

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfourri Neto (UNICURITIBA)

**TODA DECISÃO SERÁ MOTIVADA?
SHALL BE ALL JUDICIAL DECISIONS BE MOTIVATED?**

Marta Battaglia Custódio

Resumo

A entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, trouxe algumas novidades em relação ao de 1973, dentre elas um maior rigor com relação à necessidade do magistrado ter que fundamentar “todas” as decisões por ele proferidas. Visando uniformizar o entendimento da magistratura sobre a nova norma, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura apresentou 62 enunciados acerca do novo CPC. O presente artigo trata de três dos enunciados da ENFAM, a saber o 9, o 10 e o 40, que relativizam o conteúdo do Art. 11 da Lei nº 13.105/2015.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Enunciados enfam, Motivação das decisões judiciais

Abstract/Resumen/Résumé

The brand new Code of Civil Law Procedure, Law 13,105/2015, brought new rules as, for instance, the need of the judge to argue (justify or explain) "all" decisions. In order to unify the understanding of the judiciary on the CCP, the National School for Training and Improvement of Magistrates (ENFAM) presented 62 statements that shall be considered as guidelines for judges when applying the new law. This article aims at discussing, from a theoretical perspective, three of the ENFAM's guidelines, namely 9, 10 and 40, which relativize the contents of Art. 11 of Law 13,105/2015.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New code of civil procedure, Enfam – brazilian school for training and improvement of magistrates, Arguments for judicial decisions

I. INTRODUÇÃO

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015), houve um aumento gradativo do estoque de processos judiciais no período de 2009 a 2014, ano em que os casos pendentes chegaram a 70,8 milhões. Isso porque, ano a ano, os casos novos superam em números os encerrados. Em 2014, os iniciados correspondiam a 28,9 milhões de processos, enquanto que os baixados foram apenas 28,5 milhões.

A duração do processo é fortemente correlacionada com a prestação jurisdicional: cada processo inconcluso é, em potencial, uma injustiça/insatisfação que se arrasta. Não apenas o tempo é fator importante para pacificar o conflito, mas também é essencial que a decisão judicial consiga ser a mais congruente possível com a realidade dos fatos. É ao longo do processo que as versões das partes sobre o litígio são levadas aos autos, que as narrativas são confrontadas, que as provas são apresentadas e que os acontecimentos vão sendo revelados, de tal modo que o juiz possa formar seu convencimento e consiga prolatar suas decisões. Essa dinâmica, da qual participam juiz, autor e réu, é regulada pelo Código de Processo Civil (CPC).

O CPC é, portanto, um tema altamente relevante, pois afeta diretamente a vida de milhares e milhares de brasileiros que postulam diariamente em juízo a tutela de seus interesses e esperam ver atendidas suas pretensões.

Não sem motivo, a aprovação e a sanção da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo CPC, vem suscitando muitos debates, tanto entre os que lidam diretamente com o Direito, tais como magistrados, advogados ou servidores do Poder Judiciário, quanto no âmbito doutrinário.

Após uma *vacatio legis* de um ano, o novo Código entrou em vigor em 18 de março de 2016, substituindo o de 1973. Com ele, algumas mudanças significativas são previstas, com o intuito de tornar o processo mais célere, reforçando seu caráter instrumental de permitir o gozo do direito a quem lhe cabe.

São exemplos de mudanças trazidas pelo novo CPC a busca pela autocomposição do litígio, quando admissível, previamente à análise de mérito (Art. 334), a permissão de um maior grau de negociação processual entre as partes (Art. 190) e a necessidade de o magistrado ter que fundamentar “todas” as decisões (sentenças e decisões interlocutórias) por ele proferidas (Art. 11).

Nesse contexto, cerca de 500 magistrados de todo o país aprovaram durante o seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC” – realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em Brasília, no Distrito Federal, entre os dias 26 e 28 de agosto de 2015 – 62 enunciados que devem orientar e dar suporte à magistratura nacional na aplicação do novo Código de Processo Civil (CPC) a partir do ano que vem.

O presente artigo almeja abordar três dos enunciados da ENFAM, a saber o 9, o 10 e o 40, tentando fazer uma relação entre eles e o significado da (livre?) decisão motivada do juiz, em face da redação do Art. 11 do novo CPC.

Para percorrer esse caminho, pretende-se tangenciar, ainda que muito sucintamente, a teoria da separação dos poderes e a avocação da prestação jurisdicional pelo Estado e explorar como é abordada a necessidade (ou não) de o juiz fundamentar as decisões.

II. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELO ESTADO

Já dizia Abraham Lincoln: “se quiser por à prova o caráter de um homem, dê-lhe poder” (*apud* MOURA, 2006, p. 98). Os gregos antigos também já expressavam preocupação com o desvirtuamento do caráter do homem, prevendo que o comportamento antissocial levaria a formas degeneradas de governo. Uma solução apresentada contra essa tendência à declinação do caráter era a valorização de uma concepção altruísta: a educação e a formação contínua para a vida pública, a “Paideia” (FREIRE, 1990). Mas, ainda que ajude, a robustez do caráter de um homem não é suficiente para garantir um governo justo quanto ele não possui instrumentos que possam coibir o abuso.

Montesquieu, em sua obra “o Espírito das Leis”, propôs a repartição dos poderes, como forma de minimizar os problemas decorrentes da concentração demasiada de poder nas mãos de apenas um (ou de um grupelho). Segundo ele, apenas o poder é capaz de frear o poder. Segue excerto do texto com a passagem referida:

La démocratie et l'aristocratie ne sont point des États libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites.

Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet.¹ (MONTESQUIEU, 1748 *apud* TREMBLAY, Jean-Marie, 2001, p. 46).

É a ideia dos freios e contrapesos. Essa tem sido, portanto, uma preocupação que acompanha a humanidade, não é de hoje.

A república moderna trouxe consigo a ideia da supremacia do ordenamento jurídico contra as arbitrariedades e o autoritarismo do governante de plantão.

E o que tem a ver toda essa discussão com o novo CPC? Tudo. Afinal, é o Código que regula a forma de atuação do magistrado, membro integrante do Poder Judiciário, a quem não cabe formular ou executar leis, mas aplicá-las ao caso concreto que lhe é apresentado.

A imparcialidade do juiz é essencial em um Estado de Direito. Se, ao invés de aplicar as leis, cada magistrado resolvesse sentenciar com base em suas convicções pessoais, o resultado seria a insegurança jurídica e, por consequência, a instabilidade social. Hélas, é notória a existência de aberrações como essas. Em geral (mas, infelizmente, não sempre), o próprio Judiciário atua, em instâncias superiores, para corrigir tais deslizes, sob pena da perda de sua legitimidade e credibilidade.

Em outras palavras, também o juiz, o desembargador e o ministro devem se submeter às leis, jamais colocarem-se acima delas. Devem, portanto, obediência à Constituição, ao ordenamento jurídico em geral e ao CPC em particular.

E o que diz o Art. 11 do novo CPC? Aquilo que já previa a Constituição Federal, em seu Art. 93, inciso IX.

III. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal preceitua em seu Art. 93 que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (STF), deve dispor sobre o Estatuto da Magistratura, devendo ser observados alguns princípios, dentre eles o de que todos os julgamentos dos órgãos do

¹ Tradução livre: A democracia e a aristocracia não são Estados livres por sua natureza. A liberdade política só se encontra em governos moderados. Mas ela não está sempre presente nos Estados moderados; ela só existe quando não se abusa do poder; mas é uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a abusar dele; até que ele encontre seus limites. Quem diria! Mesmo a virtude necessita de limites. Para que não se abuse do poder, é preciso, pela disposição das coisas, que o poder freie o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer coisas senão por obrigação legal, e tal que ninguém seja impedido de fazer coisas permitidas pela lei.

Poder Judiciário serão públicos (salvo se para preservar a intimidade, desde que não fira o interesse público) e o de que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade (inciso IX).

Já o CPC em vigor atualmente, de 1973, ressalta nos artigos 131, 353 e 386 que o magistrado pode apreciar livremente a prova, a confissão extrajudicial e a fé que deva merecer o documento que contenha em ponto substancial e sem ressalva entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.

Entretanto, o mesmo Código impõe como requisitos essenciais da sentença (Art. 458) os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito (inciso II). Ademais, na ação que tenha por objeto uma conduta (obrigação de fazer ou de não fazer), o juiz poderá determinar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (Art. 461), sendo lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente, podendo esta ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, desde que em decisão fundamentada (§ 3º).

A título de ilustração, no âmbito criminal, o Art. 155 do Código de Processo Penal, de 1941, prevê que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, mas não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação².

Ainda na seara criminal, a redação do artigo nº 112 da Lei de Execução Penal, alterada pela Lei nº 10.792/03, deixou uma lacuna no que concerne os exames periciais para a progressão de pena, fixando tão somente como requisitos para o detento que ele tenha cumprido um sexto no regime anterior e apresente bom comportamento (SÁ & FOPPEL, 2010).

Para suprir esta carência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula 439, afirmando que “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. Segundo Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho (*apud* SÁ & FOPPEL, 2010),

o juiz da execução, em busca da verdade real e em virtude de seu livre convencimento motivado, pode afastar o teor do atestado de boa conduta carcerária e analisar o laudo do exame criminológico para fundamentar a indeferimento da progressão de regime ou livramento condicional. (p. 4)

Voltando à área processual civil, o CPC de 2015 é mais convergente com o texto constitucional do que o anterior, uma vez que ele ressalta que todos os julgamentos dos

² Ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Assim como o de 1973, o Código de 2015 também prevê como elementos essenciais da sentença o relatório, os fundamentos (em que o juiz analisa as questões de fato e de direito) e o dispositivo, em que o juiz resolve as questões trazidas pelas partes (Art. 489). Entretanto, diferentemente do CPC/1973, o de 2015 avança, no sentido de valorar mais ainda o Art. 11, e ressalta no § 1º do Art. 489 que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (V) ou que deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (VI).

Na contramão do que se busca com o novo CPC, a ENFAM aprovou três enunciados, os de número 9, 10 e 40, que relativizam o entendimento acerca da necessidade de se fundamentar as decisões. *In verbis*:

9) É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.

40) Incumbe ao recorrente demonstrar que o argumento reputado omitido é capaz de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador.

A principal repercussão desses enunciados, se tomados como azimute pelos magistrados, conforme pretendido pela ENFAM, é a valoração de certa dose de descompromisso com aquilo que está sendo proferido na sentença.

Em material divulgado na página eletrônica da Escola lê-se o que segue:

[...] as discussões sobre a aplicação do novo CPC deverão ocorrer pelos próximos anos, visando facilitar a padronização da interpretação do código e resultar em celeridade do processo e na segurança da decisão. “Não se justifica mais o processo permanecer na Justiça por

muitos anos. Temos que construir uma interpretação que nos facilite agilizar o processamento das ações”, concluiu. (ENFAM, 2015)

O enfraquecimento do disposto no Art. 11 e no Art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015 é uma afronta à sociedade. É notório que é muito mais fácil derrubar ou atacar uma decisão equivocada (injusta) quando se sabem os fundamentos que a embasaram do que quando ela é silente naquilo que é crucial para o caso.

É um problema muito sério que se apresenta, portanto.

IV. INTERPRETAÇÃO, INOVAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Uma questão recorrente na doutrina é o ativismo judicial. Remonta a um passado não muito distante (em termos históricos) a ideia de que o juiz era apenas “boca da lei”, não lhe cabendo inovar no ordenamento jurídico, mas apenas fazer valer a vontade do legislador. Entretanto, a complexidade das demandas sociais e a impossibilidade de um texto legal abarcar todas as situações fáticas possíveis transformam essa tarefa em algo praticamente impossível.

Em seu livro “Teoria do Ordenamento Jurídico”, Norberto Bobbio (2014) abordou se as normas constituem uma unidade jurídica e, neste sentido, discutiu as fontes do Direito, o escalonamento do sistema, os limites materiais e formais e o posicionamento hierárquico entre as normas. Além disso, ele buscou teorizar sobre a validade do sistema enquanto unidade jurídica, uma vez que um conjunto ordenado de normas pode não necessariamente compor um corpo único e eficaz, que fosse aceito socialmente. Para isso, ele trouxe o conceito de norma fundamental: um elemento não normativo, externo ao ordenamento jurídico, não positivado, e que sustenta a validade do sistema.

O segundo aspecto trazido por Bobbio foi justamente o de saber se o ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui um sistema jurídico e, mais do que isso, se ele é coerente. Aqui ele trouxe três significados de sistema: o sistema dedutivo, baseado na geometria euclidiana; o sistema indutivo da escola pandectista alemã e de Savigny; e o sistema enquanto um organismo dinâmico capaz de expurgar normas incompatíveis para preservar o próprio sistema. Ao falar sobre esse assunto, abordou as antinomias jurídicas do ordenamento jurídico e os critérios para solucioná-las, de modo a garantir a coerência do

sistema como um todo. Para Bobbio, a coerência do sistema não é condição de validade da norma, mas é sempre condição de justiça.

O terceiro desafio teórico percorrido por Bobbio diz respeito às lacunas do sistema jurídico, que em geral se pretende completo. A importância da completude do Sistema decorre do fato de que não pode haver concorrência entre os sistemas jurídicos, visto que eles são e devem permanecer sendo monopólios estatais e o Estado não pode se omitir em levar o Direito aonde ele for necessário.

Neste aspecto, Bobbio deixou evidente que considera o sistema normativo completo e o problema para resolver as lacunas não está na incompletude das normas, mas na ausência de critérios para aplicá-las. A primeira vista essa argumentação soa como uma dupla contradição, por assim dizer. Uma, porque é do próprio ordenamento jurídico que se extraem os critérios para a aplicação das normas. Se o juiz não consegue extrair das normas o critério para aplicá-las, obviamente o sistema tem lacunas. A segunda é que o próprio fato de Bobbio abordar sobre as lacunas evidencia que elas existem. Portanto, novamente, se há lacunas, há incompletude. A solução elegante apresentada por Bobbio para a completude das normas foi dizer que tudo aquilo que não era regulado pela norma inclusiva seria considerada como uma norma “exclusiva”, ou seja, ao regular um comportamento, a norma inclusiva estaria excluindo daquela regulação todos os demais e, portanto, seria uma zona onde não haveria que se falar em Direito, visto que o limite natural até onde o sistema jurídico alcançaria estaria dado. Isto é um problema, porque está se afirmando que o limiar do Direito está dado até onde ele foi previsto e normatizado e não onde ele é necessário. Se há espaços sociais onde existem conflitos e o Direito não pode agir, então não se pode dizer que ele é completo.

Dito isso, entende-se que, em uma sociedade complexa, o magistrado não pode ser um mero autômato, pois ele necessita interpretar a lei em face do caso concreto que lhe é apresentado, o que nem sempre é tarefa fácil. Uma vez a lei posta no ordenamento jurídico ela não pertence mais ao legislativo ou ao judiciário, mas ao ordenamento jurídico e à sociedade. Por vezes a lei produz efeitos que não foram pensados no momento de sua elaboração. Dizia Pontes de Miranda que quando a norma jurídica hipotética incide sobre as situações fáticas concretas do dia a dia e há uma aderência entre a previsão legal e o fato, a norma o colore, conferindo-lhe relevância jurídica. Os fatos desbotados, não coloridos, são irrelevantes para o direito. É a subsunção do fato à norma.

A Teoria do Fato Jurídico propõe que há um conjunto de regramentos, em abstrato, que seria capaz de prever os fatos do mundo real, que são considerados relevantes para o

Direito. Na medida em que o fato concreto ocorre, há uma incidência normativa, isto é, uma subsunção do fato à norma, ocorrendo o fato jurídico, podendo (ou não) gerar os efeitos por ela previstos.

Segundo os positivistas, o sistema normativo é completo e eventuais lacunas seriam cobertas por meio da integração, utilizando-se a analogia, a jurisprudência ou os costumes. Essa talvez seja uma contradição do próprio sistema normativo, que se diz completo porque tem regra para preencher as lacunas, que por sua vez só existem porque ele não consegue ser completo. O mundo dos fatos será sempre mais complexo que o mundo jurídico.

Herbert Hart foi um positivista metodológico que, ao criticar o critério de validade das normas de Kelsen, propôs as regras secundárias (adjudicação, reconhecimento e validade) para estabelecer quais seriam os critérios de validade normativa (HART, 1994). Cabe aos magistrados reconhecer e conferir a validade às leis. Para Hart, a validade está baseada na jurisprudência, ou seja, é nos julgados do sistema judiciário que seriam observadas quais são as normas válidas (porque aceitas nos tribunais) e quais seriam as não válidas.

Dworkin (2002) contesta esta proposição, porque Hart estaria enfatizando um critério discricionário do magistrado como etapa necessária para a validação das normas jurídicas. Para Dworkin, não é o juiz quem faz a norma. Para ele, as regras do ordenamento jurídico valem ou não valem, são do tipo binárias, é o tudo ou nada. Se há mais de uma regra em conflito, então uma é mais forte que a outra e, portanto, deve suplantar a inferior. Por outro lado, se a regra não é suficiente para solucionar o caso (porque ela não existe ou porque ao ser aplicada provocará injustiça), e isso geralmente ocorre quando se consideram os casos difíceis, o sistema proposto por Hart não se sustenta. Isso porque se o juiz simplesmente aplica a regra usual, jurisprudencial, de subsunção, desconsiderando os princípios, poderá não estar sendo justo (essa é a primeira crítica elaborada por Dworkin); por outro lado, se ele faz um julgamento que desconsidera que haja subsunção e discricionariamente aplica uma nova regra, isso equivaleria a criar um direito posterior ao fato (é a segunda crítica feita por Dworkin às regras secundárias de Hart).

Os princípios, diferentemente das regras, são ponderáveis, têm pesos distintos, e jamais um princípio anula o outro. São todos relativos e a cada caso, um se aplica melhor do que o outro.

Mas Dworkin trabalha com a ponderação dos princípios de modo diferente do que é feito por Alexy. Dworkin é um filósofo jurídico que poderia ser considerado um pós-positivista. Para Dworkin, é preciso considerar a comunidade de princípios como um padrão a

ser observado, para julgar casos difíceis. É uma exigência de justiça, de equidade e até mesmo em alguma dimensão da moralidade, ou seja, seus critérios de justiça vão além da pura e simples teoria que possa desconsiderar os princípios do ordenamento jurídico. Para ele, tanto as normas (positivadas ou não) quanto os princípios (positivados ou não, desde que aceitos pela comunidade política e que possam ser defendidos com argumentação jurídica válida) incidem sobre o fato jurídico e assim ele amplia o leque de possibilidades, à luz da Teoria do Fato Jurídico, para que o juiz possa tomar a melhor decisão.

V. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A obrigação de motivar é relativamente recente na história do Direito. A doutrina do mundo antigo não era propícia à motivação das decisões judiciais e não há relato de que os glosadores e comentaristas se interessassem por esse problema.

No código de Justiniano, por exemplo, não havia nenhum instituto ou digesta que abordava essa matéria. Tampouco, as ordenações medievais da monarquia francesa abordavam a questão, sendo vã a procura a qualquer menção sobre uma proibição ou autorização para se motivar a sentença (DAUCHY & DEMARS-SION, 2012).

Conforme Dauchy e Demars-Sion (2012), não era típico do Antigo Regime a motivação das decisões, segundo se depreende do texto a seguir:

Une des principales caractéristiques de la justice d’Ancien Régime est sans nul doute l’absence de motivation des décisions judiciaires. (p. 171)³

Entretanto, apesar de a regra na França da Idade Média ser a não motivação, de acordo com Nunes e Nóbrega (2015), no lento processo de formação da Inglaterra, já era possível identificar elementos favoráveis à necessidade da motivação das sentenças proferidas pelos magistrados no Século XIII, apesar de ainda não ser obrigatória. De acordo com os autores:

o sistema de *common law* permaneceu muito mais histórico do que legal, mas que, por força da ideia de *judge-made-law*, teve [...] necessidade de motivação da decisão judicial (desde 1290 havia compilações das decisões judiciais que podiam servir como precedentes, ainda não obrigatórios) [...].

E, no que tange o Direito Português, eles afirmam que já se previa, no Século XVI, o dever de motivar a sentença, conforme segue:

³ Tradução livre: Uma das principais características da justiça do Antigo Regime é, sem sombra de dúvida, a ausência de motivação das decisões judiciais.

o período das ordenações Manuelinas, de 1521, que já traziam, no Livro III, Título L, a regência sobre o dever de motivação da sentença por parte do juiz. Aliás, àquela altura, somente o príncipe não tinha o dever de motivar.

Ainda no âmbito dos países que seguiram a trilha do Direito romano-germânico, na França, apesar de alguns reclamos ocorridos no Século XVI, e posteriormente reforçados por ideais iluministas, a não motivação dos julgamentos continuou como sendo a regra até a Revolução Francesa. Segundo Dauchy e Demars-Sion (2012),

Malgré un mouvement favorable à la motivation, qui s'exprime dès le XVI^e siècle à travers les doléances des États généraux et qui sera ensuite amplifié, surtout en matière pénale, par les philosophes des Lumières, la non-motivation des jugements demeure la règle jusqu'à la Révolution.⁴ (p. 171)

Como se observa, foi um longo passo entre a livre decisão judicial e a necessidade de se apresentar argumentos que sustentem tal decisão. Entretanto, uma vez colocada a motivação como obrigação imposta ao magistrado, resta saber até que ponto basta que a argumentação do juiz leve em consideração tão somente uma sequência lógica de raciocínio que conduza o leitor à mesma conclusão a que ele (juiz) chegou, ou se é preciso ir além, ou seja, que sua motivação seja consubstanciada quer por princípios, quer pelos costumes, quer pelo ordenamento jurídico vigente. É preciso lembrar que o Código Civil francês foi estabelecido apenas poucos anos depois da Revolução, em 1804, e a transição entre as práticas medievais e as republicanas não é automática ou imediata.

Nunes e Nóbrega (2015) corroboram esse entendimento, de que o dever de motivar as decisões judiciais não nasceu de uma hora para outra. Segundo eles, é “certo, entretanto, que, mesmo sem obrigatoriedade de o fazer, os juízes romanos tinham o hábito de motivar suas decisões, talvez como forma de expressar o seu *sentire* (daí, sentença)”.

No entanto, para Perelman (1996), é necessário precisar o significado da palavra “motivação”. Para o filósofo nascido em Varsóvia, mas com carreira na Bélgica, ela tanto pode ser compreendida como as razões que motivam o julgamento, como pelos “móveis psicológicos de uma decisão” (p. 559). Ainda segundo o autor, numa visão cartesiana, a motivação oscilava entre dois polos, um que diz respeito àquilo que persuade o sujeito (subjetivo) e outro que leva em consideração convencer todos os outros (objetivo). Entretanto, “várias razões se opõem à transposição, para o plano jurídico, do projeto cartesiano e à identificação da motivação *de todas as operações da mente que conduziriam o juiz ao*

⁴ Tradução livre: Apesar de um movimento favorável à motivação das decisões, que se iniciaram desde o Século XVI por meio das reclamações dos Estados Gerais e que foram na sequência amplificadas principalmente no âmbito penal, pelos filósofos iluministas, a não motivação dos julgamentos continuou como sendo a regra até a Revolução Francesa.

dispositivo adotado por ele” (p.560), visto que a decisão judicial trata de uma decisão coletiva, resultado de uma deliberação prévia. Perelman escreve que frequentemente “as operações da mente de cada um dos juízes estão longe de coincidir, e nada garante que cada juiz esteja perfeitamente consciente de todos os móbeis que o inclinam para certa solução” (p. 560).

Ele cita como “o caso mais extremo de ausência de motivação” os ordálios, quando os juízes, sem saber qual regra jurídica aplicar, recorreriam a Deus, confiando na “justiça divina”. No mesmo sentido, Nunes e Nóbrega (2015), dizem que

com o declínio do Direito Romano, uma espécie de irracionalidade tomou conta dos julgamentos, que passaram a basear-se em provas que contavam com a intervenção divina para a descoberta do possuidor do direito (ordálios, juramentos, julgamentos de Deus etc.), sendo inexpressiva a motivação humana para a entrega da prestação jurisdicional.

Em contraposição à ausência de critérios objetivos para se tomar uma decisão, tem-se que o conhecimento da regra jurídica (humana) é condição necessária para se administrar uma justiça imparcial.

Entretanto, apesar de se tentar objetivar na maior extensão possível os critérios argumentativos que devem ser apresentados pelo juiz na sua tomada de decisão, nem sempre essa é uma tarefa fácil. Henrique Schmidt Simon (2012) trabalhou essa questão em sua tese de doutorado. Fazendo uma análise crítica sobre a teoria da interpretação em Kelsen, Ross e Hart, o pesquisador esmiuçou a proposta de Alexy, da argumentação e da proporcionalidade como resposta ao decisionismo.

A impossibilidade de derivação lógica pela subsunção é fruto de elementos estruturais do direito contemporâneo, como a abertura semântica, a existência de conflitos entre normas, a possibilidade de inexistir norma que regule caso que não pode ficar sem normatização e a possibilidade de ser necessária a decisão que contraria as normas existentes. Por isso é que o papel do método jurídico é traçar formas de fundamentação aceitáveis para decisões nessas situações (ALEXY, 1997, p. 23-24). (SIMON, 2012, p. 98-99)

Para Alexy, a argumentação jurídica é caso particular da argumentação prática geral e deve se sujeitar à lei, ao precedente e à dogmática. Porém, mesmo com tais restrições não é possível se garantir uma única resposta para todos os casos, impondo-se a necessidade valoração de tais normas. A questão que o autor expressa é se “essas valorações podem ser controladas racionalmente, o que se dá na mesma linha da discussão sobre a racionalidade dos

juízos práticos gerais e dos juízos morais” (SIMON, 2012, p. 94). Apesar do problema colocado, o autor não descarta, entretanto, a existência de “teorias procedimentais que estabelecem as bases para uma argumentação racional e controlável”.

Resgatando os principais pontos levantados da teoria de Alexy, é possível encontrar ali uma racionalidade que garanta a universalização dos critérios de discussão e dos seus resultados. Nas palavras de Simon,

Alexy busca, por meio da teoria da argumentação, mostrar que os juízos morais são racionais, bem como os processos de decisão judicial, mesmo com as limitações do discurso jurídico. Para tanto, estabelece normas básicas para a argumentação que garantem a participação de todos e a universalização dos critérios de discussão e dos seus resultados. Isso é essencial, pois a moral está relacionada à igualdade de condições para a participação nos processos que levarão à decisão e na liberdade de exposição de posições que os interessados julguem universalizáveis. (SIMON, 2012, p. 129)

Entretanto, para Simon, o modelo de argumentação jurídica de Alexy também não responde ao problema colocado, que a argumentação não consegue superar os limites apontados pelo positivismo jurídico do Século XX. Mais ainda, na linha do pensamento pós-positivista, esse é um problema insolúvel (SIMON, 2012).

VI. DISCUSSÃO E CONCLUSÃO

Como se viu, é relativamente recente na história a imposição da necessidade de se apresentar os argumentos nas decisões judiciais. Mais ainda, a complexidade do Direito moderno traz questões essenciais à sociedade, como o surgimento necessário da hermenêutica jurídica diante da impossibilidade de derivação lógica pela subsunção, permitindo decisões, inclusive, contrárias às normas existentes.

No contexto do pós-positivismo, e diante da possibilidade de se sustentar as decisões não apenas tendo por base os fundamentos apresentados pelo ordenamento jurídico como também princípios mais abrangentes, é que a necessidade de se motivar a decisão judicial torna-se ainda mais imperiosa.

Tanto o texto constitucional, como o disposto no Art. 11 e no Art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, trazem de maneira expressa essa obrigatoriedade. Entretanto, os enunciados de números 9, 10 e 40 da ENFAM relativizam esse entendimento.

Lidos em seu conjunto, os enunciados significam dizer que, diante de uma sentença desprovida de suficiente argumentação, ou que apresente argumento reputado omissivo, a parte deverá se colocar no papel do magistrado e apresentar, ela própria, os argumentos jurídicos os quais o juiz se recusou a fazer de maneira clara, suficiente e precisa. A posição externada pela ENFAM nos enunciados aqui analisados traz diversos problemas à sociedade e atribuir esse ônus para pessoa alheia ao juízo é uma estratégia perversa que contraria tanto o Art. 93 como também ao Art. 5º, inciso XXXV da Carta Maior.

Além do problema existente em si, conforme visto, não é razoável que se cobre da parte a realização de exercícios de fantasia, pois muitos são os caminhos que podem levar o juiz a tomar aquela decisão que foi proferida. A questão vai de encontro não apenas ao proposto pela norma constitucional, mas também ao novo CPC, que exige do magistrado que apresente suficiente motivação para sua decisão.

A lógica jurídica é essencialmente argumentativa. Sua principal ferramenta é a dialética. No processo de formação da sentença, há um dinamismo processual, no qual as partes são ouvidas e o magistrado forma seu convencimento. Ao fazer isso, o juiz passa necessariamente por maquinacões internas, que combinam diversos elementos axiológicos, tais como o juízo de valor, a ponderação ou a definição do grau de adequação normativa ao caso concreto. São construções intrínsecas que não podem ser profetizadas ou percebidas por pessoa alheia a esse esforço hermenêutico.

Externar os fundamentos que sustentam aquela decisão específica para aquele caso específico é uma maneira de expor, em certa medida, quais foram os caminhos mentais percorridos pelo juiz. Se, por um lado, isso é bom para as partes, pois elas sabem exatamente o porquê da sentença, por outro lado pode colocar o julgador em uma situação “vulnerável”, visto que seu posicionamento, se frágil, pode ser atacado de maneira mais substanciada, pois, caso a(s) parte(s) discorde(m), pode(m) recorrer de maneira lógica e racional, com maior chance de sucesso em derrubar a sentença. Contudo, apesar de ter o potencial de colocá-lo numa posição desconfortável, a motivação não pode ser considerada apenas como algo problemático para o magistrado. Uma sentença bem amparada no ordenamento jurídico, com fortes embasamentos teóricos, com uma lógica argumentativa sólida e que faça justiça, também é mais difícil de ser atacada, justamente porque se sustenta por si mesma, é uma decisão que fica “em pé sozinha”, de forma clara e precisa.

Desse ponto de vista, seria extremamente positivo que o apregoado pelo novo CPC não fosse atacado ou fosse ignorado, simplesmente deixado de lado pela magistratura. Se a

motivação das decisões fosse levada com a seriedade que merece, poderia até fortalecer o poder judiciário, o único dos Poderes estatais que não tem origem na vontade soberana da população. Seria didático até.

VII. REFERÊNCIAS

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. 2015. **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. Brasília: CNJ, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2ª Edição. Editora Edipro: São Paulo, 2014.

DAUCHY, Serge, DEMARS-SION, Véronique. **La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit: principe ou usage?** *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, 82 (2), pp.171-188.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes: São Paulo. 2002.

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Seminário – O poder Judiciário e o novo código de processo civil – Enunciados aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15/11/2015.

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Magistrados de todo país aprovam 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC**. 28/08/2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/08/magistrados-de-todo-pais-aprovam-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 15/11/2015

FREIRE, António. 1990. **Paideia Helénica**. *Revista Portuguesa De Filosofia* 46 (2). *Revista Portuguesa de Filosofia*: 227–50. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40335979>>. Acesso em: 25/11/2015.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa. 1994.

MOURA, Evânio. **Prerrogativas do advogado criminalista e o Estado Democrático de Direito – O direito de defesa como contraponto à força estatal**. Revista da ESMESE, 2006, nº 9, pp. 79-99.

NUNES, Jorge Amaury Maia, NÓBREGA, Guilherme Pupe. **A fundamentação das decisões judiciais no CPC/2015: um primeiro olhar**. 07/07/2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI223041,21048-A+fundamentacao+das+decisoesejudiciais+no+CPC2015+um+primeiro+olhar>>. Acesso em: 15/11/2015.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermatina Galvão G. Pereira. 1ª edição. Martins Fontes. São Paulo. 1996.

SÁ, Rafael, FÖPPEL, Ganil. **Comentário ao Enunciado nº 439 da Súmula recentemente editada pelo STJ**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 122, 2010.

SIMON, Henrique Smidt. **Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério de manutenção paradigmática do normativismo**. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília. 2012.

TREMBLAY, Jean-Marie. **Une édition électronique réalisée à partir du livre de Montesquieu, De l'Esprit des lois (1748). Deuxième partie : livres IX à XIII**. Genève, Barillot. (2001) Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_2/esprit_des_lois_Livre_2.pdf>. Acesso em: 23/11/2015.