelmente, determinando, isoladamente, uma punição mais ou menos grave.” TJRS, 4º Grupo Criminal, EI nº 70028708071, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 27.03.2009. Também reconhecendo a existência de subjetividade no processo decisório: “A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade [...]” TJRS, 7ª Câmara Cível, AC nº 70029285277, Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 24.06.2009. É por isso que, a nosso ver, nunca poderá ter êxito, dentre outros fundamentos, o estabelecimento de um limite pré-fixado para indenizações a título de danos morais, pois o caráter de subjetividade é inerente a esta função, e não há como remover essa faceta fundamental sem ferir profundamente o exercício da atividade judicante.

⁴⁰⁸ CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 13.

⁴⁰⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 29. Refere também o autor: “a espinha dorsal da ação finalista é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal”.

⁴¹⁰ CALMON DE PASSOS, op cit., p. 13.

⁴¹¹ CALMON DE PASSOS, op cit., p. 14.

⁴¹² “O verdadeiro problema, portanto, não é o de demonstrar ou negar que o juiz vá além do direito. Que isso acontece é óbvio [...]” TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 355, p. 102, maio/jun. 2001.

⁴¹³ “[...] alguma dimensão emocional e subjetiva, não puramente perceptiva, na formação do convencimento judicial, acaba por se impor como realidade, como contingência.” KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: _____. (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

⁴¹⁴ BRUTA, José Puig. *A jurisprudência como fonte de direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1977. p. 8.

pelos remédios examinados no terceiro capítulo, de forma mais *tradicional*, por assim dizer. O sistema jurídico, quanto aos motivos não suscetíveis de controle, oferece apenas instrumentos que visam prevenir a ocorrência de motivos estranhos ao sistema jurídico.

2.2.1.1 A Referência à Lei, Doutrina e Jurisprudência: Motivos?

Já foi constatado *retro* que os fundamentos se aproximam mais de apontamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, sendo que os motivos seriam os porquês dessas opções. A linha de corte entre motivação e fundamentação nem sempre se apresenta tão simples ou clara quanto proposto. É bem possível que o motivo da escolha de um precedente para embasar uma decisão judicial seja a existência de outros precedentes.

Trata-se da motivação *per relationem*. Ela ocorre quando o julgador, ao invés de elaborar uma explicação autônoma *ad hoc*, simplesmente reenvia as partes à justificação contida em outra sentença, que pode ser, ou não, do mesmo processo.⁴¹⁵ Esta sentença pode ser da própria demanda na qual foi proposto recurso, como também outra decisão, bem dizendo, apenas referindo jurisprudência aplicável ao caso vertente.⁴¹⁶ Resta excluída, na visão de Taruffo, a possibilidade de mera referência à decisão anterior, isto é, quando o juiz “se limita a afirmar como suficientes as argumentações desenvolvidas na sentença impugnada, sem sequer referir tais argumentos.”⁴¹⁷

⁴¹⁵ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 422. É também o entendimento de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique das les décisions de cours d'appel. In: *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 116. Por outro lado, também vem se admitindo a utilização de parecer do Ministério Público como razão de decidir. Nesse sentido: “Habeas corpus. Processual penal. Acórdão que adotou como razões de decidir o Parecer do Ministério Público estadual. Alegação da falta de fundamentação. Inocorrência. Precedentes de ambas as Turmas desta Suprema Corte. 1. A adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa. 2. Decisão impugnada que se encontra em perfeita consonância com a pacífica jurisprudência desta Suprema Corte. 3. Habeas corpus denegado.” BRASIL. STF. *HC 94.164*. 1ª Turma. Relator Ministro Menezes Direito. Julgado em 17.06.2008. A crítica apresentada à motivação *per relationem* quando ela reenvia as partes à decisão anterior (ou outras decisões) também se dirige a esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal; sem a presença de um *novo* elemento a justificar a adoção de outras razões que não originárias do então prolator da decisão.

⁴¹⁶ TARUFFO, op cit., p. 422. Nesses casos, não há problema de utilização, por parte do juízo, dos precedentes, como argumento *ex auctoritate*, conquanto que existam outros elementos motivacionais constantes do *decisum*. Esses elementos jurisprudenciais tem valia meramente retórica, desempenhando papel de um *obiter dictum*. Ibid., p. 427.

⁴¹⁷ Ibid., p. 423.

Trata-se de prática difundida em diversos sistemas jurídicos⁴¹⁸ e também nas cortes pátrias.⁴¹⁹ Entretanto, deveria ser aceita com certas restrições⁴²⁰ e em caráter excepcionalíssimo, em determinado momento de sobrecarga do volume de trabalho dos juízes.⁴²¹ A excepcionalidade se justifica dado que, se o julgador *ad quem* não acrescentar nada aos motivos invocados pelo julgador *a quo*, ele pode estar negligenciando por completo as críticas do apelante à motivação da decisão atacada⁴²², dentre outras vicissitudes possíveis.⁴²³

O entendimento de Fredie Didier Jr. é de que é possível tal fundamentação desde que: a) não tenha havido, na via recursal, suscitação de fato ou argumento novo; b) a decisão à qual a nova decisão se reporta esteja *substancialmente fundamentada*; e, por último, c) que a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que as partes possam ter acesso à mesma.⁴²⁴ O ponto “b” é especialmente relevante, pois, caso a decisão anterior contenha um

⁴¹⁸ SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. P. 205.

⁴¹⁹ “MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA - DECISÃO FUNDAMENTADA - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - COMPATIBILIDADE DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 93, IX) - CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO RECURSO DE AGRAVO - PRECEDENTES - ATO DECISÓRIO INSUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL (SÚMULA 622/STF) - RECURSO NÃO CONHECIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por entender incabíveis embargos de declaração contra decisões monocráticas proferidas por Juiz da Suprema Corte, deles tem conhecido, quando inócurre hipótese de omissão, obscuridade ou contradição, como recurso de agravo. Precedentes. - Não cabe recurso de agravo contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de mandado de segurança impetrado, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes. - Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação "per relationem", que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes.” BRASIL. STF. MS 25936 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-01 PP-00168.

⁴²⁰ Na realidade, a motivação *per relationem*, satisfazendo-se em referir a decisão judicial antecedente ou algum outro precedente judicial sem qualquer outra consideração por parte do juízo revisor, acaba por ferir, entre outros, o requisito de *suficiência* das decisões judiciais, para que sejam compreensíveis e analisem, ainda que em grandes linhas, os principais argumentos das partes. EVANGELISTA, Stefano. *Verbete Motivazione della Sentenza Civile. Enciclopedia Del Diritto*. Vol. XXVII. Milano: Giuffrè, 1958-1995. p. 162/164.

⁴²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Le raisonnement juridique das les décisions de cours d'appel*. In: *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 116.

⁴²² *Ibid.*, p. 116.

⁴²³ Pode ocorrer de uma decisão referir-se à decisão que, por sua vez, aponta outro julgado e assim sucessivamente, no que Salaverría denomina de motivação “matrioska”, em alusão à boneca russa. Ainda, pode se passar que a sentença refira a porção de outro *decisum* que simplesmente não seja a *ratio decidendi* daquele, em manobra que o mesmo autor alcunha de “trapaça retórica.” SALAVERRÍA, *op cit.*, p. 205.

⁴²⁴ DIDIER JR., Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2. p. 272. Há de se conceder suporte ao posicionamento esposado na Corte de Cassação belga que afirma corretamente que “não é pelos exemplos traduzidos na jurisprudência que o direito afirma sua autoridade, mas sim pela lei, quem dentro de um sistema romanista, liga a ela o seu valor fundamental.” VANNIER, Guillaume. *Argumentation et droit*. Paris: PUF, 2001. p. 155.

vício tão poderoso quanto a ausência de fundamentação substancial (ou seja, desacompanhada dos motivos dos quais tanto aqui se fala), não poderá ela servir de embasamento para uma nova decisão. Como na doutrina dos “frutos da árvore venenosa”, aqui o vício será transmitido.

Seria adequado acrescentar um quarto requisito a este elenco, qual seja, o da exigência de que a decisão posterior que utilizar a decisão anterior como fundamento, deve obrigatoriamente acrescentar-lhe novos fundamentos, que indiquem o motivo da concordância com o julgado anterior, diante do conteúdo das razões expostas no recurso da parte interessada. É requisito legitimador da decisão.⁴²⁵ A mesma ideia reveste o julgamento fundado em súmulas existentes⁴²⁶ nos Tribunais Superiores. A súmula embasadora do julgamento já possui, embutida em si própria, uma *ratio decidendi* muito forte e significativa; caso contrário, não teria alcançado o status sumular. A inexistência desses quatro requisitos faz com que a motivação que meramente indica as razões de decidir sem que essas tenham sido de fato proferidas pelo novo julgador revele-se inexistente.⁴²⁷

Na realidade, certas ferramentas à disposição do juiz acabaram por solapar de vez a constância dos motivos decisórios expressos, como se a singela menção a artigos de lei, precedentes ou doutrina, fosse suficiente para tornar um julgamento eficaz e completo. Esses instrumentos só fazem sentido quando utilizados dentro do conjunto proposto, mas isto nem sempre é visível. Há de se reconhecer a existência de ações seriadas, seja em matéria cível,

⁴²⁵ Assim, demonstrará o julgador ter valorado criticamente a fundamentação e a suficiência da argumentação que recebe, confrontando diretamente as razões recursais com o conteúdo da decisão original. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 424. Contudo, é evidente que não se trata do único requisito legitimador da sentença. Luís Alberto Reichelt relembra a garantia do contraditório, assinalando que “legitima-se a decisão concebida, em um primeiro ponto de vista, pelo fato de ela ser o ponto de chegada de toda uma caminhada que foi devidamente estabelecida em conformidade com os ditames e valores estabelecidos no ordenamento jurídico. No entanto, a legitimação encontra amparo ainda no fato de que a marcha procedimental vem implementada, na prática, através de uma atividade humana ordenada, de maneira tal que as manifestações trazidas pelos sujeitos processuais aos autos formam uma *estrutura dialética*.” REICHELT, Luís Alberto. Conteúdo da Garantia do Contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 33, n. 162, p. 337, ago.2008.

⁴²⁶ Particular controvérsia é levantada ao redor da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Enorme debate acerca da cisão entre “questão de fato” e “questão de direito” artificialmente reforçada por esta súmula é o objeto de valioso estudo, do qual uma conclusão, entre tantas, é de que deve ser repensado o papel e o funcionamento das cortes de revisão, pois resta evidenciada a ineficiência criada por este entendimento. KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 78-79. Aponta o autor: “A relevação excepcional e setorial dos aspectos formais em favor da solução e do enfrentamento de aspectos substanciais e a utilização de rigores formais em outras áreas, para moderar o conhecimento da matéria, são fenômenos nem sempre revelados, mas correntes. [...]: não raro, a Corte tem, na esteira do que já fazia o Supremo Tribunal Federal, incursionado nos meandros dos fatos, ainda que, invocando a dicotomia objeto deste estudo, não o faça explicitamente.” *Ibid.*, p. 81. O resultado é um *recrudescimento*, nos termos do autor, da comunidade jurídica, incapaz de compreender o que leva esses magistrados a afastarem a regra, em determinados casos, e utilizá-la, em tantos outros.

⁴²⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 271.

trabalhista, previdenciária, nas quais se consolida um determinado entendimento, vinculando os julgados futuros.⁴²⁸

O gigantesco conjunto de precedentes amalhado ao final desses julgamentos é um corpo de fundamento tão poderoso que pode reduzir à míngua uma nova operação motivacional da sentença. O ordenamento criou, nesses casos, um esquema ao qual devem submeter-se os magistrados. Na lição de Hassemer, isto é possível num sistema em que a “norma codificada é capaz de legitimar materialmente a decisão jurídica, sem que a fundamentação da decisão tenha [...] de fazer referência a princípios de decisão, que, por sua vez, são o fundamento da norma codificada.”⁴²⁹

Neste ponto em particular, o autor se refere a uma codificação quase absoluta, na qual as hipóteses acham-se previstas em lei, cabendo ao julgador a simples tarefa de subsunção. Esta noção importa na mesma medida em que, para certos casos, não há margem ampla de debate e ilação quando diante de ação seriada ou entendimento sumulado. Assim, o presente exame dos motivos decisórios se relaciona à, por assim dizer, “normalidade” dos casos, quando diante de situações para as quais o sistema foi propriamente construído, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas e não massificadas.

2.2.1.2 Motivos Ideológicos

O tema *ideologia* é sempre muito delicado, pois, na lição de Cappelletti, o conflito ideológico é “tremenda espada de Dâmocles que pende ameaçadora sobre a existência da humanidade e civilização”⁴³⁰. Esse motivo talvez seja bastante fronteiro, quanto à questão de sua classificação sob a tinte de passível, ou não, de controle jurídico. Mas a realidade é que, dada a frequência com que a ideologia norteia a atividade humana bem como a

⁴²⁸ Taruffo utiliza a expressão “jurisprudência consolidada” a justificar, para o julgador, uma interpretação não articulada da norma, diante do estabelecimento desses precedentes. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 309. O autor também analisa a hipótese na qual o magistrado funda seu julgamento na opinião prevalente na doutrina e na jurisprudência, ou seja, em diversos “lugares-comuns” pré-estabelecidos. Se for mantido o entendimento dominante, o que se exige é uma fundamentação “de rotina”, na qual não são necessários tantos expedientes persuasivos por parte do juiz para convencer as partes e, na mesma medida, também não se faz obrigatória uma motivação ampla, bastando que seja clara e sucinta. *Ibid.*, p. 315.

⁴²⁹ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 287.

⁴³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, v. 13, p. 17, 1978.

judicial⁴³¹, não se pode deixar de indagar como prevenir que elementos absolutamente estranhos ao ordenamento jurídico passem a ser um falso norte na bússola judiciária. O próprio conceito do que vem a ser entendido por ideologia é por vezes obscuro, ambíguo⁴³², merecendo, aqui, reflexão específica.

2.2.1.2.1 Noção de Ideologia

Para Giuseppe Lumia, a oposição entre ciência e ideologia é ferrenha. A primeira busca o verdadeiro conhecimento, e a segunda não se funda sobre a realidade das coisas, mas sobre “pressupostos imaginários”.⁴³³ A ideologia⁴³⁴ propõe uma falsa visão da realidade, visando à construção de um futuro melhor sob seus pressupostos. Trata-se de “discurso que não compreende a realidade, mas motiva os homens a substituir uma realidade que compreenderam mal por outra da qual não vão compreender nada.”⁴³⁵ É uma “crença, espiritual, intelectual ou política, que arrebanha em qualquer tempo e veda à razão outras experiências ou verdades”.⁴³⁶

De igual maneira, o discurso científico e aquele ideológico são diametralmente

⁴³¹ No levantamento realizado sobre a ideologia na linguagem dos juízes, Susan Philips, ao analisar profundamente as atividades judiciárias dos juízes da cidade de Tucson, Arizona, e também entrevistá-los, verificou que eles, embora confessadamente filiados à determinada corrente ideológica, afirmam que isso não influencia suas decisões. Mas isso somente ficou claro em relação aos *trial court judges*, “que não fazem a lei, mas implementam a lei que é feita por outros.” Em seguida, a autora admite que essa “não ideologia” dos *trial court judges* não passa de um mito aprendido nos bancos universitários, pois a “negativa dos juízes de influência ideológica no seu comportamento judicial reflete a atual influência ideológica da ordem dos advogados, que se organizou”. PHILIPS, Susan U. *Ideology in the language of judges*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 7-15. Contudo, a atitude da ordem dos advogados do Arizona foi de simplesmente pressionar os magistrados para que não se vinculassem exclusivamente às influências da comunidade na qual estão inseridos, e que privilegiassem a *imparcialidade* como valor fundamental de sua função. Ora, essa “pressão” é louvável e não se confunde com ideologia, apenas configura exigência democrática do adequado desempenho que o cargo exige.

⁴³² SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 18. Na mesma passagem, o ilustre processualista refere que Terry Eagleton registrou *dezesseis* significados diferentes para o termo.

⁴³³ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 142.

⁴³⁴ Todo estudo sobre ideologia pressupõe o estabelecimento de um de seus muito significados para o início do debate, já que “poucas palavras, na área de humanas, são tão polissêmicas como essa.” FIGUEIREDO, Luiz Eduardo. Verbete Ideologia. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 453.

⁴³⁵ CARVALHO, Olavo de. *Do mito à ideologia*. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/mitoideo.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

⁴³⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. As tendências contemporâneas da ideologia e práticas jurídicas. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 3.

opostos.⁴³⁷ O científico possui uma função descritivo-informativa, enquanto o outro uma função valorativo-prescritiva, com a tendência de “influir na conduta humana quando das escolhas preferenciais.”⁴³⁸ Enquanto o discurso científico está sujeito a controle racional, é da própria natureza do ideológico ser reduzido a uma partícula puramente opinativa, incapaz de ser demonstrada através de provas experimentais.⁴³⁹ Registra Lumia:

Um determinado sistema de valores não pode ser logicamente deduzido ou empiricamente verificado, mas pode ser justificado por argumentos que, se não se impõem pela necessidade da demonstração ou pela irrefutabilidade do experimento, todavia fornecem as razões das nossas escolhas: esses são os “raciocínios” que, apesar de não serem dotados de força cogente, não chegam a obrigar o interlocutor ao consenso.⁴⁴⁰

Esse pensamento pode ser válido em uma discussão racional, na qual o pressuposto de quem dialoga é estar no mesmo nível de seu interlocutor. Não é o que ocorre no processo. O juiz está em posição acima das partes, e a sua vinculação ideológica obrigará as partes, se assim desejar – muito embora não devesse ser assim. Existe, claro, uma contingência da realidade aqui. Não se pode desejar um mundo sem ideologias, através do chamado “pragmatismo supra-ideológico”.⁴⁴¹

Ideologia, de acordo com Ovídio Baptista da Silva⁴⁴², pode revelar-se em um sem número de correntes de pensamento, ao mesmo tempo em que é contraposta à utopia, embora ambas possam ser caracterizadas como formas distorcidas de compreensão do mundo.⁴⁴³ Com relação ao processo civil moderno, afirma o autor que ele é fruto de uma ideologia *racionalista*, que visa à construção de um sistema jurídico matemático, em que as decisões

⁴³⁷ Bobbio não os coloca, propriamente, como opostos, apenas limita-se a classificá-los como distintos. Não há sentido, segundo ele, em caracterizar de falsa ou verdadeira determinada ideologia, já que seu conceito não comporta distinções de tal natureza. Para ele, “a ideologia [...] é a expressão do comportamento *avaliativo* que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos esses fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de *influírem* sobre tal realidade.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 223. O presente estudo se alinha mais com o entendimento de que o ideológico, na lição de Émile Durkheim, “é todo conhecimento pré-científico, subjetivista, que não respeita os critérios de objetividade na produção do conhecimento.” FIGUEIREDO, Luiz Eduardo. *Verbetes Ideologia*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 453. Para André Lalande, o termo tem possível conotação pejorativa, caracterizado pela “análise ou discussões vazias de ideias abstratas, que não correspondem aos fatos reais.” LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 510.

⁴³⁸ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 143.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 143.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 144.

⁴⁴¹ CARVALHO, Olavo de. A ideologia da anti-ideologia. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/070910dc.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

⁴⁴² SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 15/34.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 18.

judiciais, tal como as equações, estão certas ou erradas – e só.⁴⁴⁴

O mal não está na existência das referidas ideologias, mas em elas preencherem áreas que deveriam ocupar-se de formas de pensamento e metodologias mais exigentes e voltadas à descoberta da verdade.⁴⁴⁵ Os governos são deformados por ideologias, a exemplo do que ocorreu na Alemanha nazista e na Itália fascista⁴⁴⁶, e o processo não pode padecer do mesmo mal. A ideologia, distante de qualquer compromisso com a verdade, nunca conseguirá enfoque democrático, o que lesa frontalmente o artigo 1º da Constituição da República.⁴⁴⁷

Cabe analisar, então, como essa questão ideológica vem se manifestando nos julgados, motivando as escolhas dos julgadores, que ocasionalmente preenchem lacunas da lei com opções ideológicas pessoais.⁴⁴⁸

2.2.1.2.2 Motivos Ideológicos

Diante do exposto, toda aceitação ampla e acrítica de motivos ideológicos na sentença é ocasionadora de receio. Aqui, a “fundamentação atrás da fundamentação” revela-se particularmente danosa, pois a orientação de cunho ideológico é estranha à finalidade do Estado Democrático de Direito, no qual ninguém pode impor a sua ideologia sobre outrem. Diversos autores e juízes defendem o chamado “direito alternativo”; há também aqueles

⁴⁴⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴⁴⁵ CARVALHO, Olavo de. A ideologia da anti-ideologia. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/070910dc.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

⁴⁴⁶ Para Calamandrei, o nazismo *destruiu* a legalidade e o fascismo *falsificou-a*, deturpando, cada um a sua forma, o sistema jurídico de maneira a sustentar a ideologia vigente. CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1968. v. 3. p. 133.

⁴⁴⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. As tendências contemporâneas da ideologia e práticas jurídicas. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 3.

⁴⁴⁸ Uma visão diferenciada a respeito da ideologia no preenchimento das lacunas da lei é oferecida por Luiz Sérgio Fernandes de Souza. Assinala que o direito volta-se à resolução dos conflitos e, para atingir sua finalidade, deve simplificá-los através de um redimensionamento que se vale de pontos de vista ideológicos. A ideologia, com esse aspecto funcional, “visa à seleção de valores”, delimitando “os valores vigentes em determinado sociedade”, fixando-lhes o sentido. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 78. O conceito de ideologia adotado pelo autor é diametralmente oposto àquele encontra no presente estudo, que se apresenta com caráter individualizado, de opção pessoal e que vincula os litigantes de forma indesejada. A sociedade é representada por um conjunto ideológico amplo, não servindo de chave de leitura para uma análise global perfeitamente representativa de um grupo social tão grande quanto uma nação. Isto só é verdade em estados completamente excepcionais, e. g., na Alemanha nazista, onde o funcionamento do Estado se explicava pela ideologia do regime, o que era manifestamente aberracional.

engajados no chamado “ativismo judicial”⁴⁴⁹. Ambas as percepções possuem forte raiz ideológica, e que passam a ser examinadas.

Rui Portanova⁴⁵⁰ vem a coroar como função máxima do juiz a busca do justo⁴⁵¹, ligando essa função ao já mencionado direito alternativo. O autor fala repetidas vezes da exploração dos pobres pelos ricos e de como a função judicial deve buscar ao máximo o *justo*, e não a lei.⁴⁵² A discussão foi movida do plano filosófico para o ideológico. Não é possível atrelar a discussão do que é *justo* à questão exclusivamente ideológica. Negar a vinculação do juiz, afirma José Ignácio Botelho Mesquita, “e, portanto, da sentença à lei, é negar a vinculação do juiz com o povo a qual pertence, isolando-o num mundo onde só vivem juízes”⁴⁵³ ou, ainda mais grave, onde só vive aquele magistrado que assim decidiu. Nesta concepção, o ideal de justiça entregar-se-á ao ideologismo vigente.

A sugestão de Portanova, de que o juiz não deve respeitar a lei em caso de inconstitucionalidade, buscando o *justo*, atrelando-o exclusivamente a um ideário socialista de distribuição de renda,⁴⁵⁴ *ad exemplum*, é temerária e estranha ao ordenamento jurídico. O melhor guia para o julgador nessa empreitada não pode ser a ideologia.

⁴⁴⁹ Há de se reconhecer a pluralidade de significados atribuíveis ao termo. Se, de um lado, temos o ativismo enquanto emprego dos poderes processuais do magistrado, de outro se encontra o entendimento de que o juiz possa ser prolífico criador de direito material. A noção ora criticada não diz respeito àquele primeiro grupo, mas ao entendimento de que o juiz deva exercer algum tipo de função criadora do direito a fim de compensar eventuais desigualdades materiais, quando este reequilíbrio não está legalmente pré-ordenado. Muito oportunas as considerações de François Terré sobre o tema: “Necessariamente, temos de raciocinar em termos de invenção e não de descoberta. Se é questão de descobrir o que já existe, mas não foi tornado público, não se trata de criação.” Trata-se, então, diz o autor, do resultado de um trabalho contínuo de coerência necessária à aplicação e evolução do Direito. Conclui, posicionando-se claramente contra tal noção do ativismo: “... a criatividade provém naturalmente de uma contingência dos atos individuais e da interação social. Mas, nesta direção, o ato da lei, caracterizado pela ovtade geral pela virtude filosófica de sua promulgação, se desprende de seu autor ao ponto de existir mesmo contra ele. Aquilo que se deseja chamar de uma criação do direito pelo juiz não pode coexistir com a necessária continuidade da obra jurisprudencial. (...). O juiz criador do direito, como nos países de *common Law*? Não, obrigado!”. TERRÉ, François. Un juge créateur de droit? Non merci! In *La Création du droit par le juge*. Archives de philosophie du droit. Tomo 50. Paris : Dalloz, 2007. p. 310/311. A respeito do sistema da *Common Law*, e das limitações da “judicial legislation”, v. CROSS, Rupert, HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 34 e seguintes.

⁴⁵⁰ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁴⁵¹ Acompanha-se a análise de José Ignácio Botelho de Mesquita, que afirma tratar-se de crítica excessivamente superficial e negativista, pois mínimas alterações podem transformar o justo em injusto, o certo em errado e a virtude em pecado. MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 1. p. 304.

⁴⁵² PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 144, 145, 153, e outras.

⁴⁵³ MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 1. p. 281.

⁴⁵⁴ PORTANOVA, op cit., p. 144. Alexis de Tocqueville, falando especificamente sobre a questão dos menos favorecidos, afirma que o Poder Judiciário historicamente sempre se ocupou de interesses particulares, nunca indo de própria iniciativa ao socorro dos oprimidos, estando, no entanto, à disposição de todos eles. Conclui que *a força dos tribunais foi, em todos os tempos, a maior garantia que se possa oferecer à independência individual, mas isso é verdade principalmente nas eras democráticas*. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. Livro II. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 398.

O favorecimento às partes mais desamparadas opera-se no acesso à justiça, respeitadas as limitações do sistema⁴⁵⁵. O juiz não pode decidir em favor da parte menos favorecida tão somente porque ela o é – mas, mais uma vez, porque as provas, coadunadas com os princípios gerais de direito não esvaziados de seu conteúdo por uma ideologia radical, assim o direcionam a agir.

A lei, tendo como foco de análise o caso brasileiro, é elaborada por legisladores que foram eleitos através de sufrágio universal. A legitimidade geral das leis advem deste ponto fundamental, o que não quer dizer que não existam leis contrárias ao ordenamento pré-estabelecido ou mesmo inconstitucionais. Isto é, o ponto de partida do juiz deve ser a lei positivada.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Como no caso dos Juizados Especiais Cíveis, conforme MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: RT, 1993. p. 171-172. Aponta Ovídio Baptista que esse instrumento dos JECs pode tornar-se um “escudo para que as causas profundas da crise do Poder Judiciário sejam esquecidas ou relegadas para as *calendas* gregas.” SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio e Janeiro: Forense, 2006. p. 319.

⁴⁵⁶ Nas palavras de Alexander Hamilton, no artigo LXXVIII de *O Federalista*: “Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar os representantes do povo para substituir a sua vontade à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre povo e a legislatura, com finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma Lei Fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores. Em outras palavras, deverá se preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários” É afinadíssimo com o presente estudo a conclusão: “Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa como o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.” HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959. p. 314. Esse pensamento foi também consolidado no julgamento *Marbury v. Madison* (1 Cranch – 5 U.S. – 137; 2 L. Ed. 60 – 1803), nas razões do *Chief Justice Marshall*, que afirmou ser a Constituição “a Lei Suprema de uma nação”, devendo a leis serem analisadas em face dela. MENEZ, Joseph F.; VILE, John R. *Summaries of leading cases on the constitution: 50th anniversary edition*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2004. p. 123-125. Íntegra da decisão disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=5&invol=137>>. Acesso em: 20 jun. 2010. Temos, aqui, uma distinção fundamental da Carta norte-americana e da brasileira. Aquela começa com a famosa passagem “*We the People of the United States...*” (“Nós, o Povo dos Estados Unidos...”), enquanto esta, também em seu preâmbulo, inicia “*Nós, os representantes do povo brasileiro...*”. Ao invés do povo si, como no caso norte-americano, a Constituição brasileira foi elaborada pelos seus representantes. Não se trata de mera semântica ou fórmula vazia, pois o preâmbulo é uma espécie de “Constituição da Constituição”, nas palavras de Peter Häberle, registrando também que funcionam como importantes “pontes no tempo, seja para evocar ou esconjurar o passado, a depender das circunstâncias históricas de cada processo constituinte; seja para falar ao presente, ocasionalmente orientando desejos; seja, enfim, para contemplar tanto o presente quanto o futuro e, com relação a este, ademais, para antecipar, quanto possível, o encontro de um povo com esse almejado porvir.” Tudo conforme MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28/30. Registre-se, sob esse prisma, o preâmbulo da Constituição da República Portuguesa, verdadeiro testemunho histórico de que, a partir daquele momento, havia uma *ruptura* com o momento político anterior, efetuado pela Revolução de 25 de abril de 1974. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: RT, 2007. v. 1. p. 179.

Nessa perspectiva, existem múltiplas garantias asseguradas às partes litigantes, inscritas até mesmo na Carta Magna. Ou seja, encarando não só o momento decisório, mas todos os procedimentos inerentes à demanda, se está diante do princípio do *devido processo legal*. Sob este prisma, ele “representa a expressão constitucional do formalismo processual”⁴⁵⁷, limitado de um lado pelo “informalismo excessivo”, representado pelo total arbítrio, e de outro, pela culto supremo à regra, no qual a forma impera sobre o conteúdo,⁴⁵⁸ desimportando o fim instrumental do processo. Portanto, a justiça acha-se vinculada à forma de desenvolvimento do processo, e não ao provimento final, que se presume justo porque foram respeitadas todas as garantias das partes.⁴⁵⁹

Desde a segunda onda da constitucionalização, esta garantia “passa a ser concebida como direito fundamental a um processo justo”.⁴⁶⁰ Na Constituição italiana, por exemplo, o art. 111, incorporado em novembro de 1999, prevê que “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.”⁴⁶¹ No texto constitucional italiano, não há indicação precisa dos comportamentos necessários à sua promoção. Analisando o caminho a ser trilhado, pontua Alvaro de Oliveira que

Como princípio, exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, tendo a função de *criar* os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), *interpretar* as regras que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa), *bloquear* a eficácia das regras que preveem elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora) e *otimizar* o alcance do ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional (função otimizadora).⁴⁶²

⁴⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alverto. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 128.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁵⁹ A “justiça da sentença é o produto da justa interpretação da lei feita por um justo juiz mediante um justo processo.” MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 1. p. 304. Em sentido diverso: “*Justo será, em primeiro lugar e acima de tudo, o processo que ofereça resultados justos aos litigantes em sua vida comum.*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 61-62.

⁴⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, op cit., p. 130.

⁴⁶¹ Conforme assevera Trocker, em estudo sobre este artigo constitucional, justo é o processo que se desenvolve no respeito aos parâmetros fixados nas normas constitucionais e nos valores divididos pela coletividade. TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 55, p. 386, 2001. Analisando a temática da decisão *giusta*, em artigo anterior à reforma constitucional italiana, Taruffo assinala a existência de três critérios [□] indispensáveis para sua valoração: a) correção da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) avaliação confiável dos fatos relevantes ao caso; c) emprego de um procedimento válido e justo para alcançar a decisão. Afirma também que a decisão *giusta* não resta configurada pela *média dos três critérios*, uma vez que a presença absoluta de um deles não supre a total ausência de outro. TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, p. 319-328, 1997.

⁴⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, op cit., p. 130.

A presença de motivos ideológicos na sentença esbarra, também, no entendimento mais recente a respeito da distinção entre devido processo legal *formal* e *material*, enquanto direito fundamental processual ou substantivo. Seu aspecto formal deriva de ser “objeto de constitucionalização e positivação jurídica como direito fundamental”⁴⁶³, pois insculpido no art. 5º, LIV da Carta Magna. No entanto, sendo insuficiente o conceito meramente formal do devido processo legal, há de se indagar acerca de seu substrato material⁴⁶⁴, que implica, ao assim reconhecê-lo, como impedimento à “degradação de qualquer pessoa à condição de mero objeto de procedimentos e decisões estatais, de modo geral, ou de procedimentos e decisões judiciais, de modo particular”.⁴⁶⁵

Assim, carregando a bandeira de proteção efetiva aos desafortunados, o julgador pleno de ideologia lesa diretamente o devido processo legal materialmente considerado. Afinal, com frequência, a demanda instaura-se entre particulares. É claro que a motivação ideológica também pode lesar o indivíduo que litiga contra o Estado, bastando, para isso, que o magistrado compartilhe a visão do partido que está no poder e a carreie para os autos do processo.

O princípio do devido processo legal *material* deve ser utilizado para a proteção dos indivíduos dos arbítrios do Estado. A lesão se opera em relação a uma das partes da lide, que tem os seus direitos “relativizados”, falsamente em prol de uma garantia que justamente deveria impedir tamanho arbítrio.

Não é outra a conclusão do estudo de Sérgio Luís Wetzel de Mattos, de que “devido processo substantivo e justo processo civil não são apenas espécies do gênero devido processo legal, mas, sobretudo, dois aspectos de um mesmo fenômeno, qual seja, o da proteção de direitos contra o exercício arbitrário do poder estatal.”⁴⁶⁶ A ideologia revela-se abuso do poder estatal, mais precisamente através de sua faceta judicial, em restrição indevida dos direitos individuais de uma das partes litigantes.

⁴⁶³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 140.

⁴⁶⁴ Na medida em que existem outros direitos fundamentais, esparsos na Constituição, ainda que não formalmente considerados, possuem significado material e, portanto, aplicabilidade prática. O significado material dos direitos fundamentais emerge “da dignidade da pessoa humana como princípio e valor fundamental da ordem jurídico constitucional (art. 1º, III, da Constituição de 1988), que confere unidade de sentido ao sistema dos direitos fundamentais.” MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 143.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 144.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 255-256.

2.2.1.2.3 *Ativismo Judicial*

Outra possível face da motivação ideológica é o chamado “ativismo judicial”. Trata-se de movimento de grande potencialidade nociva⁴⁶⁷, especialmente porque muitos autoproclamados “ativistas” não pensam da mesma forma, sendo extremamente difícil delinear um corpo tangível de integrantes e ideias dominantes. Restringe-se a presente análise crítica às concepções mais atuais e influentes de tal movimento, como a que considera imparcialidade e neutralidade como sinônimas. E, inexistindo neutralidade, por se tratar de um “mito”, não há imparcialidade.⁴⁶⁸ A conclusão é enganosa, e o desacerto está na premissa inicial, firmada na errônea assunção de, por conta do fato de o Poder Judiciário estar ligado ao “governo”, e de ser inegável tratarem-se, modernamente, os tribunais de entes “políticos”, não existe mais neutralidade.⁴⁶⁹

Quanto ao primeiro apontamento, trata-se de erro fundamental confundir Judiciário com Executivo pelo simples fato de serem ramos do Estado. O Executivo e o Legislativo são integrados por cargos submetidos a sufrágio e transitórios, enquanto que os do Judiciário são vitalícios, entre outras garantias que asseguram sua independência, já anteriormente referidas.⁴⁷⁰ Ademais, como também já mencionado, é da própria natureza do Poder Judiciário que exerça poder *político*.⁴⁷¹

De outra banda, há confusão entre o que se entende por *imparcialidade* e *neutralidade* do juiz. Como afirma Barbosa Moreira, imparcialidade é o que determina ao julgador que conduza o processo “sem inclinar a balança [...] para qualquer uma 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.”⁴⁷² A neutralidade, por outro lado, não é exigência de indiferença do magistrado. É natural, assevera o autor, que o juiz deseje a vitória

⁴⁶⁷ A nocividade pode ser encarada, neste ponto em particular, como um desejo de *opressão* por parte das minorais. “Os direitos das minorias a expressar-se e fazer valer seus pontos de vista me parecem essenciais; além disso, sempre me senti membro de minorias exíguas, não muito distantes do individual. O que me parece indesejável é que elas exerçam opressão, porque toda opressão me repugna. E se os mais numerosos ficam obscurecidos por muito poucos, isso significa ademais uma usurpação, uma desfiguração do real, em suma, uma falsificação.” MARIAS, Julián. *Tratado sobre a convivência*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 227.

⁴⁶⁸ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008. p. 165.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 165.

⁴⁷⁰ Vide item 1.7.

⁴⁷¹ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Ristampa aggiornata. Milano: Giuffrè, 1995. p. 225-226.

⁴⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29.

e trabalhe em prol de quem está com a razão.⁴⁷³ São conceitos inteiramente distintos e que não encontram-se reciprocamente implicados.

Artur César de Souza afirma que pela existência do “ativismo judicial” nota-se “a inexistência de juízes imparciais na concepção meramente formalista pregada pelo Iluminismo burguês do século XVIII”.⁴⁷⁴ Em verdade, a mera existência de uma corrente antagonista a preceito estabelecido não compromete o que deveria ser uma garantia (e até uma virtude). O mesmo autor refere que existe uma parcialidade “positiva” do juiz, “fruto de uma racionalidade crítica que visa romper com a totalidade do sistema vigente, com a clausura e delimitação da vida a partir da mera conservação do sistema”, registrando ainda que o julgador não seria “neutro e muito menos imparcial, pois, de certa forma, está vinculado às suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas. É um ser histórico e fruto de seu tempo.”⁴⁷⁵

Fica evidente estar repleta de ideologia perniciosa a “parcialidade positiva”, pois seu objetivo é “romper com a totalidade do sistema vigente.”⁴⁷⁶ Verifica-se que, nesse entendimento, não existe absolutamente nada aproveitável na dogmática jurídica corrente e no ordenamento jurídico formalmente construído. A proposta seria rever toda a estrutura jurídica brasileira sob a perspectiva de cada juiz individualmente considerado. Ao mesmo resultado chegar-se-ia se implantado fosse, no Brasil, um regime anárquico, algo como um governo de juízes.⁴⁷⁷ É, na realidade, uma das faces do chamado *ativismo judicial*.

O próprio conceito de “ativismo judicial” afigura-se absolutamente dúbio, e pode conduzir a toda sorte de atividade judicial sob a pecha de um juiz “socialmente responsável”, ou qualquer outro nome que se lhe atribua. Um dos entendimentos sobre o tema afirma ser o ativismo “postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade

⁴⁷³ Ibid., p. 30. O autor recorda a obra de Riedel, *Das postulat der unparteilichkeit des richters*, de 1980, na qual há crítica à indevida equiparação entre neutralidade e imparcialidade. Refere Barbosa Moreira, sobre a obra alemã: “Esta última palavra [neutralidade], sustenta o autor, na medida em que sugere, para o juiz, uma abstenção de intervir (“Nicht-Intervention”), um distanciamento em relação ao litígio (“Vom-Konflikt-Fernbleiben”), expressa justamente o contrário do que afinal se espera dele.”

⁴⁷⁴ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008. p. 170.

⁴⁷⁵ SOUZA, Artur César de. Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”. *REPRO*, São Paulo, v. 35, n. 180, p. 266, 2010. Taruffo aponta a inserção do juiz em uma realidade social e cultural na qual atua como fatores a consideram a existência de outras formas de raciocínio que não puramente jurídicas na argumentação constante das dedições judiciais, mas não indica estes elementos como comprometedores da neutralidade ou imparcialidade do juiz aprioristicamente. TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 355, p. 102, maio/jun. 2001.

⁴⁷⁶ Adiante, o autor reforça a imperatividade de rompimento com a “racionalidade intrassistêmica” de “dogmática jurídica”. SOUZA, 2008, p. 277.

⁴⁷⁷ TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 317.

jurisdicional.”⁴⁷⁸ Trata-se de fórmula vazia, pois as expressões “atividade do magistrado” e “atividade jurisdicional” podem ser aceitas como sinônimas.

Aliás, “ativismo” presume submissão a uma ideologia⁴⁷⁹, o que já se concluiu como indesejável. A problemática aumenta, já que se submetem aos tribunais, cada vez mais, questões de índole claramente política, admitindo-se tenha o ativismo judicial evoluído para outro patamar, aquele de uma nova ordem, que está se espalhando rapidamente pelo mundo – de uma juristocracia.⁴⁸⁰ É situação de notável risco, nas palavras de Ingeborg Maus:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.⁴⁸¹

Roberto Omar Berizonce, em recente estudo, também oferece análise do tema, mas que não esclarece, de forma objetiva, o que viria a ser o ativismo judicial. Refere o jurista argentino que ativismo não se confunde com atividade; *ativo* é o juiz que atua diligentemente dentro dos prazos legais, *ativista* é o magistrado que interpreta a realidade de sua época a partir de uma “visão progressista, evolutiva, reformadora [...] [conferindo] às suas decisões um sentido construtivo e modernizador, orientando-as à consagração dos *valores essenciais* em vigor.”⁴⁸² Ele mesmo afirma que “todos os juízes são ‘ativistas’, de uma forma ou de outra.”⁴⁸³ Ou seja, reconhece que a ideia que propõe é desprovida de significado. Se o ativismo não caracteriza uma postura ou conduta em especial, mas ao contrário, identifica o comportamento de todo e qualquer juiz, ele simplesmente não existe.

O cerne da crítica ora efetuada é: por que chamar de “ativismo judicial” o exercício

⁴⁷⁸ DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 319.

⁴⁷⁹ Conforme José Augusto Delgado, há, nos Estados Unidos, uma corrente de pensamento que combate o ativismo judicial precisamente por essa condição sua, de se “apresentar nocivo à sociedade quando profere decisões influenciadas por ideologias e fatos econômicos, sociais, políticos e religiosos que não são os cultuados pela cidadania.” *Ibid.*, p. 322.

⁴⁸⁰ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 222.

⁴⁸¹ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, nov. 2000, p. 186-187, apud CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Ativismo judicial em crise*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

⁴⁸² BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n. 190, p. 45, dez. 2010. Grifo no original.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 45.

normal da atividade do juiz?⁴⁸⁴ Afinal, não se espera que o juiz seja amorfo e estático, mas que atue conforme os ditames do cargo. É natural que tenha de preencher lacunas na lei ou, ainda, que tenha de interpretar a verdadeira dimensão do que vem a ser, *ad exemplum*, dignidade da pessoa humana. Mas daí a chamar a denominar o mínimo que se espera do julgador, que compreenda sua posição no contexto jurídico, social, político e econômico de um país, de “ativismo”, é corromper as próprias fundações do cargo, mormente sua imparcialidade. Novamente, surge aqui o tema da imparcialidade da função judicial, destruída enquanto produto final do “ativismo judicial”, e não seu ponto de partida, como fazem crer seus partidários.

A noção de que seja o magistrado um mero aplicador de normas já se acha há muito ultrapassada; por diversas vezes a sua decisão deve optar entre várias soluções possíveis, que evidenciam valores muito sensíveis.⁴⁸⁵ Analisar a realidade dos fatos sopesando princípios constitucionais, como o da dignidade humana, nada mais é do que perceber a complexidade do ferramental à disposição do julgador. Bem diferente é afirmar como necessário esquecer uma realidade legal preconstituída, em nome daquilo que o magistrado entende por “socialmente correto” ou “ideologicamente adequado”.

A crítica apresentada acompanha o entendimento de Taruffo⁴⁸⁶, ao lecionar que as decisões embasadas não na lei, mas só em características particulares de cada caso, como sexo, raça, classe social, cultura ou capacidade econômica dos envolvidos, auto-orientadas por critérios individuais de justiça de cada magistrado, desvelam sério problema. Isto porque impossibilitada análise de tal *decisum* sob a ótica de “justo” ou “injusto”, por inaplicáveis *standards* ou regras gerais, ele se torna uma excentricidade no mundo jurídico. Afirma ainda que, no melhor dos casos, as decisões desse gênero podem ser definidas como *arracionais*, se não inteiramente irracionais.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Pondera-se, em particular, a existência de diversos instrumentos à disposição do julgador a fim de auxiliar no deslinde do feito, mediante análise caso a caso das dificuldades enfrentadas. Parte deste ferramental existe já na própria lei, como a inversão do ônus da prova em casos que envolvam o consumidor, nos termos do art. 6º, da Lei 8.078/90, com base na sua reconhecida hipossuficiência; no Direito Laboral, uma quantidade sem número de normas visa proteger o trabalhador, lembrando o art. 468, que penaliza com nulidade as alterações de disposições contratuais em desfavor do trabalhador. Adicionalmente, existem utensílios como redução do módulo da prova, carga dinâmica do ônus da prova, entre tantas outras, que auxiliam o juiz em sua função, sendo desmedido obrigá-lo a se manifestar ideologicamente quando isto não é necessário, muito menos desejado.

⁴⁸⁵ COMPERNOLE, Jacques Van. Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge. In: LENOBLE, J. (Org.). *La crise du juge*. Paris: LGDJ, 1996. p. 28.

⁴⁸⁶ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *REPRO*, São Paulo, v. 32, n. 143, p. 66, jan. 2007.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 66-67.

A experiência que cada magistrado carrega internamente⁴⁸⁸ não é violadora da imparcialidade, mas condição própria de todo ser humano, até mesmo requisito para o bom exercício do cargo de juiz.⁴⁸⁹ Pressões externas e internas fazem parte de qualquer cargo público ou privado de maior visibilidade. Nem por isso, os juízes se vinculam aos pensamentos da maioria ou às críticas possíveis de suas decisões, vulgarmente consideradas. Isso não passa de criação artificial a tentar justificar o injustificável: que o juiz não seja imparcial, que decida exclusivamente com base em ideologia. Não existe a assim considerada “parcialidade positiva do juiz”⁴⁹⁰, permissiva de recorte ideológico da realidade pelo julgador.

2.2.1.2.4 Síntese Crítica aos Motivos Ideológicos

Além da crítica já retro apresentada, é o caso de efetuar outros apontamentos sobre o tema. O que antes se chamou de “contingência da realidade”, da existência de fatores

⁴⁸⁸ “Ora, todo juiz é, antes de tudo, um ser humano comum, carregando consigo suas boas e más tendências, o que, entretanto, deve situar-se na normalidade, vale dizer, precisa ter controle suficiente para não deixar que isso interfira no seu trabalho, bem, como deve vincular-se exclusivamente à prova produzida, abstraindo-se de avaliar o caso, segundo sua inclinação pessoal.” NUCCI, Guilherme Souza de. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 345.

⁴⁸⁹ Desde Homero, a prudência é reconhecidamente adquirida pela idade, pela experiência. E, em sendo a prudência atributo indispensável ao bem julgar, deve ser acompanhada da devida experiência. BARZOTTO, Luís Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, p. 164-165, 1998/1999. Também em Aristóteles temos que a prudência só é alcançada através da experiência que vem com o passar dos anos, como se verifica nesta passagem de Ética a Nicômaco: “Por isso devemos acatar, não menos que as demonstrações, os aforismos e opiniões não demonstradas de pessoas experientes e mais velhas, assim como das pessoas dotadas de sabedoria prática. Com efeito, essas pessoas enxergam bem porque a experiência lhes deu um terceiro olho.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro VI. 1143b10. In: *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 351.

⁴⁹⁰ Afinal, a parcialidade imaginada “positiva” pode atender a qualquer propósito, bem como a ideologia. Com objetividade indelével, pondera Guilherme Nucci: “o julgador que emprega, usualmente, em sua atividade de composição de conflitos, opiniões e conceitos formados de antemão, sem maior preocupação com os fatos alegados pelas partes, nem tampouco atentando para o mau vezo de cultivar ideias preconcebidas sobre determinados assuntos, é um juiz preconceituoso e, conseqüentemente, parcial. Não está preparado a desempenhar sua atividade com isenção, devendo buscar consertar o seu procedimento, sob pena de dever afastar da área criminal. Conforme o caso, se for extremado o seu modo de agir com parcialidade em qualquer área que escolha judiciar, é caso de se afastar – ou ser afastado – da magistratura. Por isso, não concordamos com a opinião exposta por Tourinho, ao mencionar que o juiz que detesta os ladrões, abomina os estupradores ou tem aversão por esta ou aquela pessoa, ou pela raça humana, deve dar-se por suspeito por motivo de foro íntimo, tal como permite o Código de Processo Civil, afastando-se do feito e comunicando, sinceramente seus motivos ao órgão censor. [...]. É certo que, por vezes, pode ele declarar-se suspeito para julgar determinado crime, em certa época, por ter um fundamento motivo, como ter sido assaltado com violência em data recente. *Mas não pode tornar tal situação excepcional numa permanente idiossincrasia.*” NUCCI, Guilherme Souza de. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 344-345. A análise de Nucci é aplicável à qualquer área do Direito, quando se fala do verdadeiro “impulsor” das opções do juiz. O compromisso do juiz deve ser com a lei e com a manutenção do ordenamento jurídico, não o subvertendo ao que cada indivíduo julga ser adequado: *tot capita est sententiae*, não, não é verdade.

manifestamente subjetivos em virtualmente todo evento decisório (dos juízes e da vida de qualquer ser humano) não configura motivo para deformação da atividade judicante, mas sim aviso e incentivo para aprofundar o estudo e reforçar as garantias existentes dos cidadãos.

O reconhecimento da falibilidade das instituições humanas não se esgota em si. Deve-se atentar para a existência de um caminho em que aquela falha poderia ser evitada, aprendendo-se com o erro (através do clássico método científico de tentativa e erro) e não o institucionalizando, precisamente o que o ativismo judicial faz. O que se deve exigir do julgador é a mais plena *consciência* de sua função, que a lei não se encontra submissa ao seu desejo, e sim o oposto, muito embora as estruturas jurídicas constitutivas da sociedade moderna sejam cada vez mais produto da jurisprudência.⁴⁹¹

Revela-se intolerável o viés ideológico que pretende contaminar esta atividade, pois acabará, dessa forma, atingindo toda a sociedade. Todavia, há quem entenda que, diante da participação irremovível da ideologia nas decisões judiciais, deva buscar-se sua *máxima consciência* para que o uso dela seja o mais racional possível.⁴⁹²

Cappelletti já sustentava ser a ideologia é trazida para o âmbito do processo, em primeiro lugar, pelo próprio direito material, tendo em vista o próprio caráter instrumental do processo⁴⁹³; sustenta, também, que as próprias normas processuais podem ter caráter ideológico, caso da publicidade dos atos processuais e do complexo princípio da oralidade, surgidos ambos justamente no contexto revolucionário francês.⁴⁹⁴ Nessa adequada percepção, nota-se a existência de presença ideológica no processo, antes mesmo da entrada em cena do magistrado. Mais uma razão para que não se admita posterior contaminação da atividade, saturando-a ainda mais.

Como bem assinala Alvaro de Oliveira, “a imaginação criadora dos juristas e lidadores do foro, [...], deve ser posta a serviço da busca de novos instrumentos satisfativos dos direitos mais sensíveis da população brasileira, de forma rápida e eficiente.”⁴⁹⁵ À evidência, devem existir mecanismos de auxílio aos menos favorecidos, no Estado

⁴⁹¹ KUBLER, F. Le rôle du juge dans une société en mutation. In: *Pouvoir judiciaire et responsabilité publique pour les actes juridictionnels*, Strasbourg, 1986. p. 50-51 apud COMPERNOLE, Jacques Van. Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge. In: LENOBLE, J. (Org.). *La crise du juge*. Paris: LGDJ, 1996. p. 29.

⁴⁹² Diz Renzo Canestrari: “Quello che noi possiamo chiedere è cercare di raggiungere la massima consapevolezza dell’uso che facciamo del sapere ideologico per rendere tale uso più razionale e soprattutto meno intollerante.” CANESTRI, Renzo. Decisione giudiziaria e verità scientifica. *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, v. 8, p. 45, 2005.

⁴⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, trad. de Athos Gusmão Carneiro, v. 13, p. 13, 1978.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Procedimento e ideologia no direito brasileiro Atual. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, p. 84, mar. 1985.

Democrático de Direito – mas com certeza um “mecanismo de auxílio” não constitui uma sentença, e nem o que pensa, individualmente, cada juiz. Ela deve almejar o equilíbrio das partes, que muito raramente estarão em igualdade substancial, cabendo ao julgador, fazendo uso de diversos expedientes ao seu alcance, proceder, *cum granum salis*, ao re-balanceamento desta relação. Um dos meios para tanto, por exemplo, é o da aplicação do *ônus dinâmico da prova*.⁴⁹⁶

Nessa seara probatória, a escolha operada sobre as provas traduz uma escolha valorativa⁴⁹⁷, de caráter essencialmente ideológico, *com profundas implicações culturais e políticas*.⁴⁹⁸ O ser humano é um ser ideológico – possui pré-conceitos em relação ao mundo ao seu redor. Esses pré-conceitos, no entanto, não podem representar a única força motriz da sua atividade, em especial a atividade de um juiz. A verdade, melhor dizendo, o compromisso com a verdade, sob a perspectiva da ideologia racional da decisão judiciária, possui estreita conexão com a democracia. A verdade espelha valor próprio das sociedades democráticas, enquanto que os regimes totalitários se fundam sobre a falsidade.⁴⁹⁹

Há se falar também na diferenciação entre a *politização* e a *partidarização* do Judiciário. A politização é um fenômeno natural, próprio da divisão *política*⁵⁰⁰ dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), e superação da atribuição, àquele último Poder referido, de um *pouvoir nul*. Despolitizá-lo significa remover, de seu âmbito, funções que lhe são próprias, em atitude que finda por torná-lo “incapaz de executar suas funções.”⁵⁰¹

De outra banda, a *partidarização*, essa, sim, carrega diversos problemas consigo. Pois transporta, para os processos, através dos juízes que são *partidarizados*, o desrespeito à democracia⁵⁰², fundamento absoluto de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. E é evidente que esse fenômeno partidário se representa na ideologia daquele partido, de sua cartilha particular, imposta às partes processuais que confiavam estarem submetidos só à lei.

Roger Perrot, ao comentar sobre a ação de juiz que, por acreditar na obsolescência do

⁴⁹⁶ Sobre o tema, o estudo de CARPES, Arthur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27-50.

⁴⁹⁷ Diz também o autor: “são inumeráveis os níveis de raciocínio probatório que implicam valoração, por vezes os critérios aos quais se referem são incorporados nas máximas de experiência, no senso comum ou nas *background generalizations* que o juiz utiliza como premissa para o jupizo de fato, mas isto não tolhe que se tratem de valorações no sentido próprio do termo.” TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *REPRO*, São Paulo, v. 32, n. 143, p. 67, jan.2007.

⁴⁹⁸ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: MEDINA, José Miguel et al (Orgs.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 165.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 172.

⁵⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*, São Paulo: RT, 1995. p. 94.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 96. Em verdade, a *partidarização* do Judiciário pode acontecer por pressão de partidos, em um contexto onde esse Poder não possui a necessária independência, examinada com vagar no primeiro capítulo.

segredo na instrução penal, convocou jornalistas para o interrogatório de um suspeito, produziu observação da mais absoluta pertinência:

Tal forma de proceder é indefensável. O mundo todo reconhece ao juiz a faculdade de surprender a lei dentro dos limites da interpretação. Mas não é possível admitir que o juiz desafie a lei esquecendo-se que ele não extrai a legitimidade de seu poder de outro lugar que da própria lei e que, ao optar por ignorá-la, serra o galho sobre o qual se senta.⁵⁰³

Corroborar-se plenamente esta conclusão: o magistrado que ignora a lei, ou a afasta, de forma declarada, em seu julgamento, em prol de determinada ideologia, “serra o galho sobre o qual ele próprio se senta.”⁵⁰⁴ Afinal, não é *qualquer* motivação que satisfaz o requisito constitucional, e nem toda motivação cumpre a função legitimadora da atuação judicial. A motivação exclusivamente ideológica pode ser farta, mas não legitimará aquela decisão.

Não há como impedir que existam ideologias a impregnar a atividade judicial, algumas aqui expostas, nem é o propósito. Não se nega, com tudo que foi dito, que os homens tenham ideologias.⁵⁰⁵ Mas não devem utilizar essa sua visão pessoal para sufocar a democracia e o debate deve ser amplo. A tentativa de supressão de toda ideologia constitui tarefa sem sentido. Os riscos apontados só tornam patente que as decisões judiciais ideologicamente motivadas devem ser expressas sobre qual ideologia se fundaram, para seu possível controle.

Ainda que se discorde do que afirma Berizonce, sua conclusão está em fina sintonia com o presente estudo. Leciona que, quanto maior a medida de “ativismo judicial” presente no *decisum*, tanto mais exigível é a completude da motivação exigida, como “condição essencial de sua validade”.⁵⁰⁶

2.2.1.3 Motivos Históricos (ou de Experiência)

⁵⁰³ PERROT, Roger. Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français. In: LENOBLE, J. (Org.). *La crise du juge*. Paris: LGDJ, 1996. p. 39. Tradução livre do original em francês: “Une telle façon de procéder est indéfendable. Tout le monde reconnaît au juge la faculté d’assouplir la loi dans les limites de l’interprétation. Mais on ne saurait admettre que le juge lance un défi à la loi en oubliant qu’il ne tire la légitimité de son pouvoir que de la loi elle-même et, qu’à vouloir l’ignorer, il scie la branche sur laquelle il est assis.”

⁵⁰⁴ PERROT, Roger. Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français. In: LENOBLE, J. (Org.). *La crise du juge*. Paris: LGDJ, 1996. p. 39.

⁵⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*, São Paulo: RT, 1995. p. 98.

⁵⁰⁶ BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n. 190, p. 47, dez. 2010.

A experiência acumulada do magistrado possui diversas facetas. Geralmente, revela-se em exercício mais prudente da atividade jurisdicional, pois ele já se habituou a utilizar as máximas de experiência. A nomenclatura de motivos históricos ou de experiência acha-se vinculada à sua relação de vivência pregressa daquele indivíduo particularmente considerado.

Ou seja, não se trata de um sentimento talvez passageiro, mas da presença de um elemento individualizado. Este, ao contrário do anterior, pode ser compartilhado por terceiros em uma vivência transsubjetiva, já que aqui se enquadram as máximas de experiência. Relembre-se o clássico conceito⁵⁰⁷ de Friedrich Stein, o primeiro a defini-las:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes 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.⁵⁰⁸

É, portanto, algo mais do que uma emoção potencialmente passageira ou um traço de personalidade peculiar, pois se desconectam dos casos nos quais foram percebidas e podem aplicar-se em outros casos.⁵⁰⁹ Daisson Flach pontua que trata-se “de um raciocínio mediado por uma regra geral que determina relação de causalidade apta a conduzir a uma conclusão necessária relativamente à existência ou inexistência do fato que se busca provar.”⁵¹⁰

Elas estão previstas no ordenamento jurídico pátrio no art. 335 do Código de Processo Civil⁵¹¹, sobre o qual Barbosa Moreira afirmou que tal permissão expressa, qual seja, a da utilização das máximas de experiência, é essencial e mais uma vez conectada a uma dimensão humana da função judicial: seria absurdo solicitar ao julgador que “se despojasse de todas as noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida.”⁵¹² Todo o sistema

⁵⁰⁷ O conceito vem sendo muito trabalhado desde então, até mesmo em precedentes judiciais. O Tribunal Supremo espanhol já dispôs que as máximas de experiência são “deduciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia” (sentença do Tribunal Supremo de 25.05.1996), referida por MOVELLÁN, Pedro Álvarez Sánchez. *La prueba por presunciones*. Granada: Editorial Colmares, 2007. p. 82-83. Em seu aprofundado estudo, o autor entende que as máximas não se confundem com as presunções, já que aquelas apontam uma conclusão direta e necessária, ou seja, não contingente, enquanto estas estão sempre conectadas a uma possibilidade de escolha presente em qualquer presunção.

⁵⁰⁸ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traduzido por Andres de Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973. p. 30.

⁵⁰⁹ No seu clássico estudo do tema, Stein já apontava que era altamente controvertida a utilização das máximas de experiência apreendidas em casos anteriores semelhantes, em particular em tribunais nos quais são julgadas diversas ações semelhantes por uma questão de relação especial com determinada região, por exemplo, onde existam diversas mineradoras. A dificuldade está em apurar o que são máximas de experiência e o que vem a ser fatos notórios. *Ibid.*, p. 100-101.

⁵¹⁰ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 55.

⁵¹¹ Art. 335, CPC: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiências comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

⁵¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados.

Judiciário, como concebido, optou por julgadores especializados, não em diferentes áreas do conhecimento, mas tão somente em Direito, valorizando, portanto, o aspecto *formalístico* do rito. Para sanar os problemas daí decorrentes, surgiu a figura do perito do juiz, prevista no artigo 139 do CPC, como “auxiliar da justiça”.

Não se confundem as máximas de experiência com o conhecimento privado do juiz⁵¹³, como salienta Francisco Rosito⁵¹⁴. Elas se adotam em face de economia processual, pois, o que o juiz já sabe, não precisa ser provado. E, nessa mesma medida, não apenas o juiz as conhece, sendo elas patrimônio comum de uma coletividade⁵¹⁵. Trata-se, como diz Rigaux,⁵¹⁶ de “tesouro de conhecimentos”, não diretamente jurídicos, habilitando o julgador a compreender e dispor sobre o caso que lhe foi proposto, constatando, por fim, que identificar esses conhecimentos como não “diretamente jurídicos” não os coloca em oposição ao conhecimento jurídico, numa falsa dicotomia entre fato e direito. Nessa senda, a doutrina e a jurisprudência alemãs, sob a expressão *Erfahrungssätze*, reuniram “um conjunto de conhecimentos díspares, mas indispensáveis à compreensão, à interpretação e à aplicação do direito.”⁵¹⁷

Já para Taruffo, as máximas de experiência são um ponto de partida, “uma premissa fatural geral indispensável”, a fim de que se configure uma relação “entre dois fatos particulares como resultado de uma operação dedutiva, com todos os caracteres de univocidade e de certeza que o procedimento silogístico atribui às próprias conclusões”⁵¹⁸, conferindo-lhes caráter mais racional.

Cabe salientar que a referida *ausência de norma jurídica particular* descrita no artigo 335, *caput*, do Código de Processo Civil, não se refere a qualquer lacuna na lei, mas se refere à lacuna na lei de como valorar a prova, de acordo com Barbosa Moreira, sendo a máxima de experiência um instrumento de subsunção, “isto é, operação pela qual os fatos apurados recebem [...] a devida qualificação jurídica.”⁵¹⁹ Quando o juiz utiliza as máximas de experiência, precisa percorrer duas etapas: primeiramente, cabe definir a regra geral aplicável ao caso (regra esta não positivada na lei, mas na experiência do juiz), posteriormente

Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 74, n. 261, p. 13, jan./fev./mar., 1978.

⁵¹³ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traduzido por Andres de Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973. p. 99.

⁵¹⁴ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁵¹⁶ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 255.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 256.

⁵¹⁸ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970. p. 202.

⁵¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 74, n. 261, p.16, jan./fev./mar., 1978.

relacionando essa máxima com algum fato do processo.⁵²⁰

Apesar das máximas de experiência conterem diversas questões delicadas, entre elas, o ambiente multicultural presente, com muitas ideias e pensamentos diversos, parece possível extrair delas uma verdadeira função metodológica, uma vez que “essa categoria [...] pode auxiliar o direito [...] na solução justa e adequada do caso concreto, mediante a equilibrada ponderação entre a realidade, os valores, os fatos e o plano normativo.”⁵²¹

Há, no entanto, que se diferenciar aquelas máximas de experiência *científicas* ou *técnicas*, das *comuns*,⁵²² diferença fundamental para o presente estudo. As de ordem técnica são originariamente exclusivas do conhecimento de especialistas, mas vêm a cair no âmbito do conhecimento do homem médio, permitindo-se ao juiz aplicar “uma lei científica comumente conhecida a um fato a ser verificado.”⁵²³

As máximas de natureza técnica também precisam ter aceitação geral dentro do seu próprio campo do conhecimento, sendo inaceitáveis aquelas sob as quais impera controvérsia, não se tratando de máximas científicas, pois ainda não atingiram esse nível.⁵²⁴

Já as máximas comuns tratam de “generalizações empíricas por serem fundadas sobre aquilo que ordinariamente acontece em um dado grupo social [...]”⁵²⁵ Não se confundem, porém, com simples noções de senso comum, eivadas de grande subjetividade, cujos exemplos são os mais variados, como “quem não chora não está machucado; os bons genitores amam seus filhos; quem se ruboriza, mente; quem foge é culpado, etc.”⁵²⁶

⁵²⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 438.

⁵²¹ BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do código de processo civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo. (Org.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 199-200.

⁵²² Conforme entendimento de Luis Alberto Reichelt, não existir hierarquia entre elas, na tentação de colocar o conhecimento científico acima daquele obtido através da experiência, do *quod plerumque accidit*, sendo o critério da especialidade o determinante na escolha da máxima a ser utilizada. REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175.

⁵²³ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

⁵²⁴ REICHELT, op cit., p. 176.

⁵²⁵ ROSITO, op cit., p. 80.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 81. Em precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Relator, Desembargador Ary Vessini de Lima, ponderou que é “evidente que a prova do ato ilícito em questão (agiotagem) não é simples, pois, conforme se depreende das máximas de experiência, quem age ilicitamente busca dar ao negócio ilícito aspecto lícito. Daí a concluir-se que é caso de facilitação da prova, admitindo-se o juízo de verossimilhança ou até mesmo a inversão do ônus probatório.” TJRS, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70018759605, Rel. Des. Ary Vessini de Lima, j. 09.08.2007. Trata-se de máxima de experiência do gênero “comum”, porque derivada da experiência pessoal pregressa (e não científica), à qual podem ser dirigidas críticas, como a de que, aplicado a todos os casos, esse entendimento pode denotar como ilícita *toda e qualquer* atividade lícita. A questão é delicada, mas só pode ser debatida porque houve manifestação expressa da motivação decisória.

Ainda que não se reconheça esta mesma subjetividade nas máximas *comuns*⁵²⁷, deve ser considerada, igualmente, a subjetividade que afeta a escolha da máxima a ser utilizada, ainda que de fundamento científico seja, pois a existência de uma máxima não a torna vinculante. A opção será de cada juiz, que poderá abandoná-la no próximo caso a examinar, se assim entender. Não há máxima *mais verdadeira* ou *mais justa* do que outra, mesmo que as de ordem técnica sejam consideradas como de peso superior no convencimento judicial.⁵²⁸

A divisão estanque dessa categoria pode apresentar-se muito pobre, já que o conhecimento científico também não é infalível e, ocasionalmente, encontra dissensão.⁵²⁹ Por exemplo, há o entendimento, consolidado através dos conhecimentos obtidos na área da Psicologia, de que a presença de pai e mãe é vital para o filho, e a guarda conjunta pode ser uma boa medida para o preenchimento dessa meta. Entretanto, há quem entenda, também na mesma área do conhecimento, que uma situação fática estabelecida, de guarda por um dos genitores já há alguns meses ou anos, ser trocada pela de guarda conjunta, pode não ser benéfico para a criança.

Igualmente, poderia se discutir, em um acidente entre dois automóveis, presenciado por um fiscal de trânsito distante 20 metros, e por um transeunte, pedestre, a 5 metros, quem tem a melhor “visão” da ocorrência. Se é o guarda, por ter experiência, ou o pedestre, pela proximidade do fato.⁵³⁰ Evidenciam-se, no primeiro exemplo, duas máximas de experiência de ordem técnica, e no segundo, de ordem comum.

Impossível atestar, com solidez à prova de refutação, qual a resposta “correta”. O mais importante é que o julgador, ao emitir sua decisão, faça-o da forma mais completa possível, indicando a máxima de experiência utilizada, para possibilitar a compreensão da motivação de sua escolha. Pode não haver concordância, mas tem de haver *compreensão* do embasamento das opções dele, não recaindo em um automatismo aplicador de tais

⁵²⁷ Muito embora sejam consideradas “relativas por natureza”. BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do código de processo civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 197. Ressalva-se não acreditar ser possível a intenção preconizada pelo autor de que devem sempre ser excluídos, na escolha das máximas, “juízos pessoais e de valor”.

⁵²⁸ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 83.

⁵²⁹ Como, por exemplo, nos casos de investigação de paternidade por DNA, nos quais o resultado do teste confere “somente” 99% de certeza. O 1% remanescente gera muito debate, e analisaremos a questão no item 2.3.

⁵³⁰ Na formação da máxima em si pode ter havido algum defeito que é solenemente ignorado, de forma involuntária, por quem utilizá-la posteriormente, ela ganha “vida própria e independente”, perdendo-se “de vista qualquer desvio de rota porventura existente na gênese da máxima”. FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 59. E essa condição acompanhará para sempre a máxima, maculando-a de forma invisível.

instrumentos.⁵³¹ O mecanicismo revela-se nocivo neste ponto, pois a regra utilizada se rende a duas possibilidades, sempre e sempre: ou será confirmada e acrescida de mais um “precedente” ou, então, poderá ser contradita pela situação exposta, o que afetará a sua validade geral.⁵³²

E, por mais adstrita que a regra esteja à conformação de seu conceito tão trabalhado, mas já estabelecido, de juízos hipotéticos transcendentais do caso em que foram percebidos, mas aplicáveis a situações congêneres, ela encontra, na discricção do julgador, o motivo por sua opção. Afinal, o conceito referido aponta sua existência por ultrapassar o caso em análise, não restringindo, em qualquer momento, que este entendimento deva ser compartilhado por mais de um julgador⁵³³. O importante é poder controlar a máxima por ele utilizada.

Bem dizendo, a própria noção de máxima abarca a compreensão de que sejam compartilhadas por uma determinada coletividade, mas não que seja esta um grupo de julgadores. E há que se reconhecer, de outro lado, que a formação do juízo de fato sempre envolverá alguma máxima de experiência, merecendo explicitação no julgado, sendo um “requisito de fundamentação da própria decisão, ficando também sujeitas ao contraditório e ao debate dos interessados.”⁵³⁴ Do contrário, as partes poderão não conhecer as reais razões pelas quais se consumou esta ou aquela escolha pelo julgador, tanto em relação à máxima de experiência da qual ele se valeu, como em relação ao modelo de constatação empregado.⁵³⁵

Conclui-se que, por mais indesejado que seja o conhecimento privado do juiz, pior é ele ocultá-lo das partes. As máximas não possuem natureza de lei geral⁵³⁶, mas é de se reconhecer seu emprego lícito e possível de uma forma particular, como regras gerais para o conhecimento dos fatos a serem verificados em juízo, “podendo ser utilizados como premissa de passagem inferencial de natureza estritamente indutiva.”⁵³⁷

A racionalização de uso dessas regras de experiência representa salvaguarda contra arbitrariedades, evitando que o magistrado utilize qualquer tipo de noção por ele apreendida, alterando, como se lei fosse, por completo, o resultado da demanda. Trata-se de instrumento

⁵³¹ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 289.

⁵³² *Ibid.*, p. 290.

⁵³³ Como refere Taruffo: “o raciocínio do juiz é inevitavelmente imerso no senso comum, o qual compõe, juntamente com o direito, o seu contexto inafastável.” TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 355, p. 101, 2001. Novamente, Stein já alertava para esta possibilidade do “saber privado do juiz”. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traduzido por Andres de Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973. p. 100 et seq..

⁵³⁴ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 194.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 194.

⁵³⁶ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970. p. 202.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 202.

para utilização na análise do contexto probatório, e nada mais do que isso.

Por outro lado, há de se admitir que o elemento de subjetividade, afastado da construção da máxima, seja o norte do juiz no momento de *escolha* da máxima a ser empregada. Em vista disso, é inegável que o emprego dela sempre se vincule à pessoa do magistrado e ao conhecimento que ele possui acerca da realidade como um todo e não só aquela a ele exposta na demanda. Assim, a máxima se vincula a aspecto de maior pessoalidade, dito, ainda que de maneira imprópria, “psicológico”. Integra, nessa esteira de pensamento, a porção de “fundamentação atrás da fundamentação”, pois nem sempre vai expressa nos julgamentos proferidos.

2.2.2 Motivos Não Passíveis de Controle Judicial

Há muitos anos o Direito sofre influências fortíssimas da Economia e da Estatística, sem mencionar a influência da Matemática, especialmente quando se analisa a “ideologia racionalista”⁵³⁸. A Psicologia não é exceção. Também há tempos integra o rol de ciências que se interpenetram na cultura jurídica, como na questão do direito de família, do depoimento judicial, da delinquência etc. Mas a perspectiva da análise da pessoa do julgador, como tanto já se referiu, é iniciativa um pouco mais recente.

Os tipos motivacionais relacionados a seguir, igualmente não exaustivos, visam à oferta de um ponto de vista renovado sobre a matéria. O intento de sua apresentação é o potencial fortalecimento de interseção entre Direito e Psicologia, e, ainda, dar um passo adiante no que pretendiam alguns dos realistas norte-americanos. Não basta se contentar com o reconhecimento da humanidade do juiz, ou que nem sempre ele obtenha a sua conclusão final através de meios pouco ortodoxos. É preciso mais. Certamente não se pretende análise exclusivamente psicológica do fenômeno processual; todavia, um exame conjugado parece ter seu lugar no estudo moderno da decisão judicial, ainda que se admita que, ordinariamente, tal fenômeno não possua relevância jurídica.⁵³⁹

⁵³⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁵³⁹ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000. p. 159.

2.2.2.1 (Falsa) Problemática Desses Motivos

Como referido anteriormente, os motivos podem ser divididos em suscetíveis e não suscetíveis de controle. Mas, se existem motivos “incontroláveis”, qual é a razão de apresentá-los? Se eles não possuem relevância para o Direito, existe relevância em elencá-los? Idealmente, sim. Afinal, qualquer área do conhecimento não é estanque ou auto-contida: ou ela é aproveitada em outra área, ainda que essa não fosse sua finalidade original, ou ela se valerá dos estudos de outras áreas. A ciência jurídica não constitui exceção.

A realidade é que esses motivos não se apresentam *prima facie* como verdadeiro problema. Muito embora a questão requeira um entendimento preliminar, como aponta Viehweg⁵⁴⁰, o pensamento problemático e o pensamento sistemático, ao contrário do que afirma Nikolai Hartmann, possuem conexões essenciais. Todo problema busca resposta no âmbito de um determinado sistema. E o sistema jurídico, o ponto de vista inicial⁵⁴¹ sob o qual se examina todo o tema da motivação, não oferece a solução para os motivos de ordem mais pessoal.

Ao mesmo tempo, ressalta Claus Wilhelm Canaris que o afastamento sugerido por Hartmann, dos problemas para os quais determinado sistema não oferece solução, classificando-os como “falsos” e não merecedores de análise, configura “pecado contra o espírito da Ciência”⁵⁴², sob o prisma de qualquer área do conhecimento. Ignorar o problema simplesmente porque a solução não salta aos olhos do estudioso é má ciência.

Portanto, esses tipos motivacionais possuem relevância jurídica *imprópria*. Tudo por conta de que, muito embora não possam ser alvo de recurso, terminam afetando o resultado final da demanda, merecendo, daí, atenção do Direito. É evidente, e isso já se conclui de antemão, que tais tipos não podem ser ofertados pelo julgador como *exclusivos* motivos decisórios. Tratar-se-ia de aberração que, admite-se, é de difícil ocorrência. Mas, ao se posicionarem ao lado dos motivos expostos *retro*, ajudam a compor o panorama da compreensão do *decisum* e, nessa linha, também a fundamentar a legitimação do exercício jurisdicional.

⁵⁴⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 34.

⁵⁴¹ HARTMANN, Nicolai. Diesseits von idealismus und realismus. In: *KantStudien*, T. XXIX (1924), p. 160 et seq. apud VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 35.

⁵⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Traduzido por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 248.

Esse espectro mais amplo foi saudado por Radbruch, quando comentou a respeito da escola do “direito livre”, que não possui a mesma proposta ora formulada, mas intenção análoga. Diz o jurista alemão: “O movimento do direito livre liberta, portanto, a ciência do direito de seu isolamento teimoso, escancara todas as janelas de sua estreita moradia, mostra-lhe a abundância da vida lá fora e acima dela o amplo céu das ideias.”⁵⁴³ Talvez o encorajamento de expressar esses motivos aqui elencados acarrete uma maior clareza das ideias que permeiam o processo decisório judicial como um todo, e terminem por fornecer às partes não ainda a melhor ou mais justa decisão, mas, ao menos, a mais completa *possível*.

Ressalva-se que, excepcionalmente, tal tipologia motivacional pode, sim, ter relevância jurídica, quando, através dela, percebe-se, “por exemplo, um desvio de poder ou um erro, por ofuscação, na realização e apreciação da prova.”⁵⁴⁴ Tais motivos, quando de fato expressos, podem demonstrar, a partir de algum elo de raciocínio fraco ou inconsistente, que existe alguma irregularidade naquela decisão.⁵⁴⁵

2.2.2.2 Motivos Psicológicos

O tema já inicia espinhoso. Isso se deve ao fato de que, à exceção de alguns poucos estudos, a problemática é estranha à maior parte das teorias da decisão judicial, ao contrário da ideologia há pouco comentada. Efetuou-se subdivisão com base em critérios próprios, alcunhando o gênero de “motivos psicológicos”, por estarem ligados à psique individual humana⁵⁴⁶, mas não necessariamente ligados à ideologia. Muito bem poderiam ser denominados de *pessoais*. Ao invés disso, dada a conotação negativa que o termo “motivos pessoais” tem no contexto judicial, optou-se pela nomenclatura de *psicológicos*.

O elo comum das espécies motivacionais listadas neste item é o de que todas se

⁵⁴³ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 138. O autor já se adiantava às críticas e referia que, como remédio da excessiva subjetividade na aplicação da lei, “existem duas figuras: juízos colegiados e pluralidade de instâncias; pelo fato de vários juízes lado a lado, e vários tribunais um após o outro atuarem em conjunto para chegar a uma decisão, as características individuais dos diversos juízes são flexibilizadas na linha média dos juízos de valor convencionais.” *Ibid.*, p. 138. Novamente, exsurge a questão da motivação como elemento fundamental nesse processo de controle de qualquer idiosincrasia ou arbitrariedade particulares de um julgador.

⁵⁴⁴ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000. p. 161.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 161.

⁵⁴⁶ “O homem não é um animal reativo, que responde aos estímulos; o humano é a condição projetiva, a imaginação, a capacidade de originar ações próprias, que partem da intimidade e tentam realizar-se.” MARIAS, Julián. *Tratado sobre a convivência*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 214.

acham atreladas ao verdadeiro íntimo do indivíduo. Isto é, não se tratam, necessariamente, de uma experiência coletiva, compartilhada por um grande grupo, como a ideologia ou, ainda, as máximas de experiência. Para o enfrentamento da questão, serão empregados conceitos da Psicologia, mais especificamente da Psicanálise, através dos escritos de Freud, também levando em conta outros estudos da área jurídica, ainda que poucos, sobre a mesma temática.

2.2.2.2.1 *Motivos Inconscientes*

Há quem afirme que o naufrágio do racionalismo decorreu da descoberta do inconsciente⁵⁴⁷, demonstrando que o situado por baixo do visível muitas vezes se apresenta mais complexo do que à primeira vista se percebe. A comparação perfeita é o *iceberg*, submerso em sua maior parte. Mesmo de tamanho titânico, somente se lhe percebe uma diminuta porção acima do nível d'água. Trata-se exatamente disso, da existência de informações, sensações etc., registradas na mente humana em nível inferior ao da capacidade perceptiva.

Afirma Freud que pode acontecer de uma “representação mental” estar presente na consciência em certo momento, para que, no momento seguinte, ela *desapareça*, reaparecendo, após certo espaço de tempo, inalterada, “não devido a uma nova percepção sensorial, mas a partir do que designamos como memória.”⁵⁴⁸ Trata-se de uma ideia “latente-capaz-de-se-tornar-consciente”.⁵⁴⁹ Mas, é da essência do inconsciente que ele não necessariamente venha à tona, e que seu acesso não se concretiza por vontade própria, sendo entendimento freudiano que sua formação se dê por material reprimido ao longo da vida daquele indivíduo.⁵⁵⁰ A atuação do patamar consciente vai ter sempre de se contentar em receber informações “raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência”, já que “a consciência não constitui a essência da vida psíquica, mas apenas uma qualidade desta,

⁵⁴⁷ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 4. ed. Campinas: Millenium, 2008. p. 31-33. A autora também afirma que o juiz, “como qualquer ser humano”, não está imune às influências de seu inconsciente.” *Ibid.*, p. 110.

⁵⁴⁸ FREUD, Sigmund. Alguns comentários sobre o conceito de inconsciente na psicanálise (1912). In: *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. Traduzido por Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago, 2004. v. 1. p. 83.

⁵⁴⁹ FREUD, Sigmund. O eu e o id (1923). In: *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. Traduzido por Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago, 2007. v. 3. p. 29.

⁵⁵⁰ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 41.

podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar.”⁵⁵¹

Conforme Lídia Prado⁵⁵², o inconsciente coletivo também desempenha papel fundamental na atuação do juiz, como na de qualquer outra pessoa. O conceito foi instituído por Jung, de “estrutura psíquica herdada da evolução da humanidade, renascida em cada indivíduo e contém padrões de funcionamento que dão à nossa espécie qualidades específicas.”⁵⁵³ Trata-se de sistema psíquico coletivo comum a todos os indivíduos, pois não é elaborado individualmente, mas sim herdado, já que pertencemos à mesma espécie humana.

Diante dessa análise, denota-se que o conteúdo do inconsciente pode apresentar amplitude infundável⁵⁵⁴, de natureza emocional (derivada das funções mentais superiores), de esquemas de pensamento, de crenças, de pensamentos automáticos, de mecanismos psicológicos de defesa, entre outros, como aqueles relacionados à personalidade do indivíduo.⁵⁵⁵

Porém, se nem o julgador tem consciência da existência desses motivos,⁵⁵⁶ como poderá incluí-los na sentença? A tarefa distingue-se impossível, e não está ao alcance do juiz. Pretende-se, neste ponto, realmente admitir a *possível* existência daquele elemento inconsciente em qualquer provimento, servindo tal espécie motivacional de *alerta* para o magistrado, que deve perquirir, íntima e profundamente, sua motivação caso a caso. Deverá analisar o fio condutor de seu raciocínio, não com o intuito de afastar a “motivação inconsciente”, mas sim de trazê-la à luz, para compreendê-la e adotá-la de maneira consciente e voluntária ou removê-la, permanentemente, de seus juízos.⁵⁵⁷

⁵⁵¹ FREUD, Sigmund. *Cinco lições sobre a psicanálise*. Rio De Janeiro: Imago, 1988, apud Ibid., p. 41.

⁵⁵² PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 4. ed. Campinas: Millenium, 2008. p. 35/38.

⁵⁵³ Ibid., p. 35.

⁵⁵⁴ Há que se mencionar a relevante diferença apontada por alguns estudiosos da área da Psicologia entre inconsciente e subconsciente. O primeiro seria aquilo que “escapa inteiramente à consciência”, mesmo quando o sujeito em questão se esforça ao máximo para tentar torná-lo consciente. Já a segunda categoria diz respeito àquilo que, em determinado momento, passa despercebido, para, em momento posterior, se afirmar que se tinha tal dado como presente, ainda que em nível muito fraco. LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 543. Esta diferença não é utilizada por Freud, e, em nosso entender, não é de tanta relevância para nosso estudo, já que os impulsos do julgador dirigidos por esses “compassos invisíveis” nem poderão constar da decisão, pois ele não tem domínio completo sobre eles.

⁵⁵⁵ Conforme FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 179. Os autores apontam a saúde mental do julgador como ponto relevante no momento decisório, pois quaisquer psicopatologias as quais possa ele estar submetido podem afetar diretamente sua capacidade de compreensão da realidade, o que, admita-se, é indispensável para o exercício da função de quem julga.

⁵⁵⁶ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000. p. 159.

⁵⁵⁷ Analisando sobre como as perdas pessoais afetam o magistrado, diz David Zimerman: “Um outro tipo de perda também muito importante, de ordem mais complexa, é a que diz respeito ao fato de que, em certa quadra de sua vida, o magistrado tenha a coragem e honestidade de fazer um balanço avaliativo de sua vida, pessoal e profissional, e pode concluir, melancolicamente, que ele não atingiu as metas a que tinha se

A lista mencionada *retro* “transfere, para o julgador, o ônus do autoconhecimento, para que ele consiga, continuamente, conhecer a maneira como reage aos estímulos que recebe do meio.”⁵⁵⁸ Quando se fala de autoconhecimento, quer-se possibilitar comparação entre os valores socialmente aceitos e aqueles íntimos do julgador, por parte deste último.⁵⁵⁹ Não se trata de motivo que pode ser *controlado*⁵⁶⁰ tal qual a intenção do presente estudo, sendo mais apropriado admiti-lo como caso de “autocontrole” por parte do juiz.⁵⁶¹

No enfrentamento dos motivos ideológicos, discutiu-se este aspecto, da percepção própria do magistrado, diante de caso que lhe traga certo sentimento *pré-analítico*, sob o risco de buscar decisão distante daquela que seria a mais adequada, pois fundada em predileção pessoal, individualista e, por conseguinte, arbitrária. Esta espécie motivacional requer mais a atenção do magistrado do que do jurisdicionado, mas merece estudo mais aprofundado no campo da Psicologia.

2.2.2.2.2 *Motivos Conscientes*

Se os motivos inconscientes são aqueles dos quais o julgador não tem percepção imediata, os conscientes constituem o exato oposto. No *iter* decisório judicial, o julgador está

proposto e com as quais sempre sonhou. É duro perder ilusões – e as feridas narcisistas doem muito – quando o sujeito constata que ele não é e nunca será o que ele pensava que era ou que um dia viria alcançar e ser. No entanto, é somente através da renúncia das ilusões narcisistas que o indivíduo abre a possibilidade de poder assumir o autêntico sentimento de identidade de quem ele realmente é, e, principalmente, de como, o que e quem ele poder a ser, dentro de suas possibilidades e limitações realísticas.” ZIMMERMAN, David. A influência dos fatos psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008. p. 145. O autor trata de diversos aspectos do que chama de “crise do magistrado”, analisando como fatores internos e externos podem afetar seu exercício profissional. Do alto de sua vasta experiência, Zimmerman apregoa que todo tipo de pressão acaba por afetar qualquer profissão, estudando em especial o caso dos juízes, dada a existência de aspectos objetivos que diferenciam e explicam decisões diversas sobre matérias idênticas, mas, também, a preponderância de determinadas instâncias subjetivas no deslinde de algumas ações.

⁵⁵⁸ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 179

⁵⁵⁹ Até mesmo para que possa cotejar as diferenças existentes, priorizando, na conclusão final, os valores que preponderem para a sociedade na qual está inserido. Um julgador incapaz de operar controle próprio e de efetuar autocrítica não é capaz de desempenhar seu papel com a completude necessária. BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 103.

⁵⁶⁰ As máximas de experiência também encontram, ocasionalmente, utilização inconsciente, não se dando a conhecer e não derivadas “de opções conscientes a ponto de vierem expressas no esforço linguístico de justificação.” FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 64.

⁵⁶¹ Nesse mesmo sentido, a conclusão de Roscoe Pound: “Socrates was not all wrong in holding that much which seems wrongdoing is but ignorant doing. Much will be gained when courts have perceived what it is that they are doing, and are thus enabled to address themselves consciously to doing it the best they may.” POUND, Roscoe. *The theory of judicial decision.. Harvard Law Review*, Cambridge, n. 36, p. 959, 1922/1923.

constantemente acessando os dados de sua memória⁵⁶², dos registros que foram feitos durante a instrução, convertidos em documentos do processo. Mais do que tratar singelamente da análise do documento “A” ou “B”, verificando qual lhe parece mais crível, de acordo com algum modelo de constatação à sua disposição, o julgador poderá se deixar levar por outros motivos, por ele percebidos. Motivos estes que não estão relacionados nem com aquele caso propriamente dito, mas que dizem respeito à sua própria pessoa ou, ainda, ao conhecimento apreendido da sua experiência judicante e que ecoam, no seu íntimo, em julgamentos futuros.

Revela-se evidente que todos os motivos analisados anteriormente, sob a denominação de passíveis de controle judicial, são, também, *conscientes*. Todavia, aqui se examina os motivos que são derivados mais da própria pessoa do julgador. Fala-se, para tanto, de emoção nas atitudes judiciais e, logo após, do conceito de contratransferência. Este último, conceito próprio da Psicologia, poderá ser utilizado como ponto de partida para que o magistrado compreenda melhor a sua relação com as partes, além da relação estritamente jurídica.

2.2.2.2.2.1 A Emoção na Motivação

Reforce-se, sob risco de tautologia, que os motivos doravante chamados de “emocionais” não são os únicos a nortear o trabalho judicial, muito menos aqueles que se deseja encontrar no corpo decisório.⁵⁶³ Todavia, tanto quanto a ideologia, acham-se presentes diuturnamente nos provimentos dos tribunais⁵⁶⁴ e, ao contrário daquela, ainda distantes de

⁵⁶² Outra área de interesse da Psicologia que tem relevância para o desenvolvimento da atividade judicial é aquela voltada ao estudo das chamadas *falsas memórias*. Caracterizam por uma distorção das memórias verdadeiras, alterando um fato que realmente aconteceu ou, então, inserindo na área mnemônica do indivíduo um registro falso, que pode até mesmo ser rico em detalhes. A causa de surgimento dessas falsas memórias pode ter tanto uma origem *endógena*, revelando um singelo caso de autoengano, ou, ainda, externa ou sugerida. Esta deriva da “sugestão de falsa informação externa ao sujeito [...] [e] pode ocorrer tanto de forma acidental quanto de forma deliberada”. NEUFELD, Carmem Beatriz et al. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 25-26.

⁵⁶³ “Justamente por reconhecer a ineliminável carga de subjetividade presente na função jurisdicional é que a doutrina mais moderna resigna-se a aceitar o fato. Em vez de discutir se os juízes efetivamente criam direito ou não, entende mais produtivo discutir sobre os limites de tal criatividade e sobre técnicas que permitam restringir tanto quanto possível os efeitos da subjetividade, embora sem pretender sua total eliminação.” FACCHINI NETO, Eugênio. ‘E o juiz não é só de direito’ (ou ‘A função jurisdicional e subjetividade’). In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2008. p. 418.

⁵⁶⁴ Subjetividade *não é* a mesma coisa que emoção, embora toda emoção seja subjetiva, nem toda subjetividade é emoção.

serem encarados com maior rigor e profundidade do ponto de vista doutrinário. Há que se atentar ao fato de que, na Psicologia, o vocábulo “emoção” nem sempre possui a conotação que aqui se deseja empregar⁵⁶⁵, do uso mais corriqueiro da palavra.

A noção de sentimento⁵⁶⁶, para a Psicologia, é mais próxima do que se pretende afirmar quando se trata de emoção, vista por aquela ciência como exacerbação de um sentimento. Nesses casos, o indivíduo se deixa afetar por completo, modificando inteiramente suas atitudes.⁵⁶⁷ Não que isto não ocorra, mas aqui o conceito de “emoções” corresponde, para a Psicologia, ao de “sentimento.”

A escolha da carreira de juiz já evoca a existência de um interesse diferenciado pela profissão, bem como demanda uma *Weltanschauung*, uma “visão global das realidades humanas e do mundo”⁵⁶⁸. Igualmente requer capacidade de atendimento às virtudes e deveres indispensáveis ao exercício da função, já que a natureza de suas decisões afetará diretamente a vida de grande número de pessoas, muitas vezes impossível de quantificar. Trata-se de reconhecimento da frase de Ortega y Gasset, “yo soy yo y mi circunstancia.”

Dois julgados serão examinados, nos quais, em particular, verifica-se a presença declarada de forte componente emocional, raramente localizado de forma expressa nas decisões judiciais.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Carlos Velloso, em seu voto no HC 86.864/SP⁵⁶⁹, demonstrou um *sentir* manifestamente pessoal à questão lá ventilada. Tratava-se de *writ* impetrado em favor do filho de determinado político paulista, que se encontrava preso junto com seu pai, na mesma cela, supostamente em condição precária de saúde,

⁵⁶⁵ “Uma emoção não é, pois, outra coisa senão um sentimento exagerado (e acompanhado de alterações somáticas mais extensas e intensas). O estado emocional sobrevém no indivíduo sempre que entram em jogo sua vida, seus interesses pessoais ou morais, os de sua família ou os da espécie. Isto quer dizer que a emoção parece ligada a tudo que contribui de um modo direto para o progresso ou o prejuízo do ser humano; a função emocional aparece neste aspecto como um mecanismo primitivo de proteção do ser e da espécie.” MIRA Y LÓPEZ, E. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: VidaLivros, 2009. p. 47.

⁵⁶⁶ Sentimento é “o que anima, colore e vivifica nossas senso-percepções, representações e ideias, dotando-as de um cunho de personalidade e de uma força ou intensidade de incitação que é a principal responsável por nossos atos. Se em nossa vida mental não existissem sentimentos e se nossas operações psíquicas deslizassem sob a fria rigidez existente nas máquinas de cálculo, por exemplo, a existência se mostraria tão pesada que não valeria a pena vivê-la.” *Ibid.*, p. 46.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁵⁶⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. As escolas de direito no que tange ao preparo psicológico. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008. p. 66.

⁵⁶⁹ STF. HC 86864 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2005, DJ 16-12-2005 PP-00059 EMENT VOL-02218-04 PP-00761 RTJ VOL-00200-03 PP-01322 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 463-480 RMDPPP v. 2, n. 8, 2005, p. 88-94. A afirmação do Relator está em fls. 776 do processo. O precedente é estudado do ponto de vista linguístico por GOMES, Mário Soares Caymmi. O direito como linguagem e discurso: a retórica judicial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v.10, n. 39, p. 259-284, jul./set. 2009.

necessitando de atenção médica especializada. Disse o Ministro: “Registre-se que o paciente e seu pai estão presos numa mesma cela. *Os que somos pais* podemos avaliar o sofrimento de ambos.”

É evidente que, para corroborar seu conhecimento do pedido e deferimento da liminar requerida, o Ministro não se valeu tão somente deste sentimento. Todavia, este pareceu um elemento forte a conduzi-lo à decisão tomada. Outrossim, também repudiou a ampla divulgação das interceptações telefônicas sigilosas do caso na imprensa, o que também denotou desagrado pessoal por tal prática, pois, muito embora haja previsão legal para tanto, não era esse o tema em debate. Ele não exclui sua *circunstancia* do exame acurado do processo, de forma a não causar qualquer dano com o deslinde do feito, tornando a decisão ainda mais legítima e ampliando-lhe a dimensão humana.

Em outro precedente, desta feita da Suprema Corte Americana, *Deshaney v. Winnebago City Social Services Department*⁵⁷⁰, o caso foi levado a juízo por um menor, representado por sua mãe, que havia sofrido agressões físicas repetidas de seu pai, até o ponto de feri-lo gravemente, causando-lhe dano cerebral e retardo mental irreversível. Em algumas oportunidades nas quais o menor era encaminhado à assistência médica, o Serviço Social da cidade de Winnebago afastou-o de sua família por determinado período, mas nunca tomou nenhuma medida duradoura para remover a guarda do pai abusador. Não permaneciam com o menor em tempo integral, sempre devolvendo-o à guarda dos pais, o que levava a novos episódios de maus-tratos, que culminaram na terrível situação de lesão cerebral permanente.

A mãe, então, acionou o serviço social municipal de Winnebago, afirmando que ele falhara em tomar as medidas cabíveis, ferindo a cláusula de devido processo legal constante da Décima Quarta Emenda. No voto do *Chief Justice* Rehnquist, este afirmou que os fatos do caso eram “inegavelmente trágicos”, mas que a cláusula de devido processo legal tem como finalidade proteger o cidadão dos abusos do Estado, não obrigando o Estado a proteger os cidadãos uns dos outros, como um direito de segurança.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ *Deshaney v. Winnebago City Soc. Servs. Dept.*, 489 U.S. 189 (1989), U.S. Supreme Court. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=489&invol=189>>. Acesso em: 25 jan. 2010. Um resumo do caso pode ser visto em: MENEZ, Joseph F.; VILE, John R. *Summaries of leading cases on the constitution: 50th anniversary edition*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2004. p. 392-393.

⁵⁷¹ “De acordo com esses princípios, nossos julgamentos têm reconhecido que a garantia do devido processo legal geralmente não confere nenhum direito afirmativo à ajuda governamental, onde tal ajuda possa ser necessária para assegurar vida, liberdade, ou interesses sobre propriedade dos quais não pode o governo ele próprio privar o indivíduo. (...). Como uma questão geral, então, nós concluímos que a falha do Estado em proteger um indivíduo contra violência particular simplesmente não constitui uma violação da Due Process Clause.” *Deshaney v. Winnebago Cty Soc. Servs. Dept.*, 489 U.S. 189 (1989), U.S. Supreme Court. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=489&invol=189>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

O voto de *Justice* Blackmun navegou na seara emocional do caso, ao invés da puramente lógica, apurada por Rehnquist. Ele discordou do voto anterior, aduzindo que a Corte, naquele dia, pretendia ser um “oráculo da Lei”, não afetada por qualquer “simpatia natural” e, assim dispondo, retumbava um formalismo estéril, desconectado da realidade. Pontuou como inadequada a decisão que, embora reconhecendo ser dura, fundamentava-se na doutrina legal existente. Brada: “Pobre Joshua!” (o nome do menor). Concluiu ser necessária uma abordagem “simpática” ao caso, indicando que a compaixão não merece distanciamento do ato de julgar, devendo ser ela um “guia” e, ao mesmo tempo, o conforto do julgador.

É a literal admissão de que, junto com o ferramental lógico à disposição do magistrado, a emoção sempre estará presente e auxiliará no *iter* decisório. Nem por isso Blackmun deixa de conferir suporte lógico à sua decisão, baseando-a exclusivamente em sentimentos pessoais, pois refere precedentes e princípios constitucionais que asseguravam o provimento integral da pretensão do jovem autor, nos quais a *due process of law clause* dava-lhe razão.⁵⁷²

Há casos em que o registro do sentimento representa quase que um desabafo por parte do julgador, sabedor de que não pode alterar a lei por suas predileções individuais.⁵⁷³ Em outras ocasiões, ocorre o reconhecimento de estado emocional delicado, implicando aproximação entre juiz e parte.

A emoção nem sempre vai oculta. Ela pode ser explícita, através da “retórica apelativo-emocional”⁵⁷⁴, em casos que a lei é deixada de lado para sustentar conclusões destoantes dos precedentes daquele mesmo julgador, a fim de ver aplicada sua visão de mundo particular, como se de norma tratasse. Embora próximos, ideologia e emoção são dois campos bem distintos, que influenciam a humanidade como um todo. A escolha por determinada corrente ideológica geralmente tem fundo emocional, mas nem toda emoção é

⁵⁷² Entendimento consubstanciado na doutrina do *substantive due process of law*, que, amplamente, é garantia dos cidadãos, não só contra o arbítrio dos procedimentos perante o Poder Judiciário, mas contra todo e qualquer ato de Estado. Para aprofundamento da matéria, vide MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 140 et seq.

⁵⁷³ Na apelação crime nº, a Relatora Desembargadora Fabianne Breton Baisch decretou não haver ilicitude na conduta do agente que publicou anúncio falso em jornal, alegando haver disponibilidade de vagas em empresa, quando, na realidade, sua única intenção era cobrar uma taxa para que todos os interessados ingressassem em uma cooperativa. Não houve consumação, já que a multidão se revoltou, percebendo o verdadeiro propósito da propaganda, e o próprio acusado chamou a polícia, com receio de linchamento. Pontificou a Desembargadora que “embora censurável tal conduta, especialmente do ponto de vista social e humanitário, não é bastante para configurar ilícito penal.” BRASIL. TJRS. Apelação Crime nº 70019477702. Relatora Desembargadora Fabianne Breton Baisch, julgado em 27.08.2008.

⁵⁷⁴ GOMES, Mário Soares Caymmi. O direito como linguagem e discurso: a retórica judicial. *Revista de Direito Privado*, São paulo: RT, v.10, n. 39, p. 279, jul./set. 2009.

ideologia.⁵⁷⁵

E não é toda emoção⁵⁷⁶ que altera radicalmente o resultado do julgamento, e nem pode ser considerada de pronto como prejudicial. O humor adequado configura emoção que, administrada com tato e um mínimo de sensibilidade, pode otimizar os resultados da relação juiz/partes.⁵⁷⁷

O resultado da admissão da emoção na prestação jurisdicional, como elemento presente e que, portanto, deve constar expressamente da motivação, não faz ruir o sistema jurídico. “Reconhecer e controlar as próprias emoções é essencial”⁵⁷⁸, não há “qualquer fundamento a hipótese de que o bom profissional deva (e consiga) atuar sem se deixar emocionar.”⁵⁷⁹

A certeza no direito, no sentido de interpretação unívoca de todas as normas, da mesma forma, por todos os intérpretes, constitui meta inalcançável. É possível a existência de identidade entre os casos, mas pode ocorrer visão diferente sobre as consequências de determinada norma.⁵⁸⁰ Afinal, julgamentos não unânimes acontecem, e não só em decorrência direta de discordância acerca do *accertamento dei fatti*, mas da aplicabilidade prática dos dispositivos legais em si.

⁵⁷⁵ Mário Gomes afirma que, em certos casos, o que ocorre é a utilização de determinados “arroubos emocionais” que visam tornar hegemônica, por exemplo, a visão de mundo da família, regrada por determinados valores. A unidade familiar é histórica e consagrada por diversos ordenamentos jurídicos, merecendo especial atenção da Carta Constitucional pátria, em seu art. 226, *verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Não é caso de ideologia, mas de reconhecimento da devida importância de elemento fundamental constituinte da sociedade. Sem família, não há sociedade. *Ibid.*, p. 279.

⁵⁷⁶ Cada emoção possui uma consequência diversa. Por exemplo, o ódio é um “violento psicotrópico”, inibidor da capacidade de raciocínio; a ira drena a energia dos indivíduos e fecha a mente para quaisquer argumentos a ele dirigidos; a paixão “outorga poderes a seu objeto”, sendo o apaixonado dominado sem se dar conta da extensão da influência dela. Tudo cf. FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 137.

⁵⁷⁷ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 138-139, sendo, ainda, a felicidade uma das mais nobres emoções, pois dificilmente traz más consequências ao processo decisório, sempre do ponto de vista emocional.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 175.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 175. O desafio, dizem os autores, “é emocionar-se sem se contaminar pelas emoções próprias e dos participantes”, pois “deixar-se dominar pela emoção significa comprometer percepção, atenção, pensamento e memória e abrir espaço para enganos de raciocínio (falsas inferências, conclusões inadequadas), falhas de percepção (fixação em figura inadequada, eliminação de detalhes), lapsos e outros fenômenos psíquicos. As emoções sujeitam o indivíduo a crenças inadequadas, esquemas rígidos de pensamento, pensamentos automáticos, preconceitos, e fazem aflorar mecanismos de defesa que comprometem o desempenho do papel.”

⁵⁸⁰ Para Teresa Wambier, só pode ocorrer o choque de decisões, no sentido de soluções opostas em casos idênticos, quando “a identidade entre as decisões não é senão aparente.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001. p. 128. Refere ainda a autora que a liberdade do juiz só existe em casos nos quais haja complexidade fática a determinar consequências diversas para situações aparentemente iguais, citando o exemplo de benefício para indivíduos de baixa renda: pode ser que dois cidadãos percebam o mesmo salário, mas “B” tenha quatro filhos, e “A” não tenha filhos. Assim, “B” faz jus ao benefício, mas “A” não faz. *Ibid.* p. 128-129.

A sensação e a percepção, funções mentais superiores, são diretamente afetadas pelos componentes emocionais de cada pessoa, o que influi não só na forma como ela *decide*, mas também interfere em como ela *percebe* a realidade à sua volta; “o espectador interpreta os acontecimentos sob os efeitos de seus mecanismos de defesa, preconceitos e esquemas de pensamento”⁵⁸¹, o que atinge também a memória.⁵⁸² O mesmo estímulo pode gerar respostas diversas sob determinado contexto emocional. O espectador neutro tem uma reação muito diferente do membro da família diante de acidente de carro sofrido por um ente querido. Já “em um diálogo, o estado emocional amplia ou reduz a percepção para sinais faciais ou gestos do oponente”, exercendo “poderosa influência sobre os mecanismos de atenção seletiva.”⁵⁸³

Por conseguinte, a influência emocional deve ser levada em conta pelo julgador também no momento da coleta da prova, bem como no momento valorativo dos elementos probatórios. A ascendência de seu íntimo pode afetar qualquer uma dessas oportunidades, buscando, ao menos, uma neutralidade maior no momento da produção da prova, já que ela envolverá outros juízes depois dele, pois não pode haver, via de regra, novo momento probatório, embora sempre viável a reforma de sua decisão.

O compromisso do juiz, no momento instrutório, é muito menos pessoal do que no instante decisório. Lá, o compromisso⁵⁸⁴ dele revela-se de natureza científica, de perquiridor, de investigador da realidade; na última, não há diminuição do rigor profissional, mas sim espaço mais amplo à sua própria pessoa. É uma obrigação perante a sociedade, um vínculo com o ordenamento jurídico vigente que não pode ser rompido, também representando um

⁵⁸¹ FIORELLI, José Osir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 130. Recordam os autores o caso de dois rapazes morenos que foram presos e, portanto, impedidos de prestar vestibular, porque, atrasados para a prova, correram para não ficarem trancados do lado de fora dos portões, presumindo, os policiais que os abordaram, tratar-se de fuga de algum delito.

⁵⁸² “Convém destacar que nela [a memória] intervém essencialmente a atitude de personalidade.” MIRA Y LÓPEZ, E. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: VidaLivros, 2009. p. 43. Do ponto de vista da falsa memória, há pouco referida, deve-se pontuar que “diversas características de uma determinada informação podem influenciar na capacidade de alguém se lembrar dela de maneira precisa.” Se, p. ex., os dados vem acompanhados de um estímulo emocional, há que se registrar que eles “são recuperados em maior quantidade, mas também podem ser mais falsamente reconhecidos”. ROHENKOHL, Gustavo et al. *Emoção e falsas memórias*. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 93 e 95, respectivamente. A emoção pode tanto auxiliar a operação mnemônica como alterá-la profundamente; cabe, novamente, ao magistrado a consciência de seu estado emocional para que proceda ao registro mais acurado possível.

⁵⁸³ FIORELLI; MANGINI, op cit., p. 131. Daí a existência de técnicas discursivas a fim de atrair a atenção de determinada platéia, capturando sua concentração ampliada ao focar em pontos que são mais de seu interesse, valorizando o ponto de vista do próprio ouvinte em detrimento daquele do interlocutor.

⁵⁸⁴ Kozinski refere a existência de três restrições à atuação judicial. A primeira, e mais importante, é o respeito-próprio do juiz; a segunda é a opinião de seus pares que, ou revisam o seu trabalho em segunda instância, ou podem analisá-lo enquanto componentes do mesmo órgão recursal, ou, por fim, são apresentados à atuação judicial pregressa em última instância. A terceira e última repousa no sistema político, peculiar dos Estados Unidos, onde os juízes são eleitos em alguns estados da federação. KOZINSKI, Alex. *What i ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making*. In: O'BRIEN, David. *Judges o judging: views from the Bench*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2009. p. 98-99.

dever de verdade para consigo mesmo.

A menção expressa, na sentença, desses fatores emocionais, torna-se necessária quando influenciarem na decisão final, não devendo ser olvidados. Historicamente, a sua presença é ocultada, sendo imperiosa a percepção de que sua inevitabilidade é o que permitirá uma melhora sensível da prática decisória judicial. Não se discute, aqui, se esses motivos devem ser usados, mas sim, como devem ser exercidos de forma consciente e habilidosa.⁵⁸⁵ A emoção não é nociva, pois representa um dos elementos caracterizadores do ser humano. Aliando-a à racionalidade, o outro componente essencialmente humano, há sempre ganho, nunca perda, e uma maior possibilidade de compreensão dos provimentos, especialmente pelos jurisdicionados. Muito além da lei, eles é que se acham primordialmente envolvidos de forma emocional com o pleito a ser examinado.

2.2.2.2.2.2 O Juiz e a Contratransferência

Tendo efetuado consideração da subespécie de motivos emocionais, surge tema de consideração ainda mais delicada, semelhante às anotações anteriores sobre a influência inconsciente no ato de julgar. A denominação “contratransferência” é corriqueiramente utilizada em psicanálise, e foi cunhada em conjunto com a de “transferência”, quando Freud analisou o hoje popular caso de “Anna O.”, paciente de Josef Breuer, seu mestre.⁵⁸⁶ Naquela situação, Breuer, enquanto terapeuta de “Anna”, tomou grande fascínio pelo caso, culminando na sedução por sua paciente, o que lhe acarretou diversos problemas familiares, tendo de abandonar o tratamento dela.⁵⁸⁷

A transferência é o que permite o paciente analisado projetar seus sentimentos e pensamentos no psicanalista⁵⁸⁸, tratando-o, ainda que de forma inconsciente, como o objeto causador de determinado sentimento.⁵⁸⁹ A contratransferência é o oposto, o sentimento nutrido pelo terapeuta em relação ao seu paciente.⁵⁹⁰ A percepção⁵⁹¹ desse sentimento é tão

⁵⁸⁵ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936. p. 362.

⁵⁸⁶ LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.-B. *Vocabulaire de psychanalyse*. 5. ed. Paris: PUF, 2007. p. 103.

⁵⁸⁷ RACKER, Heinrich. *Transference and countertransference*. New York: Karnac, 2002. p. 7-8.

⁵⁸⁸ O tema também vem sendo abordado sob a perspectiva da relação entre psiquiatra e paciente, por ser “verdadeiramente importante” para essa área. WINNICOTT, D. W. *Da Pediatria à Psicanálise – Obras Escolhidas*. Tradução de Davy Bogomoletz. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 277-278.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁹¹ Este é o caminho e meta de toda técnica psicoanalítica: de tornar consciente o inconsciente e de superar as

importante quanto a compreensão da transferência, pois é resultado direto desta.⁵⁹² Assim, se o terapeuta, por exemplo, sente repulsa do paciente, ele deve buscar compreender e analisar porque ele foi levado a pensar dessa maneira.⁵⁹³ Interessante ressaltar que a transferência sempre ocorre e com a mesma frequência se revela, enquanto que a contratransferência, embora também corriqueiramente presente, possui manifestações mais difíceis de perceber e interpretar.⁵⁹⁴

E isso é fundamental em qualquer tipo de relação, possuindo particular importância quando um dos envolvidos possui ascendência sobre o outro. Não é o caso só de pensar o que se dirige à determinada pessoa, mas o que ela devolve na mesma medida. Em outras palavras, na relação jurídico-processual, o magistrado deve estar atento para registrar conscientemente, não só os sentimentos dele em relação àquele caso em particular, mas também deve perceber de que forma reage em relação às partes.⁵⁹⁵

No caso de um sentimento puro e simples, deve haver um questionamento de sua origem. Por exemplo, se for de raiva, ela pode estar dominando não só o julgador como os demais envolvidos.⁵⁹⁶ Ele deve aceitar “essa realidade e não se intimidar com os seus efeitos sobre sua pessoa; sentir a presença da raiva é indispensável para compreender o que ela ocasiona entre os litigantes e evitar ser contagiado por ela.”⁵⁹⁷ O mecanismo de funcionamento é similar, portanto, ao da contratransferência: as partes sentem algo, uma em relação à outra, e ambas em relação ao juiz. Esse sentimento pode impregnar também a visão deste em relação àqueles. Destaque-se que o tema ganha ainda mais relevância quando se analisa o tema sob o viés da produção da prova nos autos.⁵⁹⁸

Não cabe aqui uma discussão puramente psicológico-científica em torno desse instituto, mas de registro, na subespécie dos motivos de cunho emocional, da possível

resistências. WINNICOTT, D. W. *Da Pediatria à Psicanálise – Obras Escolhidas*. Tradução de Davy Bogomoletz. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 23.

⁵⁹² Ibid., p. 105.

⁵⁹³ Ibid., p. 106.

⁵⁹⁴ Ibid., p. 106.

⁵⁹⁵ Ainda que não de forma declarada, muitos julgadores preferem determinado tipo de demanda, ou, ainda, de parte ou procurador – possuem uma afinidade pré-estabelecida, ocasionalmente inconsciente, com tipo determinado de situação fática, jurídica ou pessoal. É também o que se dá na contratransferência em sua área original, da psicoterapia, revelada pela predileção dos terapeutas por determinados tipos de caso ou paciente. HIRSCH, Irwin. *Coasting in the countertransference*. New York: The Analytic Press, 2008. p. 81 et seq.

⁵⁹⁶ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175.

⁵⁹⁷ Ibid., p. 175.

⁵⁹⁸ Winnicott assinala que “uma das tarefas mais importantes na análise de qualquer paciente é a de manter a objetividade em relação a tudo aquilo que o paciente traz”. Ou seja, *mutatis mutandis*, é a função do magistrado manter a objetividade quando uma testemunha ou a parte lhe fornece determinada informação. WINNICOTT, D. W. *Da pediatria à psicanálise: obras escolhidas*. Tradução de Davy Bogomoletz. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 279.

influência do julgador pela relação que desenvolve com as partes no decorrer do processo. A aplicabilidade do instituto tem embasamento na realidade prática da visão popular da função judicial, de que o juiz é uma espécie de figura paternal⁵⁹⁹, a quem se recorre em casos de necessidade, mesmo sabendo dos riscos implicados. Assim como os demais motivos classificados sob o nome de “psicológicos”, se trata mais de apresentação do tema a início de debate, numa interseção entre Direito e Psicologia, do que propriamente uma questão estritamente jurídica.

2.3 A MOTIVAÇÃO E A RACIONALIDADE⁶⁰⁰

É de alta relevância ponderar que as decisões judiciais não podem estar eivadas de pura subjetividade, sob pena de plena arbitrariedade. Afinal, a motivação constitui o espaço no qual se manifesta o juiz acerca não só das suas conclusões, mas da razão das opções sobre as provas escolhidas como corretas ou incorretas. É manifesta a necessidade de o julgador recorrer às ferramentas racionais disponíveis,⁶⁰¹ porque o Direito tem de ser encarado como ciência, com nível mínimo de exigência e rigor lógico. O sistema jurídico “não poderia se definir como racional se não é capaz de produzir decisões judiciárias de qualquer modo definíveis como racionais.”⁶⁰² Sobre a racionalidade da decisão, a observação de Taruffo é muito oportuna:

Antes de mais nada, observa-se que a racionalidade da decisão não pressupõe o convencimento acerca da existência de uma razão unívoca e imutável, de verdade absoluta ou de ordem metafísica. Pode-se, ao invés disso, discutir validamente a racionalidade e o controle a propósito das decisões judiciais desde a premissa relativística sobre a polissemia e

⁵⁹⁹ Um termo amplamente utilizado, mas profundamente inadequado. Jerome Frank analisa muito bem a “father-authority figure” do juiz, afirmando que, modernamente, não se pode admitir a existência de uma orientação da civilização por objetivos infantis, incapazes de perceber e atribuírem maturidade a si próprios e aos seus pedidos. É necessário reconhecer que não podemos mais ser controlados pela imagem paternal existente até mesmo atrás da lei, é fundamental o “reconhecimento de que o homem não é feito para a lei, mas de que a lei é feita pelo e para o homem.” FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936. p. 252.

⁶⁰⁰ “When we say that present day trial methods are ‘rational’, presumably we mean this: the men who compose our trial courts, judges and juries, in each lawsuit conduct an intelligent inquiry into all the practically available evidence, in order to ascertain, as near as may be, the truth about the facts of that suit. That might be called the ‘investigatory’ or ‘truth’ method of trying cases. Such a method can yield no more than a guess, nevertheless an educated guess.” Id., The “fight” theory versus the “truth” theory”. In: O’BRIEN, David. *Judges on judging: views from the Bench*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2009. p. 75.

⁶⁰¹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 268.

⁶⁰² TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *REPRO*, São paulo, v. 32, n. 143, p. 66, jan. 2007.

indeterminação do termo “racionalidade”, também naquelas suas possíveis aplicações em contexto jurídico, tendo em vista a natureza inevitavelmente cultural, teórica e contextual do problema e das perspectivas das quais isso pode ser analisado. De fato, podem-se juntar fatores ulteriores de relatividade dependentes do fato de que, dentro de um único ordenamento, haja controle sobre a racionalidade das decisões judiciais que possa configurar diversas modalidades, e que a análise comparativa individue uma pluralidade de modelos de juiz, de processo, de decisões judiciais e de formas de controle sobre elas. A percepção da relatividade e variabilidade do objeto da análise, e da multiplicidade das perspectivas das quais isto pode ser visto, não pode acarretar, todavia, à afasia do excesso de detalhes e variações.⁶⁰³

Como muito bem afirmou Taruffo, na passagem acima, a racionalidade da decisão não pressupõe que aquela interpretação seja unívoca, imutável, de tintas metafísicas. Talvez a ideia de racionalizar a decisão judicial na última potência, conspurcando aqueles provimentos eivados de maior pessoalidade da figura decisória, esteja fortemente atrelada ao fenômeno cientificista, que só tem por verdade aquilo que é ciência exata. O Poder Judiciário não é um grande laboratório, no qual os processos são experiências que, repetidas à exaustão, devem replicar resultados em condições semelhantes.

O que os juízes fazem é decidir casos, nunca parando para pensar, *todos eles*, com escrutínio rigoroso e objetivo, para escolher quais serão os métodos interpretativos eleitos dali em diante em todas as suas manifestações jurisdicionais.⁶⁰⁴ Os estilos judiciais, prossegue Vermeule, são produto de um processo social e legal complexo, que se desenrola ao longo de toda uma carreira.⁶⁰⁵

De qualquer forma, lembra-se que muitas ciências *não são exatas*, mesmo aquelas que dizem sê-lo. À exceção da matemática, com seus métodos de prova das fórmulas e teoremas, uma teoria científica de outro ramo do conhecimento nunca pode ser provada da mesma forma, em termos absolutos. Mesmo provas científicas amplamente aceitas contêm certo elemento de dúvida imanente.⁶⁰⁶

É o caso do resultado do exame de DNA, efetuado em ações de investigação de paternidade, que levou à edição da Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. A questão que se impõe, neste exemplo, é: como algo que possui

⁶⁰³ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *REPRO*, São paulo, v. 32, n. 143, p. 68, jan. 2007.

⁶⁰⁴ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 157.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 157. Diz o autor que a própria ideia de que os juízes devem analisar cada caso conforme o momento em que são propostos, interpretando conforme os materiais à sua disposição, já constitui escolha de um método interpretativo.

⁶⁰⁶ SINGH, Simon. *Fermat's last theorem*. Toronto: Penguin Books, 1997. p. 20/21.

margem de erro, ainda que mínima, pode estabelecer um vínculo tão poderoso quanto a paternidade? Em que momento deixou essa prova de ser um elemento formador do convencimento do juiz para se tornar um vetor indicando a única direção em que rumar?⁶⁰⁷

Mesmo em casos tão específicos quanto os de investigação de paternidade, a limitação da valoração do material probatório científico⁶⁰⁸ é sempre carregada de

⁶⁰⁷ O tema é ricamente explorado por CÂMARA, Alexandre Freitas. A Valoração da Perícia Genética: está o juiz vinculado ao resultado do “exame de ADN”? In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 11-21, examinando pontos de vista científicos que criticam o resultado da prova de ADN, sujeita a muitas variações, concluindo que sua valoração deve se dar à luz do conjunto probatório, e não isoladamente. Na realidade, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando esse entendimento, como se vê no RESP 1.068.836/RJ: “DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DO RÉU. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. FALTA DE PROVAS INDICIÁRIAS. 1. “Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção juris tantum de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudências que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.” (REsp. 692.242/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 12.09.2005. 2. In casu, o Apelado foi registrado civilmente, constando o nome do seu genitor no assento do nascimento. Durante 36 anos acreditou ser aquele que lá figurava o seu verdadeiro pai e na condição de seu filho biológico foi criado, tratado e amado. Após sua morte, a mãe contou-lhe que o Réu era o pai biológico. 3. Pensamento contrário ao sufragado pela jurisprudência desta Corte geraria situações em que qualquer homem estaria sujeito a ações temerárias, quiçá fraudulentas, pelas quais incautos encontrariam caminho fácil para a riqueza, principalmente, se o investigado é detentor de uma boa situação material. 4. Recurso especial CONHECIDO e PROVIDO, a fim de julgar improcedente o pedido lançado na exordial.” BRASIL. STJ, REsp 1.068.836/RJ, Rel. Ministro Honildo Amaral De Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 19/04/2010. Acrescente-se que o erro humano pode ocorrer em qualquer etapa do exame, como já se verificou em alguns julgados no Brasil. Por exemplo: “APELAÇÃO. DECRETO DE REVELIA DE UM DOS APELADOS. INSUSCETIBILIDADE DA MEDIDA PARA GERAR MELHORIA AO APELANTE. INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. CONSUMIDOR EQUIPARADO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FORNECEDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEFEITO NO SERVIÇO. FRAUDE POR TERCEIRO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. AUSÊNCIA. EXAME DE DNA. ERRO. EFETIVA LESÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NECESSIDADE DE PLURALIDADE DE RESPONSÁVEIS PELA CAUSAÇÃO DO DANO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PARÂMETROS [...]. 5. O sofrimento causado por resultado equivocado de exame de DNA não caracteriza mero dissabor inerente à vida cotidiana, mas fato idôneo a macular efetivamente direito de personalidade do indivíduo, trazendo angústia quanto sua origem genética. [...]” TJMG; APCV 1068551-10.2009.8.13.0439; Muriaé; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Pedro Bernardes; Julg. 08/09/2010; DJMG 04/10/2010. No mesmo sentido: TJGO; AC 131860-7/188; Uruaçu; Rel. Des. Ronnie Paes Sandre; DJGO 09/03/2009; Pág. 262. E ainda: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NEGLIGÊNCIA DO LABORATÓRIO. MATERIAL GENÉTICO FORNECIDO POR FALSÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ADEQUAÇÃO. AINDA QUE TERCEIRO TENHA SE UTILIZADO DE DOCUMENTOS FALSOS POR OCASIÃO DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO, NÃO FICA O LABORATÓRIO ISENTO DE SUA CULPA PELO EVENTO OCORRIDO, QUAL SEJA O ERRO NO RESULTADO DO EXAME, POIS HOUVE FALHA QUANTO AO SEU DEVER DE CAUTELA QUE DEVE NORTEAR A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO PARA EXAME DE DNA. À falta de critérios objetivos, deve o juiz agir com prudência ao fixar o *quantum* indenizatório, atendendo às peculiaridades do caso sob julgamento e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor não deve ser nem tão grande, que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno, que se torne inexpressivo. TJMG; AC 1.0439.05.040478-9/001; Muriaé; Décima Oitava Câmara Cível; Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues; Julg. 29/09/2006; DJMG 19/10/2006.

⁶⁰⁸ A respeito da prova científica, se tem, nos Estados Unidos, a célebre oposição entre os chamados *Frye Test* e

problemática. Nesse caso específico, conjugar sentença e prova pericial parece fundamentalmente errado, tão enganoso quanto afirmar que somente uma forma de interpretação da lei é cabível.⁶⁰⁹

Daubert Test. No caso *Frye v. United States*, ocorreu a condenação do acusado, James Alphonso Frye, por homicídio. A sua defesa pretendia apresentar um teste que verificava a pressão sanguínea do acusado, para demonstrar que não mentia ao afirmar que era inocente. O teste, à época de alegado alto nível científico, apresentou-se como precursor do moderno “detector de mentiras”. O pedido foi negado, nas instâncias ordinária e recursal. A Corte de Apelos do Distrito de Colúmbia assim decidiu: “Justo quando um princípio científico ou descoberta atravessa a linha entre os estágios experimental e demonstrável é difícil de definir. Em algum lugar nessa zona de penumbra a força de evidência do princípio deve ser reconhecida, e enquanto os tribunais acabam por admitir o depoimento de *experts* a partir de um princípio ou descoberta científica bem reconhecido, a ‘coisa’ da qual a dedução deve ser feita deve estar suficientemente estabelecida e ganhar aceitação geral no campo do conhecimento ao qual pertence.” *Frye v. United States* (54 App. D.C., 293, 1923). Disponível em: <<http://www.law.ufl.edu/faculty/little/topic8.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2010. Mais recentemente, o caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals* (509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1992) estabeleceu um novo entendimento na área. Afirmou que as *Federal Rules of Evidence*, de 1975, acabaram por revogar a possibilidade de utilização do precedente *Frye* quando o tribunal examina a possibilidade de uso de uma prova científica, citando o artigo 702 do referido dispositivo legal. Mas, no caso em comento, a prova produzida pelos autores da demanda foi desconsiderada, ante outras provas, também científicas, apontarem conclusão diversa. Tratava-se, então, de pedido de condenação da empresa farmacêutica, pois o remédio *Bendectin* teria causado defeitos de nascimento nos filhos dos autores. No entanto, a prova científica apresentada, na forma de depoimento de *experts*, soou excessivamente “produzida” especialmente para aquele caso, já que não havia nenhuma outra informação a respeito de outras ocorrências de defeitos de nascimento nos filhos de mães que consumiram *Bendectin*. Ao contrário de *Frye*, o *Daubert test* admite que o próprio julgador seja o *gatekeeper*, estando incumbido “do filtro e da valoração discricionária da confiança e do controle dos *methods and procedures*” de cada uma das provas científicas apresentadas pelas partes, relacionadas ao que elas pretendem provar na demanda. CANZIO, Enio. Prova científica nel processo penale. In: *Decisione giudiziaria e verità scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 60. As cortes passaram a enfrentar a questão do ponto de vista da *junk science*, e ocasionalmente comentam o caso *Frye* como precedente válido a respeito do conhecimento científico. Em uma dessas análises (*Berry v. CSX TRANSPORTATION, INC.*, 709 So.2d 552 - Fla. 1st DCA 1998), registrou-se que o entendimento em *Frye* não era de que a *opinião* do perito deveria ser geralmente aceita, mas sim a metodologia que ele empregou na descoberta da resposta que ora apresentava perante o juízo. Mas é verdade que, no período entre 1975 e o julgamento *Daubert*, o precedente *Frye* e as *Federal Rules of Evidence* eram utilizadas de forma conjunta por alguns julgadores, numa posição que poderia denominar-se eclética. (*U.S. v. Kozminski*, 821 F.2d 1186 (6th Cir. 1987), 487 U.S. 931 (1988)). A esse respeito, decidiu que “para o testemunho de um *expert* possa ser aceito sob a regra 702, quatro requisitos devem ser atendidos: 1. um perito qualificado; 2. testemunhando a respeito de uma matéria específica; 3. em conformidade com uma teoria explanatória geralmente aceita; 4. cujo valor probatório supera qualquer possível efeito prejudicial.” (Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=487&invol=931>>. Acesso em: 20 dez. 2010).

⁶⁰⁹ A discussão entre Posner e Vermeule é um excelente paradigma dessa constatação. Posner, em primeiro momento, defendendo a teoria de Blackstone, afirma que a interpretação literal e formalista (clássica) é pobre, pois resultaria, conforme a legislação bolonhesa, mencionada por Pufendorf, que previa punição severa para o derramamento de sangue nas ruas, na condenação de um cirurgião que, ao acaso, tivesse de operar um paciente na rua, derramando seu sangue. A interpretação teleológica (*purposive interpretation*), segundo Posner, é que impediria uma condenação absurda de um homem que salvou a vida de outro, com base na verdadeira meta da lei, e não naquilo textualmente disposto. A preocupação de Vermeule é de que, com essa forma interpretativa, ocorrerão “falsos positivos”, em julgamentos que uma previsão legal será considerada como absurda ou inaplicável, quando não propriamente o é, em quantidade muito superior à verificada de “falsos negativos”, situação oposta. Na sua réplica, Posner pondera que não existe qualquer evidência dessa situação exposta ser verdadeira, e que a interpretação teleológica dentro da *common law* existia muito antes da formação dos Estados Unidos. Sua exposição verifica que as medidas de performance judicial quantitativas são eivadas de defeitos e limitações, motivo pelo qual uma mensuração qualitativa se faria presente – aliás, conforme Posner, a aferição quantitativa de produção judicial é um poderoso indicativo de que o judiciário está afastado da academia atualmente. Nesse debate, o que se extrai é a riqueza de métodos interpretativos, e que a opção exclusiva por um deles não esgota a realidade, nem resolve todas as

O entendimento consolidado acerca do tema da investigação de paternidade tem raiz nos estudos de probabilidade em matéria probatória. Estes aparecem, não só como um método, ou uma ferramenta auxiliar, mas como meio de controle da atividade jurisdicional. É de se ponderar que teorias acerca de “probabilidades”⁶¹⁰, nessa seara, esbarram em três problemas fundamentais. Primeiramente, afiguram-se como tentação, já referida, de controle “absoluto” sobre a função judicial, reconhecendo a matemática como a única ciência de comprovação total. De outra banda, há gigantesca complexidade inerente ao processo mental consciente de utilização desse tipo de ferramenta, como se vê na teoria de Bayes,⁶¹¹ sendo a proposta de Cohen, fundada em uma descrição mais fiel da racionalidade valorativa judicial, mais compatível “com a complexidade da natureza humana e com a realidade dos tribunais”⁶¹², mas reconhecidamente fugidia do conhecimento de todos os julgadores.

A terceira oposição é a de que a motivação judicial não tem de se inserir no domínio

demandas propostas. Tudo cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 57-59 e POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 214 et seq. Para uma análise mais profunda desse tipo de interpretação na *common law* em particular: BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in law*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

⁶¹⁰ A evolução das teorias de probabilidades, bem dizendo, *probabilidade-frequência, probabilidade lógica e probabilidade indutiva* é historiada em REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 196-209.

⁶¹¹ O Teorema de Bayes tem a pretensão de “determinar matematicamente, a partir do equacionamento de probabilidades, a probabilidade de um evento B ser verdadeiro se um evento A também o for.” A análise ‘introdutória’ ao tema, feita por Reichelt, resume muito bem o tema. *Ibid.*, p. 196-199. O mesmo autor aponta a abordagem da probabilidade indutiva de Cohen como uma contraposição à teoria de Bayes, pois não residiria em termos puramente matemáticos, mas apenas em termos lógicos. Diz o autor: “Para demonstrar a validade da ideia de suporte indutivo como uma função não-matemática, Cohen lança mão de dois argumentos para demonstrar as limitações da aplicabilidade dos juízos pautados em probabilidade matemática que se desenvolve em âmbito jurisdicional. O primeiro deles envolve a observação no sentido de que o resultado da combinação de duas proposições, quando considerado provado em função de uma terceira proposição, acaba por apresentar o mesmo grau de um suporte indutivo presente na proposição que apresentar menor grau de suporte indutivo dentre aquelas que foram cotejadas ou, ainda, o mesmo grau de qualquer uma das proposições, se elas apresentarem o mesmo grau de suporte indutivo. Sob a ótica de tal argumento, rechaça Cohen a regra segundo a qual a probabilidade da conjunção de duas proposições é o resultado da multiplicação de suas respectivas probabilidades. De outro lado, traz o autor à tona o problema das anomalias em termos de probabilidade indutiva, demonstrando a possibilidade de que o suporte indutivo de uma hipótese H em face de uma prova E seja maior do que zero mesmo quando E contradiz H. Ao referir que tal proposta não se apresentaria aceitável em termos de probabilidade matemática, toma-a Cohen como motivo que autorizaria a conclusão no sentido da incomensurabilidade dos graus de suporte indutivo em termos puramente matemáticos, mas apenas em termos lógicos.” p. 204. Bruno Cavallone questiona se é realmente possível e útil a tentativa de ensinar aos magistrados o Teorema de Bayes ou, ainda assim, esquemas tão intrincados de raciocínio. Conclui que é importante afastar o julgador da *junk science*, recaindo nos aspectos práticos já estabelecidos dentro da ciência jurídica e do que entendia Giuliani por “lógica judiciária”. CAVALLONE, Bruno. *Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant’anni dopo Chiovenda)*. In: *Le prove nel processo civile: quaderni dell’associazione fra gli studiosi del processo civile*. Tomo LVII. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 42-44. Já Jordi Fenoll lembra o estudo dos matemáticos Amos Tversky e Daniel Kahneman, que concluíram que as pessoas, para decidir, não se valem de cálculos probabilísticos, mas recorrem a estratégias muito simples, como princípios gerais de atuação diante de certa situação. FENOLL, Jordi Nieva. *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 72-73.

⁶¹² REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 205.

de uma afirmação apodítica, justamente porque a justificação interna dela, sua coerência lógica entre premissas e conclusão, é sua ocupação maior.⁶¹³ Não se afasta, contudo, o mérito dos chamados *standards judiciais*, muitos dos quais trabalham em conjunto com alguma noção de probabilidade.⁶¹⁴ Aqui, a crítica é mais direcionada à criação de um instrumento tão “precioso” cuja utilização seja impossibilitada pela sua própria natureza complexa. Seria da essência dessa ferramenta a inviabilidade de sua utilização, ou a nocividade de sua colocação como panacéia resolutória de todos os problemas interpretativos com os quais se depara o julgador, como um martelo a pregar parafusos. Mesmo a expressão “lógica jurídica” já sofreu duros ataques nos últimos anos⁶¹⁵, já que não se diferencia, para alguns juristas, do que é normalmente chamado de “lógica pura e simples”.

O amparo da decisão na racionalidade deve valer-se do reconhecimento do aspecto pessoal da mesma⁶¹⁶, uma vez que os juízes, como outros tomadores de decisão, nunca agem com racionalidade absoluta.⁶¹⁷ Talvez a raiz do problema esteja em aliar a ideia de pessoalidade ou subjetividade à caracterização de “descontrole”, como se somente a racionalidade pura, matemática, pudesse ser alvo de controle externo ou, ainda, de ingrediente “ilógico” na decisão e, portanto, arredo ao controle externo.

Os recursos decisórios dos quais pode lançar mão o julgador muitas vezes sequer lhe são conhecidos. Nem se trata aqui das ferramentas mais elementares, tais quais *standards judiciais*, mas de discussões, como os efeitos sistêmicos de uma decisão ou dos chamados “custos jurídicos” de uma sentença transitada em julgado. Não há como efetuar análise precisa dessas consequências, até mesmo porque o que está na frente do magistrado é a situação particularizada, via de regra; ou, ainda que coletiva, a mensuração dos efeitos é difícilima.

Torna-se importante o reconhecimento da atividade judicial como eminentemente

⁶¹³ BORGES, Hermenegildo. *Vida, razão e justiça: racionalidade argumentativa na motivação judiciária*. Coimbra: MinervaCoimbra, 2005. p. 70.

⁶¹⁴ A probabilidade não corresponde ao *id quod plerumque accidit*, mas ao que é “eticamente preferível: existe uma escala de probabilidades, que é conexas a um sistema de valores. [...]. O caráter ético da probabilidade pressupõe melhor uma análise da estrutura do mundo humano, histórico: uma presunção a favor do passado e da história, uma defesa do indivíduo (*in dubio pro reo*).” GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 231.

⁶¹⁵ Como, por exemplo, Georges Kalinowski, ao afirmar que “é vão tentar estudar uma lógica jurídica no sentido próprio do termo, pois ela não existe.” *Juristische Logik*. Berlin: Springer, 1966, p. 7 apud PERELMAN, Chaim. *Logique Juridique: nouvelle retorique*. Paris: Dalloz, 1999. p. 3. Em esteira análoga, mas em crítica mais ampla: ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Desmystifying legal reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁶¹⁶ Taruffo assinala como um “erro substancial” a intenção de remover o raciocínio do juiz de seu contexto humano, de senso comum, colocando-o “como um simples esquema lógico colocado no vácuo”. TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 355, p. 103 2001.

⁶¹⁷ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 155.

humana, e não mecânica, não sendo exigível do magistrado uma neutralidade em relação a sua própria pessoa, a sua experiência, sendo “absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa.”⁶¹⁸ É desejável que essas pessoas tenham experiência rica de vida, pois a sabedoria necessária para o julgamento não é bem obtido de uma vez só, mas construído ao longo de uma vida.

A decisão irracional não é a decisão não-fundamentada, mas resultado de um “impulso humano (...) – medo, cólera, vingança, e sobretudo, erro.”⁶¹⁹ O irracionalismo jurídico é a utilização de elementos não jurídicos a justificar a decisão.⁶²⁰ A racionalização, portanto, deve se dar sob a ótica de “tornar compreensível” a decisão tomada, com a utilização de argumentos jurídicos, que possam ser objeto de controle, conforme anteriormente demonstrado. É a exposição lógica e sequencial do enfrentamento, pelo juiz, da demanda perante ele proposta; levando ele em consideração a decomposição necessária de sua obrigação de fundamentar em *motivos* e *fundamentos*, não se furtando a expor a completude de seu pensamento.

2.4 CONCLUSÃO PARCIAL

A sagaz observação de Jerome Frank é bastante importante: mesmo aquele que se julga o mais imparcial dos juízes, pode estar agindo com raízes autoritárias ou arbitrárias.⁶²¹ O juiz não analisa a “asa de um mosquito ou um cometa familiar”, diz ele, “mas situações

⁶¹⁸ “É permitido ao juiz professar credo religioso e ter opção por corrente política ou filosófica. Não é motivo para afastamento do juiz por parcialidade o fato de ser conhecida sua opção política, filosófica ou religiosa.” Tudo cf. NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 351. Aqui subjaz bastante polêmica, já que aos juízes é defeso dedicar-se à atividade político partidária. Tênuê linha se estabelece ao separar do que se trata tal “dedicação”, já que, geralmente, as manifestações de opção política se dão de forma bastante pública, poder-se-ia dizer “dedicada”, em comícios, atividades partidárias, etc. Essa vedação não vai sem razão; está constitucionalmente prevista, sendo considerável a influência que pode exercer sobre os desígnios judiciais, especialmente nos casos em que advoga contra qualquer esfera do Poder Público, que muitas vezes se confunde com o partido exercendo o mandato eletivo. A contrário senso, a forma como cada um professa sua fé, dificilmente de forma não pública e notória, certamente não ocasiona alteração do padrão da “neutralidade” exigível.

⁶¹⁹ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Editorial Trotta, 2000. p. 331.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 332.

⁶²¹ FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973. p. 155.

históricas humanas”⁶²², que precisam sempre sofrer um juízo de valor. Parafrazeia Montaigne, lembrando que, por mais bem-intencionado um juiz, suas ações devem ter contato antes com a sua consciência do que com suas inclinações, ainda que ocultas, à amizade, parentesco, vingança, e até mesmo outros fatores não tão diretamente influentes, mas que igualmente possam pender a balança em favor de uma das partes.⁶²³

A tarefa é tornar o ato de julgar o mais *racional, consciente e expreso possível*, ainda que inegável uma camada de subjetividade inerente às decisões, seja irremovível, de forma completa, de toda conduta humana. Essa atitude, conscientemente realizada, vincula-se à própria confiabilidade dos argumentos decisórios: tão mais confiável é um argumento, de qualquer natureza, se ele pode ser articulado além de nossas emoções, sendo tal articulação um “ingrediente fundamental de um ato de confiança responsável.”⁶²⁴

Quanto à *racionalidade*, de sua vez, é indispensável, pois só os elementos racionais são juridicamente controláveis. Os componentes irracionais, bem dizendo, emocionais, da sentença, não são suscetíveis de controle, a não ser que determinem a presença de *dolo*, o que acarreta a responsabilização pessoal do julgador.⁶²⁵ Mas, há de se admitir, tal ocorrência é bem mais rara, pois a esmagadora maioria dos julgamentos contém, ao lado de elementos subjetivos, apontamentos racionais, embasamento legal etc.

Mais uma vez, transparece o realismo jurídico norte-americano, analisado no primeiro capítulo, não para admitir ou permitir que as decisões judiciais sejam puramente subjetivas e/ou aleatórias, mas para por em evidência “que não é possível eliminar, de todo, a intuição do julgador [...], ou a pré-compreensão [...]”⁶²⁶ Esse movimento “atenta e alerta para essa contingência, trazendo-a para o centro do debate jurídico e pondo na fundamentação o veículo capaz de promover a racionalização jurídica da convicção judicial.”⁶²⁷

Muito bem assinala Benjamin Cardozo que “as excentricidades dos juízes se contrabalanceiam”.⁶²⁸ A segurança jurídica não é diretamente atingida pela questão da

⁶²² FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973. p. 155.

⁶²³ Ibid., p. 163.

⁶²⁴ ORIGGI, Gloria. *Qu'est-ce que la confiance?* Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2008. p. 32.

⁶²⁵ A esse respeito, o estudo singular de LASPRO, Oreste Nestor Souza de. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000. p. 234 et seq.

⁶²⁶ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

⁶²⁷ Ibid., p. 25.

⁶²⁸ “One judge looks at problems from the point of view of history, another from that of social utility, one is a formalist, another a latitudinarian, one is timorous of change, another dissatisfied with the present; out of the attrition of diverse minds there is beaten something which has a constancy and uniformity and average value greater than its component elements. The same thing is true of the work of juries.” CARDOZO, Benjamin.

eventual subjetividade. Mortalmente ferida pode ser, no entanto, caso as sentenças não reflitam a *verdadeira* motivação ocorrida. Não se pretende racionalizar *ad extremum* a emoção, a ideologia ou qualquer característica pessoal do juiz, mas sim torná-la compreensível e legível para as partes, ao ponto de que possa ser externamente controlada. Racional se apresenta, nessa quadra, toda decisão que oferece às partes a possibilidade de sua compreensão pelo refazimento do *iter* decisório do magistrado, ainda que, nesse caminho, existam porções de subjetividade com as quais essas mesmas partes não concordem, mas compreendem. Assim, a lição de Danilo Knijnik afigura-se indispensável: “Somente uma fundamentação específica, medida pela ciência jurídica, garantirá que o ‘indivíduo fique livre do acidente ou da causalidade da subjetividade do juiz’”.⁶²⁹

Após concluir que só a fundamentação completa legitima o exercício da função jurisdicional e, mais, que sua decomposição evidencia elementos objetivo-rationais e subjetivos, deve-se registrar que a utilização exclusiva dos elementos subjetivos invalida por completo a decisão. A motivação existe para prevenir o arbítrio, e não para incentivá-lo. Ainda que se admita uma porção subjetiva na decisão, é impensável e indesejável, neste momento histórico, a ideia de que um ponto de vista ideológico ou um sentimento sejam os únicos fatores decisórios. A proposta de fazê-los constar do *decisum* parte da exata noção de que só com sua verbalização expressa e amplo conhecimento é que pode haver seu controle e, se necessária, a modificação do decidido.

The nature of the judicial process. New York: Dover Publications, 2005. p. 173.

⁶²⁹ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 24.

CAPÍTULO III - O CONTROLE DA FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA FUNDAMENTAÇÃO

Apresentada, *retro*, a exposição da tipologia motivacional, passa-se ao exame da questão de, saber, afinal, qual é o controle possível de ser exercido. Afinal, a divisão efetuada reconhece a existência de alguns motivos, denominados “psicológicos”, que não são passíveis de controle. Mas a primeira categoria, de motivos suscetíveis de revisão, na perspectiva jurídica, merecem atenção especial.

Primeiramente, será enfrentada a consequência da ausência, na decisão, da “fundamentação atrás da fundamentação”, para depois verificar os instrumentos à disposição das partes para o seu controle. Relembra-se a importância fundamental que a categoria dos *obiter dicta*, bem como da fundamentação falsa (ou fictícia) tem nesse ponto em particular. Afinal, é partir do reconhecimento da decomposição dos fundamentos, exigidos constitucionalmente nas decisões judiciais, em motivos e fundamentos *stricto sensu*, que o próprio conceito de fundamentação falsa alimenta-se de caracteres essenciais. Adicionalmente, os *obiter dicta* perdem seu aspecto coadjuvante, para, como protagonistas nessa investigação, apontarem indícios de possível “fundamentação atrás da fundamentação”.

3.1 CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA/CARÊNCIA DE “FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA FUNDAMENTAÇÃO”

3.1.1 Perspectiva Jurisprudencial

A análise operada pelos tribunais pátrios não leva em consideração a distinção do presente estudo entre *motivos* (caracterizados como “fundamentação atrás da fundamentação”, quando não expressos) e fundamentos. Todavia, isto não é constitui problema, pois, tendo o presente estudo concluído pela alta relevância daquela primeira categoria, os efeitos aplicáveis são idênticos, em qualquer caso. Portanto, a ausência de “fundamentação atrás da fundamentação”, quando se demonstre necessária, terá as mesmas consequências da inexistência de motivação, como entendido pelas cortes pátrias.

Os tribunais encarregaram-se de diferenciar *ausência de motivação* e *carência de*

motivação. A *ausência* caracteriza-se pela omissão, na sentença, das razões do convencimento judicial⁶³⁰, ao passo que a *carência* de motivação aponta para a impossibilidade de controle da decisão por conta de suas falhas. Ada Pellegrini Grinover, baseada em trabalho elaborado junto ao Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, entende, com precisão, que a ausência de motivação pode consistir: a) na omissão das razões do convencimento; b) em erro lógico jurídico, de modo que as conclusões não decorram logicamente das premissas (carência de motivação intrínseca); ou c) na omissão de fato decisivo para o juízo (carência de motivação extrínseca).⁶³¹

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, exerce distinção própria, entendendo que a referida carência motivacional, seja extrínseca ou intrínseca, por si só, não gera qualquer nulidade para a decisão. No entendimento do STF, somente a sentença não motivada é nula. Não é nula a sentença com motivação sucinta⁶³² ou deficiente.⁶³³ A carência de motivação é entendida como motivação *suficiente*. Verifica-se que a Corte Constitucional tratou, talvez por questão de ordem prática, em não atribuir qualquer corolário à carência de motivação.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, adotou entendimento diverso, conforme se depreende do julgamento do Recurso Especial no. 311.022/SP. Neste precedente, o Ministro José Delgado endossou o entendimento de Ada Pellegrini Grinover. Em seu voto, o Ministro registra que o Tribunal de origem “não entregou, de modo completo, a prestação jurisdicional requerida, haja vista que se omitiu sobre questão de fundo relevante.”⁶³⁴ É precisamente esta a orientação acerca da carência de motivação, em particular aquela de ordem extrínseca.

A ausência de motivação, de outra banda, quando enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, é ensejadora de nulidade da decisão⁶³⁵. De forma mais importante, no Habeas Corpus

⁶³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 50, p. 8, 1990.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 9, baseada na distinção elaborada por Taruffo, exposta no primeiro capítulo. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 222 et seq.

⁶³² O Supremo Tribunal Federal não considera motivação sucinta, ou concisa, como ausente. O problema vem justamente da consideração do que vem a ser “sucinta”. É evidente que não cabe declarar a nulidade de uma decisão porque o magistrado possui elevado poder de síntese – cabe analisar, sim, a cada caso, se existe ausência de motivos decisórios ou se eles realmente ali constaram de forma sintetizada, nos termos do STF: a exigência de fundamentação não “exige que o órgão judicante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação do seu conhecimento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no agravo de instrumento 654.413-2/PA*. 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 12.08.2008.

⁶³³ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 77.792. 1ª Turma. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, julgado em 15.10.1974.

⁶³⁴ BRASIL. STJ. *Recurso Especial 311.022/SP*. 1ª Turma. Relator Ministro José Delgado. Julgado em 07.06.2001, DJ 27.08.2001, p. 232. O trecho referido está na segunda página do voto do Relator.

⁶³⁵ BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário 540.995-3/RJ*. 1ª Turma. Relator Ministro Menezes Direito. Julgado em 19.02.2008.

84.383/RS, da 2ª. Turma, no voto do Relator Min. Cezar Peluso, considerou-se nula decisão que, “provendo recurso exclusivo do representante do MP, condena o réu, sem manifestar-se sobre tese suscitada pela defesa nas contra-razões.”⁶³⁶ O direito fundamental à motivação das decisões judiciais, e, portanto, à presença da “fundamentação atrás da fundamentação” expressa na sentença, praticamente só é examinado pelo Supremo Tribunal Federal quando a demanda for de matéria criminal⁶³⁷. Em raras ocasiões⁶³⁸ houve julgamento de matéria cível em que se considerou a existência de violação ao preceito insculpido no art. 93, IX. O entendimento consolidado é o de que a ausência de motivação é mera ofensa *reflexa*, se existente, pois a matéria não é diretamente examinada por depender de “exame prévio e necessário da legislação comum”⁶³⁹, o que descaracteriza a possibilidade de acesso à via extraordinária.

3.1.2 Identidade de Consequência Entre Carência e Ausência de Fundamentação

As três situações propostas pela Prof^a. Ada e adotadas por parte da jurisprudência auxiliam na identificação dos casos de violação ao direito fundamental de motivação das decisões, mas não diferem entre si, salvo melhor juízo, na determinação das consequências.

Não se consegue efetuar verdadeira distinção entre *carência* de fundamentação e *ausência* de fundamentação, no que diz respeito às suas consequências⁶⁴⁰. Em que pese o

⁶³⁶ BRASIL. STF. *Habeas Corpus* 84.383/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 31.10.2006, DJ 07.12.2006, p. 67.

⁶³⁷ Como no seguinte acórdão, datado de 1975, mas que demonstra antiga preocupação do Pretório Excelso com a matéria na seara criminal: “SENTENÇA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. Nulidade reconhecida e nula a sentença que não preenche os critérios do art. 381 do Código de Processo Penal.- Pedido de habeas corpus deferido.” BRASIL. STF. HC 53245; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Bilac Pinto; Julg. 15/04/1975; DJU 06/06/1975.

⁶³⁸ II. Recurso extraordinário: Violação do art. 93, IX, da Constituição: Provimento. É nulo, por ausência de motivação (CF, art. 93, IX) o acórdão que se omite sobre preliminar de incompetência absoluta do colegiado de segundo grau, omissão reiterada no julgamento dos embargos de declaração. BRASIL. STF. AI-AgR 526.768-2; Primeira Turma; Rel. Desig. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 09/08/2005; DJU 21/10/2005; p. 21.

⁶³⁹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRECEITO INSCRITO NO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONTENTIOSO DE MERA LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da plenitude de defesa e da motivação dos atos decisórios, por dependerem de exame prévio e necessário da legislação comum, podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da constituição, o que não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. BRASIL. STF, RE-AgR 551.807; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 25/05/2010; DJE 01/07/2010; p. 64. E assim, diversos precedentes no exato mesmo sentido.

⁶⁴⁰ Assim como WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo:

entendimento do Supremo Tribunal Federal, em qualquer caso de deficiência da motivação, as partes estão sendo alijadas do pleno exercício do contraditório, já que o julgador deveria ter-se manifestado de forma *completa*, tornando sua decisão compreensível para as partes e fazendo entender o nexo existente entre a demanda proposta, a *análise judicial*, e a decisão final.

Portanto, de ser aplicada, sempre e sempre, a previsão constitucional do art. 93, IX, da Constituição Federal, decretando a nulidade do *decisum*, sempre que constatado defeito *grave* de motivação; seja este defeito a ausência de motivação, seja a carência de motivação, a lesão resultante é a mesma, desde que a tal carência evidencie a supressão de elemento indispensável.

O Supremo Tribunal Federal falha sistematicamente na sua função precípua de guardião⁶⁴¹ do texto constitucional ao fornecer solução de ordem prática, e não jurídica, ao assoberbamento de sua função com o sem-número de recursos propostos. O entendimento consolidado acaba por fazer letra morta do direito fundamental à motivação em matéria cível, restringindo-o de forma indevida.⁶⁴² Admita-se que o bem tutelado nas demandas que versem sobre matéria criminal seja de maior importância.⁶⁴³ Contudo, a previsão constitucional não se aplica tão somente a esta seara, mas é de validade geral para todas as demandas propostas perante o Poder Judiciário. A derrota é do jurisdicionado, que fica sujeito ao possível arbítrio do julgador.

Alejandro Nieto⁶⁴⁴ pondera que o que determina a invalidade de uma sentença é a ausência de elemento *relevante*. Contudo, também admite que a fronteira entre o relevante e o irrelevante é tremendamente sutil, destacando a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol

Revista dos Tribunais, 2007. p. 296. Refere a autora que existem duas espécies de vícios das sentenças, todos redutíveis a somente um, a ausência de fundamentação, que gera nulidade da sentença. Nesse mesmo sentido: SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Podivm, 2007. p. 205.

⁶⁴¹ Art. 102, Constituição Federal: *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]*.

⁶⁴² É de ser lembrada a lição de Canotilho, a respeito do princípio da máxima efetividade em matéria constitucional: não pode ser dada ao dispositivo referido aplicabilidade mais restrita que indevidamente limite sua eficácia, pois, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1149, apud SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Podivm, 2007. p. 192.

⁶⁴³ O que demanda, necessariamente, diferentes níveis de exigência probatória para tipos diversos de casos. Nessa divisão, encontram-se quatro *modelos de constatação*, pois a distinção da matéria em singelamente cível ou criminal pode ser pobre. Bom exemplo disto são as ações cíveis denominadas *fortes* ou *especiais*, nas quais não se discute tão somente questão patrimonial, como nos casos de família (*e.g.*, destituição de pátrio poder) ou que tenham “*certo caráter penal*”, como nas ações por improbidade administrativa. Nesses casos, é exigível prova clara e convincente, modelo de constatação no qual haja mais do que simples preponderância de provas, não necessitando estar acima da dúvida razoável, bastando ser *altamente provável*. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38 et seq.

⁶⁴⁴ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000. p. 282.

no STC 14/1991:

O direito à motivação das sentenças ‘não autoriza exigir um arrazoado judicial exaustivo e pormenorizado de todos os aspectos e perspectivas que as partes possam ter da questão que se decide, senão que devem ser consideradas suficientemente motivadas aquelas resoluções judiciais que venham apoiadas em razões que permitam conhecer quais foram os critérios jurídicos essenciais e fundamentais da decisão; não existindo, portanto, um direito fundamental do jurisdicionado a uma determinada extensão da motivação judicial... qualquer seja sua brevidade e concisão que, por regra geral, mais do que suspeita de ser lesiva ao direito da tutela judicial efetiva, possui qualidade não só desejável mas também legalmente pré-determinada pelo art. 359 da LEC.’⁶⁴⁵

Não parece razoável o entendimento do Tribunal Constitucional espanhol, a dizer que “qualquer seja sua brevidade e concisão” está preenchido o direito do jurisdicionado à motivação. Admite-se a decisão sintética, mas clara, a questão não reside na brevidade dos enunciados motivacionais. A problemática advém, no caso do presente estudo, da sentença que é *logicamente* incompleta, a ponto de, em determinadas passagens, evidenciar a possível existência de *motivo determinante não expresso*.

A carência, no presente estudo, vai também entendida como *insuficiência* de motivação. Ela representa a ausência não de todos os motivos do juiz, mas de justificação apropriada para a integralidade da decisão, de forma que ela não consegue se sustentar só com os argumentos fornecidos. O juiz pode incorrer nesse vício quando “não expressa as premissas de suas argumentações, quando não justifica as premissas não são aceitas pelas partes, quando não indica os critérios de inferência (e.g., as máximas de experiência)”⁶⁴⁶, entre outros elementos possíveis.

Não há outra saída possível: havendo a ausência ou carência de motivos decisórios a ponto de comprometer a validade da decisão, aí entendida a *fundamentação atrás da fundamentação*, a nulidade do *decisum* é declaração obrigatória do juízo revisor ou rescindendo, em atenção ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

No entanto, muito embora o Superior Tribunal de Justiça não possa analisar matéria de índole constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal⁶⁴⁷, as lesões à legislação infraconstitucional são de sua competência, nos precisos termos do art. 105, III, “a”, da Carta Maior. E, nessa trilha, os mais variados dispositivos de

⁶⁴⁵ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Editorial Trotta, 2000. p. 282.

⁶⁴⁶ *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 207.

⁶⁴⁷ Além da competência definida em lei, este é o posicionamento adotado pelo STJ, conforme se depreende do julgamento do REsp 704459/RJ. 4ª Turma. Relator Desembargador Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. Julgado em 23.02.2010, DJe 08.03.2010, RSTJ vol. 218, p. 394.

lei permitem que seja efetuado controle acerca da motivação judicial, já referidos no capítulo 2, item 2.3. Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça tem estabelecido que “a motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato aos arts. 131, 165, 458, II, e 535 do CPC”⁶⁴⁸ ou, ainda, que “O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC”.⁶⁴⁹

Portanto, em que pese não reconheça o STJ, em grande parte dos casos, a ocorrência de lesão aos dispositivos concernentes à obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, a Corte se propõe a analisar o mérito do pedido, ao contrário do Supremo. Isto permite concluir que, nos casos em que a violação é reconhecida, não se trata de matéria exclusivamente constitucional, podendo ser declarada a nulidade das decisões por afronta aos artigos 131 e 458, II, do Código de Processo Civil, entre outros.

3.2 MECANISMOS DE POSSÍVEL CONTROLE DA “FUNDAMENTAÇÃO ATRÁS DA FUNDAMENTAÇÃO”

O resultado de declaração de nulidade de uma decisão judicial não pode ser o desejo final das partes, não constituindo resposta conclusiva adequada a nenhuma demanda proposta, pois não trata da questão. A decisão almejada é a solução de controvérsia de fundo, e não a colisão com um aspecto de ordem formal, sem qualquer relação com o interesse inicial das partes. Assim, apresentam-se algumas formas de controle da decisão judicial, bem como da *fundamentação atrás da fundamentação*.

Eles estão dispostos na legislação esparsa, sejam de índole constitucional ou infraconstitucional. Vão desde princípios, garantias e direitos fundamentais, até regramentos mais específicos. A primeira forma de controle, bastante complexa, é na realidade uma estrutura que se sobrepõe ao julgador (*iura novit curia*)⁶⁵⁰ e mesmo às partes, vulgarmente dizendo, são as “regras do jogo” e não podem ser desatendidas ao bel prazer de qualquer um

⁶⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1097498 / GO. 3ª Turma. Relator Desembargador Convocado Vasco Della Giustina. Julgado em 24.08.2010, DJ 01.09.2010. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1081573/RJ. 2ª Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 23.02.2010, DJe 08.03.2010.

⁶⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1062994/MG. 3ª. Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 19.08.2010, DJe 26.08.2010.

⁶⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

dos envolvidos.⁶⁵¹ Há também, à disposição das partes, meios mais simples e objetivos: trata-se das exceções de suspeição e de impedimento, e do sistema recursal que lhes é oferecido, com todas suas peculiaridades.

3.2.1 Sistema Probatório e Formalismo

Como bem pontuou Danilo Knijnik, as conclusões do “movimento” realista norte-americano, expostas na primeira porção deste estudo, evidenciam a “necessidade de um sistema probatório sistemático, [...], de modo a evitar que o convencimento judicial escape a toda forma de controle dogmático e a um real contraditório.”⁶⁵² O sistema probatório é regido por disciplinamento complexo, visando a redução da arbitrariedade e a garantia do pleno contraditório.⁶⁵³

O sistema probatório se apresenta em complexo *formal* de regras que determina os meios de prova⁶⁵⁴, quem deve produzi-la, formas de valoração⁶⁵⁵ etc. O formalismo opera, assim, papel fundamental a influenciar determinantemente na “*formação e valorização do material fático de importância para o estabelecimento da norma de decisão da causa.*”⁶⁵⁶ O formalismo que reveste o regramento processual, em sentido estrito, indica ao magistrado e às partes como devem agir para que esses atos tenham validade, por terem cumprido os requisitos legais exigidos quando da sua celebração.⁶⁵⁷ Em sentido amplo e mais abrangente, compreende a totalidade do fenômeno processual, delimitando os “poderes, faculdades e

⁶⁵¹ Assina Alvaro de Oliveira que “*não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz, e, nessa perspectiva, o formalismo atual como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.*” Ibid., p. 29.

⁶⁵² KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

⁶⁵³ A atuação do juiz limita-se não só ao sistema, mas também à própria vontade das partes, “*pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância [...]*” ALVARO DE OLIVEIRA, op cit., p. 158.

⁶⁵⁴ A lei veda os meios de prova ilegítimos, e não restringe às hipóteses codificadas os meios de prova à disposição das partes, nos termos do artigo 332, do CPC. A razão para tanto é que não se poderia deixar à inteira discricção judicial quais os meios de prova possíveis, mas também não se pode pretender elencá-los exaustivamente. A relação que consta dos códigos, de forma geral, é aquela reconhecida *pela lógica e pela experiência judicial*. LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba em derecho civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 11.

⁶⁵⁵ A valoração probatória é feita pelo julgador, mas nada impede as partes de expor-lhe a valoração por elas efetuada. Ibid., p. 354.

⁶⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

⁶⁵⁷ Ibid., p. 26.

deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.”⁶⁵⁸

Importante observar a diferença existente entre o regramento específico ao qual está submetido todo e qualquer procedimento⁶⁵⁹ e as técnicas à disposição do juiz. Estas se alteram por diferentes razões⁶⁶⁰, e sempre impõem ao julgador o apontamento das razões de sua escolha. Ou seja, existe uma base de possível relativização, identificadas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como “bases internas do formalismo”.⁶⁶¹

O magistrado está vinculado a modelos pré-constituídos, não se lhe permitindo a utilização de “*cânones de valoração por ele criados arbitrariamente*”.⁶⁶² Os modelos referidos não equivalem à tarifação legal probatória, uma vez que plenamente vigente o princípio do livre convencimento motivado, insculpido no artigo 131 do Código de Processo Civil. Trata-se de regras que determinam o desenrolar da demanda de forma pré-constituída,⁶⁶³ cuja exceção ou relativização exige motivação expressa e muito bem amparada, quer em precedentes, quer na especificidade do caso concreto.

Ad exemplum, a regra do art. 333 do CPC define que cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu, efetuar a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O ônus probatório está distribuído de forma que, ao início da lide, as partes conhecem seus deveres. Por isso, acertado o entendimento de Arthur Carpes, de que a redistribuição do ônus probatório deve ser determinada antes do final da instrução probatória “preferivelmente na audiência de conciliação e saneamento (art. 331 do Código de Processo Civil)”, e nunca em grau recursal. Só assim se preservam as garantias do contraditório, de participação e o dever de cooperação “*que deve permear a conduta dos*

⁶⁵⁸ Ibid., p. 28. Finalidade primordial essa que já ultrapassou a noção de *instrumentalidade* do processo, preconizado por Dinamarco, pois, no estágio atual da ciência processual compreende o fim do processo não é mais a singela realização do direito material, mas de “*concretização da justiça material*”. Destaca-se o *formalismo-valorativo* como nova fase metodologia nessa ciência, reconhecendo o núcleo formativo do formalismo processual a “*partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança -, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.*” Ibid., p. 22.

⁶⁵⁹ O procedimento é a “*espinha dorsal do formalismo*”, tratando-se de uma “*sequência legal de atos a ser observada pelo juiz e pelas partes, mas não só isso. Já há mais de século intuía-se que o processo não estabelece tão somente o procedere, senão que determina também as faculdades e deveres das partes e do tribunal, e mútua e recíproca relação.*” Ibid., p. 156.

⁶⁶⁰ Como, por exemplo, no caso da necessidade de procedimentos especiais por conta das particularidades de cada caso, que demandam atenção diferenciada, *ad exemplum*, causas de família de alta complexidade e demandas seriadas de baixo valor, comuns aos Juizados Especiais Cíveis. Ibid., p. 177.

⁶⁶¹ Ibid., p. 159.

⁶⁶² Ibid., p. 124.

⁶⁶³ Assevera Giuliani que o “o processo de formação do convencimento do juiz não é livre: é regulado de forma geral, abstrata, preventiva. A finalidade de um sistema de provas legais é de fato a certeza na avaliação do fato que – através de um complexo mecanismo de restrições à liberdade valorativa – tende a se resolver numa fixação formal.” GIULIANI, Alessandro. *Il conceto di prova*. Milano: Giuffrè Editore, 1971. p. 246.

sujeitos do processo.”⁶⁶⁴ A redistribuição configura exceção à regra, e deve, portanto, ser merecedora não só de momento processual próprio⁶⁶⁵, mas também de extensa motivação.

Quanto à inversão do ônus da prova⁶⁶⁶, tem-se decidido que é *regra de julgamento* e não *regra de procedimento*, como visto no Recurso Especial nº 949.000/ES.⁶⁶⁷ O Relator Ministro Humberto Gomes de Barros ressaltou seu entendimento em sentido contrário, de que a inversão, embora consolidada em lei (no caso, no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90), deve ser encarada como regra de *procedimento*, pois fere mortalmente o devido processo legal, uma vez que o processo “não pode ser armadilha inesperada para as partes e causar-lhes surpresas inesperadas”.⁶⁶⁸ Correta a posição de José Bedaque, ao concluir que o poder instrutório do juiz surge, a partir do artigo 130⁶⁶⁹, do CPC, como ferramenta prévia à decisão calcada em regras de julgamento cuja meta é evitar o *non liquet*, já que o magistrado, mais do que as partes, “tem interesse na correta demonstração dos fatos.”⁶⁷⁰

A lógica do sistema probatório configura outro limitador da função jurisdicional. Se, no âmbito da prova legal, não há margem de liberdade na valoração da prova⁶⁷¹, no sistema

⁶⁶⁴ CARPES, Arthur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47. Giuliani fala dos princípios clássicos da prova, entre eles, o ônus referido, que entende ser ao mesmo tempo um limite seguro contra o arbítrio do juiz e contra o espírito de litigiosidade das partes. Anota que o ônus de provar não é mais um “ônus de persuadir”, mas está conectado ao *id quod plerumque accidit*, em uma ideia estatística do que é provável. GIULIANI, op cit., p. 107. Nesse contexto, fica evidente a importância da redistribuição da “carga” probatória, para que possa se atingir um grau de convencimento melhor fundado na verossimilhança dos fatos, e não meramente no aspecto retórico das argumentações das partes.

⁶⁶⁵ José Bedaque não compartilha de tal entendimento, apontando que “as regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir. São regras de julgamento [...]” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 120.

⁶⁶⁶ A carga dinâmica do ônus da prova não se confunde, imediatamente, com inversão do ônus da prova. A diferença reside no fato de que, na dinamicidade da carga probatória, o ônus será transferido para quem tem as melhores condições fáticas de provar, seja por razões técnicas, profissionais ou econômicas e, na inversão, encontra-se um caráter mais estático e legalmente caracterizado *a priori*, como já referido como exemplo, em matéria de Direito do Consumidor. ALVES, Maristela. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 215.

⁶⁶⁷ RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO. - A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento. - Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal. BRASIL. STJ. REsp 949000/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008.

⁶⁶⁸ Entendimento do Relator, em ressalva, no julgado acima apontado, referindo o REsp 422.778, no qual também havia consignado sua irresignação.

⁶⁶⁹ Exercendo tal faculdade, o juiz “nunca age em favor de uma das partes, determinando realização de prova que só a uma delas interesse, pois, se o fizesse, quebraria a paridade de tratamento e ignoraria as disposições atinentes ao ônus da prova.” ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 2. p. 420.

⁶⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 124.

⁶⁷¹ Nesse sistema, Giuliani entende que o momento probatório se apresenta ao legislador antes de se manifestar perante o juiz, tornando a função deste último predominantemente burocrática. A valoração efetuada pelo

da persuasão racional, a liberdade é mais ampla, mas não se confunde com discricionariedade. Nessa quadra, dois *standards* destacam-se para fins de controle racional da decisão.

A atividade mínima probatória, embora inicialmente desenvolvida para o âmbito do processo penal, pode vir a ser empregada como um paradigma geral,⁶⁷² com o fito de evitar, na valoração da prova, a utilização, pelo juiz, de critérios fechados e posteriormente insondáveis. Visa eliminar “um convencimento judicial baseado em suspeitas, pressentimentos, intuições, convicções pessoais do julgador, conjecturas, crenças ou impressões.”⁶⁷³ É perfeitamente aplicável à noção trabalhada de “fundamentação atrás da fundamentação”, cujo conteúdo subjetivo, seja de índole ideológica ou estritamente pessoal, não pode ser o único a justificar o dispositivo sentencial.

O segundo *standard*, talvez de maior utilidade que o primeiro, respalda-se na doutrina do *absurdo* ou da arbitrariedade. Ao contrário do anterior, não se volta à conferência do juízo fático, “mas uma espécie de instituto destinado à cassação mesma da decisão [...] [partindo-se] da ideia fundamental de que a garantia de acesso ao Poder Judiciário supõe uma análise ponderada e efetiva da prova judiciária”.⁶⁷⁴ O paradigma possui utilidade nos casos em que se nota, de forma evidente, uma desconsideração quase completa do material probatório carreado aos autos. Afinal, o juiz deve se *persuadir racionalmente*, isto é, com base nos preceitos da lógica. Portanto, o raciocínio grosseiro, contraditório, omissivo de valoração de elementos fundamentais para o julgamento, lesa o sistema que vincula o magistrado, nulificando o julgamento assim proferido.⁶⁷⁵ Existe uma necessidade de

legislador deseja se apresentar objetiva, em contraponto à do juiz, que pode ser “subjetiva e arbitrária”. GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 236. Lessona formula crítica em relação ao sistema da prova legal, que se caracteriza por ter peso aprioristicamente determinado em lei. Registra que o cálculo efetuado pelo legislador, nesse âmbito, revela-se frequentemente inexato, sendo o sistema da persuasão racional preferível, pois é o único a permitir que o julgador realmente analise a prova e chegue mais próximo do verdadeiramente ocorrido. LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 356. Arruda Alvim traça o seguinte esquema da prova legal: 1. O disciplinamento da prova legal é realizado por normas imperativas, “cujo desrespeito acarretará a impossibilidade de se ter como provado o fato jurídico a que esta prova se refere.” 2. Diante da supressão de escolha do meio de prova pelos litigantes, igualmente se veda a possibilidade de valoração desse material pelo juiz. 3. Portanto, o magistrado fica plenamente vinculado à prova apresentada que, se entendida como válida, reconhecendo-lhe, obrigatoriamente, a respectiva eficácia. ALVIM, op citc., p. 407.

⁶⁷² KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 353, p. 35, jan./fev. 2001.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 36. O autor refere que, em matéria penal, este paradigma preconiza, também, a existência de prova, na demanda, “que elimine a existência de dúvidas racionais, obviamente não segundo um critério quantitativo, mas qualitativo.” No entanto, assinala que a referida doutrina deixa inúmeras questões irrespondidas, pois se torna extremamente vago o quesito de “suficiência” e, via de consequência, torna vago o próprio *standard*.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁷⁵ MORELLO, Augusto M. *La prueba*. Buenos Aires: LEP, 1991. p. 191 apud KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 353, p. 39, jan./fev. 2001. Este *standard* não regula a interpretação meramente equivocada da prova,

observância “às leis do raciocínio, da ciência ou da natureza não como um “limite” à apreciação da prova, mas como algo que lhe é imanente”.⁶⁷⁶

À bem da verdade, estes *Standards* não são um controle *anterior* à decisão propriamente dito, mas sua existência evidencia a necessidade, para o magistrado, da observância de diversas regras lógicas quando da valoração da prova e da formação (e exposição) de seu convencimento.

Logo se vê que a “fundamentação atrás da fundamentação” encontra mecanismos poderosos para seu rigoroso controle ao longo de todo *momentum* probatório do processo. A limitação dos poderes de ofício do juiz também faz parte desse ferramental, por impedir que haja direcionamento indevido do processo, tão somente vinculado aos interesses do julgador⁶⁷⁷ e não mais àqueles das partes.

A sistemática probatória deve servir-se profundamente do *formalismo-valorativo*, pois a meta de ambos é a redução da arbitrariedade judicial, não só reconhecendo os valores fundamentais para o justo desenlace processual, como também lhe outorgando relevância e aplicabilidade ao longo da instrução probatória. *Pari passu* com o formalismo valorativo, outros instrumentos acham-se à disposição do magistrado (tais quais os *standards* supramencionados), sempre no intuito de reconhecer às demandas a possível efetivação de justiça *material*, conforme as particularidades de cada caso.⁶⁷⁸ Tais particularidades, acrescentando-se, devem ser examinadas com minúcia pelo magistrado, “pois, às vezes, mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.”⁶⁷⁹

3.2.2 Impedimento e Suspeição

mas o vício de tamanha monta que invalida toda a conclusão sentencial, pois não há qualquer regra forma de raciocínio que lhe dê amparo.

⁶⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: _____. (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 55.

⁶⁷⁷ O único interesse do magistrado deve ser participar do processo colaborativo para descoberta da verdade, nos precisos termos do art. 339 do CPC. Por isso, se *presume* que toda iniciativa instrutória do julgador indica que está “*advogando*” para uma das partes, mas sim exercendo seu papel, em caráter *eventual* e *complementar*. WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel et al (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 157. Afirma José Bedaque que “*não se pode ver, na iniciativa instrutória do juiz, uma atividade substitutiva de qualquer das partes, em detrimento a outra.*” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 119.

⁶⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

⁶⁷⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136.

No ordenamento jurídico brasileiro (assim como em tantos outros)⁶⁸⁰, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal apontam determinadas situações em que o juiz deve declarar-se impedido, sendo cabível o impedimento quando for ele “cônjuge, parente, consanguíneo ou afim”⁶⁸¹ de uma das partes ou de seus procuradores, por exemplo. Há presunção absoluta de que a imparcialidade do juiz está comprometida nestes casos.⁶⁸² São critérios considerados “objetivos”⁶⁸³ pela jurisprudência, bastando sua mera alegação.

A suspeição tem previsão legal no artigo 135 do CPC e 254 do CPP, e seus critérios são manifestamente subjetivos. No inciso I (de ambos os artigos), há previsão de que é fundada a suspeição quando “amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes” e, no inciso V (do art. 135 do CPC), há a vaga previsão de que não pode o julgador ser “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.”⁶⁸⁴ O rol dos dois dispositivos legais vem sendo considerado, pela maioria da doutrina e da jurisprudência, como *numerus clausus*.⁶⁸⁵

⁶⁸⁰ No Código de Processo Civil Português, a matéria é regulada pelo artigo 122, sendo que o artigo 123 impõe ao impedido determinada conduta. Já no regramento processual francês, artigos 339 a 355, encontra-se a mesma terminologia da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, artigos 99 a 127, de *abstencion* e *recusacion*. É notável, por sinal, o vasto regramento espanhol acerca da matéria, estendendo o instituto da *recusación* aos serventuários da justiça, peritos etc., de forma muito mais ampla que o artigo 138 de nosso CPC. É difícil a comparação simétrica desses sistemas com o ordenamento pátrio, uma vez que não é mera questão semântica, mas os institutos se interpenetram, dificultando uma singela tabela comparativa. Sobre a temática processual espanhola, o rico estudo de Picó i Junoy a aborda bem: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998. Já na seara francesa: PÉTEL-TEYSSIE, Isabelle. Incidents relatifs au personnel judiciaire. In: GUINCHARD, Serge (Org.). *Droit et pratique de la procédure civile*. Paris: Dalloz, 2009. p. 913 et seq.

⁶⁸¹ Artigo 134 do Código de Processo Civil e art. 252 do Código de Processo Penal.

⁶⁸² A imparcialidade do julgador é preceito tão fundamental que a sentença proferida por juiz impedido é nula, sendo possível seu ataque na via rescisória até mesmo se a exceção de impedimento não foi oferecida na demanda cuja sentença se deseja rescindir. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 374.

⁶⁸³ Cf. NERY, Nelson; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 345-349, no mesmo sentido do entendimento esposado por MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2009. p. 180, sendo que basta a configuração da hipótese legal para a existência do impedimento.

⁶⁸⁴ O que pode considerar comprometido, igualmente, o depoimento de uma testemunha, nos termos do art. 414, *caput*, do CPC.

⁶⁸⁵ Conforme se depreende do julgamento do HC 9860/RO, cuja ementa é: “*PROCESSUAL PENAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. REJEIÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1 - Se o magistrado, ao prestar informações em outro habeas corpus impetrado pelo paciente, na instância a quo, não prejulgua a causa, mas, atento aos ditames do art. 312, do CPP, limita-se a demonstrar, fincado no material coligido pelo inquérito policial, a presença dos requisitos para decretação de prisão preventiva, correto foi o acórdão atacado em rejeitar a exceção de suspeição, cujas hipóteses estão catalogadas numerus clausus no Código de Processo Penal. Inexistência de constrangimento ilegal. 2 - Ordem denegada.*” BRASIL. STJ. HC 9860/RO, Sexta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 11/10/99. No mesmo sentido, em matéria diversa: “*EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. JUIZ EMPREGADO DE UMA DAS PARTES NA FUNÇÃO DE PROFESSOR. HIPÓTESE*

Contudo, no julgamento do HC 146.796/SP⁶⁸⁶, o Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima considerou a possibilidade de que a taxatividade desse elenco deve ser mitigada quando presente situação concreta “devidamente comprovada” indicando a suspeição do julgador. Assim, muito embora não tipificada no art. 254 do CPP, a hipótese encontra resguardo nos “princípios maiores constitucionais, do devido processo legal em sua substancialidade, incluindo-se juiz natural e consecutórios, ampla defesa, contraditório etc.”⁶⁸⁷

A conclusão do Relator foi no sentido de que poderia aplicar-se ao caso vertente a previsão do inciso V do artigo 135 do CPC, a fim de atender o “*real objetivo do instituto*” até mesmo porque “não seria lógico nem proporcional admitir que um juiz seja suspeito para decidir uma causa cível de determinada parte e não o seja para julgá-la criminalmente.”⁶⁸⁸

No Brasil, assim como na Espanha, optou-se por um sistema rígido dessas possibilidades, muito raramente mitigado, como se verificou. Ora, é certo que o rigor

NÃO ABRANGIDA PELO ART. 135 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ROL TAXATIVO. INEXISTÊNCIA DE PARCIALIDADE. Sendo o rol trazido pelo artigo 135 do CPC *numerus clausus* e não contendo ele a hipótese em que o juiz é o empregado de alguma das partes, como é o caso, não há que se falar em suspeição.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; ExSusp 96.010412-7; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Volnei Ivo Carlin; Julg. 25/04/2002. O caso do juiz empregado de uma das partes é, salvo melhor juízo, caso de suspeição, considerando melhor afinado com o exame dessa questão o seguinte precedente: “EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PARTE. INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR. JUIZ EMPREGADO. PROFESSOR. ACOLHIMENTO. I. Juiz empregado como professor de instituição privada de ensino superior. A subordinação inerente ao contrato de trabalho — de que resulta o poder atribuído ao empregador de dirigir a atividade do empregado, de lhe aplicar sanções disciplinares e extinguir, unilateralmente, o vínculo laboral — realmente lança incertezas sobre a atuação do excepto, nas causas em que for parte aquela instituição. II. Hipótese que pode ser encaixada nos incisos II e V, do art. 135, do CPC. Precedentes. III. Exceção de suspeição acolhida.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, ExSusp 2009.001533-8; Manaus; Câmaras Reunidas; Rel. Des. Luiz Wilson Barroso; DJAM 11/05/2009; p. 7. É o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci, ao pontuar que “gravíssima como é a arguição de suspeição, seus motivos geradores devem ser de direito estrito, taxativos, não podendo ser ampliados além daqueles consignados na própria lei.” Do relacionamento juiz-advogado como motivo de suspeição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 74, out. 1998. Em sentido contrário, Nelson Nery Jr. vê, no inciso V do art. 135, abertura que permite, à luz de provas, demonstrar o interesse do juiz no julgamento da lide, seja qual for, por se tratar de conceito legal indeterminado. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 350. Clito Fornaciari Jr. partilha desse posicionamento; embora reconhecendo a dificuldade da produção probatória nesse âmbito, preconiza interpretação mais ampla do instituto, a fim de valorizar a própria Justiça e de conferir ao Judiciário aparência mais honesta. FORNACIARI JR., Clito. Da necessária releitura do fenômeno da suspeição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 766, p. 68, ago. 1984.

⁶⁸⁶ BRASIL. STJ. HC 146796/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 08/03/2010.

⁶⁸⁷ Ibid.

⁶⁸⁸ Ibid. O voto vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho é uma síntese excepcional acerca da alegação de suspeição. Refere o Ministro que, desde os tempos dos Direitos da Antiguidade, o magistrado *inhabilis* estava impedido por razões pessoais ou familiares, ou, ainda, por haver recebido algum tipo de suborno. E, desde aquela época, eram considerados como quase idênticas as figuras do juiz *impedido* e do juiz *suspeito*. Ora, registra com propriedade o Ministro, a confusão se estende até os dias de hoje, a exigir-se, para uma declaração de suspeição, prova cabal a respeito de conduta “tipificada”. No entanto, as hipóteses de suspeição por si só não são crime, nem configura a sua declaração uma penalidade. “O juiz não precisa declarar a razão pela qual se dá por suspeito, nem a parte precisa demonstrar que o juiz cometeu um ilícito ou um crime ou uma infração administrativa para que se reconheça a sua suspeição.” Tudo conforme o Voto vencido do Ministro Napoleão no julgamento do HC 146.796/SP.

excessivo a respeito da taxatividade do rol de possibilidades não atende a finalidade do instituto, que é garantir a imparcialidade judicial.⁶⁸⁹

Do ponto de vista prático, a exceção de suspeição tem plena utilidade na seara da “fundamentação atrás da fundamentação” de natureza ideológica. Considerando o rol legal *não* taxativo, é possível que o juiz com uma preconcepção ideológica declarada e, portanto, determinante quanto à solução a ser apresentada para o caso que lhe é proposto, deva ser declarado como suspeito. Essa pré-compreensão pode afetar sua imparcialidade⁶⁹⁰, a meta maior a ser preservada pelos institutos ora tratados.

Se o entendimento for diverso, de que o elenco de possibilidades é *numerus clausus*, verse a ação sobre matéria civil ou criminal, parece possível a aplicação do artigo 135, inciso V, conforme o entendimento do STJ, com o intento de garantir a imparcialidade do juízo. Afinal, prevê o referido dispositivo como suspeito aquele que é “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”. A ideologia utilizada como motivo encaixa-se nessa previsão⁶⁹¹, pois o magistrado “parcialmente positivo”, “ideologicamente orientado” ou autodeclarado “ativista judicial” fará o que for preciso⁶⁹² para favorecer uma das partes, conforme suas convicções pré-formadas. Verifica-se aí a eficácia dessas exceções no âmbito do controle da fundamentação atrás da fundamentação tanto em caráter prévio como posterior à prolação da decisão judicial.

Em qualquer dos casos,⁶⁹³ seja de suspeição, seja de impedimento, o almejado é a

⁶⁸⁹ JUNOY, Juan Picó i. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998. p. 49.

⁶⁹⁰ O Tribunal Constitucional Espanhol, em sentido contrário, já entendeu que a ideologia é um problema de foro íntimo, privado, ao qual se reconhece ampla liberdade, e ninguém pode ser discriminado em razão de suas opiniões. Tudo conforme JUNOY, op cit., p. 81.

⁶⁹¹ Do ponto de vista de influência indireta, registra Pico i Junoy que mesmo interesses morais ou religiosos podem afetar a objetividade do magistrado, alterando o resultando do julgamento de forma indevida. JUNOY, Juan Picó i. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998. p. 84. A questão, na perspectiva religiosa, a nosso ver, guarda extrema delicadeza, pois a grande maioria da população brasileira está vinculada a alguma religião. O IBGE apurou, no Censo de 2000, que apenas 7,4% dos brasileiros declaram não ter religião. (Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/populacao/religiao_Censo2000.pdf>. Acesso em 10 abr. 2010. Ou seja, o reconhecimento apriorístico de que *toda* religião influi no julgamento de forma danosa inviabiliza por completo o sistema.

⁶⁹² Indica Gimeno Sendra que o magistrado que é partícipe de uma determinada ideologia não “*duvida em violentar a letra e o espírito da Lei com o fito de proteger, no processo, os interesses de uma classe ou grupo social determinado.*” SENDRA, Vicente Gimeno. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981. p. 53, apud JUNOY, op cit., p. 82.

⁶⁹³ “*A diferença entre as duas figuras [suspeição e impedimento] consiste em que a atuação do juiz impedido vicia irremediavelmente o julgamento: até depois de encerrar-se o pleito, de passar em julgado (isto é, de tornar-se irrecurável) a sentença de mérito, remanesce a possibilidade de atacá-la, por meio da chamada ação rescisória (art. 485, II). Outro tanto não acontece com a a sentença proferida por juiz que, apesar de suspeito aos olhos da lei, nem se declarou tal, nem foi impugnado pelo autor ou pelo réu.*” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Temas de direito processual: sétima*

preservação da garantia de imparcialidade⁶⁹⁴ do julgador, pois manifesta a violação a sua independência, de ordem externa ou interna. Esses mecanismos têm por objetivo evitar a mais perniciosa possível das “fundamentações atrás da fundamentação” - a da existência de fator preponderante, externo ao processo, mas interno ao juiz, guiando a ação judicial, norteando esta atividade com o fito de prejudicar deliberadamente uma das partes, em favor da outra, sem qualquer apoio lógico-jurídico, ou apenas com aparência de racionalidade insuficiente a sustentar o *decisum*, recaindo nos *standards* já referidos.

3.2.3 Embargos Declaratórios

O recurso⁶⁹⁵ de embargos declaratórios⁶⁹⁶, regulado no artigo 535 do Código de

série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 20.

⁶⁹⁴ Que se configura como “*elemento consubstancial a todo processo, e nela se enraíza uma das mais firmes garantias de uma decisão justa.*” JUNOY, Juan Picó i. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998. p. 25.

⁶⁹⁵ O termo “recurso” nem sempre é aceito pela doutrina, no entanto, há que se ponderar que advogam em favor do reconhecimento de sua natureza recursal, tal qual a possibilidade de efeitos infringentes. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1. p. 447. Nesse mesmo sentido: NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 437; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 394. Marinoni também compartilha desse entendimento, destacando, contudo, que a questão é de menor importância, “*exceto pela circunstância de que alguns autores, sustentando a natureza não-recursal dessa figura, negam que se lhe apliquem os princípios dos recursos, notadamente o da proibição da reformatio in pejus -, parece correto entender que os embargos de declaração efetivamente constituem espécie recursal.*” MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 540. Para aprofundamento do tema, recomenda-se o exame efetuado por Luiz Orione Neto, separando os favoráveis e os contrários a este entendimento, no seu artigo Embargos de declaração. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2001. v. 5. p. 341-346. O entendimento de Dinarmarco adota um critério misto para determinar a natureza jurídica da peça de embargos: caso tenha efeitos infringentes, há de ser considerada como recurso, não tendo, será mero “aclaramento do julgado.” DINARMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 183.

⁶⁹⁶ “*É no Estado Democrático de Direito que ganham maior importância os embargos declaratórios e a fundamentação das decisões judiciais, pois, se as partes participam do processo em contraditório e o juiz deve motivar suas decisões, então, têm as partes direito de obter pronunciamento sobre todas as questões suscitadas no processo, como forma de construção compartilhada da decisão.*” OMMATI, José Emmilio Medauar. Embargos declaratórios e o estado democrático de direito. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2005. v. 8. p. 276. E não causa estranheza que o recurso de embargos seja um instrumento garantidor do contraditório, muito embora promova nova decisão judicial *inaudita altera pars*. O contraditório é garantido na medida em que existe possibilidade de completamente da decisão judicial que, antes, não permitia uma leitura clara ou acessível para as partes e, mormente, porque os embargos têm “*sua fundamentação adstrita a tudo o que já fora discutido no processo. [...]. Ou seja, não se discute que os embargos de declaração somente pretendem sanar defeito na decisão a respeito de assunto sobre o qual já se observou contraditório.*” GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Embargos de declaração: soluções sistêmicas para lacunas da lei. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 10. p. 179.

Processo Civil e artigo 619 do Código de Processo Penal, prevê a possibilidade de seu manejo quando da ocorrência de obscuridade, contradição, omissão (CPC e CPP) ou ambiguidade (CPP). Seu objetivo é a “integração, não de substituição. [...] tornar claro o obscuro, de erradicar a contradição e de suprir a omissão.”⁶⁹⁷ É de particular interesse para o presente estudo o rol de possibilidades comum a ambas as áreas, pois a ausência e/ou carência de motivos decisórios⁶⁹⁸ é passível de configuração de qualquer uma dessas três hipóteses.

A obscuridade é a dificuldade com que se depara o leitor da decisão no intuito de compreendê-la⁶⁹⁹, é falta de clareza no *decisum*.⁷⁰⁰ Ela pode estar presente sob diversas facetas, mas a ora relevante é aquela atinente aos motivos decisórios. Ora, há que se admitir, o dispositivo constitui porção fundamental do julgado, mas ele sempre é lido (e interpretado) em conjunto com o restante (relatório e fundamentos), em particular no âmbito do processo penal. Portanto, a porção de fundamentos (*lato sensu*, bem lembrado), igualmente não pode ser obscura, permitindo o entendimento do comando judicial, porque fundado em motivos suficientes para lastreá-lo, em asserções que desempenham função meta-argumentativa. O raciocínio judicial deve ser, em todos os segmentos sentenciais, claro e compreensível.⁷⁰¹

Tal obscuridade pode decorrer de vacilação do julgador, demonstrando não estar firmemente convicto do posicionamento tomado. Bem dizendo, “a dúvida provocada pela obscuridade da sentença refletirá apenas a dúvida que permanece no próprio espírito do juiz que a prolatou”.⁷⁰²

A contradição, de sua vez, revela-se similar à obscuridade, mas admitidamente mais grave, por ser de percepção bem menos subjetiva.⁷⁰³ Nesta possibilidade, estão presentes elementos antagônicos⁷⁰⁴, que impedem a obtenção de uma conclusão clara por parte do

⁶⁹⁷ BRASIL. TJRS. Embargos de Declaração nº 7000215239. Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgado em 15.10.2003, DJ 12.11.2003.

⁶⁹⁸ A ausência/carência de motivos decisórios caracteriza a sentença como *ontologicamente omissa*, desobediente do comando legal que ordena que o juiz motive suas decisões. Assim, pode tanto ocorrer omissão *dos* motivos (integral) como omissão *nos* motivos (parcial), caracterizadas, respectivamente, como ausência e carência, cujas consequências, como já se viu, são quase idênticas. O termo grifado é de SOUZA, Ivan Campos de. *O problema da função processual dos embargos de declaração*. Pernambuco: Imprensa Industrial, 1956. p. 119.

⁶⁹⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 402.

⁷⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5. p. 538. A obscuridade não é meramente léxica, com utilização de vocábulos superados ou incomuns, ela é uma névoa que paira sobre parte ou todo da decisão. SOUZA, op cit., p. 106.

⁷⁰¹ MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 541.

⁷⁰² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Sobre os embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 74, n. 595, p. 15, maio 1985.

⁷⁰³ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, p. 17, jul. 1988.

⁷⁰⁴ A motivação não pode ser dúbia ou equívoca, pois, como ensina Mortara, os motivos fazem uma

juízo⁷⁰⁵: qual é a efetiva decisão final? Muito embora Pontes de Miranda,⁷⁰⁶ assim como significativa parte da doutrina, tenha firmado entendimento de que a contradição se estabelece entre os enunciados do *decisum* (entre fundamentos e dispositivo, tipicamente),⁷⁰⁷ ela pode estar presente na estrutura interna de um desses elementos. A contradição, portanto, pode consumir-se através da presença de motivos naturalmente opostos.⁷⁰⁸

Quanto à omissão, o entendimento tradicional estabeleceu sua ocorrência quando, na decisão, há ausência de manifestação sobre ponto fundamental, sobre o qual o magistrado deveria ter se pronunciado.⁷⁰⁹ A leitura do inciso II, do artigo 535 do CPC⁷¹⁰, permite uma leitura mais ampla. Ao juiz impõe-se o dever de motivar suas decisões, o mais claramente possível, fornecendo às partes os elementos formadores de sua convicção e as razões de suas opções interpretativas. Portanto, é possível afirmar que o dever de motivar é um dever de *se pronunciar o juízo* sobre seus motivos. Quando não o faz, o *decisum* pode ser considerado omisso de motivos – o magistrado omitiu-se do dever de pronunciar, não tornando expressos os motivos decisórios. Nessa perspectiva, não basta dizer “sim ou não a qualquer pedido ou requerimento ou simples alegação”⁷¹¹, cabe responder e sempre fundamentar tal resposta.

O efeito a ser perseguido em qualquer das possibilidades avançadas não é necessariamente aquele infringente. A completude da decisão⁷¹² representa a meta da parte

demonstração do que se conterà no dispositivo. Enquanto “*demonstração do dispositivo a motivação deverá com ele guardar uma unidade lógica e, desse modo, cabe verificar se qualquer dos sentidos emprestados à motivação equívoca ou dúbia, guardará unidade lógica com o dispositivo e com os outros motivos*”. SOUZA, Ivan Campos de. *O problema da função processual dos embargos de declaração*. Pernambuco: Imprensa Industrial, 1956. p. 111.

⁷⁰⁵ MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 541.

⁷⁰⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 403.

⁷⁰⁷ CINTRA, op cit., p. 16.

⁷⁰⁸ Valem aqui algumas das mesmas ponderações de Taruffo encontradas no item 3.5, a respeito de uma asserção do juiz fundada em diferentes argumentos. Eles devem, para ter autonomia, individualmente sustentar aquela asserção, cumprindo plenamente sua função. No entanto, verifica-se a existência de contradição quando dois argumentos diversos e antagônicos são utilizados para embasar determinada asserção. Tal ocorrência não enfraquece, mas destrói por completo a asserção e, via de consequência, o comando judicial em si, pois queda desprovido de autoridade argumentativa, seja de qual ponto de vista examinado, lógico, retórico etc. Entendimento análogo ao de Calamandrei, quando afirma que, no dispositivo, duas proposições contraditórias se neutralizam reciprocamente. Apud CINTRA, op cit., p. 17.

⁷⁰⁹ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Embargos de declaração: soluções sistêmicas para lacunas da lei. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 10. p. 153. Igualmente: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5. p. 539.

⁷¹⁰ Art. 535. *Cabem embargos de declaração quando: [...] II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal*.

⁷¹¹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 403.

⁷¹² Esta, a meta natural do recurso de embargos declaratórios, conforme MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, p. 12, jul. 1988.

interessada, em particular no tocante aos motivos que tornam claras as opções do julgador. Os embargos mostram-se, assim, profundamente *aclaratórios*, pois, seja qual for o caso, a intenção é de jogar luz e trazer ao debate, ao contraditório, aquilo que estava oculto ou esquecido, ainda que de forma não intencional. A finalidade maior é a possibilidade de acesso ao duplo grau de jurisdição de forma *plena*, para que, nas razões recursais, a parte interessada tenha plena condição de questionar a integralidade do *decisum* perante a instância superior. Só assim se preserva o pleno exercício do contraditório, no que diz respeito à possibilidade de manifestação do *totum* do conteúdo decisório.

De ser realçada, neste ponto, que através dos embargos declaratórios se oferece ao mesmo juiz violador do direito fundamental à motivação a possibilidade de reparo integral do problema. Ao devolver a matéria para nova apreciação, abre-se último momento para acatamento daquela garantia, sem a necessidade de declaração de nulidade da decisão, pois incumbe exclusivamente ao magistrado tal tarefa.⁷¹³ Não é lícito a nenhum juiz posterior o preenchimento, em segunda instância, dessa obrigação (já tarde, portanto) ou, ainda, a *presunção* dos motivos decisórios do julgador *a quo*.⁷¹⁴

Na primeira hipótese, ocorre situação híbrida. Embora reconhecida a lacuna motivacional da decisão anterior, dispõe-se que, como nesse novo momento processual são apresentados motivos decisórios, quaisquer que sejam, não há se falar em qualquer prejuízo para a parte interessada. Esta reforma, registre-se com veemência, jamais poderia preencher a lacuna motivacional deixada pela instância inferior, pois os motivos decisórios sempre são individuais de cada julgador, não sendo possível, de forma alguma, a outro magistrado declarar a orientação motivacional decisória de um colega. Além dessa impugnação de ordem lógica, a supressão do duplo grau de jurisdição é evidente. Há dupla lesão constitucional, ao art. 93, IX, bem como ao princípio do devido processo legal, no qual se insere o duplo grau jurisdicional.⁷¹⁵ Se há o reconhecimento da total ausência motivacional, a ponto de ferir a

⁷¹³ Afirma com grande propriedade Moniz Aragão: “Se há no julgamento proposições que se chocam, somente seu autor poderá solucionar o problema e, de ambas (que se excluem), dizer qual deverá prevalecer, por corresponder ao seu pensamento, por expressar seu julgamento. Se se devolver ao tribunal a eliminação da contradição, bem poderá acontecer de ele fazê-lo em direção inversa à do pensamento juiz.” Embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, p. 20, jul. 1988.

⁷¹⁴ Assim como é defeso, à instância recursal, o enfrentamento de matéria não decidida na instância inferior, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição. Por isso a omissão é “uma das mais nocivas formas de nulidade”. GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Embargos de declaração: soluções sistêmicas para lacunas da lei. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 10. p. 153. De ser lembrada, aqui, a questão da motivação implícita, que se trata de uma não-motivação. Cf. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 270.

⁷¹⁵ O debate estabelecido em torno do duplo grau é vasto; concorda-se com a ideia de que se trata de um meio legítimo para a tentativa de uma obtenção da verdade dentro do processo, como visto em ALLORIO, Enrico.

garantia ora estudada, imperiosa a decretação da nulidade da sentença.

Já na segunda hipótese, o julgador da instância superior *presume* os motivos utilizados. Este é precisamente o caso do HC 146.029/MG⁷¹⁶, do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Félix Fischer, no qual o impetrante alegou que a decisão concessiva do pedido de escutas não havia sido fundamentada, lesando, assim, o preceito constitucional.

Trecho do voto do Relator, neste ponto específico:

Ora, o magistrado singular consignou de forma expressa que estavam presentes os requisitos do art. 2º, da Lei 9.296/96. Vale dizer, fundamentou o deferimento da interceptação por entender que havia indícios razoáveis da autoria delitiva, que a prova não poderia ser feita por outros meios e que o fato investigado constituía infração penal punível com pena de reclusão. Sendo assim, não há que se falar em infringência ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A presunção dos motivos decisórios constitui, na prática, a mesma proposta de inserir motivos do próprio julgador revisor, já que presunção não corresponde a acerto e, na decisão em tela, soa como exercício de adivinhação. Essa conclusão emana da análise da locução “*vale dizer*”, seguida da assunção de que o embasamento na lei induz a pensar que os artigos da lei são motivação suficiente ou cheia de conteúdo implícito, mas visível. Os motivos determinados como “*implícitos*” podem representar omissão do julgador *a quo*, ou pior: tal categoria é utilizada pelo magistrado revisor ou rescindendo para *modificar* o significado original da motivação da decisão.⁷¹⁷

Verdadeira motivação fosse, bastaria a menção, por qualquer magistrado, à hipótese

Sul doppio grado del processo civile. In: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebmann*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 3. p. 1811-1812. Há que se fazer ressalva ao entendimento contrário consubstanciado na notável crítica de LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995. p. 172-178.

⁷¹⁶ Íntegra da emente: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, 35 E 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/2006. REVOGAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA. PEDIDO NÃO SUBMETIDO AO JUÍZO SINGULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. RECEBIMENTO SUPERVENIENTE DE DENÚNCIA. WRIT PREJUDICADO. DECISÃO QUE DEFERIU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. I - Como o pedido de revogação da prisão temporária não foi analisado pela autoridade apontada coatora, uma vez que sequer havia sido submetido ao Juízo singular, fica esta Corte impedida de examiná-lo, sob pena de supressão de instância (Precedentes). II - Na linha de precedentes desta Corte, uma vez instaurada a ação penal, perde objeto o habeas corpus que visava o trancamento do inquérito policial (Precedentes). III - A fundamentação sucinta não se confunde com falta de motivação. IV - In casu, não há que se falar em nulidade da decisão que deferiu a interceptação telefônica por insuficiência de fundamentação, pois o magistrado deferiu a medida com fulcro no preenchimento dos requisitos do art. 2º, da Lei nº 9.296/96, vale dizer, por entender que haviam indícios razoáveis da autoria delitiva, que a prova não poderia ser feita por outros meios e que o fato investigado constituía infração penal punível com pena de reclusão. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.” (HC 146.029/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 03/05/2010).

⁷¹⁷ SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 205.

legal, em simples e inexpressiva atividade subsuntiva, sem qualquer justificacão da formao de seu convencimento. O posicionamento mais consentâneo  proteo da garantia fundamental, constitucionalmente assegurada, de motivao das decisões judiciais, consta do precedente do Supremo Tribunal Federal, HC n 69.141/RJ⁷¹⁸. No entendimento do Relator Ministro Celso de Mello, não é a mera referência ao dispositivo legal que preenche esse requisito, mas o apontamento das circunstâncias particulares de cada caso que justifiquem a aplicao do artigo da lei.

O entendimento mais acertado consta da ementa do julgamento do HC 78.013, dispondo que “a melhor prova da ausência de motivao válida de uma decisão judicial - que deve ser a demonstrao da adequao do dispositivo a um caso concreto e singular - é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum.”⁷¹⁹ A mera referência à lei não serve de verdadeira motivao, e – por tratar-se tal obrigao de imposio de caráter personalíssimo – são o juiz que a infringe pode sanar sua violao, na via dos embargos declaratórios.

Nesse passo, a questão dos *obiter dicta* guarda problema menos agudo. Muito embora os embargos declaratórios sejam vistos como um *recurso*, são o meio mais adequado para esclarecimento de alguma passagem *obiter dictum* que possa servir como possível indício da existência de *fundamentao atrás da fundamentao*.

3.2.4 Recurso Especial e Recurso Extraordinário

As hipóteses de cabimento de cada um desses recursos são diferenciadas pela

⁷¹⁸ “Traduz situao de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou do Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes às circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenao final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo. Decisão que, no caso, atendeu, plenamente, as exigências da lei e da jurisprudência dos Tribunais.” BRASIL. STF. HC 69141/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28/08/92.

⁷¹⁹ “SENTENA CONDENATÓRIA. Acórdão que improv apelaco: motivao necessária. A apelaco devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que - sem sequer transcrever a sentena - limita-se a afirmar, para refutar apelaco arrazoada com minúcia, que "no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão", somando ao vazio dessa afirmao a tautologia de que "a prova  tranqüila em desfavor dos réus": a melhor prova da ausência de motivao válida de uma decisão judicial - que deve ser a demonstrao da adequao do dispositivo a um caso concreto e singular - é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum.” BRASIL. STF. HC 78013; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 24/11/1998; DJU 19/03/1999; p. 00009.

Constituição Federal, ainda que a ofensa, em sua essência, pareça idêntica e que inegavelmente ambos tenham um “núcleo comum”⁷²⁰. O recurso especial sedia previsão consubstanciada no art. 105, III, da mencionada Carta, enquanto que o extraordinário consta do art. 102, III, ambos com suas respectivas alíneas.

No tema da ausência/carência de fundamentação, o recurso especial revela-se como instrumento hábil ao controle da decisão judicial que *contrariar* ou *negar vigência*⁷²¹ (a)os dispositivos legais infraconstitucionais⁷²² já mencionados, que impõem o dever de motivar. Não pode a singela percepção da dificuldade de êxito do especial nesta matéria⁷²³ impedir sejam propostos recursos com a meta de evitar e corrigir o problema. O recurso extraordinário, de sua vez, cabe com base no art. 102, III, “a”, dado que a decisão não motivada (sempre lembrando, sem a devida apresentação da fundamentação atrás da fundamentação, quando o caso), por violação ao artigo 93, IX, da Constituição.

Parte da dificuldade se deve à verdadeira índole da matéria, isto é, se a violação do dever de motivar as decisões judiciais é uma lesão à Constituição Federal ou à ordem infraconstitucional. Por vezes, deixa o Superior Tribunal de Justiça de conhecer do recurso por inadequação da via, sob o argumento de o embasamento legal do recurso ser

⁷²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 114.

⁷²¹ Assinala Rodolfo Mancuso que não se tratam de termos sinônimos, mas complementares no âmbito recursal, sendo que *contrariar* possui um sentido mais amplo, podendo até mesmo abarcar o conceito de *negar vigência*, que está conectado à noção de que não houve a aplicação de determinada lei, quando seria o caso. *Ibid.*, p. 216.

⁷²² Essa é a hipótese de cabimento do recurso especial conforme o artigo 105, III, alínea “a”. Na alínea “c”, outra possibilidade que enseja o manejo do especial é a existência de divergência jurisprudencial, quando outro tribunal tenha dado, à lei federal, interpretação diversa. Certamente, na matéria ora enfrentada, também é passível de recurso nessa via a decisão que entenda a motivação de forma diversa que outra corte. Adequado o entendimento de Flávio Cheim Jorge, quando refere que a previsão da alínea “c” corresponde a um apoio àquela da alínea “b”: “*para se admitir o recurso pela letra c, ter-se-á, também, que admiti-lo pela letra a.*” JORGE, Flávio Cheim. Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2001. v. 4. p. 388.

⁷²³ Diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça negam provimento aos recursos especiais interpostos, com afirmações genéricas tais como “O aresto impugnado guardou observância ao princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais, na medida em que analisou suficientemente a controvérsia dos autos, de forma motivada e fundamentada, ainda que sua formulação seja diversa da pretensão deduzida pelo ora recorrente” (BRASIL. STJ. AgRg-Ag 1.238.748; Proc. 2009/0193295-3; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 05/10/2010; DJE 21/10/2010) que aparece em diversos julgados, como fórmula pronta. Ignoram, nessa linha, o entendimento do Supremo já referido há pouco, que definiu que uma motivação que sirva para embasar qualquer decisão não serve, na realidade, para embasar nenhuma (vide nota 517). Não é o caso de entendimentos consolidados, tais como “1. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo decisor não se traduz em ofensa ao art. 535 do CPC.” (BRASIL. STJ. AgRg no Ag 616.537/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJE 12/11/2009). Naquele primeiro caso, a decisão pressupõe que houve uma análise do julgado – o que obrigaria o Relator ao menos a demonstrar *como* o aresto impugnado de fato “guardou observância ao princípio da motivação”. Afinal, qual é a “controvérsia dos autos”, daquele caso? Nada foi dito a respeito.

exclusivamente constitucional.⁷²⁴

Já a postura do Supremo Tribunal Federal sobre a motivação, garantia fundamental dos jurisdicionados, é de esquecimento quase total, revertendo em sonegação absoluta dela, mormente em matéria cível. Verifica-se tal postura na análise de julgados cuja conclusão é que, se houve ofensa ao artigo 93, IX, da Carta Maior, ocorreu em forma “meramente reflexa”, não sendo a via do recurso extraordinário o instrumento adequado para sanar a questão, pois necessário o enfrentamento de legislação infraconstitucional.⁷²⁵ Na seara criminal, a garantia é examinada com cuidado diferenciado⁷²⁶, por tratar-se de bem de valor maior: a liberdade de ir e vir de cada indivíduo.

Ainda que se reconheça como válida a diferenciação estabelecida, mesmo a matéria cível merece atenção maior do Supremo Tribunal Federal, dada a sua missão de guardião da Constituição e a competência, entre tantas, prevista no artigo 102, III, “a”, de julgar recurso de decisão que contrarie dispositivo constitucional. É certo que se trata da mais alta Corte do

⁷²⁴ “PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTOS ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAIS. RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. 1. A leitura atenta revela que sua fundamentação é inteiramente constitucional (violação de situação jurídica regularmente constituída, ofensa aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, falta de motivação legal, malversação dos princípios da moralidade pública, da dignidade humana e da função social da lei e das exigências do bem comum - arts. 1º, inc. III, 5º, incs. XXXVI e LV, 37, caput, e 93, inc. IX, todos da Constituição da República vigente), razão pela qual o recurso especial é via inadequada para a reforma do julgado. 2. Recurso especial não conhecido.” BRASIL. STJ. REsp 959.356/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010.

⁷²⁵ Os julgados costumam possuir o seguinte ementário: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRECEITO INSCRITO NO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - RECURSO IMPROVIDO. - As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da plenitude de defesa e da motivação dos atos decisórios, por dependerem de exame prévio e necessário da legislação comum, podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, o que não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes.” BRASIL. STF. AI 784816 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-09 PP-02020. E também: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Somente se justifica o sobrestamento do Recurso Extraordinário nos casos em que houver a possibilidade de discussão do mérito. Precedentes. 2. O Recurso Extraordinário é incabível quando a alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, ocorrer de forma reflexa, a depender da prévia análise da legislação infraconstitucional. 3. Decisão fundamentada, embora contrária aos interesses da parte, não configura negativa de prestação jurisdicional. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido.” BRASIL. STF. AI 805736 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-08 PP-01740.

⁷²⁶ Como, por exemplo: Concluindo que não houve fundamentação: STF. HC 99736, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00849. Afirmando que a fundamentação foi suficiente: STF. RHC 97958, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe-040 DIVULG 04-03-2010 PUBLIC 05-03-2010 EMENT VOL-02392-02 PP-00351. Em ambos casos houve análise da questão propriamente dita, de possível violação ao artigo 93, IX.

país, bem como da mais antiga, pois fundada como Supremo Tribunal de Justiça, em 1828.⁷²⁷ Desde então, sofreu significativas alterações na sua composição e competências, tendo a Carta de 1988 ampliado significativamente a sua competência originária⁷²⁸, o que, sem o necessário aumento do corpo de Ministros ou melhora na estrutura funcional⁷²⁹, acarreta grandes problemas em relação à expectativa de *duração razoável do processo*, prevista no inciso LXXVIII, art. 5º, da mesma Carta.

A opção do Pretório Excelso é clara, de privilegiar a rapidez, bem dizendo, *efetividade*, talvez por mais atual e inserida no contexto moderno de velocidade na prestação de serviços.⁷³⁰ O assoberbamento do número absoluto de processos não pode ser justificativa para diminuição da qualidade das decisões. A sintonia fina a ser buscada está no *filtro* de admissibilidade⁷³¹ dos recursos extraordinários, e não em respostas genéricas a eles. Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, não pode furtar-se à análise de questões infraconstitucionais,⁷³² nas quais a motivação também se insere, porque, como tal, foi enfrentada pelos Ministros em diversas oportunidades.

No que diz respeito aos *obiter dicta*, afora a problemática já suscitada sobre suposta “falta de interesse processual” (vide item 2.1), o recurso extraordinário ou especial poderá questionar a porção *obiter dictum* da decisão enquanto possível indício de *fundamentação atrás da fundamentação* e, portanto, de violação da garantia fundamental de decisões motivadas. A temática das questões de fato, de direito e mistas surge com notável força nesse

⁷²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 980.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 990.

⁷²⁹ Estas, apenas algumas das soluções possíveis ante a chamada “crise do Supremo”, conforme crítica de MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 66 et seq.

⁷³⁰ O Conselho Nacional de Justiça, em sua página inicial, apresenta um “processômetro” (sic), um medidor do cumprimento de metas estabelecidas, como se a aplicação da justiça pudesse ser divisada em números absolutos, e este é órgão fiscalizatório do Poder Judiciário, ou seja, seu comprometimento é antes com números do que com boas decisões. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 21 mar.2010. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assinala que “a questão crucial continua sendo, em todo o caso, a imensa mole de processos a impedir maior atenção do órgão judicial, obrigando a privilegiar fatores puramente quantitativos em detrimento da qualidade.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175.

⁷³¹ Diversas tentativas já foram feitas neste sentido, estabelecendo critérios para selecionar os recursos extraordinários *cabíveis*, como, p. ex., o valor da causa e a arguição de relevância. Atualmente, a repercussão geral é um dos filtros utilizados, que tem se provado apenas *relativamente* eficaz. MANCUSO, op cit., p. 68 e 74.

⁷³² Questão similar ocorre com a matéria do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Após a promulgação da Carta de 1988, esses institutos adquiriam *status* constitucional, mas constavam outrora da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). Portanto, foram removidos da esfera infraconstitucional e, via de consequência, da competência do STJ. Nesse sentido, já decidiu: “1. Após a promulgação da Constituição da República, em 1988, o art. 6º, § 2º, da LICC, deslocou-se à esfera constitucional, a inviabilizar a análise, na via especial, pelo STJ.” BRASIL. STJ. AgRg no REsp 584.443/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010. O mesmo não ocorreu, ao menos expressamente, com a motivação das decisões, que segue sob o possível controle de ambos os Tribunais Superiores.

ponto em particular. A diferenciação é essencial diante do entendimento consolidado de que “os recursos excepcionais não sejam vocacionados à mera revisão da matéria de fato.”⁷³³

Raciocinando no âmbito costumeiro tratamento dicotômico⁷³⁴ entre questão de direito e questão de fato, os *obiter dicta* se encaixam com maior adequação na primeira categoria⁷³⁵, sempre lembrando o alerta de Mancuso⁷³⁶. Esse enquadramento procede da consideração de que, se são analisados os *obiter dicta* enquanto fragmentos que indicam a violação constitucional supra referida, não se tratam de forma da valoração da prova (uma questão relacionada aos fatos), mas sim de uma violação da norma legal referente à motivação (questão de direito). Isso porque não se deixou de *valorar* a prova conforme a vontade de uma das partes, mas foi frustrada a garantia de ambas as partes terem conhecimento da motivação *verdadeira* do julgador.

Retorna-se ao ponto inicial, do cabimento desses recursos excepcionais. Dentre os quatro os tipos de sentença, conforme Mancuso⁷³⁷, que podem afrontar à norma (infra)constitucional, a lesão específica enfrentada ao longo deste estudo pode se encaixar tanto na *sententia contra litteram legis* como na *sententia contra rationem legis*. A diferenciação reside na ação do intérprete que, ao analisar o *obiter dictum* que demonstra o indício da motivação falsa (ou fictícia), o entenda como violação literal dos dispositivos atinentes à garantia de motivação das decisões judiciais, ou apenas como afronta à sua *ratio*. Em qualquer dos casos, não se afasta do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a análise do mérito do recurso excepcional fundado nessa problemática.

⁷³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 146.

⁷³⁴ O tema das questões mistas, e do tratamento tricotômico oferecido por Danilo Knijnik, é tema da mais absoluta relevância na seara dos recursos excepcionais. Contudo, para a matéria em desbordo, a noção dicotômica mais tradicional já supre a necessidade de superação do problema dessa porção *obiter dictum* ser encarada como matéria de fato e, portanto, não merecedora de análise por parte do STF ou STJ. KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo superior tribunal de justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 162 et seq.

⁷³⁵ É evidente que, quando os *obiter dicta* relacionarem-se exclusivamente à questão de mérito e, portanto, implicarem revolvimento de fatos, fatalmente não servirão de embasamento para a propositura de recurso extraordinário. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. Improcedência, quando, ao invés de impugnar o fundamento da decisão agravada (a inviabilidade do RE por falta de legitimidade do recorrente), limita-se a discutir “obiter dictum” nela contido e atinente a questão de mérito.” BRASIL. STF. AI-AgR 137157; DF; Primeira Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 21/06/1994; DJU 17/02/1995; p. 02747.

⁷³⁶ “Ocorre que nem sempre é fácil traçar as fronteiras entre o que é matéria de fato e matéria jurídica. E, ao que se colhe dos esforços da doutrina e da jurisprudência a esse respeito, possivelmente o critério preferível reside na aferição, *in specie*, sobre qual dos aspectos se apresenta predominante: se o fático ou jurídico, até porque, como se sabe, *ex facto oritur jus*.” MANCUSO, op cit., p. 143.

⁷³⁷ Os quatro tipos são: a) *sententia contra litteram legis*; b) *sententia contra rationem legis*; c) *sententia contra simile legis*; e d) *sententia contra legem obscuram*. MANCUSO, op cit., p. 225-236.

3.2.5 Ação Rescisória⁷³⁸

As hipóteses de cabimento da ação rescisória constam do elenco do artigo 485, do Código de Processo Civil. Como um de seus requisitos fundamentais⁷³⁹, só pode ser atacar decisões já transitadas em julgado⁷⁴⁰, não se confunde com recurso⁷⁴¹, sendo defeso, neste meio, “como regra, rediscutir fatos e provas controvertidos dos autos originários, ou seu critério de avaliação” e, portanto, “não se presta à correção de eventual má interpretação de prova ou à injustiça da sentença.”⁷⁴²

As possibilidades elencadas no referido artigo, que importam ao presente estudo, constam dos incisos V (violação de literal dispositivo de lei)⁷⁴³ e IX (fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa). Neste ponto em particular, importante a distinção da Prof^ª. Ada entre ausência e carência de motivos, pois ambas se enquadram na primeira hipótese, mas só a carência de motivos pertence ao inciso IX.

Conforme já exposto, a ausência ou carência de motivos lesa o direito da(s) parte(s),

⁷³⁸ A possibilidade de manejo da rescisória com fundamento na violação aos artigos atinentes à motivação deve ser encarada com extremo cuidado e propriedade, sob pena da quase integralidade das decisões ser passível de enquadramento na hipótese legal do art. 485, V. Luís Eulálio Bueno Vidigal já alertava para tal risco, pois “qualquer decisão errada poderia ser atacada com fundamento nesses dois dispositivos”. VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. *Ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948. p. 64. Os dispositivos a que se referia eram os artigos 118 e 280 do CPC então vigente, que dispunham, respectivamente, sobre motivação da sentença e a necessidade de sua clareza e conteúdo (fundamentos de fato e de direito). Muitos tribunais encaram o tema com a cautela indicada, já que são pouco frequentes os precedentes que dão provimento às rescisórias fundamentadas em violação aos dispositivos da indispensabilidade de motivação judicial.

⁷³⁹ Os outros requisitos estão dispostos nos artigos 495 (não decurso do prazo decadencial de dois anos), 488, II (depósito de 5% sobre o valor da causa) e, claro, o enquadramento em uma das previsões legais aludidas nos incisos do art. 485, todos do Código de Processo Civil.

⁷⁴⁰ Art. 485 do CPC: *A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando [...].* É possível, conforme parte da doutrina, a interposição de mandado de segurança contra decisão transitada em julgado. Como bem salienta Teresa Wambier, não se deseja vilipendiar o sistema recursal através do *writ*, nem providenciar uma “saída pela tangente” do rol do artigo 485 do CPC. A ilustre processualista também registra que há de se admitir mandado de segurança contra decisão transitada em julgado, pois é essa a interpretação que se extrai do texto legal; afinal, o cabimento do *writ* só é possível contra decisão da qual não caiba mais recurso ou correção. O pressuposto estabelecido em torno da possibilidade de propositura do mandado de segurança contra decisão transitada em julgado é de que o remédio jurídico legalmente previsto, e mais adequado para o caso, “não seja enérgico o bastante para evitar a ocorrência do dano”, caracterizado como de difícil ou impossível reparabilidade. A crítica é de que esses conceitos não são passíveis de apreensão plena, sendo, portanto, *vagos* e ainda não determinado pela doutrina ou jurisprudência. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 452 et seq.

⁷⁴¹ PONTES DE MIRANDA. *Ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 135.

⁷⁴² LIMA, Arnaldo Esteves; DYRLUND, Poul Erik. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 4. No mesmo sentido: NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 2004. p. 513.

⁷⁴³ Na lição de Pontes de Miranda, “o que se exige para a ação rescisória por ofensa a regra jurídica é que o juiz a tenha aplicado, e o não devia, ou não a tenha aplicado, se o devia.” PONTES DE MIRANDA, op cit., p. 296. A obrigação legal que o magistrado tem de motivar suas decisões não é uma lei que ele deixa de aplicar em relação às partes, mas sim a ele próprio.

acarretando a nulidade da decisão. Caso persista o problema, mesmo após a utilização de todos os meios recursais legítimos, e sobre a matéria se operem os efeitos da coisa julgada, a ação rescisória é o remédio possível.⁷⁴⁴ A fundamentação dela é de que há lesão, na esfera constitucional⁷⁴⁵, ao artigo 93, inciso IX⁷⁴⁶ e, na infraconstitucional, aos artigos 131⁷⁴⁷, 458, II⁷⁴⁸, do Código de Processo Civil ou outro dispositivo aplicável em se tratando de obrigação

⁷⁴⁴ E também na visão de Fredie Didier Jr., no que diz respeito ao vício da falta de motivação, é possível ensejador de ação rescisória, ou seja, na nossa hipótese formulada da situação I. DIDIER JR., Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2. p. 273.

⁷⁴⁵ É tranquilo que a referência legal à “violação literal à disposição de lei” abarca também a legislação de ordem constitucional. NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 2004. p. 513. O mesmo autor refere, em outra obra, tratar-se da “forma mais grave de violação da lei federal”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 680. A razão deste entendimento parte da leitura do art. 59 da Constituição Federal, no qual constam as várias espécies normativas do ordenamento jurídico brasileiro. Compreende-se nesse rol, ainda que não de forma expressa, o texto constitucional, em sua redação originária. LIMA, Arnaldo Esteves; DYRLUND, Poul Erik. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 25. Refere Rodrigo Barioni que o termo contempla “todas as espécies de atos normativos, e não exclusivamente a lei ordinária.” BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010. p. 103.

⁷⁴⁶ Conforme dispôs o Tribunal de Justiça do Mato Grosso: “AÇÃO RESCISÓRIA. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS -VALOR FIXADO SEM FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO E ART. 165 DO CPC. OBRIGATORIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. AÇÃO PROCEDENTE. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. A todos os litigantes é garantido o direito à decisão de autoridade competente e devidamente fundamentada, como corolário do princípio do devido processo legal e sustentáculo do estado democrático de direito. A indenização em danos morais, nas hipóteses de cobrança indevida, com repercussão em órgãos de restrição cadastral, tem se fixado na jurisprudência do STJ, no montante equivalente a 50 salários mínimos.” (BRASIL. TJMT; AR 75061/2009; Juara Autor; Primeira Turma de Câmaras Cíveis Reunidas; Rel. Des. Orlando de Almeida Perri; Julg. 11/06/2010; DJMT 08/10/2010; Pág. 32). No memo sentido: BRASIL. TJRS. AR 70023970320; Esteio; Nono Grupo Cível; Relª Desª Elaine Harzheim Macedo; Julg. 21/11/2008; DOERS 05/12/2008; Pág. 78.

⁷⁴⁷ A violação ao artigo 131 já foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo: “AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSO FALIMENTAR. CREDITO TRABALHISTA. ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO E PREFERÊNCIA. FALTA DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS. EXCLUSÃO DE CRÉDITOS LABORAIS. NULIDADE DA SENTENÇA. ART. 131, CPC. RECEBIMENTO INTEGRAL DOS CRÉDITOS. QUEBRA DA ISONOMIA ENTRE OS CREDORES. RECURSO PROVIDO.1) Independente da forma que se chega ao processo falimentar, quer por sentença trabalhista transitado em julgado, quer por simples habilitação, o crédito trabalhista mantém a primazia na ordem de classificação e recebimento. 2) A falta de fundamentos jurídicos, visando a exclusão dos créditos laborais dos autores do primeiro rateio, causa nulidade no comando sentencial, por infringir o art. 131 do CPC. 3) A autorização para que alguns credores participassem do segundo rateio e posteriormente do primeiro rateio do processo falimentar, visando o recebimento integral dos créditos, propicia quebra da isonomia entre os credores. 4) Recurso provido.” BRASIL. TJES; AR 100.04.002349-9; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Rômulo Taddei; Julg. 09/08/2005; DJES 19/09/2005.

⁷⁴⁸ “EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, DECIDIU PELO CABIMENTO DO PROCEDIMENTO E REDUZIU A VERBA HONORÁRIA. PRESENTES OS REQUISITOS PARA A DEMANDA RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE VIOLOU LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MÉRITO DA RESCISÓRIA. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DE R\$ 100.000,00 (CEM MIL REAIS) PARA R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS). VALOR NÃO CONDIZENTE COM O TRABALHO ELABORADO. NOVA FIXAÇÃO EM R\$ 12.000,00 (DOZE MIL REAIS). EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE ACOLHIDOS. I. É cabível a ação rescisória, pois foram preenchidos os seus requisitos. Vê-se que a decisão rescindenda além de ter violado os artigos 20 e 458, II, ambos do CPC, infringiu, sobretudo, norma de ordem constitucional, art. 93, IX da Carta Magna. II. No mérito da rescisória, acertadamente o acórdão embargado reduziu o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de honorários advocatícios, por se configurar exorbitante e desproporcional ao trabalho

de motivar as decisões. Trata-se de flagrante *error in procedendo*⁷⁴⁹ do juízo que desrespeita tal regramento.

A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal⁷⁵⁰ não obstaculiza a rescisória com estes últimos fundamentos infraconstitucionais. Pois, não se discute, aqui, *interpretação*, mas sim *fundamentação*. A não ser assim, a rescisória acaba por ser o remédio último de qualquer demanda. Todavia, não é essa uma de suas hipóteses de cabimento, já que, na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a violação precisa ser *aberrante, direta, estridente, absurda, flagrante ou extravagante*⁷⁵¹ e não decorrente de mera dissensão interpretativa da norma, especialmente se o cerne da questão possuir natureza altamente controvertida. Ademais, o Supremo já fixou entendimento da inaplicabilidade da Súmula quando fundar-se a rescisória em matéria constitucional⁷⁵², e o tema em comento tem status constitucional.

A violação ao direito fundamental da motivação judicial não se insere em tema de índole controvertida: acaso verificada a ausência de fundamentos, impõe-se a declaração de nulidade de tal *decisum*. Mesmo assim, é certo que a ausência ou carência de fundamentação atrás da fundamentação deve estar evidente, flagrante, aberrante.

Já a carência de motivos de ordem extrínseca, que consiste na omissão de fato decisivo para o juízo, encontra, além do inciso V, no inciso IX do artigo 485, o seu embasamento legal. Embora não evidente de início, o “erro de fato”⁷⁵³ não se restringe a uma

desenvolvido nos autos. Entretanto, sua redução para o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) se demonstra aviltante. Assim, o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) é o que melhor se coaduna ao feito.” BRASIL. TJPR; Rec. 0232339-7/03; Curitiba; Seção Cível; Rel. Des. Guido Döbeli; DJPR 05/11/2009; Pág. 294.

⁷⁴⁹ A questão já foi de maior controvérsia, mas havia discussão da hipótese do inciso V contemplar exclusivamente *errores in judicando* por conta de outros dois incisos do art. 485 preverem *errores in procedendo* (II e IV). A doutrina majoritária, acertadamente, conclui que a hipótese legal do inciso V abarca as duas possibilidades, acompanhada de jurisprudência, tal qual este julgado do STJ: AÇÃO RESCISÓRIA. 485, V, DO CPC. ERROR IN PROCEDENDO. I - Recurso especial interposto por uma das partes que, admitido, não foi apreciado nesta Corte, sendo, por equívoco, analisado o apelo, não admitido, manejado pela outra parte. II - Os erros in procedendo conforme assinalam a doutrina e a jurisprudência, podem ser pressupostos para rescisão do julgado nos termos do art. 485, V, do CPC. III - Inexiste direito adquirido ao percentual de 26,05% relativo a fevereiro de 1989. Ação rescisória procedente. BRASIL. STJ. AR 761/SE, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 25/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 271.

⁷⁵⁰ Súmula 343, STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

⁷⁵¹ Conforme BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010. p. 106.

⁷⁵² O entendimento está consolidado, conforme se depreende dos seguintes julgados: STF. RE 463624 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-05 PP-00969; RE 564781 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-07 PP-01384.

⁷⁵³ O erro deve ser claro, não necessitando de produção probatória adicional para sua demonstração; nesses casos, entende-se que não houve erro, o que existem são *novos* elementos que formariam a convicção do juízo de maneira diversa se constassem dos autos naquele momento anterior. BARBOSA MOREIRA, José

falsa ideia acerca da prova (in)existente nos autos.⁷⁵⁴ Ao contrário, trata-se de erro que pode “se referir a uma ação quanto a uma omissão”⁷⁵⁵, precisamente a hipótese alinhavada pela Profª. Ada, consagrada no Recurso Especial no. 311.022/SP, anteriormente debatido. *In casu*, o magistrado ignora fato sobre o qual não há controvérsia nem pronunciamento judicial específico.

O primeiro requisito ocorre quando o fato em questão jamais tenha sido objeto de disputa pelas partes, bem dizendo, não pode ter sido alegado por uma parte e negado por outra, não existindo mais do que uma única versão a respeito dele.⁷⁵⁶ De outra banda, quanto à exigência remanescente, seria absurdo reclamar que o juízo *nunca* tivesse se manifestado a respeito, em estado de completa ignorância do fato ocorrido. Tolera-se a menção ao fato, mas não um pronunciamento judicial sobre ele, afastando-o, em definitivo, como cabível. Não pode haver fundamentação específica para ele, um cotejamento, pelo julgador, com as demais alegações constantes dos autos. Preenchidos esses requisitos, cabível a rescisória fundada no art. 485, IX, por carência de motivação.

Não há, em nenhum dos precedentes mencionados, o enfrentamento da “fundamentação atrás da fundamentação”. Muito embora represente tarefa difícil a obtenção do reconhecimento judicial, em sede de rescisória, de caracterização da dita ausência/carência, reconheça-se pertencer à própria natureza de tal procedimento seu alto grau de exigência. Quanto à hipótese avançada acerca da carência de motivos, por conta da sua identidade de consequência com a ausência de motivos, ela sempre terá um duplo cabimento, nos dois incisos do artigo 485. E, talvez, a proposta da maior relevância que deve ser conferida à categoria dos *obiter dicta* auxilie também nesse ponto. Afinal, trata-se de uma perspectiva ainda não enfrentada diretamente pelas cortes através do remédio da ação rescisória.

3.3 O CONTROLE DA MOTIVAÇÃO NAS LIMINARES E TUTELAS ANTECIPATÓRIAS

Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. p. 149.

⁷⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. *Ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 344. É do entendimento de parte da doutrina que houve má transposição do Código de Processo Civil Italiano do vocábulo *atti* que seria *autos* e não *atos*, como constou do CPC pátrio. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. p. 147.

⁷⁵⁵ LIMA, Arnaldo Esteves; DYRLUND, Poul Erik. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 43.

⁷⁵⁶ BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010. p. 140.

O pedido liminar ou de tutela antecipada⁷⁵⁷ toca em ponto sensível na seara motivacional. Afinal, trata-se de uma manifestação, por parte do juízo, em cognição sumária⁷⁵⁸ e *inaudita altera parte*, a princípio, já que o artigo 273 do CPC não veda a concessão da antecipação de tutela após a defesa do réu, do encerramento da instrução ou até mesmo depois de proferida a sentença.⁷⁵⁹

A cognição sumária é um fenômeno moderno, característico da sociedade atual, que se rege pelo seu ritmo acelerado. Os avanços tecnológicos, progressivamente incorporados às ferramentas do Poder Judiciário, demandam, por parte do julgador, atitudes mais céleres e respostas mais imediatas. Por outro lado, diante de tanta rapidez, os cidadãos também desejam *segurança*, o que demonstra, com total clareza, que não se está diante de uma “falência do processo comum de cognição plena e exauriente, pois este é o modelo que possibilita a solução dos conflitos de maneira mais segura.”⁷⁶⁰

No caso particular da tutela antecipada, constam do artigo 273 do Código de Processo Civil três requisitos, sendo a presença de ao menos dois deles indispensável⁷⁶¹ para a concessão da tutela pretendida. No *caput*, há a exigência da *prova inequívoca*,⁷⁶² caracterizada justamente pela possibilidade de convencer o julgador da verossimilhança das

⁷⁵⁷ Ainda que as antecipações de tutela “não sejam necessariamente liminares, serão sempre antecipações dos efeitos de uma sentença satisfativa, protanto realização provisória dos eventuais efeitos da sentença de procedência.” SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1. p. 135. Notoriamente distintas a cautelar e a antecipação de tutela, esta criada como solução diante da impossibilidade, conforme entendimento jurisprudencial, de “satisfação de direito mediante cautelar”. MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 198.

⁷⁵⁸ Kazuo Watanabe elenca as diferentes formas de cognição no processo: plena e exauriente, parcial e exauriente e, finalmente, sumária ou superficial, precisamente aquela operada quando da ocasião das liminares em geral ou do pedido de antecipação de tutela. Sintetiza o autor que “a cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que ‘tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos.’” WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 145.

⁷⁵⁹ MARINONI; ARENHART, op cit., p. 209. Nesse sentido, o projeto de lei elaborado por grupo de trabalho formado por Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, apresentou o artigo 273-A, *verbis*: “A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos & pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 57.

⁷⁶⁰ WATANABE, op cit., p. 142-143.

⁷⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 87.

⁷⁶² O termo é contraditório em sede de exigência de juízos de verossimilhança. A adaptação possível do termo é de que a prova é inequívoca quando não dependa de coleta adicional de material probatório para formação do convencimento judicial. A aceção de inequívocidade também deve ser mitigada no que diz respeito à reversibilidade da tutela concedida; se for de fácil reversão, a exigência probatória se reduz em mesma medida. GRINOVER, op cit., p. 60 et seq. Adicionalmente, não poderia se exigir, neste tipo de decisão, um grau maior de certeza do que aquele exigido no provimento final, que é de verossimilhança dos fatos. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 2. p. 405.

alegações. Tal pressuposto deve estar aliado a uma das duas possibilidades avençadas nos incisos I e II do artigo supramencionado. O primeiro inciso aponta a necessidade de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, e, o segundo, a caracterização de “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Qualquer das hipóteses do texto legal deve estar aliada ao critério geral do parágrafo segundo do artigo 273: a concessão da tutela antecipada não impede a eventual reversão do provimento antecipatório.

Cabe à parte interessada combinar o *caput* com um dos incisos, assim como se incumbe o magistrado de, ao (in)deferir o pedido, motivar, de forma clara e precisa,⁷⁶³ as razões de sua decisão. O controle da motivação, nesses provimentos antecipatórios, se dá pela análise conjugada desses requisitos. A revogação pode ser exercida pelo próprio julgador, requerendo-lhe, o § 4º do artigo 273 que essa decisão seja também fundamentada, como o foi o deferimento, o que geralmente se dá através da apresentação de outros elementos pela parte prejudicada. No entanto, parece ser mais frequente (e, a esse propósito, mais consuetâneo com a proposta de controle de possível “fundamentação atrás da fundamentação” nos pleitos liminares), a interposição do agravo de instrumento, nos precisos termos do artigo 524 do Código de Processo Civil. Oferece-se, assim, a questão ao controle da instância superior para manutenção do direito fundamental à motivação das decisões judiciais e a preservação acerca do direito de uma decisão fundamentada, disposto no já referido § 4º.

Dentre as discussões normalmente estabelecidas na matéria de tutela antecipada *versus* cautelar⁷⁶⁴, a que prepondera em alto grau de importância, aqui, é aquela em torno da motivação do magistrado diante de tais pedidos. O ponto fulcral deste debate em particular acha-se profundamente conectado à prova, dita *prima facie*.⁷⁶⁵⁷⁶⁶ O exame dos dois mencionados requisitos para concessão do pleito antecipatório perpassa, necessariamente, o

⁷⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 87.

⁷⁶⁴ Como no caso da tutela inibitória, ventilada no estudo de MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 199-205. Ada Pellegrini conclui que as tutelas, cautelar e antecipada, estão sujeitas a pressupostos diversos, destacando que a antecipação de tutela não pode ser concedida diante de possível caráter de irreversibilidade do provimento antecipado. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos & pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 60. Adicionalmente, a cautelar visa conservar o fim útil do processo, até mesmo porque o significado da palavra cautela traduz-se em termos como *assegurar, conservar, garantir e prevenir*. DINI, Mario; DINI, Enrico A. *I provvedimenti d'urgenza*. Tomo I. 5. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1981. p. 142-143.

⁷⁶⁵ Bem aponta Pedro Movellán que não se confunde prova *prima facie* com presunções; a primeira caracteriza-se por ser prova *direta*, que se satisfaz com a probabilidade, ao contrário da presunção, método de prova *indireto*, “em concurso com o fato base e o fato presumido”. MOVELLÁN, Pedro Álvarez Sánchez. *La prueba por presunciones*. Granada: Editorial Colmares, 2007. p. 78.

⁷⁶⁶ A prova *prima facie*, ou *Anscheinsbeweis*, pontua Taruffo, é tema bastante delicado. Afinal, o que pode caracterizar a ‘aparência do fato’, conforme alegado pela parte? A solução, aponta, não é de predeterminar grau desse tipo de prova, nem de exigir que prove o fato, mas que faça surgir, para a outra parte, o ônus da prova contrária. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 485.

campo da valoração probatória dos elementos oferecidos pela parte autora.

E, como em qualquer outra tomada de decisão, a apreciação da matéria pode envolver princípios cotidianamente utilizados fora do âmbito judicial. Jordi Nieva Fenoll⁷⁶⁷ lista alguns, dentre os quais se destacam representatividade, acessibilidade, utilidade subjetiva e o princípio da necessidade de justificação das decisões.

Na representatividade, o indivíduo, para tomar a decisão, compara a solução encontrada com os casos similares já vivenciados, assim como o juiz.⁷⁶⁸ Diante de pleito liminar ou de pedido de tutela antecipada, o julgador poderá pensar na sua jurisprudência “pessoal”. Os riscos implicados são perceptíveis, já que os precedentes disponíveis não são só os daquele magistrado, mas os de todo o ordenamento jurídico, que deverá ser contemplado. Adicionalmente, nesse tipo de processo decisório, o juiz geralmente julga com base em uma só prova que salta aos seus olhos, ignorando o contexto adicional do caso que ainda não lhe foi apresentado, até mesmo por falta de tempo para o enfrentamento mais profundo da matéria. Pode soar óbvio que a decisão só possa ser tomada com base nos elementos dos autos, mas ela deve ser pensada levando em consideração a *possibilidade* de existência de outros elementos que modifiquem a visão a respeito do caso concreto.⁷⁶⁹

Já o princípio da acessibilidade “supõe a valoração da probabilidade de um sucesso em virtude da maior facilidade para recordá-lo.”⁷⁷⁰ Facilidade não se confunde com realidade; as falsas memórias desempenham papel fundamental nesse tipo de deliberação, bem como os erros pré-existentes de juízo. O jurista espanhol cita o exemplo em que muitas pessoas têm a noção (errada) de que viajar de avião é mais perigoso, ou que existe um risco maior, do que viajar de carro.⁷⁷¹ A memória pode induzir em erro quem faz uso dela, diante do vasto número de interferências que ela suporta.

O princípio da utilidade subjetiva é particularmente interessante na tomada de decisão a respeito de prova *prima facie*. Ele consubstancia-se na noção que o indivíduo tem acerca do resultado de determinado evento, que surtirá consequências para si próprio, com dois resultados possíveis: ou uma situação de risco determinado e presente, ou, então, uma situação de incerteza que não gere risco ao final. A tendência dos indivíduos é de escolha pela

⁷⁶⁷ FENOLL, Jordi Nieva. *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 72 et seq.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 73.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 74.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 75.

⁷⁷¹ O autor atribui à exagerada publicidade dos acidentes aéreos a justificativa dessa noção errada, já que a estatística prova o oposto. Outro exemplo de deformação da memória é quando a informação nela impressa possuía vício quando de sua apreensão, *e. g.*, quando um indivíduo de determinado grupo minoritário comete um delito, pensar que todos os membros daquele grupo são ou capazes de ou já cometeram ato idêntico. *Ibid.*, p. 76.

primeira situação, pois um estado de incerteza é indesejável.⁷⁷² Todavia, o magistrado tende para a segunda opção.

Primeiramente, não existe propriamente a “utilidade subjetiva”, que nomeia o princípio, para a pessoa dele. Ele não extrai, em teoria, vantagem de suas decisões. Se esse é o caso, o indesejável é criar uma situação de risco para si e que possa colocar em xeque sua imparcialidade⁷⁷³ no momento inicial do processo, pois já sinaliza, ainda que precariamente, sua decisão final.⁷⁷⁴

Se o indivíduo necessita justificar abertamente as suas decisões, ele automaticamente descarta as possibilidades anteriores. A decisão tomada nesse âmbito é, geralmente, aquela que oferece uma “melhor imagem pública”,⁷⁷⁵ por ser mais “defensável socialmente”.⁷⁷⁶ Inicialmente, parece que o julgador não leva em consideração, ao menos não como razões primordiais, as duas explicações oferecidas pelo jurista espanhol. No entanto, o respeito à Lei e a todos os princípios e regras que coordenam sua atividade, acaba por fornecer aqueles aspectos referidos por Jordi Fenoll.

A necessidade de justificar expressamente as decisões se impõe, também, ao juiz, quando dispõe acerca de concessão tutela antecipada ou pedido liminar. A concisão decisória, lícita ao julgador, conforme a disposição do artigo 165,⁷⁷⁷ do CPC, encontra aplicação mais restrita quando dos provimentos dessa natureza. Afinal, trata-se de decisão de nível superior a uma singela interlocutória, pois se encontra diretamente ligada à solução *final* da lide⁷⁷⁸, e não só a algum aspecto formal sem maiores consequências. A concisão deve ser suficientemente extensa para atender o fim a que se destina, concluindo Cássio Scarpinella Bueno que “fundamentação concisa, destarte, não é sinônimo de falta ou de deficiência de fundamentação. Nesta hipótese, não naquela, ocorre nulidade.”⁷⁷⁹ É, portanto, nula a decisão

⁷⁷² FENOLL, Jordi Nieva. *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 76.

⁷⁷³ Jordi Fenoll questiona, com propriedade, se o juiz que decreta medida cautelar é imparcial para o julgamento do processo principal. A solução não se apresenta com facilidade: se, por um lado, ele conhece bem o caso e está mais bem inteirado de seu passado processual, ele também já manifestou, através da concessão da medida, o reconhecimento do direito a uma das partes. A conclusão do autor é de que deve haver atenção a cada caso, pois pode haver, sim, um comprometimento da imparcialidade judicial, mas esta não é a regra. *Ibid.*, p. 101 et seq.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 77.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 77.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁷⁷ Muito embora a motivação sucinta ou concisa esteja legalmente prevista no tocante às decisões interlocutórias tão somente, tem entendido, erroneamente, s.m.j., o STJ, que motivação sucinta, por si, não evidencia lesão à garantia fundamental. BRASIL. STJ. AgRg no REsp 686.386/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 24/05/2010.

⁷⁷⁸ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1. p. 134. Ainda que existente tal correlação, é defeso ao magistrado adiantar o provimento final nesse momento. *Ibid.* p. 136.

⁷⁷⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 354.

que (não) concede a liminar (ou a tutela antecipada) e limita-se a dizer (não) estarem presentes os requisitos autorizadores da (não) concessão, sem discorrer acerca destes.⁷⁸⁰

Em derradeiro, não pode haver confusão com os modelos de constatação e as formas de cognição no processo. No caso de análise de pedido de liminar ou de tutela antecipada, ao efetuar a cognição sumária, o magistrado vai efetuar uma valoração das provas oferecidas naquele momento (e, portanto, *prima facie*), mas o nível de exigência diante desses elementos aumenta conforme o modelo de constatação empregado, iniciando com a preponderância de provas.⁷⁸¹ Isto é, o crivo do juiz não diminui seu nível de exigência ou qualidade quanto ao grau de certeza que a prova confere, ele tão somente analisa essas provas em um contexto de menor *quantidade* de elementos probatórios. Eis o motivo de a cognição sumária ser também denominada *incompleta*, “já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial”.⁷⁸²

3.4 CONCLUSÃO PARCIAL

Em síntese, verificou-se que a doutrina e a jurisprudência se encarregaram, diuturnamente, do enfrentamento da questão acerca do tema da motivação judicial. Os tribunais superiores, com altíssima frequência, se furtam ao exame aprofundado da questão, elaborando fórmulas pré-estabelecidas de rejeição aos recursos embasados nos dispositivos legais atinentes ao dever de motivar as decisões judiciais. Tal conduta acaba por esvaziar de conteúdo esses dispositivos, lesando frontalmente os jurisdicionados e na mesma medida o Estado Democrático de Direito.

Isto por conta de que a carência de motivos assemelha-se, em relação às suas consequências, à ausência de motivos. Em ambos os casos, não constam do *decisum* todos os fundamentos necessários para a sua compreensão, violando não só a garantia fundamental da motivação, mas o contraditório processual e o duplo grau de jurisdição. A consequência, portanto, aqui e ali, há de ser a nulidade dessas decisões.

Os meios existentes à disposição dos jurisdicionados para controle dessas decisões acham-se presentes tanto no momento *anterior* à sua prolação quanto no momento *posterior*, através de mecanismos sistemáticos que visam a impedir o arbítrio judicial até mesmo antes

⁷⁸⁰ BRASIL. STJ. RMS 25.462; Proc. 2007/0247038-2; RJ; Terceira Turma; Rel^a Min. Fátima Nancy Andrihgi; Julg. 02/10/2008; DJE 20/10/2008.

⁷⁸¹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38 et seq.

⁷⁸² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 121.

de sua ocorrência. E, no caso de sua consolidação, as partes dispõem do sistema recursal, com suas peculiaridades e dificuldades, bem como da ação rescisória.

O problema de ordem prática, muito bem antevisto por Bueno Vidigal⁷⁸³, é o de que o dever de motivação das sentenças judiciais pode dar azo à prolongação infinita de recursos e demandas. Seguramente, não é esta a meta apresentada. O que deve ser almejado, com extremo cuidado, é sempre o equilíbrio, tanto quanto possível, dos valores efetividade e segurança⁷⁸⁴ no processo, sendo a *fundamentação atrás da fundamentação* perseguível até certo ponto. Tal estágio será determinado caso a caso, mediante o interesse da(s) parte(s) em não se sujeitar ao arbítrio do magistrado, que julga sem expor plenamente as razões formadoras de seu convencimento. Ou pior: decide, mas oferece aos jurisdicionados uma *falsa* possibilidade de controle, já que a motivação é fictícia. Destaca-se, novamente, a função inovadora que a categoria dos *obiter dicta* pode desempenhar nesse momento, talvez alterando o panorama de marasmo das cortes nacionais quando decidem possíveis violações do direito fundamental à motivação das decisões judiciais.

⁷⁸³ VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. *Ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948. p. 64.

⁷⁸⁴ Bem assinala o Prof. Carlos Alberto ao aduzir que, modernamente, tem-se conferido prevalência ao valor efetividade em relação ao valor segurança. A solução rápida, contudo, não pode se mostrar lesiva, já que “a norma principal da segurança diz respeito, especialmente, aos direitos fundamentais de defesa.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 135. Ora, ao se falar em ‘direito fundamental de defesa’, se fala igualmente em devido processo legal. O risco da preferência exclusiva à efetividade em total detrimento da segurança não é só indesejável, é a ruína do sistema e a morte da Constituição. A excelente conclusão do celebrado jurista não deve ser vista do ponto de vista de conformidade, mas sim de uma leitura protetiva dos direitos fundamentais das partes, para que haja preservação não só da instrumentalidade do processo, mas da persecução de fim justo, adequado e também em tempo razoável.

CONCLUSÃO

A pesquisa ora desenvolvida teve por meta buscar melhor entendimento acerca da motivação da sentença judicial, tendo como ponto de partida o reconhecimento da humanidade inerente à função jurisdicional. O olhar lançado sobre as “figuras judiciais paradigmáticas” na história, escolhidas por conta da relação juiz/motivação, fez pensar sobre como cada uma dessas figuras exercia o cargo e, mais importante, como se justificava no exercício dele. Há grandes distinções sobre como, individualmente, essas figuras legitimavam as suas decisões.

A apresentação da diferença entre motivos e fundamentos, muito embora carregada de polêmica, desperta o problema curial do presente estudo. Se a fundamentação, enquanto garantia constitucionalmente assegurada, pode dividir-se em dois elementos, a falta de um deles acarreta violação do preceito. Nessa mesma seara, a falsa fundamentação é temática controversa, pois de difícil verificação de sua ocorrência. Ainda distante de resolver a questão, propôs-se uma análise a partir da utilização da categoria dos *obiter dicta* enquanto possíveis indícios de sua existência.

A relevância do tema salta aos olhos em particular quando inserido no Estado Democrático de Direito. Em verdadeira democracia, não há espaço para o arbitrário, para o secreto exercício de um múnus público. Somente a motivação expressa e mais completa possível poderá demonstrar às partes a imparcialidade do julgador, assegurada, em parte, através da independência do Poder Judiciário (externa), sem esquecer a independência pessoal do juiz (interna).

Passou-se, então, a ponto delicado da matéria, analisando alguns dos motivos mais vinculados à pessoa do julgador, na tentativa de lançar luz sobre a humanização dele, muito comentada na doutrina, mas raramente aprofundada. Fica o registro da importância do tema, na esperança de fomentar o debate sobre a questão da composição motivacional judicial, até mesmo porque as espécies propostas, como realçado em mais de uma oportunidade, não são exaustivas e nem visam ao esgotamento da matéria. No âmbito dos aspectos mais pessoais da decisão judicial, conclui-se que o arrazoado decisório não pode desvincular-se completamente de qualquer racionalidade.

De outra banda, a redução da atividade jurisdicional a um hábito, a uma tarefa eminentemente mecanizada ou à “sobrevalorização da mecanização das atividades mentais”,

conduz a uma equivocada “segurança da realidade”.⁷⁸⁵ Nas palavras de Hannah Arendt, “o hábito é um ontem eterno e sem futuro. Seu amanhã é idêntico a hoje”.⁷⁸⁶ A compreensão da função do juiz deve tentar captar a sua dimensão humana, entendimento este a ser conquistado tanto pelos jurisdicionados quanto pelo próprio magistrado, cujos olhos devem atentar para além de coeficientes de desempenho baseados em estatísticas meramente quantitativas, alcançando uma muito desejada mensuração qualitativa dos provimentos jurisdicionais.

Por fim, enfrentou-se a ausência da “fundamentação atrás da fundamentação” nas decisões, concluindo que, quando ela é determinante para o raciocínio do julgador, não é só a sua total omissão no *decisum* que acarreta a nulidade do mesmo. A motivação defeituosa, incompleta, prejudicial à eficácia plena e irrestrita do artigo 93, IX, da Carta Magna, também merece o mesmo fim. Com certeza, a queixa recorrente de excesso de trabalho, aliada à insuficiência de infraestrutura, não são elementos de relevância capazes de afastar a atenção necessária a essa garantia constitucional, sob pena de outras garantias constitucionalmente asseguradas serem extirpadas do ordenamento sob idêntico pálio.

Ao longo do presente estudo apresentaram-se advertências de que a proposta ora veiculada é aplicável tão somente a poucos e restritos casos. Não se pretende, jamais, oferecer uma teoria extrema da nulidade decisória, a ponto de invalidar qualquer sentença. Nem se diz que qualquer *obiter dictum* presta a ser objeto de recurso. Muito pelo contrário. Em determinados processos, esse elemento *poderá* servir de base para apontar a existência de motivo decisório fundamental não expresso, e cuja presença *poderia* evidenciar erro grave de julgamento, subtraindo das partes o direito à motivação (tão) completa (quanto possível). Nesse mesmo sentido, é inexigível, do julgador, o *regressus ad infinitum* de todas as causas de sua decisão, muito menos a reprodução integral e fidedigna de todos os processos mentais envolvidos, muitos dos quais o presente trabalho admite como inconscientes. Como entende Michele Taruffo, a motivação é o texto resultado de uma atividade que pode ser muita complexa, mas não equivale a uma “descrição ou reprodução dessa atividade.”⁷⁸⁷

Em síntese final, ainda que não localizada a declaração de nulidade de *decisum* por ausência de expressa “fundamentação atrás da fundamentação” quando seria o caso, é certo

⁷⁸⁵ Os termos são de Bethânia Assy, na introdução à edição brasileira de ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 41.

⁷⁸⁶ ARENDT, Hannah. *Love and Saint Augustine*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 83, apud ASSY, Bethânia, na introdução à edição brasileira de ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 41. Como diria Alvaro de Oliveira, não se deve confundir segurança com a ideologia da segurança, cujo objetivo é o “imobilismo social”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101.

⁷⁸⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 267.

que a matéria possui viés prático fundamental. Como o processo encontra-se inserido no contexto de uma modernidade líquida, fluida, não estanque, que produz significativas mudanças na condição humana⁷⁸⁸, não é mais possível enquadrar o julgador em esquema pré-concebido, fechado, inorgânico. A percepção da humanização e fluidez dessa função é só o primeiro passo para uma magistratura socialmente responsável e efetivamente vinculada às decisões que emana. José Brutau assinala ser velha tal polêmica, acerca “do que é preferível – um governo de leis ou um governo de juízes, de há muito razoavelmente resolvida no sentido de dizer-se melhor a certeza da norma do que a versatilidade dos julgamentos.”⁷⁸⁹

De ser buscado o justo meio termo, no qual a sociedade não se vincule nem ao juiz arbitrário, nem anseie por magistrados descaracterizados, sem personalidade, sem humanidade e desconectados do mundo no qual vivem as partes. Nessa linha, a imparcialidade do julgador esteve sempre presente ao longo de todo estudo, em maior ou menor medida, a qual se apresenta como requisito fundamental, nas sociedades democráticas, para a possível decisão justa.

Admitidamente, caminha-se para um novo conceito de imparcialidade judicial, que passa pela necessária humanização da função, com todas as consequências daí decorrentes. O raciocínio abstrato e a lógica são exclusivos dos seres humanos, mas também o são determinados sentimentos. A presença destas características inerentes à humanidade transfigura-se em instrumental à disposição do magistrado que, através de seu uso, consegue obter melhor compreensão da realidade que lhe é exposta, assim como dos interesses das partes e seus respectivos sentimentos e anseios. O respeito ao princípio vetor da Constituição brasileira, que é a dignidade da pessoa humana, requer e exige seja explicitada a essas partes a integralidade do processo decisório: não pode ser furtado de seu conhecimento a “fundamentação atrás da fundamentação.”

Apresenta-se cabível, em encerramento, sistematização conclusiva, que segue.

1.1 O ato de julgar é inerente à condição humana, não é matemático, nem geométrico, revelando-se sempre em opção a ser efetuada dentre certo número de possibilidades existentes; julgar é sempre optar, pois sempre há mais de uma solução processual possível.

1.2 O processo é instrumento de efetivação da democracia, preservador do Estado Democrático de Direito, devendo o magistrado, na condução cooperativa da lide, estar atento a todas as garantias que devem ser preservadas às partes, já que a toda garantia fundamental

⁷⁸⁸ BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 15.

⁷⁸⁹ BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte de direito*, Porto Alegre: AJURIS, 1977. p. 7.

corresponde um dever fundamental.

1.3 O contraditório é o princípio diretor do processo, razão pela qual a motivação das decisões judiciais intimamente conecta-se a ele, pois ela deve ser abrangente e clara. A um só tempo, satisfará o direito das partes à tutela jurisdicional plena e efetiva, bem como legitimará o exercício da função judicial perante a sociedade como um todo, interessada no deslinde de toda e qualquer ação.

1.4 A motivação caracteriza elemento estrutural indispensável dos provimentos jurisdicionais, tratando-se de mais do que mero discurso justificativo: também é ponte que conecta o pedido das partes com o resultado da demanda.

1.5 A frequente comparação do juiz com o historiador contém diversas imprecisões, especialmente no que diz respeito à verdade buscada por cada um deles (formal x real) e às obrigações envolvidas (moral x legal). De outra banda, a opção que o historiador faz pelo objeto de seu estudo também não está ao alcance do juiz. Enquanto o *sentir* deste a respeito de uma lide possui as vestes de decisão que se impõe e vincula, o do historiador revela-se em simples opinião.

1.6 A figura do *iudex unus* possui importância seminal para a compreensão do procedimento formular do Direito Romano. Sua função não se apresentava tão limitada, tendo ele plena liberdade valorativa da prova; a legitimação do exercício de seu cargo não se dava através da motivação de suas decisões, mas pelo seu processo de escolha, operada de comum acordo entre as partes.

1.7 A Revolução Francesa foi marco histórico também no que diz respeito à função judicial, ponto de passagem entre a submissão do sistema judicial ao rei e a escolha dos juízes pelo povo, esta sendo o primeiro requisito legitimador do seu munus, que devia ser transitório.

1.8 A lei 16-24, de agosto de 1790, na França, instituiu a separação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, com base na doutrina clássica de Montesquieu, reduzindo o juiz à *bouche de la loi*, com regramento específico para que este sempre emitisse decisões fundamentadas e não arbitrárias.

1.9 Na Alemanha nazista, a conspurcação do Direito se fez com o auxílio da ação conjunta da polícia e do Judiciário, que deixou de lado a imparcialidade para se comprometer com a ideologia estatal vigente à época, caracterizada por forte postura autoritária (ou totalitária).

1.10 Diversos precedentes da época demonstram claramente a visão judicial comprometida, mediante a ordem superior de que não se deveria interpretar a lei, mas

somente aplicá-la, uma vez que a interpretação eventualmente poderia resultar desfavorável ao III Reich. A liberdade judicial era preceito estranho ao ideário nazista.

1.11 Os terrores da época não podem ser atribuídos exclusivamente à ignóbil figura do *führer*, devem também ser vinculados à “estupidez criminosa” do povo alemão de então, ou ao seu consentimento quase que generalizado com boa parte da brutalidade do regime.

1.12 A motivação das decisões judiciais era sempre ideológica, mesmo quando não havia espaço para interpretação. A lei estava contaminada, ingressava no âmbito do processo já impregnada do ideário nazista, ainda que os juízes aparentassem não concordar com isto, embora todos os indícios apontem para em sentido oposto.

1.13 A reconstrução da Alemanha, no Pós-Guerra, encontrou particular dificuldade na mudança de mentalidade do Judiciário, já que diversos julgadores, antes filiados ao partido nazista, ainda integravam os seus quadros, decidindo questões atinentes a crimes de funcionários do Estado no período do regime. Foi necessária verdadeira reconstrução do sistema jurídico, a partir do que existia na era “pré-Hitler”, pois os vencedores não impuseram a legislação de seus países. Ainda assim, a distribuição de justiça foi, em muitos casos, rarefeita, mitigada para os criminosos nazistas, com penas ofensivas para os familiares das vítimas e sobreviventes como um todo. Não houve punição adequada para a obscenidade criminosa do nazismo e de seus fautores.

1.14 A atenção voltou-se para o entendimento de que a *bouche de la loi* não mais bastava como artifício de controle da função judicial para preservação da justiça, devendo atentar os magistrados para os valores inerentes ao sistema jurídico. A exclusiva vinculação à lei escrita devia ficar no passado.

1.15 O movimento realista norte-americano valoriza, por vezes em demasia, o aspecto humano do cargo de juiz, particularmente na *common law*. A lei é apenas parte do fenômeno judicial, pois ela não fornece a explicação final de todos os provimentos, que estão sujeitos às idiosincrasias de cada magistrado.

1.16 A razão volta a ter papel de instrumento no ato de julgar. Para os realistas, cada juiz possui seu próprio estilo, que não é o pior nem o melhor, individual ou genericamente considerado. Muitos magistrados tendem a raciocínios mais simplistas e, outros, a mais intrincados esquemas de pensamento. Em um sistema de *precedentes*, é normal que os juristas da *common law* se preocupem com o que pensam os juízes, já que suas “opiniões tendem a se tornar lei”.

1.17 A motivação, nesse contexto, adquire nova faceta, indo além do preconizado no Pós-Guerra, com foco na pessoa do juiz. Relacionou-se, pela primeira vez na história, de

forma ampla, cada juiz com suas decisões, ao invés de ponderar o grupo de decisões como um todo representativo da mentalidade única do ordenamento jurídico vigente. É claro que a plena aplicabilidade do que entende o movimento realista, e em caráter extremado, como desejam os neo-realistas, põe por terra absolutamente tudo o que já foi legislado, recaindo o sistema no âmbito da total insegurança jurídica. A lição aprendida é de que o indivíduo-juiz deve ser particularmente considerado em relação às suas decisões, e não mais só as decisões em relação ao ordenamento, princípios, doutrina e assim por diante.

1.18 Nesse mesmo âmbito, a Escola do Direito Livre (*freirechtliche Bewegung*) surgida no final do século XIX, compartilhava noções similares às do movimento realista norte-americano. A recusa do dogma legalista, no ambiente da *civil law*, é aproximação significativa de ordenamento que se fundamenta no *stare decisis*. O reconhecimento de que a jurisprudência está impregnada de afetos e sentimentos compõe, *mutatis mutandis*, um dos cânones do movimento realista.

1.19 A motivação está positivada no direito pátrio desde os tempos do Império, ganhando forma pelo Decreto número 737, de 25 de novembro de 1850 que, em seu artigo 232, já previa a “motivação precisa” dos julgados. Atualmente, a legislação infraconstitucional esparsa indica sua obrigatoriedade, seja em âmbito civil, penal ou militar. É indiscutível, igualmente, seu *status* constitucional, consubstanciado no artigo 93, IX, da Carta Magna. Por entendimento do Supremo Tribunal Federal, trata-se de norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, dispensando por completo legislação específica posterior.

1.20 A motivação difere da fundamentação. Uma não existe sem a outra. A primeira é a justificativa propriamente dita das opções do magistrado, demonstrando a lógica de seu raciocínio, em maior ou menor medida, mediante a presença de motivos ideológicos, sentimentais, etc. Revela-se, portanto, verdadeira “fundamentação atrás da fundamentação”, devendo ser exposta integralmente às partes para preservação do contraditório e seu possível controle.

1.21 De sua vez, a fundamentação é a conclusão parcial do exercício motivacional, tanto quanto o dispositivo é o derivativo direto da operação motivos + fundamentos. Dessa conceituação, decorre a dificuldade existente, nas cortes brasileiras, da compreensão adequada do que configura decisão motivada.

1.22 A falsa fundamentação, que não é sinônimo de sentença suicida, remove da porção motivação da decisão jurisdicional a sua eficácia justificativa, apresentando razões de decidir que não correspondem às verdadeiras empregadas para o resultado final daquela demanda.

1.23 A fundamentação falsa (ou fictícia) compreende enorme dificuldade na apuração de sua ocorrência. Vários elementos podem ser utilizados na tentativa de sua percepção, entre eles, os *obiter dicta*.

1.24 A garantia de independência judicial constitui dever do magistrado, revelando-se em fator de segurança para os cidadãos tomados no seu conjunto. A acepção do vocábulo *independência* não se confunde propriamente com a de liberdade, como já o foi historicamente, dado o enorme poder inerente ao cargo, comumente exercido por um líder, rei, imperador ou outra figura de grande influência.

1.25 Essa visão clássica foi sendo superada na mesma medida em que se consagrou o reconhecimento necessário do fortalecimento e da separação do Poder Judiciário, para conter as arbitrariedades do Executivo e do Legislativo. Simultaneamente, evoluiu o sistema valorativo da prova, vinculando a formação do convencimento judicial aos elementos carregados aos autos e não mais ao sabor da pessoa encarregada de julgar.

1.26 A independência pode ser dividida em externa e interna, cuja determinação é extremamente ambígua. A visão melhor aceita registra que a externa diz respeito à independência do Poder Judiciário em relação ao Executivo e Legislativo, ou a quaisquer outras pressões externas. Já em relação à interna, configura-se quando é garantido ao juiz, dentro do próprio Poder Judiciário, que não sofrerá pressões no exercício de suas funções.

1.27 A motivação é dever judicial, com a ideia de afastar qualquer suspeita sobre a existência de arbitrariedade ou caprichos pessoais por parte de quem julga, demonstrando que jurisdicionou com base nos elementos de prova constantes do processo, sem a interferência de elemento determinante exógeno e estranho à lide.

1.28 Só a motivação completa pode assegurar o pleno exercício do contraditório, garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, permitindo participação total no julgado, e não somente em relação a alguns trechos devidamente motivados. É nela que se verifica se o ofício se exerceu com a necessária imparcialidade ou independência.

1.29 Entretanto, o elemento não se presta exclusivamente a preencher as expectativas das partes envolvidas, e sim as de toda a sociedade, que pode efetuar controle *a posteriori* das decisões prolatadas. Se, historicamente, existiram diversas formas de legitimar a atuação judicial, seguramente se reconhece que o grande elemento legitimador moderno da função do magistrado é a motivação, em sua acepção mais plena, única forma através da qual se preserva a essência do conceito de cidadania processual do Estado Democrático de Direito.

2.1 A motivação judicial compõem-se de diversos *motivos*, sendo tarefa de grande dificuldade atribuir o resultado de uma decisão judicial a um só deles, bem como delimitar a

existência de espécie motivacional *pura*. Toda divisão sistemática esbarra em algumas dificuldades, em particular nesta matéria, dada a idiosincrasia do tema. Ocorre que, até o presente momento histórico, muito pouco se ponderou a respeito do elemento formador motivacional não exclusivamente atrelado à lei ou à pura racionalidade, talvez como fruto do ideário iluminista. Destacou-se, no estudo da “fundamentação atrás da fundamentação”, a existência de algumas categorias motivacionais, não exaurientes da matéria, embora não sendo aquelas que *devam* constar dos provimentos jurisdicionais, mas que efetivamente constem, nos mais diversos casos.

2.2 A motivação raramente é singular, revelando-se quase sempre múltipla e complexa, podendo conter aspectos emocionais, ideológicos, entre outros. Não se sustenta que o raciocínio judicial possa estar completamente alijado de estrutura lógica, mas se admite existir estrutura complementar a ela.

2.3 Na temática da politização do Poder Judiciário, o conceito de “política” demonstra-se elemento fundamental. Na acepção clássica do termo, pode-se dizer que o Poder Judiciário, enquanto um dos poderes do Estado, exerce função naturalmente política, e que removê-la é destruir a própria natureza da função judicial.

2.4 Os *obiter dicta* poderão indicar a existência de *fundamentação atrás da fundamentação* através de análise caso a caso. Muito embora sejam geralmente caracterizados como a porção não vinculante da decisão, não se lhes atribuindo maior importância, já desempenhavam papel de melhor compreensão do julgado e do próprio julgador.

2.5 Ainda que não se confundam com as *rationes decidendi*, os *obiter dicta* possivelmente indicarão a presença de outras razões de decidir não oferecidas ao controle pelas partes da demanda.

2.6 Com essa valorização da categoria, o entendimento de que carece de interesse processual recurso que se funda em ataque à *obiter dictum* necessariamente deve cair por terra, com o reconhecimento da possível importância indiciária que exercem os *dicta*.

2.7 É curial a divisão da tipologia de motivos utilizáveis pelo juiz em suscetíveis, ou não, de controle jurisdicional. Os “controláveis” são aqueles que podem ser atacados na via recursal, e que são mais frequentes nos julgados, mas nem sempre expressos. Os “não-controláveis” são ainda mais frequentemente ocultados, e sua menção expressa não visa ao controle jurisdicional, mas ao “autocontrole” pelo magistrado.

2.8 A lei, doutrina e precedentes só podem ser aceitos como motivos dentro de um contexto de liberdade decisória limitada, em matéria que já tenha sido amplamente debatida e decidida, merecendo destaque a existência de súmulas vinculantes. O ordenamento pátrio

estabeleceu um esquema pré-ordenado de racionalidade, no qual não há, na prática, margem de atuação do juiz nesses casos.

2.9 A motivação *per relationem* só se aceita com adição de um quarto requisito aos três tradicionais. Tal exigência é a de que a decisão posterior que utilize a anterior como fundamento lhe forneça, obrigatoriamente, fundamento adicional, com o fim de demonstrar que aquela decisão foi realmente analisada pelo órgão a que se dirige o recurso.

2.10 O conceito de ideologia mostra-se fugidio, tendo sido modificado enormemente desde sua criação. Mas parece haver razão na compreensão de que é discurso que não apreende a realidade, impedindo acesso racional e lógico a outros de tipos de experiência ou verdades. A posição ideológica é sempre comprometida, com agenda pessoal e finalidade estranha ao Estado Democrático de Direito. O discurso científico é diametralmente oposto, por sua função descritivo-informativa, ao contrário da ideologia, cuja função é valorativo-prescritiva.

2.11 O discurso ideológico revela-se particularmente danoso no âmbito do processo judicial. A visão ideologicamente comprometida do juiz vincula as partes, ao contrário do que sucede em um debate normal. E esta é a modalidade discursiva motivadora das decisões que visam justificar a aplicabilidade do chamado “direito alternativo” ou a existência de “ativismo judicial”. A meta de justiça esposada por tais doutrinas ou movimentos é estranha ao ordenamento jurídico estabelecido, com o propósito de subverter a ordem estabelecida, sem qualquer rumo novo a ser fixado, a não ser um conceito vazio e fantasmagórico de “justo”.

2.12 Todos esses esquemas de pensamento podem ser caracterizados como aventuras não-jurídicas, trazendo indevidamente a ideologia para a esfera processual, cuja instrumentalidade e propósito são vilipendiados, pois desviados de sua verdadeira finalidade. A motivação exclusivamente ideológica é indesejável, por seu caráter potencialmente danoso. Acaso presente entre os motivos decisórios, deve constar expressamente da decisão prolatada, merecendo sempre atenção especial da instância recursal competente.

2.13 As máximas de experiência são instrumento à disposição do julgador, definíveis como juízos hipotéticos do que normalmente ocorre, em determinados casos, de conhecimento comum e que transcendem a situação na qual foram verificados, sendo aplicáveis a outras situações análogas. Não se confundem com o conhecimento privado do juiz, sendo um “tesouro de conhecimentos”.

2.14 Ditas máximas dividem-se em duas categorias distintas, a das técnicas ou científicas, e a das comuns. As científicas representam aquelas que, originariamente, eram do

conhecimento exclusivo de especialistas, mas recaíram em certa ordinariedade devido ao seu amplo conhecimento pelo “homem médio”, devendo também preencher o requisito de, em sua área específica de conhecimento, não serem alvo de controvérsia, por estabelecidas e pacificadas. As comuns não tratam de conhecimento específico, mas do que normalmente ocorre em determinadas situações. Em qualquer caso, admite-se que a opção por esta ou aquela máxima fica à discricção de cada julgador que, na valoração dos fatos, sempre emprega alguma delas. Assim, a disposição final conterà sempre a máxima de experiência utilizada, possibilitar o seu controle.

2.15 Dentre os motivos não passíveis de controle judicial, ditos “psicológicos”, encontram-se os fundados na emoção, os inconscientes e aqueles oriundos da relação que se estabelece entre juiz e partes, denominada, valendo-se de conceito emprestado da Psicologia, a contratransferência.

2.16 Aqueles classificados como inconscientes estão lá sem a percepção imediata de sua presença, muito embora influenciem diretamente as funções mentais superiores. Reconheça-se, contudo, a impossibilidade de que haja menção declarada de sua existência pelo juiz na sentença. Se ele próprio não pode percebê-los, demonstrar sua influência é impraticável. O reconhecimento deles, no entanto, como passíveis de influenciar o resultado das demandas, merece destaque, e atenção do magistrado. O “autocontrole”, embasado em autoconhecimento prévio de sua pessoa, pode evitar que a sua pena sentencie mais do que o raciocínio declarado.

2.17 A primeira categoria de motivos conscientes, e sujeitos à menção expressa na decisão final, portanto, são os derivados da emoção, de sentimento personalíssimo de cada magistrado. Sentimento, por sinal, seria a terminologia mais adequada segundo a Psicologia, porque a emoção é a “exacerbação de um sentimento”. Tem sido cada vez mais corriqueira a prolação de decisões eivadas de sentimento individual do julgador, tais quais examinadas no presente trabalho, no precedente do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, da Suprema Corte norte-americana.

2.18 O aspecto emocional/sentimental deve ser ponderado também no momento da coleta da prova, a fim de que o compromisso a ser cumprido, nesse âmbito, seja de cunho investigativo-científico. Afinal, a sensação e a percepção, funções mentais superiores, são diretamente afetadas pelos componentes emocionais de cada pessoa, o que atinge não só a forma como ela decide, mas também interfere em como ela *percebe* a realidade à sua volta.

2.19 A utilização desses motivos deve ocorrer de forma consciente e habilidosa, pois, aliados à racionalidade, podem servir de valoroso instrumento auxiliar no julgamento, mas

nunca principal. O enaltecimento dessa faceta decisória não visa só ao reconhecimento da humanização do cargo, mas também quer possibilitar a melhor compreensão das decisões exaradas, mormente em matérias que, sabidamente, envolvam maior carga sentimental, como em casos de família ou matérias de grande comoção pública.

2.20 A segunda categoria dos motivos conscientes é oriunda da contratransferência. Ela identifica, na psicanálise, o sentimento nutrido pelo terapeuta em relação ao seu paciente, interferindo diretamente no resultado do tratamento. Analogicamente, o julgador, que tem ascendência sobre as partes, deve buscar ter consciência do sentimento que nutre em relação a elas, bem como aos demais envolvidos na demanda, sejam testemunhas, peritos e demais integrantes da cena jurídica.

2.21 A racionalidade não é sinônimo de certeza; mesmo as decisões que empregam a melhor racionalidade disponível podem ser alvos de muita crítica e debate. Afigura-se falsa a noção de que só esse instrumento pode conduzir à melhor decisão, quando o cenário que se impõe é muito mais complexo, tanto quanto o é a natureza humana.

2.22 A dita “lógica jurídica” não é uma ciência exata, como se pretende fazer crer. O ato decisório se avizinha muito mais da noção de “arte” do que de ciência. Os instrumentos racionais, tais como alguns modelos interpretativos, estudos de probabilidade, entre outros, apenas se revestem de um grau maior de previsibilidade e controle, que se revela igualmente insatisfatório e restrito em diversos casos. Não existe certeza, na mais pura acepção da palavra, no processo judicial, e isto é contingência da realidade. Todavia, possível é buscar, em diferentes matérias, diferentes modelos de constatação que exigem, neste ou naquele caso, prova mais ou menos robusta.

2.23 A decisão que contempla expressamente não só o racional, mas também o seu aspecto precipuamente emocional, levando em conta a pessoa do julgador, valorizando sua individualidade, há de se admitir, é a forma mais completa de julgamento, quando possível. Sobre isto, não há novidade nenhuma, a não ser o reconhecimento da necessidade de, mais do que nunca, explicitar todos os motivos formadores do convencimento judicial, pois este é o sistema valorativo vigente – o convencimento judicial *motivado*.

3.1. É possível o controle da fundamentação atrás da fundamentação, diante da existência de mecanismos de controle da decisão judicial tanto antes quanto após sua prolação.

3.2 A ausência de motivação pode consistir em três hipóteses diversas, conforme Ada Pellegrini Grinover: a) na omissão das razões do convencimento; b) em erro lógico jurídico, de modo que as conclusões não decorram logicamente das premissas (carência de

motivação intrínseca); ou c) na omissão de fato decisivo para o juízo (carência de motivação extrínseca).

3.3 As hipóteses “b” e “c” não são consideradas como ausência de motivação pelo Supremo Tribunal Federal, somente sendo nula a sentença não motivada. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, acompanha a divisão efetuada, reconhecendo a nulidade em alguns casos que se enquadram no esquema engendrado.

3.4 Não é possível efetuar verdadeira distinção entre *carência* de fundamentação e *ausência* de fundamentação no que diz respeito às suas consequências. Na ocorrência de uma das hipóteses avençadas, a nulidade há de ser declarada.

3.5 O Supremo Tribunal falha sistematicamente na sua função de guardião do texto constitucional ao deixar de apreciar, especialmente em matéria cível, a previsão do artigo 93, IX, da Carta Magna, por entender ser caso de “ofensa reflexa” e por demandar análise de legislação infraconstitucional. O Superior Tribunal de Justiça vem declarando a nulidade de decisões que desrespeitem os artigos infraconstitucionais atinentes à motivação judicial, apenas em algumas oportunidades, referindo tratar-se de matéria constitucional, que refoge à sua competência.

3.6 A sistemática probatória se revela poderosa ferramenta de prevenção do arbítrio judicial, por ordenar, de forma prévia, a sequência de procedimentos à disposição das partes. A valoração desse material ainda é livre, mas *motivada*, estando o magistrado vinculado a diversas *regras de julgamento*, tal qual o ônus da prova, na forma do art. 333 do CPC.

3.7 A redistribuição do ônus probatório ou a inversão do ônus da prova, ainda que legalmente prevista, possui, na instrução, momento ímpar para que o julgador profira seu entendimento a respeito, na matéria dos autos. Caso realizada após finda a instrução, a garantia do contraditório será lesada, pois tratam-se de regras de *procedimento*, e não de julgamento, por caracterizarem, sobretudo, situações atípicas que fogem à regra geral do artigo 333 do CPC.

3.8 Os *standards* da mínima atividade probatória e da doutrina do absurdo são instrumentos eficazes para verificar se houve, por parte do juiz, suficiente valoração do material probatório constante dos autos. Referida valoração judicial deve ser declarada, expressa, justamente para evitar a presença de porções da decisão judicial das quais só aquele magistrado tem conhecimento.

3.9 A sistemática probatória deve servir-se profundamente do *formalismo-valorativo*, uma vez que ambos tem como fim comum a redução do arbítrio judicial e, certamente, valorização da cidadania processual.

3.10 A suspeição e o impedimento são institutos processuais que regulam a interferência de fatores externos indesejados na lide. O entendimento mais adequado é o de que o rol da Lei não seja considerado taxativo, mas aberto, precisamente porque essas exceções querem de preservar o fim maior do processo.

3.11 Os meios posteriores de controle da decisão judicial se apresentam quando a lesão à garantia de motivação das decisões judiciais já se consolidou. Dentre os meios possíveis, foram pinçados determinados recursos, por suas peculiaridades, assim como a ação rescisória.

3.12 Os embargos declaratórios possuem uma conotação *sui generis* na matéria, pois oferecem ao próprio autor da violação do texto constitucional a possibilidade de reversão do mal causado às partes e ao contraditório. Neste meio recursal em particular, pode haver o preenchimento da lacuna deixada, sanando o problema na sua integralidade. Não são absolutamente necessários os efeitos infringentes, pois não se está requerendo *modificação* do julgado, mas *complementação* dele.

3.13 O recurso especial e o extraordinário se apresentam como outros meios disponíveis ao alcance das partes, para ver declarada a nulidade da decisão prolatada em desconformidade com o artigo 93, IX, da Constituição Federal. As dificuldades de êxito já foram apontadas. Realmente, o sucesso é remoto, diante do assoberbamento da instância excepcional, o que acabou por criar tendência de relativizar determinados preceitos constitucionais, como o da motivação das decisões judiciais.

3.14 Na ação rescisória também assenta remédio possível, mas não se trata de recurso. Além do cumprimento dos requisitos tradicionais, as partes devem evidenciar as lesões aos dispositivos de lei referentes à motivação, conforme a previsão do artigo 485, V, do CPC. No caso de carência de motivação extrínseca, conforme divisão de Ada Pellegrini Grinover, a ação rescisória a ser movida tem duplo cabimento, no já referido inciso e, igualmente, no inciso IX do mesmo art. 485 do CPC.

3.15 A cognição sumária, em provimentos liminares ou de tutela antecipada, via de regra, envolve uma análise da prova *prima facie*, sem o cotejamento com elementos probatórios fornecidos pela parte contrária. Revela-se uma resposta atual aos anseios da modernidade, integrando à técnica processual meios que a tornem célere tal qual o ferramental à disposição do homem no seu dia-a-dia.

3.16 O processo de tomada de decisão, nesses casos, pode envolver diferentes princípios. A necessidade de justificar as decisões fulmina a possibilidade de utilização de outros princípios, como o da representatividade, utilidade subjetiva, entre outras. Tais

possibilidades parecem mais adequadas a decisões mundanas diárias por conterem forte elemento arbitrário.

3.17 Em sede de cognição sumária, é lícita a utilização da motivação sucinta ou concisa, contanto que demonstre o magistrado a valoração da prova *prima facie*, justificando sua escolha, até mesmo dispondo, se for o caso, a respeito da *fundamentação atrás da fundamentação*.

3.18 O desejo de celeridade e de resposta em tempo hábil de parte dos jurisdicionados alia-se, igualmente, a anseio por segurança e previsibilidade nas decisões judiciais.

3.19 O controle da motivação nos provimentos antecipatórios sempre se dá pela análise dos requisitos legais do artigo 273, do CPC, o que também impinge ao exame cuidadoso, pela parte que se sente lesada, da forma de valoração da prova dita *prima facie* pelo julgador.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Desmystifying legal reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALLORIO, Enrico. Sul doppio grado del processo civile. In: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebmann*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 3. p. 1783–1812.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, p. 79-85, mar. 1985.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVES, Maristela. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 215.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 2

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro VI. 1143b10. In: *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do método jurídico: reflexões em torno de François Géný. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 18, n. 51, p. 5-19, mar. 1991.

BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de processo civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 181-202.

BALLENTINE, James A. *Ballentines law dictionary*. Rochester: Lawyers Cooperative Publishing, 1969.

BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in law*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

_____. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *Temas de direito processual: Segunda Série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

_____. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel. In: *Temas de direito processual (Quinta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Prueba y motivación de la sentencia. In: _____. *Temas de direito processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Temas de direito processual (Sétima Série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 74, n. 261, p. 13, jan./fev./mar., 1978.

BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010.

BARREIRO, Alejandrino Fernández. *Estúdios de derecho procesal civil romano*. Coruña: Universidade da Coruña, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

BARZOTTO, Luís Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 1998-1999, p. 163-192, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 4º Vol. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1997.

BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

BERGASSE, Nicolas. *Report on the Organization of Judicial Power*. 17 aug. 1789. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/pi/icg-gci/rev2/rev2.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n.190, p.37-70, dez. 2010.

BERLIN, Isaiah. Determinismo, relativismo e juízos históricos. In: GARDINER, Patrick (Org.) *Teorias da história*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Hermenegildo. *Vida, razão e justiça*. Coimbra: MinervaCoimbra, 2005.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *O objeto do processo civil clássico romano*. Belo Horizonte: Líder, 2007.

BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche begründungspflicht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1971.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1977.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURDICK, William L. *The principles of roman law and their relation to modern law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

CADIET, Loïc (Org.). *Dictionnaire de la justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004

CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. In: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica I Argentina, 1945. p. 107-130.

_____. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1968. v. 3.

CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ana Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 83-97.

_____. *Direito poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CALOGERO, Guido. *La logica del giudice*. Padova: CEDAM, 1937.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do “exame de ADN”? In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 11-21.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do*

direito. 3. ed. Tradução de A. Menezes Coredeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANESTRARI, Renzo. Decisione giudiziaria e verità scientifica. In: *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, v. 8, p. 43-46, 2005.

CANIVET, Guy. Activisme judiciaire e prudence interpretative. In: *La Création du Droit par le Juge*. Archives de philosophie du droit, v. 50. Paris: Dalloz, 2007.

CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo istituzionale del processo privato romano. I: le legis actiones*. Torino: Giappichelli Editore, 1980.

_____. *Profilo istituzionale del processo privato romano. II: il processo formulare*. Torino: Giappichelli Editore, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Julgar e decidir: as invisíveis manhas da decisão nos 'tribunais académicos'. *Julgar*, Coimbra, Coimbra Editora, v. 1, p. 13-18, jan./abr. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

CANZIO, Enio. Prova scientifica nel processo penale. In: *Decisione giudiziaria e verità scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 60.

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, trad. de Athos Gusmão Carneiro, v. 13, p. 1-17, 1978.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, 2000.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New York: Dover Publications, 2005.

CARPES, Arthur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do

contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Ativismo judicial em crise*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

CARVALHO, Olavo de. A ideologia da anti-ideologia. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/070910dc.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. *Do mito à ideologia*. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/mitoideo.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2010

CATTANEO, Mario A. Verbete rivoluzione francese (Dottrina Giuridica della). *Novissimo digesto italiano*. V. XVI. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, ANO XXX.

CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant'anni dopo Chiovenda). In: *Le prove nel processo civile: quaderni dell'associazione fra gli studiosi del proceso civile*. Tomo LVII. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 42-44.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano: Giuffrè Editore, 2005. v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Sobre os embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 74, n. 595, p. 19-20, maio 1985.

COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Orgs). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

COMPERNOLE, Jacques Van. Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge. In: LENOBLE, J. (Org.). *La crise du juge*. Paris: LGDJ, 1996.

COPLESTON, Frederick. *A history of philosophy*. New York: Image Books, 1994. v. 6

CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XLV, n. 1, CEDAM, p. 148-206, jan./mar., 1990.

CORREAS, Carlos Ignacio Massini. *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,

1982.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CROSS, Rupert, HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4^a. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC: análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 35, n. 190, p. 264, dez. 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

CUNHA, Eduardo Caruso. *O dever de motivação da sentença judicial*. 2008. 89 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2008.

DELGADO, José Augusto. ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: *Processo civil: novas tendências*. Homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DERZI, Misabelde Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

DIAS, Nélia Daniel. *A responsabilidade civil do juiz*. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2005.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. v.1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. v. 3.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINI, Mario; DINI, Enrico A. *I provvedimenti d'urgenza*. Tomo I. 5. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1981.

DUCOS, Michèle. *Roma e o direito*. São Paulo: Madras, 2007.

DÜLFFER, Jost. *Nazi Germany: 1933-1945*. Tradução de Dean Scott McMurry. New York: Arnold, 1996.

EVANGELISTA, Stefano. Verbete motivazione della sentenza civile. *Enciclopedia Del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1958-1995. v. 27.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. 'E o juiz não é só de direito' (ou 'A função jurisdicional e subjetividade'). In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209-227.

FENOLL, Jordi Nieva. *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier, 2007.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009.

FIORELLI, José Osmir et al. *Psicologia aplicada ao direito*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

FORNACIARI JR., Clito. Da necessária releitura do fenômeno da suspeição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 766, ago.1984.

FORSTER, Nestor José. *Direito de defesa*. São Paulo: LTr, 2007.

FRAGA, Carlos. *Subsídios para uma independência dos Tribunais*. Lisboa: Cosmos, 2000.

FRANK, Jerome. *Courts on trial*. New Jersey: Princeton University Press, 1973.

_____. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936.

_____. The “fight” theory versus the “truth” theory”. In: O’BRIEN, David. *Judges on judging: views from the Bench*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2009.

FREUD, Sigmund. Alguns comentários sobre o conceito de inconsciente na psicanálise (1912). In: *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. Traduzido por Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago, 2004. v.1.

_____. O Eu e o Id (1923). In: *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. Traduzido por Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago, 2007. v.3.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. v. 1.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie; GROS, Frédéric. *Les vertus du juge*. Paris: Dalloz, 2008.

GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARNER, Bryan. *A dictionary of modern legal usage*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

GASPAR, António Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea. *Julgar*, Coimbra: Coimbra Editora, v.1, p. 19-29, jan./abr. 2007.

GIULIANI, Alessandro. *Il conceto di prova*. Milano: Giuffrè Editore, 1971.

GIULIANI, Alessando; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Ristampa aggiornata. Milano: Giuffrè, 1995.

GOLDHAGEN, Daniel Jonah. *Os carrascos voluntários de Hitler: o povo alemão e o holocausto*. São Paulo: Cia. das Letras, 1997.

GOMES, Mário Soares Caymmi. O direito como linguagem e discurso: a retórica judicial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.10, n. 39, p. 259-284, jul./set., 2009.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Embargos de declaração: soluções sistêmicas para lacunas da lei. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 10.

GONZÁLEZ, Fernando Gómez de Liaño. *El proceso civil*. 4. ed. Oviedo: Editorial Forum, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 34.

_____. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores Brasileiros. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 50, p. 5-20, 1990.

_____. *O processo: estudos & pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

GUDJONSON, Gisli. *The psychology of interrogations, confessions and testimony*. Londres: Wiley, 1993.

GUINCHARD, Serge. *Méga nouveau code de procédure civile commenté*. Paris: Dalloz, 2001.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Rio de Janeiro:

Editora Nacional de Direito, 1959.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HETTCHE, Matt. *Christian Wolff*. 2006. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/wolff-christian/>>. Acesso em: 5 abr. 2009.

HIRSCH, Irwin. *Coasting in the countertransference*. New York: The Analytic Press, 2008.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOLMES, Oliver Wendell. The common law. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

HUTCHENSON, Joseph C. The judgment intuitive: the function of the 'Hunch' in Judicial Decision. *Cornell Law Quarterly*, Ithaca, v. 14, p. 274-288, 1928-1929.

IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. A profissão de juiz, hoje. *Julgar*, Coimbra, v. 1, jan./abr. 2007.

JORGE, Flávio Cheim. Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2001. v. 4.

JUNOY, Juan Picó i. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

_____. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José María Bosch, 1998.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinan Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira.

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos júzcos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Desenvolvimento histórico do processo civil romano e a regra do ônus probatório*. Artigo apresentado na disciplina de História do Processo Romano. Faculdade de Direito – USP. Jun/1999.

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 353, p. 15-51, jan./fev. 2001.

KOCOUREK, Albert. The formula procedure of roman law. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 8, 1921-1922.

KOZINSKI, Alex. What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. In: O'BRIEN, David. *Judges o judging: views from the bench*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2009.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LANCELLOTTI, Franco. Verbete sentenza civile. AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957. v. 16.

LANGBEIN, John H. *Torture and the law of proof: Europe and England in the ancien régime*. Chicago: Chicago University Press, 2006.

LANZA, Luigi. *La motivazione dei provvedimenti giudiziari: sessione II: la patologia della motivazione*. Disponível em: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10609.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.-B. *Vocabulaire de psychanalyse*. 5. ed. Paris: PUF, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo, RT, 2000.

_____. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995.

LEFEBVRE, Georges. *A revolução francesa*. 2. ed. Traduzido por Ely Bloem de Melo Pati. São Paulo: IBRASA, 1989.

LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957.

LIMA, Arnaldo Esteves; DYRLUND, Poul Erik. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. LIRA, Gerson. *A motivação na valoração dos fatos e na aplicação do direito*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2006.

LLEWELLYN, Karl. N. A realistic jurisprudence: the next step. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 58.

_____. Some realism about realism: responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 44, 1930/1931.

LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA, José Miguel et al (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008.

LOPES, Maria Elizabeth. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel et al (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. São Paulo: RT, 2009.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MANCUSO, Fulvio. Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, Anno XLIX, n. 1. 1995.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARÍAS, Julián. *Tratado sobre a convivência*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentando artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2009.

MARTINO, Francesco de. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: CEDAM, 1937.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELENDO, Santiago Sentís. Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 63, n. 462, p. 11-22, abr. 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZ, Joseph F.; VILE, John R. *Summaries of leading cases on the constitution: 50th anniversary edition*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2004.

MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. 2. ed. California: Stanford University

Press, 1997.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo Civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

METZGER, Ernest. Roman judges, case law and principles of procedure. *Law and History Review*, Illinois, v. 22, n. 2, p. Summer, 2004.

MIRA Y LÓPEZ, E. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: VidaLivros, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, jul. 1988.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Coleção Os Pensadores, v. 29. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOVELLÁN, Pedro Álvarez Sánchez. *La prueba por presunciones*. Granada: Editorial Colmares, 2007.

MOZOS-TOUYA, José Javier. Le juge romain a l' époque classique. In: CARBASSE, Jean Marie; TARRIDE, Laurence Depambour. *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*. Paris: PUF, 1999. p. 61.

MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice: the courts of the third reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9.

ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEUFELD, Carmem Beatriz et al. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 25-26.

NICHOLLS, A. J. The final step to power. In: MITCHELL, Alan. *The nazi revolution*. 4, ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1997

NIETO, ALEJANDRO. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2000.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Verbete Escola do Direito Livre. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 272-275.

OMMATI, José Emmilio Medauar. Embargos declaratórios e o estado democrático de direito. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. v. 8. São Paulo: RT, 2005.

ORIGGI, Gloria. *Qu'est-ce que la confiance?* Paris: VRIN, 2008.

ORIONE NETO, Luiz. Embargos de declaração. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2001. v. 5. p. 341-346.

PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. *Direito processual civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PALAZZOLO, Nicola. *Processo civile e política giudiziaria nel principato*. 2. ed. Torino:

Giappichelli Editore, 1991.

PASQUINO, Pasquale. Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 2, p. 11-25, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique: nouvelle retorique*. Paris: Dalloz, 1999.

PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. *A nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERROT, Roger. Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français. In: LENOBLE, J. (Org.). *La crise du juge*. Paris: LGDJ, 1996.

PÉTEL-TEYSSIÉ, Isabelle. Incidents relatifs au personnel judiciaire. In: GUINCHARD, Serge (Org.). *Droit et pratique de la procédure civile*. Paris: Dalloz, 2009.

PHILIPS, Susan U. *Ideology in the language of judges*. New York: Oxford University Press, 1998.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. L'independenza del giudice. *Justicia y desarrollo democrático em Italia y América Latina*, Roma: UNICRI, n. 45, p. 279, 1992.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POUND, Roscoe. Law in books and law in action. *American Law Review*, Chicago, v. 44, p.

12-36, 1910.

_____. Liberty of contract. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

_____. The call for a realistic jurisprudence. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

_____. The theory of judicial decision. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 36, 1922/1923.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. 4. ed. Campinas: Millenium, 2008.

_____. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

RACKER, Heinrich. *Transference and countertransference*. New York: Karnac, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RADIN, Max. The date of the lex aebutia. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 22, 1947/1948.

RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 7. ed. Navarra: Thomson – Aranzadi, 2007.

REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Conteúdo da garantia do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 33, n. 162, p. 330-351, ago. 2008.

REMAK, Joachim. *The nazi years: a documentary history*. Illinois: Waveland Press, 1990.

RICOEUR, Paul. *O justo I: a justiça como regra moral e instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROHENKOHL, Gustavo et al. Emoção e falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 93-95.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RUSSEL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M. *Judicial independence in the age of democracy*. Virginia: The University Press of Virginia, 2001.

RYBACK, Timothy W. *A biblioteca esquecida de Hitler: os livros que moldaram a vida do Führer*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SALAVERRIA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

_____. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

SALDANHA, Nelson. Verbete François Géný. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 378-379.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 530-544.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Barcelona: Bosch, 1960.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal civil* Tomo I. 2. ed. Madrid: COLEX, 2007.

SHENGE, Adrien Lentiampa. *Paul Ricoeur: la justice selon l'espérance*. Bruxelas: Lessius, 2009.

SHETREET, Shimon; DESCHÊNES, Jules (Orgs.). *Judicial independence: the contemporary debate*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

SIGILLITO, Martin T. The unus iudex in roman law and roman legal history. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 33, p. 492-493, 1988/1989.

SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. v.1

_____. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SINGH, Simon. *Fermat's last theorem*. Toronto: Penguin Books, 1997.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008.

_____. Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”. *REPRO*, São Paulo, v. 35, n. 180, p. 266, 2010.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. As escolas de direito no que tange ao preparo psicológico. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008.

_____. As tendências contemporâneas da ideologia e práticas jurídicas. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

SOUZA, Ivan Campos de. *O problema da função processual dos embargos de declaração*. Pernambuco: Imprensa Industrial, 1956.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traduzido por Andres de Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973.

STEIN, Peter. Interpretation and legal reasoning in Roman law. *Kent Law Review*, Chicago, v. 70, p. 1539-1556, 1994/1995.

STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika: studies on legal history in nazi germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: MEDINA, José Miguel et al (Orgs.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 51, p. 315-328, 1997.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *REPRO*, São Paulo, v. 32, n.143, jan.2007.

_____. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. *Rivista di Diritto Processuale, Padova*, v. 22, p. 438-465, 1967.

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

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

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 355, mai./jun. 2001.

_____. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970.

TERRÉ, François. Un juge créateur de droit? Non merci! In *La Création du droit par le juge*. Archives de philosophie du droit. Tomo 50. Paris : Dalloz, 2007.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário sobre o panoamra de aplicação no direito brasileiro. *Revista*

de Processo, São Paulo: RT, n. 189, nov. 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Livro II. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in Materia Civile: Profili Generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ANNO LV, n. 2, 2001.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la filosofía del derecho y del estado II*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975.

USTÁRROZ, Daniel. A democracia processual e a motivação das decisões judiciais. In: PORTO, Sérgio Gilberto. *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VANNIER, Guillaume. *Argumentation et droit*. Paris: PUF, 2001.

VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au juge*. Paris: Quai Voltaire, 1991.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. *Ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VOEGELIN, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo: É Realizações, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel et al (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. p. 157-158

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6.ed. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

WENGER, Leopold. The roman law of civil procedure. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 5, p. 364, 1930/1931.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WINNICOTT, D. W. *Da pediatria à psicanálise: obras escolhidas*. Tradução de Davy Bogomoletz. Rio de Janeiro: Imago, 2000.

WRÓBLEWSKI, Jerzy; MACCORMICK, Neil. On justification and interpretation. In: ATRIA, Fernando; MACCORMICK, Neil (Orgs.). *Law and legal interpretation*. Burlington: Ashgate Publishing Ltd., 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZIMERMAN, David. A influência dos fatos psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. In: _____. David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008. p. 145

ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

JURISPRUDÊNCIA

ARGENTINA. Cámara Nacional de Cassación Penal. Proc. no. 04-3-20-35235991. Voto Dra. Ledesma. Disponível em: <http://ar.vlex.com/vid/recurso-camara-casacion-penal-n-04-3-20-35235991>>. Acesso em: 20 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 805736 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-08 PP-01740.

_____. RE-AgR 551.807; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 25/05/2010; DJE 01/07/2010; Pág. 64.

_____. AI 784816 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-09 PP-02020.

_____. HC 99736, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00849.

_____. RHC 97958, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe-040 DIVULG 04-03-2010 PUBLIC 05-03-2010 EMENT VOL-02392-02 PP-00351.

_____. RE 463624 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-05 PP-00969.

_____. RE 564781 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-07 PP-01384.

_____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 654.413-2/PA*. 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 12.08.2008.

_____. *Recurso Extraordinário 540.995-3/RJ*. 1ª Turma. Relator Ministro Menezes Direito. Julgado em 19.02.2008.

_____. *HC 94.164*. 1ª Turma. Relator Ministro Menezes Direito. Julgado em 17.06.2008.

_____. MS 25936 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-01 PP-00168.

_____. *Habeas Corpus 84.383/RS*. 2ª Turma. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 31.10.2006, DJ 07.12.2006, p. 67.

_____. HC 86864 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em

20/10/2005, DJ 16-12-2005 PP-00059 EMENT VOL-02218-04 PP-00761 RTJ VOL-00200-03 PP-01322 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 463-480 RMDPPP v. 2, n. 8, 2005, p. 88-94.

_____. AI-AgR 526.768-2; Primeira Turma; Rel. Desig. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 09/08/2005; DJU 21/10/2005; Pág. 21.

_____. RE-ED 194662; BA; Segunda Turma; Rel. Desig. Min. Gilmar Mendes; Julg. 10/12/2003; DJU 21/03/2004; p. 00071.

_____. HC 78013; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 24/11/1998; DJU 19/03/1999; p. 00009.

_____. AI-AgR 137157; DF; Primeira Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 21/06/1994; DJU 17/02/1995; p. 02747.

_____. HC 69141/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28/08/92.

_____. ADIMC número 189/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 18.04.1990, DJ 18.05.1990.

_____. HC 53245; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Bilac Pinto; Julg. 15/04/1975; DJU 06/06/1975.

_____. Recurso Extraordinário nº 77.792. 1ª. Turma. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, julgado em 15.10.1974.

_____. RE 55315; Tribunal Pleno; Rel. Min. Victor Nunes; Julg. 15/06/1964; DJU 27/08/1964.

_____. RE 51638; Rel. Min. Victor Nunes; Julg. 09/08/1963.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg-Ag 1.238.748; Proc. 2009/0193295-3; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 05/10/2010; DJE 21/10/2010.

_____. RESP 933.371/RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 02.09.2010, DJE 20.10.2010.

_____. AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1097498 / GO. 3ª Turma. Relator Desembargador Convocado Vasco Della Giustina. Julgado em 24.08.2010, DJ 01.09.2010.

_____. REsp 1062994/MG. 3ª. Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 19.08.2010, DJe 26.08.2010.

_____. REsp 959.356/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010.

_____. RESP 1.197.915. 2ª. T. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 17.08.2010, DJE 22.09.2010.

_____. REsp 1.068.836/RJ, Rel. Ministro Honildo Amaral De Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 19/04/2010.

_____. AgRg no REsp 686.386/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 24/05/2010.

_____. HC 146796/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04/03/2010, DJe 08/03/2010.

_____. AgRg no REsp 1081573/RJ. 2ª Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 23.02.2010, DJe 08.03.2010.

_____. REsp 704459/RJ. 4ª Turma. Relator Desembargador Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. Julgado em 23.02.2010, DJe 08.03.2010, RSTJ vol. 218, p. 394.

_____. AgRg no REsp 584.443/MG, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010.

_____. AgRg no Ag 616.537/RJ, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3ª T., julgado em 27/10/2009, DJe 12/11/2009.

_____. HC 73.470/MS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/06/2009, DJe 01/07/2009.

_____. REsp 1112416/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em

27/05/2009, DJe 09/09/2009.

_____. HC 111.049/MG. 6ª. Turma. Rel. Min. Jane Silva (convocada), j. 05.02.2009, DJe 02.03.2009.

_____. Reclamação 2.850/DF, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.11.2008, DJE 12.02.2009.

_____. RMS 25.462; Proc. 2007/0247038-2; RJ; Terceira Turma; Relª Min. Fátima Nancy Andrichi; Julg. 02/10/2008; DJE 20/10/2008.

_____. REsp 949000/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008.

_____. AR 761/SE, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 25/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 271.

_____. *Recurso Especial 311.022/SP*. 1ª Turma. Relator Ministro José Delgado. Julgado em 07.06.2001, DJ 27.08.2001, p. 232.

_____. HC 9860/RO, Sexta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 11/10/99.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. AR 100.04.002349-9; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Rômulo Taddei; Julg. 09/08/2005; DJES 19/09/2005.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Rec. 0232339-7/03; Curitiba; Seção Cível; Rel. Des. Guido Döbeli; DJPR 05/11/2009; Pág. 294.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Crime nº 70031303506, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. 02.09.2009.

_____. AC nº 70029285277, 7ª Câmara Cível Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 24.06.2009.

_____. ACr 70030053045; Erechim; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho; Julg. 04/06/2009; DOERS 09/07/2009; pág. 132.

_____. EI nº 70028708071, 4º Grupo Criminal, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 27.03.2009.

_____. AR 70023970320; Esteio; Nono Grupo Cível; Relª Desª Elaine Harzheim Macedo; Julg. 21/11/2008; DOERS 05/12/2008; Pág. 78.

_____. Apelação Crime nº 70019477702. Relatora Desembargadora Fabianne Breton Baisch, julgado em 27.08.2008.

_____. Apelação Cível nº 70018759605, 10ª Câmara Cível Rel. Des. Ary Vessini de Lima, j. 09.08.2007.

_____. Embargos de Declaração nº 7000215239. Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgado em 15.10.2003, DJ 12.11.2003.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ExSusp 96.010412-7; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Volnei Ivo Carlin; Julg. 25/04/2002

EUA. Sétimo Circuito do Tribunal de Apelações. Sarnoff v. American Home Products Corp., 798, F2.d 1075, 1084 (7th Cir. 1986).

EUA. Suprema Corte. Deshaney v. Winnebago City Soc. Servs. Dept., 489 U.S. 189 (1989).

_____. *Lochner v. People Of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905).

_____. *Marbury v. Madison* (1 Cranch – 5 U.S. – 137; 2 L. Ed. 60 – (1803).

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. 2ª. Seção. Proc. n. 137/87. Relator Conselheiro Messias Bento.