

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO PARA CONTENÇÃO DO
ARBÍTRIO NA DECISÃO JUDICIAL**

SIVAL GUERRA PIRES

Brasília – DF

2008

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO PARA CONTENÇÃO DO
ARBÍTRIO NA DECISÃO JUDICIAL

SIVAL GUERRA PIRES

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP como parte dos requisitos para
obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Inocêncio Mártires Coelho

Brasília – DF

2008

Pires, Sival Guerra.

A importância da motivação para contenção do arbítrio na decisão judicial. /
Sival Guerra Pires. — Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009.
f.182.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) — Instituto Brasiliense de Direito
Público, Mestrado Acadêmico em Direito, Área de Concentração “Constituição e
Sociedade”, 2009.

1. Motivação da sentença 2. decisão judicial 3. Sentença judicial I.
Título

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO PARA CONTENÇÃO DO
ARBÍTRIO NA DECISÃO JUDICIAL

SIVAL GUERRA PIRES

Orientador: Inocêncio Mártires Coelho

Banca examinadora

Prof. Dr. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO - IDP
PRESIDENTE

Prof. Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - IDP
MEMBRO

Prof. Dr. NIVALDO DOS SANTOS - UFG
MEMBRO

Brasília – DF

2008

“O decisor já não pode apoiar-se apenas na mera autoridade formal. Numa sociedade moderna, exige-se não só decisões dotadas de autoridade, mas também que sejam apresentadas razões. Isto vale também para a administração da justiça. A responsabilidade do juiz converteu-se, cada vez mais, na responsabilidade de justificar suas decisões. A base para o uso do poder por parte do juiz reside na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de poder que ele possa ter.”

(Aulis Aarnio)

Aos meus pais, Eurípedes e Maria Antônia — transformadores de sonhos em realidades —, a quem devo compartilhar cada uma das conquistas.

Para Ivalnete, minha amada, pela compreensão, apoio e incentivo.

Aos meus filhos, Eduardo e Giovanna, na esperança de que minhas ausências ainda sejam compensadas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela dádiva da experiência pessoal por mim vivenciada.

Certamente, não seria possível agradecer a cada um dos que contribuíram para a elaboração desta dissertação de mestrado. Apesar da solidão desta escrita, cada um daqueles que comigo conviveram ao longo dos anos — desde a infância em Mossâmedes-GO, influenciaram, direta ou indiretamente, na minha formação humana e profissional, sendo, assim, também co-autores deste trabalho os familiares, amigos, professores, colegas de magistratura e das tarefas forense e muitos outros que anônima e imperceptivelmente me ensinaram. Afinal, como afirmou Karl Larenz, numa referência a Husserl,

'o homem é ser histórico', quer dizer: o seu passado — o seu passado pessoal, o da comunidade social a que pertence, o da cultura em que participa — é uma parte integrante do seu ser atual; e como tal tem um poder múltiplo sobre o homem e, quando este dele desliga, tal acontece em conflito com esse mesmo passado. O passado não é simplesmente algo que já passou, e assim um evento pretérito. O 'mundo histórico' que o homem cria à sua volta e no qual vive sua própria vida é tão contínuo como variável; mantém-se através do decurso dos tempos, da sucessão de gerações e apresenta-se continuamente como algo novo.

Mas sou especialmente grato aos meus pais Eurípedes e Maria Antônia, por terem me imprimido a consciência sobre a importância do conhecimento e por terem obstinadamente enfrentado os obstáculos que se interpuseram na formação dos filhos. Também agradeço aos meus irmãos Odair, Marcos Antônio e Lília, pelo companheirismo fiel de todas as horas.

À minha amada Ivalnete, meu reconhecimento pelo apoio,

incentivo e compreensão. Sem sua paciência e os questionamentos, muitas das reflexões inseridas no texto não teriam sido desenvolvidas. Também agradeço ao amigo Denival pelas leituras e abordagens críticas do trabalho.

Aos professores do mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, pela máxima excelência de ensino que nos foi proporcionado. Contudo, devo um agradecimento muito especial ao culto e admirável mestre Inocêncio Mártires Coelho — intérprete de notável humanismo, inteligência e saber — por me ter iluminado horizontes do Direito até então impensáveis. Os ensinamentos percebidos, não só como jurista, serão sempre lembrados. Fraternal abraço!

ABREVIATURAS

Art.	Artigo
cap.	Capítulo
CPC	Código Processual Civil
CPP	Código Processual Penal
CPPM	Código Processual Penal Militar
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CR	Constituição da República Federativa do Brasil
Coord.	Coordenação
DJ	Diário da Justiça
ed.	Edição
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
org.	Organização
p.	Página
RT	Revista dos Tribunais
UFG	Universidade Federal de Goiás
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

RESUMO

A motivação das decisões judiciais configura-se como uma prestação de contas do juiz acerca da investidura que, no Estado Democrático de Direito, é-lhe conferida pelo povo, verdadeiro titular da jurisdição. Tal dever — que para o jurisdicionado é direito e garantia fundamental — implica necessidade de que, para atuar válida e legitimamente, as decisões dos casos concretos sejam acompanhadas do pronunciamento das razões determinantes da respectiva deliberação, com a pretensão de convencimento do auditório. Nesse âmbito da atividade jurisdicional, em que se conjugam a interpretação-aplicação de normas objetivas e a subjetividade do julgador, coloca-se a complexa pretensão de se conter o arbítrio no ato de julgar, em especial a prolação de decisórios sem conexão com as regras, princípios e valores — explícitos e implícitos — do sistema jurídico. Frente a essas inferências, à vista das contundentes críticas doutrinárias, dirigida aos juízes, pertinentes à mitigação da exigência de motivar, propôs-se nesta dissertação perquirir a relevância prática daquele imperativo constitucional (artigo 93,IX) para o fim de se obstacularizarem decisões judiciais de cunho puramente voluntarista. A partir de análises acerca de aspectos estruturais da motivação, da explicitação de suas múltiplas funções (extraprocessuais e endoprocessuais), de seus nexos com o intento de se repelirem comportamentos ilegítimos do julgador, avaliou-se — pressupondo racionalidade no exercício da atividade judicante — a respeito da importância daquele instituto sob os ângulos da necessidade, suficiência e eficácia. Assim, considerando reflexões da doutrina e jurisprudência, concluiu-se que a concretização da mencionada exigência de justificação é imprescindível para repelir manifestações de arbítrios decisórios, assim como se constatou, em decorrência das particularidades inerentes ao processo interpretativo-aplicativo, que aquela não é bastante para se garantir inexoravelmente os resultados previstos, tendo eficácia apenas relativa ou potencial. Além disso, não obstante o reconhecimento de suas limitações e a falta de conscientização mais difusa sobre sua importância como anteparo ao arbítrio judicial — inclusive entre os operadores do Direito —, evidenciou-se tratar-se de mecanismo cuja efetividade constitui condição insubstituível à racionalidade, validade e legitimidade dos julgamentos proferidos pelos órgãos jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial; subjetividade; arbítrio; motivação; racionalidade; objetividade; legitimidade.

ABSTRACT

The motivation of court decisions, sets itself as a reporting requirement of the judge, about the investiture that in the democratic state of law, is given to him by the people, the true titleholder of the jurisdiction. Such duty – that, to the citizen, constitutes a right, and a fundamental guarantee - involves the need that, in order to act as valid and legitimate, in the decisions of concrete cases, those must be followed by the pronouncement of the determinant reasons of the respective deliberation, with the intention of convincing the auditorium. In this ambit of the jurisdictional activity, in which the interpretation-application of objective norms and the judge's subjectivity, involves the complex pretension of contain the use of free will in the act of judging, especially the delivery of decisions without connection with rules, principles and values – explicit and implicit – of the legal system. Face these inferences, in sight of the severe doctrinaire criticism, directed to the judges, pertinent to the mitigation of the demand of motivating, it is proposed in this dissertation to investigate the practical relevance of that constitutional imperative (item 93, IX, C.R.), so as to create obstacles to merely volunteering law decisions. From analysis about structural aspects of motivation, the exposure of its multiple functions (extra-procedurals and endo-procedurals), of its nexus with the intention of repelling the judges illegitimate behaviours, it has been examined – assuming rationality in the practice of the judging activity – about the importance of that established institute by the angles of necessity, sufficiency and effectiveness. Thus, considering reflections of the doctrine and jurisprudence, it has been assumed that the achieving of the mentioned demand of *justification* is essential to repel manifestations of arbitrary decisions, as confirmed, due to the inherent particularities to the interpretative-applicative process, that the same is not enough to have the inexorably desirable results, with only relative, or potential effectiveness. Besides that, notwithstanding the recognition of their limitations and lack of more diffuse awareness of the importance as a shield against the judge's will – including the law operators – it has been found that it is a mechanism whose effectiveness makes an irreplaceable condition to rationality, validity and legitimacy of the decisions and judgements pronounced by law courts.

Key-words: Judicial decisions; subjectivity; free will; motivation; rationality; objectivity; legitimacy;

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO.....	15
CAPÍTULO I -	
1 - A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	21
1.1 - A atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito.....	21
1.1.1 - A motivação nos Estados Absolutista e de Direito.....	22
1.1.2 - As decisões sem motivação como reminiscência do Estado Absolutista	29
1.1.3 - A inserção do dever de motivar como imperativo constitucional.....	31
1.2 - Decisão judicial, fundamentação e motivação	38
1.2.1 - A decisão judicial ou jurisdicional.....	38
1.2.2 - A correlação entre a motivação e decisão judicial.....	39
1.2.3 - Motivação e fundamentação.....	42
1.2.4 - Fórmulas jurídicas para motivação e o raciocínio judicial na prática.....	46
1.2.5 - As conseqüências da falta de motivação.....	52
1.2.6 - A motivação da decisão judicial: garantia e direito fundamental.....	3
CAPÍTULO II -	
2 - AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	56
2.1 - Funções extraprocessuais da motivação.....	57
2.1.1 - A motivação como instrumento de fiscalização das	

atividades jurisdicionais pela sociedade.....	58
2.1.2 - A motivação como base formadora de precedentes.....	61
2.2 - Funções endoprocessuais da motivação.....	66
2.2.1 - A função racionalizadora das atividades processuais.....	67
2.2.2 - Motivação como veículo de comunicação na decisão judicial.....	72
2.2.3 - A motivação como meio de efetivação de direitos e garantias processuais fundamentais.....	76
2.2.4 - A motivação e sua função persuasiva.....	84
2.2.4.1 - A pacificação do litígio pelo convencimento.....	88
2.2.5 - A motivação como mecanismo de legitimidade da decisão judicial.....	93
2.2.6 - A motivação como mecanismo indutor de interpretação-aplicação de regras e princípios nos atos judicantes	105

CAPÍTULO III-

3 - LEGITIMIDADE E ARBÍTRIO NA DECISÃO JUDICIAL.....	113
3.1 - A literalidade dos enunciados normativos e a interpretação judicial arbitrária.....	117
3.2 - Lacunas, antinomias, obscuridades e tensões entre princípios e a motivação do decisório.....	122
3.3 - A tese da única resposta correta e decisão legítima ou arbitrária.....	125

CAPÍTULO IV-

4 - A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO COMO FATOR DE CONTENÇÃO DO ARBÍTRIO NA DECISÃO JUDICIAL.....	135
4.1 - O cumprimento do dever constitucional de motivar na visão da	

doutrina.....	135
4.2 - Sobre a <i>necessidade</i> da motivação para a contenção do arbítrio na decisão judicial.....	141
4.3 - Sobre a <i>suficiência</i> da motivação para conter o arbítrio judicial.....	142
4.3.1 - A distinção entre enunciado normativo e norma jurídica e o poder do juiz de criar o Direito.....	143
4.3.2 - A neutralidade (?) do juiz.....	149
4.3.3 - A possibilidade de uso de pretextos como razão decisória.....	152
4.4 - Sobre a <i>eficácia</i> da motivação para evitar o arbítrio judicial.....	156
4.4.1 - Algumas perspectivas da eficácia da motivação face ao arbítrio.....	162
4.5 - É possível densificar a efetividade do dever constitucional de motivar?	164
5 - CONCLUSÕES.....	172
6 - REFERÊNCIAS	178

1- INTRODUÇÃO

Na condição de texto normativo que juridicamente estrutura a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (art. 1º), a Constituição, no seu art. 93, IX estabeleceu como norma a obrigatoriedade de se motivar a decisão judicial, exigindo que o julgador explicitamente fundamentadamente as razões e motivos determinantes da solução jurídica vinculante adotada para regular o caso concreto posto sob julgamento.

Como operador do Direito cuja atuação deve submeter-se direta e cotidianamente à observância da referida norma constitucional, colocam-se como naturais as preocupações quanto ao ponto além do qual o poder de julgar atribuído ao juiz convola-se num proceder arbitrário. E foi a partir dessas reflexões e das inquietantes dúvidas relativas aos limites ou marcos jurídicos que permitem qualificar o ato decisório como legítimo ou arbitrário é que adveio a idéia de se realizar a presente pesquisa, levando em consideração que, apesar de o tema permitir — como, aliás, todos os que se relacionam com o fenômeno jurídico — sua análise pelos mais variados aspectos, escolhemos visualizá-la pelo prisma do papel do julgador no Estado de Direito, com especial ênfase aos aspectos relacionados à própria legitimidade daquele se utilizar da subjetividade na formulação de seu julgamento.

Uma análise bibliográfica sem maior profundidade é suficiente para se constatar que importantes instrumentos necessários à materialização prática dos elementos constitutivos do ordenamento jurídico não tem recebido a atenção dos juristas, fato que, talvez, em alguma medida, contribui para explicar a reclamação feita por muitos quanto à existência de considerável déficit de efetividade das normas jurídicas no Brasil e da própria legitimidade das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais.

A teoria da decisão judicial sequer tem sido objeto de estudos

substanciais, dado que as obras que tratam do assunto quase sempre têm se limitado a abordar os seus aspectos puramente formais, abstendo-se examiná-la sob o ângulo material, deixando, pois, em segundo plano, importantes questões relativas ao conteúdo do ato de julgar em si, em especial quanto aos dados que influenciam sua efetiva realização, sobretudo no que tange ao relevante aspecto de que, na esfera jurisdicional, a aplicação prática do Direito realiza-se senão através da maneira como se posicionam os juízes.

Nesse âmbito da realização concreta do Direito, um tema tão importante quanto negligenciado pela doutrina é também o da *motivação das decisões judiciais*. São poucas as obras brasileiras que procuram abordá-la com a profundidade que se exige de um tema constitucional intimamente ligado às exigências de racionalidade e legitimidade daquele que se constitui num dos pontos culminantes da atividade jurisdicional: o ato decisório.

Nem mesmo a sua expressão em nível constitucional tem induzido preocupações mais profundas de nossos doutrinadores. Com efeito, não se tem dado importância àquilo que, pelo ângulo objetivo, potencialmente é mais complexo do que a própria decisão em si: explicitar argumentativamente o que determinou a solução jurídica definida pelo juiz. Tal tarefa na maior parte das vezes, requer mais tempo, maiores reflexões e esforços intelectivos na sua formalização do que a própria deliberação do resultado decisório — muitas vezes produzido pela intuição sobre o que se apresenta correto ou justo.

O presente estudo, tendo a justificação do decisório como objeto, busca abordá-lo, não pelo puro aspecto formal ou processual, mas enquanto ato destinado a servir como mecanismo racional destinado a fazer substancialmente operativos os parâmetros normativos do Estado Democrático de Direito, conferindo especial consideração ao fato que o órgão jurisdicional que intervém no sentido de resolver o litígio constitui-se num ser humano.

Nesse contexto, apesar da pretensão de que a solução eleita pelo julgador seja fundada nos elementos constitutivos da ordem jurídica, já não se faz razoável objetar sobre a existência de largo âmbito de autonomia do juiz para julgar. Como acentua Atahualpa Fernandez,

o operador do direito se move necessariamente, no âmbito de uma

moldura de contornos vagos, de uma estrutura normativo-material aberta e indeterminada que lhe é oferecida para que, mais perto do mundo da vida, lhe coloque o quadro que tiver por mais ajustado à especificidade do caso vertente. Entre o enunciado legal e a decisão que resolve um caso concreto há um extenso espaço intermédio, em que o juiz manobra com ampla margem para suas opções e, no ato de manobrar nesse espaço, tem um papel central a tarefa interpretativa.¹

Isso implica realística necessidade de se reconhecer a possibilidade de incidência e interferência dos mais diversos e variáveis fatores e opções subjetivas sobre o magistrado no momento da decisão, interferências essas que decorrem não só de suas características natas, mas também daquelas socialmente adquiridas, num contexto em que se conjugam circunstâncias biológicas, sociais, históricas etc., refletindo diferentes concepções culturais, políticas, religiosas, ideológicas, morais e filosóficas.

De tal panorama, contextualizado com a prática jurisdicional, derivam interrogações referentes à eficácia da motivação enquanto meio destinado a controlar e induzir o juiz, como pessoa investida de jurisdição a realizar julgamentos fundamentados, não nos seus desígnios puramente pessoais, mas naquilo que condensa a expressão da vontade geral — as regras, princípios e valores do ordenamento jurídico —, o que inexoravelmente remete a complexas questões pertinentes às influências da subjetividade do julgador na gênese da decisão judicial, à sua autonomia no ato de julgar, à legitimidade do posicionamento adotado para decidir e aos meios oferecidos pelo Direito visando controlar eventuais arbítrios judiciais.

Mais especificamente, partindo do pressuposto de que a subjetividade integra necessariamente o ato de julgar, formulam-se as seguintes indagações: no Estado Democrático de Direito, qual o grau de interferência da subjetividade é permitida na determinação do resultado da decisão judicial? Que limite deve ser definido para que a subjetividade se manifeste de forma legítima? Como controlar o uso da subjetividade para assegurar que a decisão judicial tenha

¹ FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação jurídica e hermenêutica*. São Paulo: Impactus, 208, p. 151.

como base as regras, princípios e valores jurídicos — explícitos e implícitos — ao invés de parâmetros arbitrários do próprio julgador? A motivação é eficaz para, em alguma medida, fazer com que o juiz julgue segundo aqueles critérios e elementos jurídicos?

Buscando respostas, a abordagem do tema foi estruturada a partir da análise da decisão judicial e do ato motivacional no contexto dos paradigmas estatais que modernamente se antagonizam: o Estado Absolutista e o de Direito, tratando, especialmente, do Estado Democrático de Direito.

Na seqüência, uma vez demarcado o âmbito estrutural da motivação e visando atribuir consistência às conclusões que serão formuladas ao longo do texto, tratou-se do tema à luz da Teoria Geral do Direito, como instituto jurídico autônomo, buscando analisá-la sob os seus mais relevantes aspectos formais e substanciais — fazendo-se menção a elementos conceituais, normativos, teóricos e práticos — além de se investigar, as diversas funções que podem ser por ela exercidas.

Nesse âmbito, enfocando em particular a correlação entre a motivação, o papel do julgador e o uso da subjetividade como componente do ato de julgar, pretende-se examinar as diversas formas de manifestação de arbítrio nos julgamentos judiciais, avaliando a questão numa perspectiva especificamente voltada para o processo interpretativo-aplicativo, no campo da atividade jurisdicional. Em seguida, buscou-se examinar de forma abrangente a questão da motivação como instrumento para obstacularizar o arbítrio judicial na aplicação das regras, princípios e valores do ordenamento jurídico: *sua necessidade, suficiência e eficácia*, mencionando a possibilidade e obstáculos ao seu aperfeiçoamento enquanto mecanismo de controle decisional. Ao final, levando em conta a correlação do ato motivatório com os temas Estado Democrático de Direito, racionalidade, legitimidade e arbítrio, intenta-se proceder à formulação das conclusões resultantes de nossas reflexões.

Acredita-se que estudos que visualizam o juiz a partir dos pontos de confluência daquele como pessoa humana e, concomitantemente, como agente do Estado Democrático de Direito — que se condensam na motivação — podem provocar evoluções no sentido de aperfeiçoar o exercício da

jurisdição, tanto para viabilizar a indução dessa atividade estatal à resolução de litígios por meio de decisões legitimadas por sua coerência com a ordem jurídica, bem como para o aperfeiçoamento dos meios de controles pertinentes ao conteúdo dos julgamentos jurisdicionais.

Nesse cenário, em que não se pode garantir que, sempre e em todos os casos, serão racionalmente adotados os parâmetros definidos pelo sistema jurídico como critério para se decidir, mostra-se como de inegável importância realizar pesquisas sobre a realidade fática em que se insere o ato motivacional, sobretudo porque pouco se discute acerca da eficácia da motivação para fazer com que o juiz julgue de acordo com as normas jurídicas.

Tais questões transcendem os aspectos puramente tópicos dos julgamentos para repercutir de modo direto sobre seus aspectos práticos e teóricos da atividade de julgar como um todo, envolvendo temas relacionados à efetividade dos elementos normativos, o papel da motivação frente à previsibilidade dos atos decisórios, a garantia de que serão adotados parâmetros e critérios jurídicos, dentre outros pertinentes à jurisdição.

Se os traços de objetividade normativa e de subjetividade do julgador podem ser, em alguma medida, fundidos na motivação da decisão judicial, também é certo que, quanto maior o conhecimento sobre tais dados, mais amplo será o potencial para que se consolide tal instituto como instrumento imprescindível para a consolidação do Estado Democrático de Direito, seja por meio do fortalecimento das regras, princípios e valores como elementos determinantes dos julgamentos realizado pelo Poder Judiciário, ou pelo aprimoramento das formas de proteção contra o arbítrio, fazendo com que o Direito constantemente se potencialize no sentido de atingir seus objetivos maiores de garantir segurança e justiça, sem que isso implique pura expressão idiossincrática dos órgãos judicantes.

Com este estudo, no qual permeia a idéia de formulação de respostas a partir da intersubjetividade e no qual se procura sempre considerar as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que gravitam em torno da temática, pretende-se, — enfatizando não só aos seus aspectos teóricos, mas sobretudo àqueles que se apresentam na realidade prática —, contribuir no

sentido de ampliar aquelas reflexões que apenas uma pequena parcela dos juristas tem dado atenção: a dinâmica do ato de julgar realizado pelo magistrado, especialmente as razões determinantes dos julgamentos.

Ao mesmo tempo, intenta-se contribuir no sentido de evidenciar a necessidade de se ampliar a difusão das análises críticas sobre o assunto, assim como a maior conscientização dos operadores do Direito, inclusive no âmbito interno do Poder Judiciário, quanto à relevância da motivação para o aperfeiçoamento e legitimidade do exercício da jurisdição, sobretudo, para evitar que este se materialize, não de modo privatístico, incontrolável e arbitrário, mas de modo consentâneo com os fundamentos, valores e objetivos estabelecidos na Constituição.

CAPÍTULO I - A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A concretização do Direito na atividade jurisdicional realiza-se por meio do processo interpretativo-aplicativo das normas jurídicas e também pela *justificação* das decisões judiciais. Apesar da possibilidade de ocorrer em outras esferas jurídicas (públicas e privadas) deliberações fundadas apenas, na interpretação e aplicação normativa, veda-se, dada a disposição constitucional inserida no art. 93, IX que as decisões de natureza judicante possam ser materializadas exclusivamente por intermédio dessas últimas operações jurídicas. Sob pena de nulidade, cabe ao julgador, pressuposta a necessidade de interpretar e aplicar o Direito, também proceder no sentido de justificar seu ato decisório.

Isto se dá pela *motivação*, que se configura como o pronunciamento de modo explícito e racional das razões norteadoras do julgamento realizado pelo juiz, sendo certo que a existência e o fundamento dessa específica exigência constitucional relacionam-se estritamente ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito na estruturação do ordenamento jurídico, dado que reflete a necessidade de análises apropriadas sobre a atividade jurisdicional naquele paradigma estatal.

1.1 - A atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito

No contexto da atuação dos órgãos judicantes, dada a manifesta correlação temática entre atividade jurisdicional, decisão judicial, fundamentação e motivação, levando em consideração que esta última constitui-se no objeto central deste estudo, tem-se como imprescindível analisar os aspectos mais importantes das interfaces mantidas entre aqueles institutos, sobretudo para evidenciar as diferentes nuances que a motivação

apresenta no Estado Democrático de Direito e no Absolutista.

1.1.1 - A motivação nos Estados Absolutista e de Direito.

No Estado de Direito, o juiz insere-se como um agente estatal que exerce suas funções segundo padrões normativos estabelecidos a partir da expressão da vontade geral condensada nas normas jurídicas (regras e princípios). Esse ideário é acentuado em esclarecedora síntese formulada por Inocêncio Mártires Coelho, ao mencionar que tal noção

prescindindo de pesquisas mais amplas, até porque, no particular, não se registram divergências de monta, poderemos dizer, com Elías Díaz, que o Estado de Direito — embora originariamente polêmico, orientado contra o Estado Absolutista, o Estado-Poder, o Estado-Polícia, ou o Estado-Invasor poderá ser caracterizado, em sua essência, como aquele Estado cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, entendendo-se Direito e lei como expressão da vontade geral.²

O surgimento do Estado de Direito liga-se estreitamente ao momento histórico de limitação do arbítrio do poder político exercido pelo monarca absoluto e das lutas contra os privilégios do clero, da nobreza e das corporações. Como decorrência de seu aprimoramento forjado ao longo do tempo, na atualidade tal modelo estatal consolida-se como aquela ordem jurídica que se submete ao primado do Direito, inserindo-se nessa noção a existência de normas estabelecidas de forma legítima, além de exigências relacionadas (i) ao império da lei, como expressão da vontade geral; (ii) à divisão de poderes; (iii) à legalidade da administração, nessa noção incluída a regulação de suas atividades a partir de critérios legais, com sujeição de controles pelos meios judiciais próprios; e (iv) ao estabelecimento dos direitos e liberdades fundamentais — com garantia de sua efetiva realização material.³

² MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36.

³ *Ibid.*, p. 37. Também neste sentido, SUNDKELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 3 ed. São Malheiros, 1998, p. 52. NOJIRI, Sérgio. *O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 39.

Contudo, por mais satisfatória que se possa considerar a estruturação jurídica desse modelo estatal antinômico à idéia de arbítrio dos agentes estatais, o seu potencial de efetivação estaria comprometido se não houvesse o estabelecimento de mecanismos protetivos da preservação e da implementação de suas bases constitutivas. Daí porque, especificamente no âmbito do jurisdicional, a noção de Estado de Direito relaciona-se, de modo imprescindível, aos princípios da legalidade e da motivação das decisões judiciais.

Tal se dá exatamente porque os julgamentos devem representar, ao invés da pura valoração pessoal do julgador, resultados que reflitam uma atividade racional realizada pela pessoa enquanto agente delegado de uma função submetida a exigências jurídicas, implicando necessidade de se limitar e controlar comportamento do agente jurisdicional a fim de que observe e aplique aqueles elementos jurídicos que expressam os valores do ordenamento.

Aliás, como decorrência conceitual desse paradigma estatal, o princípio da legalidade e a motivação se interconectam a partir do pressuposto de que o exercício do poder pelos agentes estatais, aí incluídos os juízes, submetem-se a exigências de restrições, transparência, impessoalidade, objetividade e previsibilidade quanto às condutas que devem adotar, importando na conclusão de que no ato motivacional o julgador deve fazer fundamentalmente prevalecer as normas jurídicas (regras e princípios)⁴ como pauta interpretativo-

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p.17, sintetizando o tratamento que a doutrina e a jurisprudência tem conferido ao tema, noticia a existência de consenso quanto à concepção de que princípios e regras (espécies) desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica (como gênero) e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete no processo de interpretação-aplicação, salientando, todavia, que, dos múltiplos critérios distintivos possíveis, três devem ser destacados: i) quanto ao *conteúdo* – princípios são identificadores de valores e fins a serem alcançados, enquanto as regras descrevem condutas a serem observadas; ii) com relação à *estrutura normativa* – princípios prevêm “estados ideais” a serem perquiridos, ao passo que as regras definem comportamentos e respectivas consequências; iii) no que tange ao modo ou particularidades da *aplicação*, deduz-se que os princípios são mandados de otimização e as regras mandados de definição. A respeito do tema, FERNANDES, Atahualpa, *Argumentação jurídica e Hermenêutica*, 2. ed., São Paulo: Impactus, 2008. p.164, a título da distinção, anota: “as regras nos proporcionam o critério de nossas ações, nos dizem como devemos, não devemos, ou podemos atuar em determinadas

aplicativa dos decisórios.

Sobre a importância do sentido democrático do dever do juiz explicitar as razões de seu julgamento, Mônica Sifuentes, citando Michelle Tarufo, assevera que

a garantia da motivação 'é um dos frutos mais importantes do racionalismo iluminista e democrático da segunda metade do século XVIII'. Tanto que a legislação francesa revolucionária (art. 208 da Constituição do ano III) estabeleceu o dever de motivar como fundamental garantia política contra o exercício arbitrário do poder pelos juízes. A motivação pode ter um fundamento endoprocessual, de controle de fundamento da decisão e instrumento de racionalização técnica do processo, mas ainda extraprocessual, tornando-a compreensível para o cidadão, em nome do qual é administrada a Justiça, que então passa de sujeito passivo ignorado em sujeito ativo de um controle generalizado e difuso sobre a administração da justiça. A motivação das decisões judiciais implica, portanto, 'uma profunda transformação em sentido democrático da relação entre o povo e a administração da justiça, e do juiz no Estado moderno'.⁵

Constituiu-se a motivação da decisão judicial num instituto típico do Estado de Direito. Além de fazer com que a decisão judicial não se constitua num ato puramente subjetivo daquele agente estatal — mas num ato impregnado de dados objetiva e empiricamente suscetíveis ao exercício de críticas, aferições e controles por parte dos interessados — ao mesmo tempo, representa, enquanto dever, uma negação ao exercício personalíssimo do

situações específicas previstas pelas regras mesmas; os princípios, diretamente, não nos dizem nada a este respeito, mas nos proporcionam critérios para *tomar posição* ante situações concretas mas que *a priori* aparecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou dissenso e repulsa a tudo o que pode estar implicado em sua salvaguarda em cada caso concreto. E uma vez que carecem de 'suposto de fato', aos princípios, em maior grau do que sucede com as regras, somente se lhes pode atribuir significado operativo fazendo-lhes 'reacionar' ante algum caso concreto - ou seja, de forma muito mais acentuada que as regras, seu significado não pode determinar-se em abstrato, senão somente nos casos concretos, e somente nos casos concretos se pode entender seu alcance (Zagrebelsky, 1995)".

⁵ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 288.

poder de julgar dos magistrados, constituindo-se numa garantia fundamental daqueles que participam do processo e explícita advertência no sentido de que “ostentam um poder delegado e não soberano.”⁶

Se a motivação tem sede operativa no Estado de Direito, o mesmo não ocorre no Estado Absolutista. Dado que nesse último modelo estatal a estrutura e a dinâmica de poder, em particular no âmbito jurisdicional, encontram-se estabelecidas de maneira bastante diferenciadas, tem-se que nele, o ato motivatório — ao invés de ser exigido — sofre importantes restrições e até vedações.

Tal se dá porque neste modelo estatal o soberano reserva para si próprio a função de interpretar e aplicar o Direito. Fazendo referência a Walch, Hans-Georg Gadamer assim aborda a redução do processo de concretização das normas jurídicas naquele regime totalitário:

[...] para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica. Quando não é este o caso, como no caso do absolutismo, onde a vontade do senhor absoluto está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, 'pois o senhor superior pode explicar suas próprias palavras, até contra as regras da interpretação comum'. Neste caso nem sequer se coloca a tarefa de interpretar a lei, de modo que o caso concreto se decida com justiça dentro do sentido jurídico da lei. A vontade do monarca, não sujeito à lei, pode sempre impor o que lhe parece justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço da interpretação. A tarefa de compreender e de interpretar só ocorre onde se põe algo de tal modo que, como tal, é vinculante e não abolível.⁷

Com efeito, estruturado a partir de concepções centralizadoras de poder, direcionadas em função dos desígnios pessoais de determinado governante, é de se concluir que, as conveniências daquele seriam melhor

⁶ SANCHIS, Luiz Pietro. *Ideologia e Interpretação*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 117.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Mendes. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 489.

atendidas por meio de um regime jurídico em que suas decisões, ou as dos agentes a quem se delegava a função jurisdicional, se realizassem desacompanhadas das razões justificadoras. Afinal, isso evitaria que aqueles arrazoados se transformassem em condicionamentos ou parâmetros substitutivos das concepções e vontades do titular do poder, tornando esses precedentes, assim, potencialmente invocáveis para efeito de aplicação a situações futuras, o que poderia representar embaraços à autoridade e a objetivos do soberano.

Luis Pietro Sanchis, ao mencionar as antipatias do Estado Absolutista quanto à motivação, sintetiza que

la oposicion del absolutismo a la motivación de las sentencias sirve un doble objetivo: de un lado, afirmar el carácter absoluto incondicionado del poder real y, por tanto, de todos os delegados, incluidos los jueces, que aparecen así como meros ejecutores de la voluntad del soberano; y, unido a lo anterior, el propósito de cercenar el poder de los jueces es decir, la influencia del Derecho judicial, dado que logicamente una decisión sin motivar no puede servir de orientación para futuras controversias, no puede crear 'estilo'.⁸

Aqui não se pode desconsiderar que a documentação escrita dos atos legislativos, da mesma forma que representa um dos ícones da despersonalização e dessacralização do poder no Estado de Direito,⁹ também produziu importantes reflexos quanto à motivação, levando à objetivação, perenização e despersonalização das razões decisórias explicitadas.

Nesse paradigma estatal, especialmente no Estado Democrático de Direito, cuja formatação destina-se a fazer com que toda a estrutura opere de forma impessoal, objetiva, transparente, racional e participativa, ter conhecimento sobre como atua o órgão encarregado da jurisdição constitui uma imperativa necessidade para a contenção de eventuais manifestações arbitrárias concretas, ainda que episódicas, daquele outro modelo estatal. Mesmo considerando a condição humana do julgador, e com isso a

⁸ *Ibid.*, p.116.

⁹ SILVA, Anabelle de Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.15.

impossibilidade de se assegurar que suas decisões sejam sempre razoáveis, impõe-se o estabelecimento de mecanismos no sentido de tornar o menos subjetivo possível o processo de elaboração dos seus julgamentos.

Há de se notar que, apesar das diretrizes do *Estado de Democrático de Direito* estarem relacionadas à observância da expressão da legítima vontade geral, em posição diametralmente oposta à estruturação do modelo *absolutista*, é certo que, na dinâmica do exercício de poder, a subjetividade — que nem sempre significa arbítrio — constituiu-se num elemento comum àqueles dois paradigmas estatais, pois, a atuação de ambos se realiza por meio de uma pessoa humana. O diferencial é que, ao invés de autocondicionamentos definidos pelo próprio exercente do poder — típicos do absolutismo — pretende-se que naquel'outro paradigma estatal os limites práticos se expressem a partir de critérios de racionalidade, com controles suficientes para afastar o predomínio de preferências puramente pessoais do agente público.

Aliás, não é irrelevante deixar explicitado que, ao longo do texto, ao utilizarmos a expressão *controle*, estaremos fazendo referência às diversas formas de aferição, fiscalização, contenção e ajustes praticados pelos destinatários da decisão judicial, com a finalidade de evitar desvios quanto aos parâmetros e critérios legitimamente estabelecidos pela ordem jurídica.¹⁰

A importância da motivação para o mencionado paradigma do Estado de Direito é ressaltado por Sérgio Nojiri, ao tratá-la como cláusula pétrea:

O dever de fundamentar decisões judiciais, como corrolário inarredável do Estado Democrático de Direito, deverá estar a salvo de qualquer espécie de emenda ou revisão propugnada pelo poder constituinte derivado ou decorrente. Não se concebe que uma regra impositiva do dever de justificar atos advindos de um dos órgãos fundamentais do poder público, e que dá efetividade ao princípio da *responsabilidade estatal*, além de realçar a importância da

¹⁰ Tal noção compatibiliza-se com aquela formulada por WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 14-15, ao mencionar que: “[...] controlar é, até certo ponto, verificar a adequabilidade a um padrão, para, em face da constatação dessa adequação, corrigir-se a decisão [...].” a mesma concepção é expressa noutra passagem da mesma obra, p. 388: “controlar as decisões judiciais é verificar se estão de acordo com o padrão [...].”

participação popular no controle das decisões judiciais, possa estar a mercê de normas de natureza ordinária, complementar ou mesmo de revisão constitucional, capazes de retirar sua eficácia (normativa ou social). Qualquer proposta nesse sentido desfiguraria os traços definidores do nosso Estado Democrático de Direito. A efetiva participação e controle dos atos decisórios emanados do Poder Judiciário faz parte do *núcleo essencial* da nossa Constituição e é, portanto, intangível.¹¹

A correlação entre o Estado Democrático de Direito e a motivação é enfatizada por Menelick de Carvalho Neto, ao exclaimar que

é tempo de nos conscientizarmos da importância não somente do que Pablo Lucas Verdu denomina de sentimento de Constituição para a efetividade da própria ordem constitucional, mas que precisamente para se cultivar esse sentimento em um Estado Democrático de Direito, das decisões judiciais deve-se requerer que apresentem um nível de racionalidade discursiva compatível com o atual conceito processual de cidadania, com o conceito de Heberle da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Ou para dizer em outros termos, ao nosso Poder Judiciário, em geral, e ao Supremo Tribunal Federal, em particular, compete assumir a guarda da Constituição de modo a densificar o princípio da moralidade constitucionalmente acolhido que, no âmbito da prestação jurisdicional, encontra tradução na satisfação da exigência segundo a qual a decisão tomada deve ser considerada consistentemente fundamentada tanto à luz do direito vigente quanto dos fatos específicos do caso concreto em questão, de modo a se assegurar a um só tempo a certeza do direito e a correção, justiça, da tomada de decisão.¹²

Neste rumo, a submissão dos julgadores ao dever de exteriorização documentada das razões e motivos norteadores dos seus julgamentos

¹¹ NOJIRI, Sérgio. *O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 69.

¹² CARVALHO NETO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. *Notícia do Direito Brasileiro – Nova Série*, n. 6. Brasília: UnB, jul./dez.1999, p. 250.

configura-se como uma prestação de contas exigidas daqueles detentores de função pública em nome do povo, refletindo a noção de que no Estado Democrático de Direito também a atividade jurisdicional é regulada e controlada racionalmente a partir de critérios estabelecidos pela Constituição e pelas leis.

1.1.2 - As decisões sem motivações como reminiscência do Estado Absolutista

Por importar no compartilhamento explícito das razões decisórias, o dever de motivar tem larga importância teórica e prática, constituindo-se num consistente fator de repulsa às manifestações do poder estatal de modo despótico, servindo a que valores republicanos prevaleçam sobre a concepção patrimonialista de Estado, ainda, lamentavelmente, presente em relevante extensão do Poder Público.¹³

Assim, para que seja compatibilizada com aquela forma de estruturação constitucional do Estado prevista no art. 1º, da Constituição, a decisão judicial não pode ser concebida como algo produzido segundo a secreta ou dissimulada vontade individual de determinada pessoa investida de jurisdição, mas como ponderada consequência derivada das regras, princípios e valores do ordenamento jurídico, expresso de forma transparente para quem participa

¹³ SILVA, Jonathas. A voz transparente da toga. *O Popular*, 1º caderno, n. 19.771, p. 9, 19 fev. 2008. Professor de Direito Constitucional da UFG, que aponta o Estado brasileiro como patrimonialista, é raro o agente público agir com transparência, acrescentando que “a cultura do patrimonialismo costuma converter em letra morta a exigência constitucional de que a administração pública tem de obedecer aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e da eficiência. Essa perversa cultura fortalece outros princípios, tais como: a legalidade é a decisão da vontade do chefe; a impessoalidade está restrita ao grupo de amigos e familiares do dono do poder; a moralidade é o cumprimento de todas as ordens do chefe, visando beneficiar os seus apadrinhados; a publicidade é uma ofensa a decisões sigilosas, exigidas por razões de Estado e de um governo invisível; a eficiência é atributo dos que pertencem ao círculo de amigos de copa e cozinha do chefe.” Na sequência, ilustra suas considerações procedendo à citação de Norberto Bobbio, o qual, discorrendo sobre democracia e poder, comenta que “um dos lugares-comuns de todos os velhos e novos discursos sobre a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do poder visível [...]. É da natureza da democracia o fato de que nada pode permanecer confinado no espaço do mistério.”

dos processos judiciais, para a comunidade jurídica e toda a sociedade, ficando reservado o sigilo apenas quando imprescindível para, circunstancialmente, se tutelarem outros valores, conforme particular previsão constitucional.¹⁴

Na prática forense, decisões judiciais que, simplesmente, a partir de genéricas premissas no sentido de estarem ou não presentes os requisitos previstos em lei, deferem ou indeferem pretensões das partes, sem se aterem à necessidade de desenvolvimento explícito dos motivos que, no caso concreto, determinaram a conclusão decisória, configuram-se como manifesto desserviço àqueles princípios republicanos, principalmente porque, dada a sua característica de misteriosidade, na prática inviabiliza a realização de qualquer tipo de controle por parte de quem direta ou indiretamente é por ela afetado.

Fredie Didier Júnior, Rafael Oliveira e Paulo Sarno Braga, criticam esse proceder, asseverando que

a motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. É bastante comum o operador do Direito deparar-se, dia-a-dia, com decisões do tipo '*presentes os pressupostos legais, concedo a tutela antecipada*', ou simplesmente '*defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos*', ou ainda '*indefiro o pedido, por falta de amparo legal*.' Essas decisões não atendem à exigência da motivação: trata-se de tautologias, que, exatamente por isso, não servem como fundamentação. O magistrado tem necessariamente que dizer *por que* entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para concessão ou denegação da tutela antecipada; tem que dizer *de que modo* as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e também, como já se viu, *por que* as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram).¹⁵

Os autores acrescentam citação de Nelson Nery Júnior, no sentido de que o julgador, no exercício de seu papel constitucional, encontra-se adstrito a “ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 488.

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed., Salvador: jusPODIVM, p. 236.

a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento.”¹⁶

A correlação entre o direito moderno, a decisão e a motivação é enfatizada por Chäin Perelman,

o direito, tal como funciona, efetivamente, é essencialmente um problema de decisão: o legislador deve decidir sobre as leis obrigatórias numa comunidade organizada, o juiz deve decidir sobre o que é direito em cada situação submetida ao seu juízo. Mas nem o legislador nem o juiz tomam decisões puramente arbitrárias: a exposição de motivos indica razões por que uma lei foi votada e, num sistema moderno, toda sentença deve ser motivada. O direito positivo tem como correlativo a noção de decisão, senão razoável, pelo menos raciocinada.¹⁷

Na sua essência, qualquer abordagem sobre a estruturação do Estado Democrático de Direito e sua correlação com o exercício da atividade jurisdicional não se afasta da noção de que a motivação da decisão judicial consiste num consectário daquele.¹⁸

Com efeito, assim como a noção de Estado de Direito vincula-se à de limitação de poder do agente estatal, também a exigência de justificação dos julgamentos implica restrição constitucional ao poder conferido aos membros da magistratura, no sentido de se exigir que toda e qualquer decisão relativa à interferência nas esferas jurídicas das pessoas seja apropriada e convincentemente esclarecida. Não bastando a formação de íntima convicção, a validade e legitimidade dos julgamentos condicionam-se necessariamente a uma motivação adequada, propiciadora de expressão racional, transparente e objetiva dos fundamentos decisórios a todos seus destinatários (partes, comunidade jurídica e sociedade), sob consequência de se caracterizar o arbítrio judicial.

¹⁶ *Ibid.*, p. 236.

¹⁷ PERELMAN, Chain. *Direito e ética*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 376.

¹⁸ NOJIRI, Sérgio: *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1988, p. 62; 68.

1.1.3 - A inserção do dever de motivar como imperativo constitucional

A preocupação quanto à normatização do dever de motivar a decisão judicial é fenômeno de certo modo recente, generalizado a partir das codificações dos séculos XVIII e XIX.¹⁹ Sua transformação em imperativo constitucional surgiu com as promulgações das Constituições francesa, de 1795, e belga, de 1835, consolidando-se a partir da Segunda Guerra Mundial, quando, de maneira geral, além daquela função endoprocessual — ligada à viabilização da prática racional de atos processuais — a motivação passou a ter função extraprocessual, mediante sua inserção como instrumento de garantia democrática destinada, dentre outros, à tutela dos indivíduos frente ao poder estatal, particularmente para permitir o exercício de controles relativos ao legítimo exercício da jurisdição.²⁰

René David salienta que a exigência de decisões motivadas só na história recente tornou-se um traço comum dos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica:

A obrigação de motivar os julgamentos é, no entanto, recente. Durante muito tempo concordou-se em ver nos julgamentos um exercício de autoridade, que não tinha que ser justificado. A prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradualmente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França e em 1879 na Alemanha foi imposta aos juízes uma obrigação geral de motivar as decisões. O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido; a própria Constituição o consagra na Itália. Surge aos olhos dos homens de nosso tempo como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conforme ao Direito.²¹

O mesmo autor menciona que no sistema jurídico da *Common Law*, apesar da inexistência de norma jurídica neste sentido, é costumeiro nos

¹⁹ SALAVERRÍA, Juan Iguartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 23.

²⁰ *Ibid.*, p. 24.

²¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 125.

tribunais superiores o procedimento do juiz justificar seu decisório:

A decisão inglesa, rigorosamente falando, está reduzida a um simples dispositivo que dá a conhecer a solução dada, pelo juiz, ao litígio: X deve pagar a Y uma determinada soma, o contrato realizado entre X e Y foi anulado, a sucessão de X à pessoa de Y. Os juízes ingleses não têm de motivar suas decisões; talvez fosse um atentado à sua dignidade impor-lhes essa obrigação: eles ordenam e não tem de justificar.

Entretanto, ao menos nos tribunais superiores, o juiz inglês geralmente expõe as razões que explicam sua decisão. Em um comentário, que não tem a brevidade nem a precisão dos 'motivos' franceses, expõe, de forma dedutiva, as regras e os princípios do direito inglês, a propósito da decisão tomada. Nesta exposição, frequentemente emprega fórmulas e anuncia regras que, por sua generalidade, ultrapassam o âmbito do processo.²²

Também Mauro Cappelletti se refere à importância dada à justificação dos decisórios nos países que adotam o sistema jurídico *Common Law*:

também em países, como a Inglaterra, em que não é formalmente estabelecida a obrigação de motivação, existe todavia uma 'bem conhecida praxe', baseada na 'tradição', segundo a qual 'os juízes dos tribunais superiores, quase sem exceção, emitem minuciosos pronunciamentos, nos quais explicam as razões de fato e de direito' das suas decisões. Assim Jolowicz, nota 189, supra, págs. 168-169.²³

A tendência universalizante de se exigir a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental é manifesta. Nesse sentido, apesar de não constar de maneira explícita da Convenção Européia dos Direitos do Homem, as interpretações da Corte de Estrasburgo direcionam-se ao reconhecimento daquela como exigência para se assegurar direitos fundamentais.²⁴

Na experiência constitucional brasileira, só recentemente a motivação

²² *Ibid.*, p. 342

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 98.

²⁴ Cf. SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

passou a se constituir numa garantia *expressa*, o que adveio, em 1988, com a promulgação da Constituição, dado que até então esta exigência se restringia às previsões contidas na legislação processual. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover Cândido R. Dinamarco abordam historicamente o tema:

diversas Constituições — como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas — haviam erguido o princípio da motivação à estatura constitucional, sendo, agora seguidas pela brasileira de 1988, a qual veio adotar em norma expressa (art. 93, inc. IX), o princípio que antes se entendia defluir do § 4º, do art. 153 da Constituição de 1969. Bem andou o constituinte pátrio ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciais, pondo assim cobro a situações em que o princípio não era observado (como v.g., na hoje extinta arguição de relevância, da antiga disciplina do recurso extraordinário).²⁵

Assim, numa reafirmação do estabelecimento do Estado Democrático de Direito, a fim de que, no exercício de suas atividades judicantes, os magistrados explicitem em seus atos decisórios as razões e os motivos orientadores do posicionamento adotado no caso concreto posto sob julgamento, a Constituição deixa expressa a exigência de se motivar no seu art. 93, IX.

Deve-se observar que, anteriormente à nova ordem constitucional, formulavam-se entendimentos, ainda que não unânimes, no sentido de que, ignorando aquele instituto como inerente ao Estado de Direito, a legislação infraconstitucional podia afastar a obrigatoriedade de se motivarem as decisões judiciais, sendo o caso mais notório o incidente de arguição de relevância, que previa a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal rejeitar imotivadamente os Recursos Extraordinários interpostos.

O referido incidente processual implicava manifesta permissão à prolação de decisões sem quaisquer tipos de controle jurídico, nem mesmo da crítica social acerca do conteúdo delas. Noticia Sérgio Nojiri que

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R., *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 10 ed., 1993, p. 69.

Muito embora a regra pudesse, antes de 1988, ser interpretada como um desdobramento implícito de algum princípio de natureza constitucional, ela corria o risco de ser excepcionada por alguma prescrição normativa posterior, como de fato aconteceu com as denominadas 'arguições de relevância de questão federal', criadas pela Emenda 3 (e consagrada pela EC 7/77), a 12 de junho de 1975 (em plena ditadura política). Segundo o art. 327, §1º, do RISTF (com a redação da emenda 2/85), estas arguições eram analisadas em sessão secreta, com decisões não motivadas (das atas só se publicava, para ciência dos interessados, a relação de arguições acolhidas ou rejeitadas). As arguições nada mais eram do que um expediente utilizado para aliviar o enorme volume de recursos extraordinários enviados ao Supremo Tribunal Federal, ademais de não necessitarem de motivação, eram definidas “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais em causa”, o que é o mesmo que dizer: o cabimento do recurso extraordinário se sujeitava ao critério do que se entendia como relevantemente moral, político ou social, conceitos estes preñhes de vaguidade e indeterminação.²⁶

Agora, a partir da específica referência à motivação no texto constitucional, restaram inviabilizadas interpretações, como a acima citada, suscetíveis de afrontar o ideário do Estado Democrático de Direito estruturado pela Carta Magna.

Ademais, o preceito importou na necessidade de releitura de alguns dispositivos então vigorantes, a exemplo do art. 315, do Código de Processo Penal, ao dispor que “o *despacho* que *decretar* ou denegar a prisão preventiva será sempre *fundamentado*.” (destaque nosso).

Do ponto de vista da processualística, ao referido enunciado devem ser feitos dois reparos terminológicos, embora as expressões sejam consagradas pela literatura: primeiramente, aquele do ato processual não se caracteriza como despacho, mas como decisão (por causar gravame ou benefício ao interessado). Além disso, não se trata de *decretar* (ato jurídico de natureza

²⁶ NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 68-69.

administrativa), mas de *ordenar* (*mandar, determinar etc.*), dado que o juiz procede no exercício de atividade judicante. Contudo, no que realmente interessa à análise, certo é que, em função do referido comando constitucional, o julgador, não apenas naquelas situações de determinação ou denegação da prisão preventiva, mas em *todo e qualquer ato decisório* tem que motivar, sob consequência de nulidade.

Um enunciado normativo que bem exemplifica o grau de importância atribuído à motivação antes da Constituição vigente pode ser verificado no art. 5º da Lei 1.050/50, que autoriza o julgador, por meio de sua íntima convicção, a decidir sobre a concessão do benefício da assistência judiciária sem se justificar:

Art. 5.º O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento, dentro do prazo de 72 (setenta e duas) horas.²⁷

Na atualidade, porquanto indispensável à própria noção de Estado Democrático de Direito, o dever de motivar incide sobre o julgador independentemente de intervenção legislativa, como consequência lógica daquele imperativo constitucional. Nesse sentido, Juan Iguarta Salaverria, observa que:

[...] de ahí descende la generalidad del deber de motivar; o sea, nunca puede faltar la '*ratio decidend*' de lo decidido em sua sentencia; también em aquel sector del ordenamiento donde la ley guarde silencio al respecto, ou incluso si la ley excluyera explicitamente la motivación (como alguna vez há sucedido em determinados códigos penales militares).²⁸

Mesmo naqueles casos em que se atribui aos árbitros o julgamento de demandas referentes a direitos disponíveis, há a incidência da referida norma constitucional, ficando, pois, obrigados a motivarem suas decisões. Embora delegada a particulares, a arbitragem decorre da soberana jurisdição do Estado, cuidando o legislador, ao tratar da sentença arbitral, no inciso II, do art.

²⁷ NEGRÃO, Teotônio; GOUVÊA, José Roberto F.. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva. 38. ed., 2006, p. 1236.

²⁸ SALAVERRÍA, Juan Iguartua, *op. cit.*, p. 22.

26 da Lei 9.307/96, de preceituar que aquela, além do relatório e do dispositivo, deve conter “os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade.”

Numa única hipótese, o órgão jurisdicional encontra desobrigado de se justificar: nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, C.R.). Aliás, nesses casos excepcionais, a exemplo do que ocorria no Estado absolutista, os julgadores encontram-se, face ao sigilo das votações, impedidos de motivar. Apesar da potencialização do risco de arbitrariedades, trata-se de manifestação de apego do constituinte à tradição de uma instituição que simboliza o povo exercendo o poder de julgar diretamente o seu semelhante, recebendo a confiança de que, mediante sua íntima convicção e à luz dos princípios da oralidade e da imediatidade, cidadãos não integrantes da estrutura judiciária estão habilitados a exercer, com investidura precária, a jurisdição.

Artur César de Souza, noticia que na Europa alguns países estendem a exigência de motivação também àqueles órgãos jurisdicionais, anotando que:

A fundamentação da decisão é inclusive exigida na Itália, em Portugal e na Alemanha nos vereditos do Tribunal do Júri, não obstante essa fundamentação fique sob a responsabilidade dos juízes profissionais. Por sua vez, no direito espanhol o art. 61,1, da Lei Orgânica 5 de 1995, estabelece que o veredicto do Tribunal do Júri deve estar inserido numa ata que 'contendrá uma sucinta explicación de las razones por las que se han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados'²⁹

No Brasil, a opção do constituinte, embora legitimada democraticamente, configura-se como concessão a um modelo de órgão jurisdicional cujo formato colide frontalmente com toda estruturação estatal proposta ao longo do texto constitucional: a de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, o veredito secreto prolatado pelos jurados não se compatibiliza com a transparência exigível na atuação dos agentes estatais, com a necessidade de que os

²⁹ SOUZA, Artur César, *op. cit.*, p. 119.

julgamentos se baseiem em razões (não só na subjetividade) condensadas da norma jurídica, com a possibilidade de controles quanto à juridicidade do ato decisório (inclusive quanto às garantias constitucionais do acusado) e com a exigência de convencimento *racional* do juiz.

Como se observa, embora tradicional, essa instituição, tal qual estruturada entre nós, põe-se na contramão da tendência contemporânea de se estabelecer transparência, impessoalidade e mecanismos efetivos de controles contra atuações arbitrárias do poder de julgar, amplamente facilitadas pela não imposição do dever de justificar a opção decisória empreendida.

1.2 - Decisão judicial, fundamentação e motivação

Como garantia destinada obstacularizar o voluntarismo nas atividades judicantes, os juízes encontram-se adstritos, não só a deliberar sobre a pretensão formulada pelos jurisdicionados, mas também a apontar seu lastro jurídico e explicitar argumentativamente os motivos que levaram à adoção de uma determinada solução. Examinemos os pontos de confluência dessas dimensões da atividade jurisdicional.

1.2.1 - A decisão judicial ou jurisdicional

Em geral, a expressão *decisão* corresponde à noção de uma escolha dentre alternativas possíveis.³⁰ No Direito, toda e qualquer providência resultante de uma deliberação realizada por um juiz pode se qualificar como *decisão judicial*. Contudo, o presente estudo direciona-se exclusivamente à análise da motivação relativa aos atos decisórios proferidos no exercício da *atividade jurisdicional em si*, abrangendo aqueles destinadas a ditar comandos vinculativos em processos litigiosos ou de jurisdição voluntária, mas excluindo aqueles de natureza administrativa relacionados ao governo do Poder

³⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 268, assim, conceitua a expressão: “Esse termo corresponde ao que Aristóteles e os escolásticos chamavam de escolha, ou seja, o momento conclusivo da deliberação no qual se adere a uma das alternativas possíveis.”

Judiciário (execução orçamentária, nomeações, promoções etc). De tal forma que, apesar da obrigatoriedade de motivação também das decisões administrativas dos tribunais (art. 93, X, C.R), ao fazermos referência à “decisão judicial”, estaremos tratando de atividades tipicamente judicantes.

Configuram-se, pois, como **decisões jurisdicionais** aqueles atos praticados pelos juízes, de maneira singular ou colegiada, que acarretam conseqüências às relações jurídico-processuais estabelecidas, gerando determinações de cunho declaratório, constitutivo, condenatório, executivo, mandamental e cautelar. Nessa noção estão incluídas decisões interlocutórias (liminares ou não), sentenças (finais e definitivas) e acórdãos,³¹ ficando, obviamente, fora de nossa análise os despachos, entendidos como pronunciamentos judiciais que não implicam deliberação acerca de questões pertinentes às demandas, mas que simplesmente fazem o processo avançar em suas fases. De todo modo, apesar de ser defensável a propriedade da nomenclatura “decisão judicial”, para afastar preciosismos exagerados, utilizaremos da expressão jurídica tradicional.

1.2.2 - A correlação entre motivação e decisão judicial

Diversas normas processuais (art. 832 CLT; 381, CPP; 438, CPPM; 131,165 e 458, CPC; 26, Lei de Arbitragem nº 9.307/96), ao regular convergentemente os modos de formatação das sentenças, consignam a obrigatoriedade de que nelas contenham, além do relatório e o do dispositivo,³²

³¹ DIDIER JUNIOR; Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 219, notam que, em diversas disposições do Código de Processo Civil, o termo sentença, por metonímia, designa qualquer decisão judicial, sendo, neste sentido, gênero (art. 467, 485), aludindo que a própria Constituição da República, embora cuidando de decisões do STF, refere-se a “sentença”, quando, a rigor, seriam “acórdãos”. Por outro lado, no art. 162,§1º, aquele diploma processual utiliza-se da expressão sentença para designar uma espécie de decisão judicial.

³² O dispositivo é essencial a toda decisão judicial (acórdão, sentença, decisão interlocutória), por se configurar a própria formulação, pelo órgão competente, da norma jurídica especificamente regulante da matéria concretamente posta sob julgamento, podendo se referir ao mérito – resolvendo-o ou não —, bem como a questões incidentais. Tb. Neste sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 239-242, para quem “dispositivo é a parte da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito, uma afirmação imperativa, concluindo análise acerca de um

a motivação ou fundamentação. Nesse diapasão, sendo o mais moderno, abrangente e completo dos diplomas processuais, o Código de Processo Civil,³³ aplicável analogicamente às decisões proferidas também no âmbito penal, trabalhista e militar, prevê, no art. 458, os mencionados elementos como imprescindíveis:

Art. 458. São requisitos³⁴ essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem;³⁵

Deve-se observar que, ao longo da formação, desenvolvimento e extinção do processo, normalmente o órgão jurisdicional não se limita à prolação de uma única decisão. Além das sentenças e acórdãos, a dinâmica da relação processual requer, salvo situações excepcionalíssimas, uma série de atos decisórios proferidos em fases e peças processuais diversas, formatadas mediante o que se denomina *decisões interlocutórias*.

Pertinente a esses provimentos, aquele diploma processual civil preceitua, no art. 165, que “as sentenças e os acórdãos serão proferidos com observância do disposto no artigo 458; *as demais decisões serão*

(ou mais de um) pedido que lhe fora dirigido”.

³³ NEGRÃO, Teotônio; GOUVÊA, José Roberto F., *op. cit.*, p. 505.

³⁴ De forma errônea costuma-se utilizar com mesmo significado as expressões requisitos, elementos e pressupostos. Contudo, como salienta VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v. I, São Paulo: Atlas, 2001, 2. v., p. 324.: “pelo conceito léxico *Elemento* é tudo que se insere na composição de alguma coisa, dada parte de um todo. *Pressuposto* é a circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro. E *requisito* é a condição necessária para a obtenção de certo objetivo, ou para preenchimento de certo fim.”. Portanto, porque não destinada a regular a finalidade da sentença, mas os dados integrantes dela, é de se concluir que, a rigor, na disposição textual deveria ter sido usado o termo elemento.

³⁵ O Código de Processo Penal expressa preceito semelhante: Art. 386. “A sentença conterá; I – nome 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 funar a decisão; IV- a indicação dos artigos de lei aplicados; V- o dispositivo; VI- o dispositivo; VII – a data e a assinatura do juiz.”

fundamentadas, ainda que de modo conciso”, deixando evidenciado, se ativermos à pura literalidade textual, que estariam dispensados o relatório e o dispositivo, exigíveis apenas das sentenças e dos acórdãos.

Todavia, diante da imperatividade do preceito constitucional constante do art. 93, IX — que exige motivação de “*todas as decisões*”—, não se pode deixar de considerar que a efetiva justificação dessas exige abordagem não só dos aspectos jurídicos da demanda, mas também daqueles de natureza fática até porque as decisões judiciais não se destinam a produzir efeitos estritamente abstratos. Disso decorre a conclusão de que, apesar de não se exigir do julgador um amplo relatório formal, não está ele dispensado de fazer referência aos fatos na medida em que seja necessário para desenvolver a tarefa interpretativo-aplicativa. Assim, considerada aquela disposição a partir do ponto de vista sistemático, coloca-se como imprescindível que o julgador correlacione, de maneira lógica a situação fática examinada e a norma jurídica aplicável, sob conseqüência de não se poder, a rigor, falar em motivação, exatamente pela ausência de explicitação das razões decisórias, fáticas e jurídicas, utilizadas.

Por outro lado, não é irrelevante salientar que, por se tratar do comando ou preceito resultante da motivação, o *dispositivo* se revela imprescindível à configuração do ato decisório.

Senão faltaria a própria *norma de decisão particular formulada pelo órgão jurisdicional no caso concreto*, ou seja, a expressão mesma quanto àquilo que restou decidido judicialmente. Aliás, se adotada a teoria triconômica de Pontes de Miranda,³⁶ a decisão ingressa no plano da existência pela simples formulação do dispositivo decisional, embora seja insuficiente para que haja sua inserção nos planos jurídicos da validade e da eficácia.

Nesses termos, decompondo-se analiticamente a decisão judicial, têm-se que o *relatório*, a *motivação* e o *dispositivo* caracterizam-se como os

³⁶ Cf. MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77-81. Segundo aquela concepção, os atos jurídicos podem ser observados sob diferentes planos: da existência, validade e eficácia. Neles se analisam, respectivamente, os aspectos pertinentes à presença dos elementos, requisitos e aptidão para produzir efeitos jurídicos. V. tb. nota n.34.

elementos dela integrantes. Aqui, embora seja acertado afirmar que o ingresso do ato decisório no plano jurídico da *existência* ocorre mediante pura formulação do dispositivo — porque dele resulta a concretização do suporte fático do que representa a decisão —, do mesmo modo é certo que o decisório só terá *validade* — adequando-se às exigências normativas pertinentes — se também aquel'outros elementos (relatório e motivação) se fizerem presentes, ressalvadas as excepcionais hipóteses em que o relatório é dispensável (art. 165, CPC e art. 95, Lei nº 9.099/95). Mas, ressalte-se, na medida em que não comprometa a expressão do processo interpretativo-aplicativo quanto aos dados fáticos e jurídicos sob julgamento, ou, circunstancialmente, não cause prejuízo às partes (art. 250, parágrafo único, do CPC).

A exigência de tais elementos como condição de validade do ato decisório também se aplica ao acórdão, composto pela exposição da causa pelo relator na sessão de julgamento, a votação e a redação pelo relator, exceto nos casos em que se tornar vencido, quando a mencionada redação recairá sobre o autor do primeiro voto vencedor (art. 554, CPC), correspondendo, na essência, aos mesmos elementos que a sentença requer.

Na realidade, quaisquer decisões judiciais submetem-se às exigências previstas no art. 458, do Código Processo Civil.³⁷ Ainda que alguns dispositivos legais dispensem a elaboração do relatório formal em situações particulares, tal não pode implicar possível incompreensibilidade ou inconsistência da decisão proferida, importando na conclusão de que, para haver efetiva motivação, os fatos devem ser relatados numa proporção suficiente a que a exigência de justificação da deliberação judicial atinja sua finalidade.

De todo modo, caracteriza-se a motivação como um componente imprescindível à validade da decisão judicial. Tanto que o constituinte sequer delegou ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer a necessidade daquele elemento, cuidando ele próprio de cominar, de forma expressa, a nulidade de “*todas as decisões*”(art. 93, IX, da C.R) que não contenham as justificações determinantes da opção decisória acolhida pelo julgador na entrega da

³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella; MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1145.

prestação jurisdicional.

1.2.3 - Motivação e fundamentação

A motivação da decisão judicial pode ser observada sob dupla perspectiva. Assim, *subjetivamente* configura-se como o ato de o julgador exprimir as razões e motivos³⁸ orientadores do julgamento proferido, caracterizando-se, pois, como o pronunciamento argumentativo formulado para justificá-lo. Mas também pode ser visualizada pelo ângulo objetivo, caracterizando-se como mecanismo formal pelo qual se exterioriza as razões e motivos determinantes do ato decisório e que permite aos destinatários daquela exercer os controles processuais e extraprocessuais pertinentes.

Desse modo, embora a diversidade de abordagens do tema possa levar a ênfase de um ou outro daqueles aspectos, certo é que, na essência, trata-se de diferentes dimensões da mesma estrutura jurídica, similarmente a verso e reverso de algum objeto.

Outra particularidade dessa temática refere-se à diferença entre motivação e fundamentação, dado que, do ponto de vista léxico, a depender do contexto, certamente será possível determinar a distinção.

Eis como Aurélio Buarque de Holanda Ferreira³⁹ refere-se àquelas expressões:

“**motivar**. Dar motivo; 1. causar, produzir[...]; 2. Expor ou explicar o motivo ou a razão de; fundamentar[...]; 3. Determinar a motivação de[...];”

“**fundamentar**. Lançar os fundamentos ou alicerces de, fundar[...]; 2. Dar fundamento a; documentar, justificar; estabelecer, fincar[...]; 3. Aplicar, furar, basear[...]; 4. Basear-se, apoiar-se, fundar-se.”

³⁸ Segundo ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 797, “motivo é causa ou condição de uma escolha, ou seja de uma volição ou de uma ação”, acrescentando que “chama-se algumas vezes de *móvil* ou *móvel*[...] o M.[motivo] que não tem caráter “racional”, que não pode ser considerado uma “razão” da escolha.” Como será abordado adiante, na decisão e na motivação, é legítimo o emprego coordenado de subjetividade (motivos) com objetividade (razões).

³⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: nova fronteira, 2. ed., 1986, p. 820 e 1164.

Nessa linha de raciocínio, se o sentido de motivação liga-se mais àquilo que impulsiona a um resultado ou à justificação da causa que desencadeou um determinado proceder, a fundamentação estaria mais ligada à definição dos elementos alicerçantes ou determinantes da consistência de uma dada postura adotada. Transpostas estas noções para o Direito, particularmente quanto à decisão judicial, não seria incorreto referir-se à motivação como a substancial explicitação dos elementos (fáticos-jurídicos) que *conduziram* ou moveram o julgador à decisão proferida e à fundamentação como a formal indicação dos elementos (fáticos-jurídicos) que dão consistência *ou base* ao referido ato decisório.

Contudo, certo é que — apesar da possibilidade da distinção poder ser relevante noutros campos do conhecimento — no Direito, levando-se em conta a vinculação do juiz às regras e aos princípios e valores do ordenamento jurídico, pode-se afirmar que, especificamente, no que tange à validade da decisão judicial, as duas terminologias são indissociáveis, mitigando a relevância da referida distinção.

Com efeito, se aquele, além de decidir, necessita fazê-lo com *fundamentos* jurídicos, cabe concluir que a motivação e a fundamentação, enquanto elementos da esfera pública, não se compatibilizam com a mera explicitação das puras razões *subjetivas* que o conduziram (pessoalmente) a decidir num determinado sentido, mas como a expressão *objetiva* dos parâmetros jurídicos relevantes para a solução da questão.

A rigor só se pode falar de fundamentação — enquanto lastro jurídico de uma decisão — se se falar também em motivação, pois toda decisão judicial deve ser motivada e fundamentada no Direito. Uma motivação só baseada em normas religiosas, por exemplo, não se configura como motivação jurídica, assim como uma decisão fundamentada, juridicamente, mas sem motivação, carece de base suficiente à sua validade no âmbito do Direito. Tanto aqueles elementos que *conduzem* o juiz para decidir num determinado sentido (objeto da *motivação*), como aqueles que dão *consistência* à decisão (objeto da *fundamentação*) devem se caracterizar pela juridicidade.⁴⁰

⁴⁰ Noutros termos, no âmbito jurisdicional, a motivação sem fundamentação no Direito

Daí porque, no paradigma estatal estabelecido pela ordem constitucional — alicerçado nas noções de racionalização do poder estatal e na rejeição ao arbítrio — a referência à *motivação sem fundamentação* ou à *fundamentação sem motivação* tem idêntica conseqüência: a invalidade.

Nesse contexto, só se pode afirmar como válidas a *fundamentação motivada* e/ou a *motivação fundamentada*,⁴¹ razão pela qual, tanto a jurisprudência como a doutrina, numa admissão de inocuidade quanto a tal diferenciação, costumam atribuir idêntico significado aos referidos termos.⁴² Os próprios enunciados normativos que tratam do tema referem-se indistintamente àquelas expressões.

É o que se verifica, por exemplo, no art. 93, IX e X,⁴³ da Constituição, que preceitua, respectivamente, que as decisões judiciais serão *fundamentadas* e as administrativas *motivadas*. O Código de Processo Civil, no seu art. 131 exige que o juiz, na formação de seu livre convencimento, indique os *motivos* pertinentes, assim como no art. 458, II, estabelece os *fundamentos* como elemento constitutivo da sentença, além de prever, no art. 165, que as decisões, sentenças e acórdãos serão, ainda que concisamente, *fundamentadas*. Também o Código de Processo Penal, no art. 381, III expressa como obrigatória a indicação dos *motivos* de fato e de direito em que se *fundar*

não tem base jurídica, assim como também não a tem a fundamentação sem motivação (art. 93, IX, CR). No processo interpretativo-aplicativo é preciso correlacioná-las. Sem isso, substancialmente faltará “fundamento” tanto à fundamentação quanto à motivação.

⁴¹ No HC n. 3871-RS, o Relator, Min. Edson Vidigal, DJ n. 38.684, de 13.11.95, a isso se referiu consignando no seu voto: “o pressuposto de toda decisão é a motivação; logo não pode haver fundamentação sem motivação. Ambas só poderão servir gerando na decisão eficácia pretendida pelo juiz se amalgamadas com suficientes razões.”. REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 725, março 1996, p. 521.

⁴² BUENO, Cassio Scarpinella., *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.ed., MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p.1.446-1.459; NEGRÃO, Teotônio; GOUVÊA, José Roberto F.. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 38 ed., 2006, p. 505-508.

⁴³ Não seria lógico exigir motivação quanto aos atos administrativos dos órgãos judiciários e dispensá-la naquelas atividades em que, tipicamente, lhes cabem a atribuição de dizer Direito.

a decisão.^{44 45}

Como se observa do ponto de vista jurídico-constitucional, qualquer diferenciação que se pretenda conferir àquelas nomenclaturas não supera a exigência de que uma decisão judicial só é validamente fundamentada se for também motivada, assim como só pode ser considerada validamente motivada se for fundamentada. Seguindo esta linha de entendimento, pressupomos que as referências jurisprudenciais e doutrinárias aqui utilizadas adotam aqueles termos correlacionados à decisão judicial como equivalentes, ficando nesse ponto explicitada nossa preferência pela expressão motivação como decorrência de maior utilização dessa nomenclatura nos estudos doutrinários mais recentes, sobretudo nas obras que tratam do tema com maior profundidade.⁴⁶

1.2.4 - Fórmulas jurídicas para motivação e o raciocínio judicial na prática

O modo de se formatar a justificação do decisório pelos juízes não se

⁴⁴ Neste sentido GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. *Revista Direito e Democracia*. Canoas: Ulba, n. 6, n. 1, 1º sem. 2005, p. 202.

⁴⁵ Aliás, é comum a ocorrência de metonímia acerca do emprego daquelas expressões. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 946, utiliza-se desta figura de linguagem ao se referir aos citados termos: “PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. *Fundamentar* significa dar as razões, de fato e de Direito, pelas quais se justifica a procedência ou improcedência do pedido. O Ministro, desembargador ou juiz tem necessariamente de explicar o porque do seu posicionamento. Não basta que a autoridade jurisdicional escreva: 'denego a liminar' ou 'ausentes os pressupostos legais, revogo a liminar'. A dicção constitucional inadmite a chamada *motivação* implícita, ou seja, aquela em que o julgador não evidencia um raciocínio lógico, direto, explicativo e convincente da postura adotada. Daí o inciso IX, do artigo 93, cominar pena de nulidade pela não-observância do princípio. O requisito constitucional só será satisfeito se existir análise concreta de todos os elementos e demais provas dos autos, exaurindo-lhes a substância e verificando-lhes a forma seja para deferir ou indeferir dada matéria, devendo explicitar as razões pelas quais decidiu.” (destaquei) Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie, *op. cit.*, p. 227, NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 29-32; SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 3. v. 1985, p. 17-21.

⁴⁶ PERELMAN, Chain. *Ética ...*, *op. cit.*; SALAVERRÍA, Juan Iguartua. *La motivación...*, *op. cit.*; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente aos Estado de Direito. *Temas de Direito processual (2ª série)*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95; TARUFO, Micelle. *La motivazione della sentezza civil*. Padova: Cedam, 1975.

apresenta rígido, variando segundo as mais diversas particularidades. Evidente que, tratando-se de um ato intelectual, não podem ser ignoradas as individualidades redacionais de cada julgador, seu preparo intelectual, seu conhecimento técnico, suas preferências vocabulares, seus estilos, etc.

René David, ao comparar as maneiras como são elaboradas as decisões judiciais em diferentes ordenamentos jurídicos, noticia a diversidade de tendências quanto aos estilos adotados para se proceder à motivação:

As decisões judiciárias nos países da família romano-germânica assemelham-se pelo fato de terem de ser todas motivadas. O estilo no qual são redigidas, no entanto, difere segundo os países. Em certos países observa-se a técnica francesa dos 'considerando', decalcada aparentemente do estilo das conclusões dos advogados; a decisão judiciária sintetizada numa só frase, é considerada tanto mais perfeita quanto mais curta e elaborada num estilo mais concertado for, que só juristas mais experimentados podem compreender e admirar. Esta prática é seguida na Europa, para além da França, na Bélgica, em Luxemburgo, na Holanda, na Espanha, em Portugal e nos países nórdicos, exceção feita à Suécia. Pelo contrário, em outros países a decisão judiciária apresenta-se sob a forma de uma dissertação mais ou menos longa e submetida a um plano mais ou menos exigente. Assim acontece na Alemanha, na Grécia, na Itália, na Suíça e na Suécia. As decisões nestes países comportam frequentemente referências a decisões judiciárias anteriores ou a obras da doutrina, que não encontraremos em geral nas decisões judiciais do primeiro Grupo de países.⁴⁷

Sob este aspecto, na prática forense brasileira, superficiais análises das peças decisórias insertas nos autos de processos são suficientes para evidenciar que tradicionalmente os órgãos jurisdicionais, singulares e colegiados, optam pelo estilo dissertativo por último referido.

Se o modo peculiar de redigir, em si, não se constitui num dado que determina a validade do julgamento, cabe considerar que, como ato judicial destinado à racionalização do exercício da atividade jurisdicional e à

⁴⁷ DAVID, René..., *op. cit.*, p. 125.

compatibilização da própria decisão com a ordem jurídica constituída, tem-se que a motivação requer a observância de alguns parâmetros que podem ser qualificados como inerentes à noção de mecanismo jurídico cuja finalidade é fazer transpor para o plano externo aquilo que, a partir da subjetividade, foi elaborado pelo julgador ao decidir.

Embora seja inviável traçar o itinerário intelectual que deve ser seguido pelo juiz durante o julgamento, a legislação processual estabelece os elementos que devem formalmente compor a decisão, assim como indica alguma ordem quanto ao exame das matérias sob questionamento. Assim, pelo menos sob o aspecto formal, não se permite que as decisões sejam elaboradas de modo arbitrário, devendo, pois, aquela corresponder minimamente a uma resposta suficiente à completa realização da entrega da prestação jurisdicional.

Apesar de a doutrina tradicional sustentar a necessidade de a sentença ser elaborada de maneira silogística,⁴⁸ a estruturação sob forma diversa não leva necessariamente a sua invalidação, pois no essencial o que se busca é fazer com que o ato decisório represente uma adequada expressão do órgão jurisdicional a respeito das pretensões formuladas pelas partes. Sob a forma de silogismo ou não, dada a necessidade de o magistrado realizar a correlação racionada entre os fundamentos fáticos e jurídicos relacionados à demanda, põe-se como imprescindível a construção formal de um documento que se configure como efetiva explicitação racional do que se decide.

Segundo Cássio Scapinella

na verdade, toda e qualquer decisão jurisdicional, não só a sentença, deve obedecer aos requisitos do artigo 458. Este artigo, deixando de considerar aqui sua inegável função política, não estabelece que não um “roteiro lógico” a ser seguido pelo julgador. A questão que é submetida a julgamento e as razões fáticas e jurídicas de sustentação dessa questão devem ser expostas para que o direito seja fundamentadamente aplicado à espécie.⁴⁹

As diretrizes sobre como se deve motivar ou ao modo como o juiz

⁴⁸ Cf. SANTOS, Moacir Amaral, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁹ Cf. MARCATO, Antônio Carlos, *op. cit.*, p. 1145.

deve proceder durante a formalização de seu julgamento podem ser extraídas da própria estruturação jurídico-processual moldada a partir dos textos legislativos (arts. 162/165, 267/269, 301, 458/475, CPC; 386/393, CPP; etc.), no sentido de se constituir numa resultante produzida a partir de um civilizado confronto dialético entre as partes — com teses, antíteses e a síntese decisória pertinentes ao pleito apresentado na petição inicial.

Decorre disso que a apreciação das matérias de mérito referentes à demanda propriamente dita — e assim a procedência ou improcedência, condenação ou absolvição — somente podem ser apreciadas se presentes os requisitos formais (pressupostos processuais, condições da ação etc.) viabilizadores daquela análise, eis que o processo visa a não só a incondicional entrega da prestação jurisdicional, mas, com igual relevância, também fazer com que outros valores tidos como constitucionalmente preponderantes sejam observados na realização do julgamento da causa, tais como o contraditório, ampla defesa, devido processo legal, dignidade da pessoa humana etc.

O próprio Código de Processo Civil estabelece a necessidade do raciocínio motivacional do juiz observar, precedentemente, a análise dos aspectos não substanciais da demanda, prevendo não só a possibilidade de indeferimento da petição inicial por falta de requisitos puramente formais (art. 295, CPC), mas também determinando que questões como pressupostos processuais e condições da ação devam ser conhecidas pelo juiz, ainda que de ofício, antes de se analisar o mérito (art. 267, §3º, CPC).⁵⁰

Desse modo, no pressuposto de que os fatos, mesmo que sumariamente, estejam relatados, pode-se afirmar que a motivação deve ser iniciada mediante exame e resolução das questões de natureza puramente processuais ainda não resolvidas. Na hipótese dessas não poderem ser superadas, o processo será extinto sem resolução de mérito,⁵¹ ressalvadas

⁵⁰ Outra manifestação desta ordem de apreciação expressa-se na exigência de que cabe ao réu, na contestação, alegar, *preliminarmente*, questões não-meritórias (art. 301, CPC), além de expressar o dever deste decidir as questões prejudiciais levantadas incidentalmente (art. 325, CPC) antes de julgar o mérito.

⁵¹ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 221 e 229.

algumas situações excepcionais em que a decisão, embora baseadas nas disposições do art. 267, do diploma processual civil, não acarretam a extinção do processo sem resolução meritória: indeferimento parcial da petição inicial, exclusão de litisconsorte, rejeição de reconvenção etc.

Sob tal perspectiva, uma vez rejeitadas eventuais questões processuais emergentes, passa-se ao exame das questões pertinentes aos próprios fundamentos fáticos e jurídicos da demanda. Tendo em vista esses direcionamentos e considerando que ao julgador cabe equacionar todas as questões postas no processo, certamente, ainda que de forma sucinta, como decorrência da necessidade de se realizar a correlação dos fatos à norma e a compreensibilidade da decisão —, emerge como imprescindível narrar, ainda que por partes, os acontecimentos relacionados à demanda, retratando pelo menos seus aspectos relevantes e pertinentes ao julgamento.

No que tange à análise de mérito, pretendendo que, no seu aspecto formal, o ato decisório ostente estrutura silogística, os enunciados legais exigem que o juiz afira de início a ocorrência dos fatos mencionados nos autos, devendo explicitar detalhadamente suas ponderações sobre a comprovação ou não dos referidos eventos.

Aqui é oportuna a citação do enunciado do art. 131, do Código de Processo Civil:

Art. 131- O juiz **apreciará livremente** a prova, atendendo os fatos e as circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegadas pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (destaque nosso)

Naquelas situações em que os elementos de provas ou os indícios não determinarem o convencimento judicial relativo à ocorrência fática, cabe-lhe, após apresentar justificativas dessa conclusão, aplicar as regras pertinentes aos ônus da prova (art.333/335, CPC).⁵²

⁵² É relevante mencionar que as regras sobre ônus da prova, mais do que impositivas de conduta às partes na atividade probatória, regulam os efeitos jurídicos da não produção de dados probantes, tratando-se, pois, de regras direcionadas a permitir a fundamentação e motivação do julgamento a partir de deduções extraídas do comportamento dos litigantes. Neste sentido: Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 56.

Aferida a existência ou não dos fatos mencionados nos autos e, assim, estabelecidas as premissas fáticas, deve o juiz proceder à explicitação dos fundamentos jurídicos aplicáveis à situação examinada, incluindo-se abordagens relacionadas à aplicabilidade, relevância e pertinência das alegações das partes, assim como os efeitos jurídicos decorrentes da incidência dos elementos normativos.

Nessa quadra, qualificando-se o *dispositivo* como o comando ou preceito formulado para regular o particular caso concreto posto sob julgamento, mostra-se imprescindível que a motivação expresse uma estruturação lógico-jurídica, na qual fique indicado, de maneira *transparente e racional*, o conteúdo que reflete a formação do convencimento do juiz e que determina a solução decisória formatada no mencionado dispositivo.

Deve-se ressaltar, entretanto, que a observância das exigências silogísticas previstas pelo art. 458, do Código de Processo Civil, e demais normas processuais na formalização da decisão judicial (sentenças, decisões interlocutórias e acórdãos) não implica a conclusão de que isso reflete com exatidão o raciocínio desenvolvido pelo julgador durante sua deliberação.

Não obstante a legislação evidenciar uma pretensão no sentido de que o julgador, a partir de uma premissa maior (dados jurídicos), na qual se insere a premissa menor (dados fáticos), produza necessariamente uma solução jurídica adequada, não são poucos, como veremos adiante, aqueles defensores do posicionamento de que o juiz não atua de modo tão automático e que, na realidade, primeiro decide mentalmente a causa e depois, a fim de construir a decisão formal, busca fundamentos jurídicos para lastreá-la, e, assim, compatibilizá-la com as exigências do Direito.

Bruno Amaral Lacerda, em estudo sobre o raciocínio jurídico, comenta:

para os juízes, embora a dedução não possua uma função relevante no momento de descoberta da decisão (contexto da descoberta), ela continua sendo importante na motivação lógica da sentença (contexto de justificação). Assim, o silogismo judiciário não é mais o que permite ao juiz descobrir, por simples subsunção, a conclusão do caso concreto, mas o que auxilia no momento de expor as razões

escolhidas. A dedução deixa de possuir o papel que possuía na Escola da Exegese, o de ser o raciocínio pelo qual o magistrado descobre efetivamente sua decisão, e passa a possuir o papel de legitimar logicamente uma decisão “encontrada” por outros procedimentos, jurídicos ou não.⁵³

De todo modo, no cenário atual apesar da destacada emergência da técnica de *ponderação* como meio de interpretação-aplicação do Direito, a subsunção ainda continua sendo fundamental para a concretização do Direito.⁵⁴

Embora questionável a eficácia da pretensão do legislador no sentido de moldurar o raciocínio judicial, estabelecendo, direta ou indiretamente, diretrizes quanto ao desenvolvimento da motivação, o que se observa, na prática, é que tais parâmetros têm sido observados pelos julgadores,⁵⁵ constituindo-se em fator contributivo para a racionalidade das atividades judicantes, bem como no de legitimidade, dado que, na formatação do ato decisório, por meio do método dedutivo, explicita-se mais objetivamente as razões empregadas, tornando a motivação mais clara e compreensível.

1.2.5 - As conseqüências da falta de motivação

Discrepa a doutrina quanto às conseqüências decorrentes da falta de motivação da decisão judicial. Acerca do tema, menciona Michelle Tarufo⁵⁶ que, sendo a motivação pressuposto de legitimação da função jurisdicional, sua ausência importa na própria inexistência de decisão, emergindo disso a assertiva de que aquele ato praticado pelo órgão julgador, por inserir-se fora do plano jurídico, não gera qualquer efeito vinculativo para as partes.

Contudo, no Direito brasileiro, dada a cominação de nulidade expressa contida no art. 93, IX, do texto constitucional, a questão sobre sua *existência*

⁵³ LACERDA, Bruno Amaral. *Raciocínio Jurídico*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2006, p.141-142. Cf. ainda ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 310.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas...*, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁵ Assim também BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶ TARUFO, Michelle. *La motivazione della sentezza civil*. Padova: Cedam, 1975, *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 237.

não comporta maiores digressões, assim como não se questiona sobre a invalidade das decisões imotivadas. Aliás, a admissão do ingresso daquele tipo de decisório no plano jurídico da existência pode ser evidenciado pelo tranqüilo entendimento doutrinário⁵⁷ e jurisprudencial no sentido de que, apesar da falta de motivação, mas decorrido o prazo de dois anos — previsto para a propositura da ação rescisória (art. 485, V, CPC), a decisão transita definitivamente em julgado. E com isso adquire a característica de irrevocabilidade, ressalvada a possibilidade de rediscussão da sentença penal condenatória por meio de revisão criminal (art. 621, CPP) e *habeas corpus* (arts. 5º, LXVIII, CR, e 647-648, CPP).

Outra consequência da inobservância da exigência de motivar é a ilegitimidade da decisão. Conforme será enfatizado mais adiante, tratando-se de poder delegado, cuja titularidade incide sobre o povo, tem-se que o exercício da jurisdição de modo privatístico e não transparente revela-se incongruente com os padrões republicanos do Estado Democrático de Direito, qualificando-se como arbitrário, abusivo e autoritário.

Ademais, tratando-se de dever inerente ao comportamento exigível de quem exerce o poder jurisdicional naquele paradigma estatal, evidente que a não observância dessa exigência tem implicações no campo da ética. Na medida em que decide deixando de motivar, violando direito fundamental do jurisdicionado, o magistrado incorre em infração a um de seus deveres éticos.

Dessa forma, além da nulidade e da ilegitimidade, que se refletem no plano jurídico-político, tem-se as implicações éticas como relevante efeito da falta da motivação do julgado.⁵⁸

⁵⁷ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 238.; SANTOS, Moacir Amaral, *op. cit.*, p. 19; NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p.109, assim justifica seu posicionamento: “Mesmo cientes da importância do dever de fundamentar as decisões judiciais, como consectário do Estado Democrático de Direito, entendemos que o mesmo, quando em confronto, deve ceder perante o princípio da segurança jurídica. As decisões judiciais, mesmo que ausentes de fundamentação, devem, consoante pensamos, pôr fim, ao litígio que visam solucionar. A necessidade de se estabelecerem parâmetros de estabilidade das relações interpessoais requer limites temporais para que as demandas postas à apreciação do Poder Judiciário encontrem um fim mais justo. Neste sentido, o princípio da segurança jurídica impede que certas situações fiquem indeterminadamente sem resolução, ao sabor do tempo.

⁵⁸ Afinal, a atuação legítima do juiz decorre da observância do comportamento que lhe é exigível para julgar e decidir motivando.

1.2.6 - A motivação da decisão judicial: garantia e direito fundamental

O texto constitucional, versando que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º), deixa expressa a possibilidade de existir outros direitos e garantias fundamentais não expressamente nominados como tais.

Aplicada tal noção às disposições do art. 5º, LIV, pertinente ao princípio do devido processo legal, e do art. 93, IX, que prevê a exigência de motivação das decisões judiciais, não se pode deixar de reconhecer que esta se constitui numa garantia fundamental contra o arbítrio no exercício da função judicante. Sob esse enfoque, a justificação do decisório configura-se como instrumento jurídico assecuratório da limitação do poder de julgar.

Sobre as garantias constitucionais José Afonso da Silva disserta:

essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos humanos fundamentais que, ao contrário, são um fim em si mesmos, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que assegurem vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular.⁵⁹

Há de se notar, contudo, que, ao lado desse seu aspecto instrumental, substancialmente a motivação revela-se como direito fundamental: é direito do indivíduo, como decorrência das citadas normas constitucionais, saber das razões norteadoras da deliberação realizada.

Independentemente do resultado decisório, a parte tem direito a uma decisão motivada. Com isso, ao vencido se possibilita o conhecimento das razões jurídicas pela quais sua esfera jurídica foi afetada, bem como lhe permite manejar racionalmente as medidas processuais cabíveis. Ao vencedor — presumível detentor do melhor direito —, além de ampliar a possibilidade de emprego racional daquelas faculdades, também evita que a decisão seja

⁵⁹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 8. ed., 1992, p. 172-173. *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 3. ed., 2006, p. 765.

cassada em função de vício resultante da falta de motivação, comprometendo seu direito à celeridade processual (art. LXXVIII, CR).

Portanto, associadas as disposições constitucionais dos artigos 5º, LIV, § 2º, e 93, IX, cabe concluir que a motivação configura-se, não só como instrumento de garantia do jurisdicionado, mas também como direito fundamental de natureza procedimental.⁶⁰

Isso posto, já examinados alguns aspectos conceituais, considerando que nosso estudo refere-se principalmente ao exame da motivação e à sua importância para repelir o arbítrio na decisão judicial, mostra-se pertinente abordá-la do ponto de vista dinâmico, perquirindo quanto aos papéis por ela desempenhados, inclusive acerca da plausibilidade ou não da assertiva, não raramente formulada na doutrina, de que a mesma funciona como fator de legitimação dos julgamentos proferidos pelos juízes e como mecanismo indutório da observância de elementos normativos pelo magistrado.

Nesse cenário, visando aprofundar a análise do tema sob o enfoque de sua correlação com a atividade jurisdicional como um todo, optamos por tratar daquelas funções já mencionadas, não apenas de forma individualizada, mas a partir do conjunto em que as mesmas se inserem, procurando, além de identificar outras funções da motivação, testar as evidências da correlação, de cada uma delas, com o intento de se afastarem manifestações arbitrárias no exercício da jurisdição, em especial deliberações decorrentes da pura vontade individual da autoridade judiciária.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, p. 763-766, em defesa de seu posicionamento, arrola Rui Barbosa, José Afonso da Silva, Sampaio Dória e Manoel Gonçalves Ferreira Filho como constitucionalistas que adotam a noção de que as garantias fundamentais, sob aspecto diverso, são também direitos fundamentais.

CAPÍTULO II - AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A motivação não é um fim em si mesma. Visualizada pela sua finalidade, já observamos que a motivação tem como escopo a explicitação, aberta e transparente, das razões e dos motivos utilizados na prolação da decisão judicial, de forma a se permitir a percepção de como, pela via argumentativa, foi produzida a solução jurídica aplicável ao caso concreto. Entretanto, além da tarefa de compartilhamento daqueles dados utilizados pelo julgador para decidir, se observada operativamente, tem-se que a motivação desempenha uma pluralidade de serventias e utilidades geradoras de efeitos não só no âmbito jurídico, mas também nos campos político e social.

A doutrina, adotando como critério o âmbito de repercussão dos efeitos produzidos pela motivação do ato decisório exarado pelo órgão jurisdicional, classifica as referidas funções em *endoprocessuais*, caracterizadas pela produção de reflexos jurídicos que não ultrapassam as dimensões do processo, e *extraprocessuais*, configuradas pela produção de efeitos exteriores aos limites daquele,⁶¹ evidenciando, ao mesmo tempo, que são **destinatários** daquela, não só as partes e o Ministério Público, mas os órgãos jurisdicionais da instância recursal, a comunidade jurídica, a opinião pública e, enfim, o povo como verdadeiro titular do poder jurisdicional delegado aos juízes.

⁶¹ Tais nomenclaturas já se encontram consagradas. Utilizam-na, dentre outros, TARUFO, Michele. Il significato costituzionale dell' obbligo di motivazione, in *Participação e processo* (org. Ada Pelegrini) São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988; SALAVERRÍA, Juan Iguartua, *op. cit.* p. 23-24; NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 29; MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 83-95; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 497-498. De se observar que, porquanto o fenômeno jurídico não se apresenta estanque, certamente existirão situações em que os efeitos gerados pela motivação repercutem tanto no âmbito interno como no externo ao processo em sentido amplo — onde, aliás, necessariamente se realiza a motivação da decisão judicial. Nestes casos, o critério para enquadramento das funções em uma ou outra categoria foi definida pela relevância predominantemente refletida sobre um ou outro daqueles âmbitos.

Dentre aquelas qualificáveis como **extraprocessuais**, a motivação exerce as funções de:

(i) instrumento de fiscalização das atividades jurisdicionais pela sociedade;

(ii) base formadora de precedentes;

Noutra categoria, enquadram-se como **endoprocessuais** as seguintes funções por ela desempenhadas:

(i) racionalizadora das atividades processuais;

(ii) veiculadora de comunicação na decisão judicial;

(iii) efetivadora de direitos e garantias processuais fundamentais;

(iv) persuasiva e pacificadora dos litígios;

(v) legitimadora da decisão judicial;

(vi) indutora da interpretação-aplicação de regras e princípios na decisão judicial.

Nesse ponto, faz-se oportuno já deixar indicado que essas funções apresentam como dado comum a particularidade de que, em cada uma, permeia o desiderato de, sob diferentes vertentes, obter-se decisões judiciais antinômicas à noção de arbítrio.

2.1 - Funções extraprocessuais da motivação

Se o processo, além de sua destinação específica de equacionar os litígios relacionados às pessoas naturais ou jurídicas (públicas ou privadas), também visa atender a objetivos relacionados à coletividade como um todo, especialmente quanto à pacificação social e à garantia de direitos fundamentais, tem-se, como decorrência lógica, que a motivação da decisão judicial gera efeitos que transcendem ao âmbito processual.

A própria Constituição da República ao exigir motivação de “*todas as decisões*” (art. 93, IX), obriga cada um dos órgãos jurisdicionais — inclusive aqueles que na sua atuação correspondem à última instância — a exteriorizarem os fundamentos orientadores de sua decisão, evidenciando que, mesmo quando não caiba recurso, o exercício da atividade jurisdicional deve

ser implementado de forma a que todos seus destinatários, e não só os sujeitos processuais, tomem conhecimento sobre o conteúdo das decisões jurisdicionais. Tal é o caso do Supremo Tribunal Federal, que, colocado no vértice do sistema processual, atua como guardião da Constituição e detentor da *última palavra* sobre interpretação e aplicação das normas do ordenamento jurídico.⁶²

Ora, se cabe ao julgador prestar justificativas não somente às partes, mas à comunidade jurídica e à sociedade como um todo, resta evidente a caracterização da motivação como um mecanismo jurídico cujas funções não se exaurem com o cumprimento de fins processuais. Apesar de sua importância no âmbito interno, o ato motivatório também repercute exteriormente, desempenhando as chamadas funções extraprocessuais (ou exoprocessuais), com implicações não só no campo jurídico, como se expõe a seguir.

2.1.1 - A motivação como instrumento de fiscalização das atividades jurisdicionais pela sociedade

Observada pelo prisma da participação política do povo nos assuntos públicos, coloca-se a motivação como um instrumento propiciador de controle democrático da atividade judicante. Por meio dela, permite-se, além daquela efetuada pelas próprias partes no processo, a fiscalização realizada pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral quanto à maneira como o exercício da jurisdição está sendo realizado.

Acerca disso, Paulo Roberto Soares Mendonça noticia que

desde a Revolução Francesa, o direito continental adota a exigência de motivação nas decisões judiciais. Com a supremacia de um

⁶² Sobre a amplitude das funções da motivação, NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 32, afirma: “Assim, fica claro que os aspectos endoprocessuais são insuficientes para revelar todas as facetas que o dever de fundamentar as decisões judiciais implica. Se acaso a fundamentação só se prestasse a para que o juízes de instância superior pudessem melhor conhecer as razões pelas quais um juiz de instância inferior decidiu desta ou daquela forma, não haveria necessidade de se fundamentar uma decisão de última instância, o que, vimos, não é verdadeiro.”

fundamento popular para o exercício do poder, em substituição a um poder de origem imaterial, tradicional, torna-se necessário também explicitar os motivos e os procedimentos adotados na tomada das decisões pelos órgãos públicos. De maneira mais intensa tal exigência se manifesta em relação ao Poder Judiciário, que não somente deve explicitar o mecanismo de formação da convicção do juiz e sua base legal, bem como deve motivar as suas decisões, através de argumentos aceitáveis socialmente e compreensíveis fora do meio jurídico.⁶³

O viés democrático da motivação pode ser percebido pelo fato de se constituir no meio pelo qual o juiz presta contas⁶⁴ ao verdadeiro titular da função judicante — o povo (art. 1º, CR) —, possibilitando-lhe verificar como está sendo exercida aquela investidura e propiciando abertura à interferência de fatores tendentes ao aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, tais como as críticas sociais, as exigências da comunidade jurídica, alterações legislativas etc.

Por outro lado, se para evitar desvirtuamentos quanto ao ato de julgar é necessário conferir liberdade e independência à atuação do julgador, também exige-se que suas decisões possam ser controladas. Como tais controles, sob pena de inviabilidade do sistema, deve inserir-se no próprio âmbito da estruturação interna do órgão jurisdicional pelas próprias instâncias recursais previamente definidas, é lógico concluir que, se inexistisse a exigência de motivação, não remanesceria ao afetado pela decisão possibilidade de fiscalização da mencionada atividade estatal.

A respeito da necessidade de se integrar o controle popular e aquele realizado na própria estrutura do Poder Judiciário, Michelle Tarufo pondera no sentido de que

⁶³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *Argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 139.

⁶⁴ Neste sentido, baseando no pensamento de Aulis Aarnio, BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p. 46: “o juiz exerce poder político ao desempenhar uma das atividades próprias do Estado: a jurisdição. É, portanto, um agente delegado da sociedade, a quem deve contas, de sua atuação. Note-se que a decisão judicial não é mero conselho: ela poderá ser imposta pela força ao jurisdicionado, se necessário, em uma manifestação típica do poder estatal. Parece evidente que o cidadão tem o direito de saber porque um seu agente delegado decidiu em determinado sentido ou em outro.”

os destinatários da motivação não seriam somente as partes, os seus advogados e o juiz de instância superior (dell' impugnazione), mas também a opinião pública compreendida seja em seu complexo, seja como opinião de *quisque de populo*. A consequência política desta mudança de perspectiva é evidente: a ótica 'privada' do controle exercido pelo juiz de grau superior é integrada numa ótica 'democrática' do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome vem pronunciada a sentença.⁶⁵

Dessa forma, dado que a função jurisdicional deve ser exercida não como uma atividade particular ou pessoal do julgador, mas como decorrência de parcela de poder estatal de julgar cuja titularidade incide sobre o povo, a motivação, enquanto declaração judicial das bases da decisão, desempenha uma função de controle democrático da atividade do magistrado — inclusive para se aferir sobre a correspondência entre o resultado decisório e aquilo que é adotado pela sociedade ou pela opinião pública, de forma divergente ou consensual.⁶⁶ Sobre o tema, Mônica Sifuentes enfatiza que

a independência e liberdade do juiz, por isso, não é e não pode ser absoluta: a decisão deve-se pautar em critérios racionais e ajustar-se aos princípios legais e constitucionais. É nesse ponto que se faz sensível a justificativa para a motivação das decisões judiciais. Não se trata de mais um “instrumento de controle de legalidade” das decisões. Trata-se agora de um mecanismo de controle contra o arbítrio, mas a ser exercido pelo próprio povo, em que, em última análise, reside a soberania.⁶⁷

Essa forma de controle político da decisão judicial, se antes tinha uma consistência de cunho mais teórico, na atualidade, sobretudo pela difusão das informações na sociedade, tem se tornado cada vez mais efetiva, funcionando não só como consistente mecanismo de garantia do Estado de

⁶⁵ TARUFO, Michelle. *La Fisionomia della sentenza in itália, La Sentenza in Europa: método, técnica e stile*. Padova: Cedam, 1988, *apud* NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁶ “Mais modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisque de populo*, com a finalidade de aferir em concreto a imparcialidade e a legalidade e justiça das decisões.” CINTRA, Carlos Antônio de Araújo. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁷ SIFUENTES, Mônica. *Súmula ...*, *op. cit.*, p. 288.

Direito, mas também como meio de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Com efeito, dado o notável aumento do número de ações em tramitação e o crescente interesse da imprensa a respeito dos fatos inseridos na cena forense, cada vez mais noticiam-se, examinam-se, questionam-se e criticam-se as decisões judiciais proferidas pelos juízes e tribunais, com aprofundadas abordagens sobre os motivos que conduziram as conclusões do julgador, avaliando inclusive os acertos ou equívocos do julgado.

A motivação, ao permitir a exposição das razões decisórias à crítica dos sujeitos processuais e também dos membros da sociedade, implica direta responsabilização do magistrado pelo seu comportamento judicante, bem como pelas consequências jurídicas e sociais do julgamento. No mínimo, isso o adverte da relevância, não só da entrega da prestação jurisdicional em si, mas também das consequências dela decorrentes, da aceitabilidade da solução adotada e das exigências de qualidade e legitimidade dos decisórios judiciais.

2.1.2 - A motivação como base formadora de precedentes

Além de instrumento que viabiliza, dentre outros, a democrática fiscalização das atividades jurisdicionais pela comunidade jurídica, pela imprensa, pelos agentes políticos e pelo povo em geral, deve ser considerado que é a partir da motivação das decisões que se extraem os elementos essencialmente formadores de uma tendência uniformizante de julgamentos.

Numa manifesta aproximação do sistema anglo-saxônico, o Direito brasileiro cada vez mais se utiliza dos precedentes como componente do processo interpretativo-aplicativo, visando induzir o juiz no sentido de que os conteúdos dos julgados de casos particulares sejam estendidos de modo uniforme a outras situações, atribuindo esterilidade à discussão sobre se hoje a jurisprudência manifesta-se ou não como fonte de Direito.⁶⁸

⁶⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, *op. cit.*, p. 41: “Muito embora o papel dos precedentes jurisprudenciais no direito brasileiro ainda seja essencialmente o de uma mera referência para decisões posteriores, sem caráter impositivo, faz-se necessário destacar a mudança trazida pela Emenda nº 45/2004, a chamada “Reforma do Poder Judiciário”, que acrescentou o art. 103-A ao texto da Constituição Federal, permitindo ao Supremo Tribunal Federal atribuir natureza vinculante à sua jurisprudência

Uma vez que a segurança jurídica se constitui em um dos mais relevantes valores jurídicos, idealiza-se que quanto maior as semelhanças entre as circunstâncias de um caso julgado e as de um outro posto sob julgamento, mais acentuada deve ser a previsibilidade direcionada a se adotar análogas soluções judiciais. Embora não deva o juiz agir como autômato, é inegável que a postura inconstante quanto à tendência de suas convicções sugere uma atuação judicial virtualmente desconforme com o Estado Democrático de Direito, porquanto imprevisível e evidenciadora de voluntarismos incompatíveis com as normas e valores vigentes.

A uniformidade quanto às soluções dadas a casos semelhantes, embora nem sempre se justifique — por imiscuir-se em cada demanda peculiaridades interpretativas que às vezes podem levar a divergentes pontos de vista — tem sido considerada pela doutrina como fator contribuinte para o prestígio da função jurisdicional.

Nesse sentido coloca-se o posicionamento de Luis Pietro Sanchis, o qual, ao fazer clara evocação Kantiana (imperativo categórico) — como reconhece o próprio autor — anota que “*el buen juez es aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a subscribir em outro supuesto diferente que presentase caracteres análogos.*”⁶⁹ É lógico exigir-se que a motivação expresse uma linha de argumentação com pretensão de universalidade, sob conseqüência de se admitir a ilogicidade do sistema jurídico como um todo. Afinal, nas palavras de Ana Paula Barcelos, se “as pessoas estão de acordo com a regra geral de que os enunciados normativos são obrigatórios e vinculantes e, por isso, devem ser obedecidos”⁷⁰ e se a mesma solução dada a um caso deve ser extensível às situações semelhantes ou equiparáveis (universalização),⁷¹ impõe-se como razoável concluir que as mesmas

sumulada, dispositivo regulamentador recentemente pela Lei 11.417, de 19.12.06. Este mecanismo, de caráter ainda excepcional no direito pátrio, rompe com o traço característico do sistema romano-germânico, de submissão do juiz apenas à lei, aproximando-o da tradição do *Common Law*, ao tornar impositivo para os demais órgãos do Poder Judiciário o entendimento jurisprudencial consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, em situação análoga ao *Stare Decisis* norte-americano.”

⁶⁹ SANCHIS, Luis Pietro, *op. cit.*, p.115.

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p.128.

⁷¹ *Ibid.*, p. 130-131.

fundamentações e resultados decisórios utilizados num caso pelo julgador devem ser aplicadas a casos que guardam identidades entre si.

Há de se notar, por outro lado, que não se configura como ilegítima a mudança de posicionamento dos órgãos jurisdicionais, tratando-se, aliás, de decorrência natural da dinâmica da vida social, implicada pelas novas necessidades, pelas variações quanto às concepções vigentes (éticas, morais, religiosas), pelas repercussões resultantes dos impactos da evolução política e social etc. Tanto que são comuns e estão definitivamente incorporadas ao Direito as chamadas mutações normativas⁷² (mutações constitucionais, por exemplo), marcadas pelas variações semânticas do texto, mediadas pela interpretação, sem intervenção legislativa.

Contudo, por não se tratar de um ofício particular, para que tal proceder se caracterize como legítimo e racional, é necessária prestação de contas dessa mudança. Nesse sentido, forte das lições de Aulis Aarnio e Robert Alexy, Inocência Mártires Coelho adverte que

o abandono dos precedentes exige não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentaram essa mudança de posição, como também uma justificação adicional dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior.⁷³

Nesse cenário, em que se manifesta uma tendência jurisprudencial no sentido de se universalizar os parâmetros condutores das decisões judiciais para futuros julgamentos, Didier Fredie Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira, ao visualizarem a importância da motivação face aos precedentes, sintetizam que o teor daquilo que contém a motivação das decisões judiciais – a essência das razões e motivos orientadores das deliberações –, tem especial relevância

para o estudo (i) da força vinculativa dos precedentes judiciais, assunto que ganhou importância por conta da adoção da “súmula vinculante” em matéria constitucional (art. 103-A, CF/88, e Lei

⁷² Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 495.

⁷³ COELHO, Inocência Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Ano 35, n.137, jan./mar.1998.

Federal n.11.417/2006), (ii) do valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, §8º, 518, §1º, 544, §3º, 557 etc., todos do CPC), (iii) da possibilidade de julgamento liminar de demandas repetitivas (art. 285-A, CPC), (iv) da admissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 546, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c”,CF) (vi) do estudo do incidente de exame por amostragem da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-B, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006, que regulamentou o § 3º do art. 102 da CF/88)⁷⁴.

A importância da motivação para a formação da jurisprudência manifesta-se pela simples verificação de que a extração do precedente não se dá propriamente com os elementos sintetizados no *dispositivo*, mas pelo substancial conteúdo das razões decisórias exposto durante a justificação. Na realidade, são as razões de decidir (ou “*ractio decidendi*”) expressas pelos órgãos jurisdicionais — entendidas como os fundamentos jurídicos essenciais da decisão proferida no caso concreto — que consolidam as diretrizes jurisprudenciais ordinariamente aplicadas pelo próprio órgão jurisdicional e por outros julgadores em casos semelhantes.

Na Inglaterra, apesar de não se exigirem julgamentos motivados, por meio da chamada técnica de distinções⁷⁵, o juiz deduz as razões insertas nas decisões anteriormente proferidas para que sirvam de suporte às controvérsias a serem então decididas. A respeito, anota René Davi que “o juiz não esclarece, no acórdão, qual é a *ratio decidendi*; esta será determinada posteriormente por um outro juiz, que examinará se o acórdão é ou não um precedente aplicável ao litígio que estiver julgando.”⁷⁶

⁷⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 234.

⁷⁵ DAVID, René, *op. cit.*, p. 343.

⁷⁶ No Direito inglês, apesar de não ser obrigatória a motivação, é costume a justificação das decisões pelos tribunais superiores. Sobre a técnica das distinções, comenta René Davi, *Ibid.*, p. 343: “A aplicação da regra do precedente exige, por parte do jurista inglês, a análise dos comentários das decisões judiciais. Nas *reasons* dadas pelos juizes em apoio das suas decisões, o jurista inglês deve distinguir aquilo que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento, e por outro lado, aquilo que constitui *obiter dictum*, aquilo que o juiz pode ter declarado sem

A própria alteração de entendimentos predominantes na jurisprudência numa determinada época não se funda no teor de normas particulares da decisão expressas nos dispositivos (art. 458, III, CPC), mas daquilo que substancialmente expressa na parte motivatória.

A correlação entre a motivação e os precedentes reflete a necessidade de se enfatizar o papel daquela como um dos eixos da aplicação dos elementos jurídicos no plano jurisdicional, dado que as razões nela repercutidas, potencializadas pela força dos meios de comunicação, podem produzir relevantes efeitos práticos sobre os vários setores regulados pelo Direito. Sobretudo quando exteriorizadas pelos Tribunais Superiores, a substância da motivação pronunciada passa a ser deduzida como a regra previsível para outros casos e passa gravemente a influenciar comportamentos dos mais variados agentes sociais, com reflexos diretos na economia, nos contratos, na administração pública, na política, nas condutas dos membros da sociedade etc., tomando, pois, dimensões generalizantes.

Exemplos marcantes da importância da motivação no que tange à produção de reflexos extraprocessuais são os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal durante os julgamentos das ações relativas às pesquisas de células-tronco (ADIN nº 3.510, Rel. Min. Carlos Aires de Brito) e à demarcação da Reserva Indígena Raposa Terra do Sol (PET. 3.388, Rel. Min. Carlos Aires de Brito). Dos votos expressos pelos ministros, percebe-se claramente explicitados diversos parâmetros interpretativos-aplicativos a serem observados em eventuais demandas nas quais se venham examinar os mencionados textos normativos, pautando, pois, a própria formulação de futuras soluções decisórias sobre os temas.⁷⁷

necessidade absoluta. A *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que deve, a este título, ser seguida no futuro. Aquilo que constitui *obliter dicta* é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de uma grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso.”

⁷⁷ Especialmente quanto ao julgamento da referida Demarcação, embora o resultado decisório ainda não seja definitivo, é interessante verificar-se que, por meio da motivação, restaram definidas as mais diversas diretrizes sobre a natureza do direito reconhecido aos indígenas, a amplitude deste direito, os limites de atuação do Estado brasileiro, a forma de execução dos atos demarcatórios, os critérios utilizáveis para outras demarcações de idênticas características, etc.

Configurando-se, como base dos precedentes, dada o potencial de aplicação do teor da motivação a casos futuros, cada vez mais se exige do julgador uma postura criteriosa ao expressar os fatores determinantes do julgamento. A respeito, Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira expressam relevante advertência:

não bastasse a exigência constitucional de a decisão ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra a ser observada em outras situações.⁷⁸

De fato, a partir da consolidação do precedente como ferramenta do processo de interpretação-aplicação do Direito e, com efeito, do crescente potencial de projeção da essência das razões decisórias de cada caso a outros análogos, a motivação passou a exercer uma relevante função extraprocessual: a de fonte de precedentes, geradora das expectativas jurídicas sintetizadas nos julgamentos realizados e fator de estabilização das relações sociais.

Ademais, inserido na esfera pública, na medida em que tal instituto promove a exteriorização dos posicionamentos do julgador a respeito de um determinado tema, forma-se um precedente em relação ao qual aquele, como agente da jurisdição *estatal*, deve considerar quando do exame de outros casos idênticos, sob pena de incorrer em arbitrariedade decorrente do exercício do poder jurisdicional de modo imprevisível, voluntarístico, sem observância de critério de racionalidade.

2.2 - As funções endoprocessuais da motivação

Evidenciado que a motivação desempenha funções geradoras de efeitos jurídicos e políticos-sociais que alcançam dimensões extraprocessuais, passemos à análise daquelas funções relacionadas ao âmbito tipicamente

⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 235.

processual.

2.2.1 - A função racionalizadora das atividades processuais

O desempenho da atividade jurisdicional, salvo hipóteses excepcionálíssimas, estrutura-se com base no princípio do duplo grau de jurisdição, do qual decorrem possibilidades das decisões, em alguma medida, serem controladas através do potencial reexame por pelo menos um órgão recursal. Nesse contexto, porque importa na inserção no espaço público das razões e dos motivos que determinaram o convencimento do julgador, a motivação serve como instrumento de racionalização das atividades desenvolvidas pelos sujeitos processuais. Tal se dá exatamente porque são as razões motivatórias que servem de parâmetro, não só para conhecimento daquilo que foi considerado relevante ou não pelo julgador, mas também para a aferição da conveniência ou não de se exercitar a faculdade de recorrer, evitando que o emprego desses mecanismos processuais se realize como um agir desorientado.

Com efeito, em relação às partes e ao Ministério Público, é por meio do ato motivacional que se possibilita ao sucumbente verificar sobre a necessidade e ou viabilidade do uso das vias recursais destinadas à alteração do julgamento proferido, à adequada espécie de recurso (embargos declaratórios, agravo, recurso especial ou extraordinário etc.), à determinação dos pontos da decisão entendidos como vulneráveis (exemplos: omissões, contradições ou obscuridades — art. 335, CPC) e sobre a coerência do julgado, dos pontos de vista interno (compatibilidade entre as premissas) e externo (congruência com a ordem jurídica).

Ademais, sem a motivação estaria inviabilizada a própria argumentação dos sujeitos processuais acerca de eventuais discordâncias quanto às escolhas feitas pelo juiz em relação à individualização das normas aplicáveis, bem como das conseqüências jurídicas que delas decorrem. Na realidade, sem a exposição das razões decisórias sequer se mostraria possível ao interessado mensurar se suas argumentações e provas contidas nos autos foram objeto de

consideração pelo julgador.⁷⁹

Portanto, a motivação permite que as partes e o Ministério Público se orientem previamente acerca da postura processual mais adequada e racional a se adotar. Aliás, tratando-se de direito fundamental — de natureza procedimental — sua importância alcança até mesmo o vencedor da demanda, dado que, como antes referido, na hipótese de recurso, aquele, à vista das razões decisórias, terá melhores oportunidades para mensurar a necessidade de se enfatizar as conclusões tidas como acertadas, suprir, corrigir ou ampliar argumentos importantes ao convencimento do órgão recursal.

Também propicia aos órgãos recursais ou revisionais⁸⁰ melhores e mais amplas condições para reexaminar⁸¹ as alegações relativas a acertos ou equívocos, assim como mensurar aceitabilidade ou não do julgado recorrido.

É certo que o reexame da decisão não importa em resultados decisórios necessariamente corretos ou aceitáveis, mas pelo menos submete as questões controvertidas à possibilidade novas deliberações a partir de novos argumentos, implicando análise mais aprofundadas quanto à melhor solução aplicável.

Aliás, no Brasil, um fenômeno que merece atenção são as restrições e os abrandamentos, pela via legislativa, da importância da intersubjetividade nos julgamentos em prol da celeridade processual. Exemplo disso é a faculdade de julgamento liminar do pedido em causas repetitivas (art. 285-A, CPC) e a possibilidade de não recebimento de recurso por decisão monocrática do relator (art. 557, CPC). Nestes casos, apesar de subsistir, de

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Antônio Magalhães Filho. *As nulidades no processo penal*. 8. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 256.

⁸⁰ Nesse sentido também NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 30.

⁸¹ A atividade revisional não é exclusividade de outra instância, sendo possível, excepcionalmente, a retratação do julgamento pelo próprio órgão prolator da decisão interlocutória (art. 529, CPC) e, excepcionalmente, de alguns tipos de sentença, como por exemplo a que indefere a petição inicial por inépcia (art. 296, CPC) e aquelas proferidas nos procedimentos relacionados à infância e juventude (art. 198, VII, ECA). Também, conforme consagrada construção jurisprudencial, através de embargos declaratórios (art. 535, CPC) com efeitos infringentes, em situações de que a mesma resultou fundada em manifesto erro material ou de fato, o próprio prolator pode alterar o decisório.

modo atenuado, o dever de motivar, estimula-se o prevalecimento de decisões unilaterais, nem sempre suscetíveis de consensos mínimos numa sociedade aberta e plural como a que vivemos.

Sob outro ângulo, pela argumentação exposta pelo julgador, também restam viabilizadas aos demais sujeitos processuais as possibilidades de se determinar os pontos a respeito dos quais se pretende convencer a instância recursal sobre a procedência de suas irrisignações e, conseqüentemente, acerca de pleitos de manutenção, reforma ou cassação da decisão recorrida.

Michele Tarufo,⁸² ao correlacionar recurso e motivação menciona que essa

facilita a conexão entre a sentença e a impugnação: ela serve às partes que, conhecendo os motivos da decisão, poderão melhor decidir se irão impugná-la, e individualizar melhor os motivos da impugnação; serve ainda ao juiz de instância superior, que poderão julgar melhor a sentença impugnada conhecendo as razões adotadas pelo juiz que pronunciou.⁸³

No mesmo rumo, Sérgio Nojiri, citando Piero Calamandrei,⁸⁴ consigna que

a função endoprocessual pode, portanto, ser encerrada sob mais de um aspecto. Um deles é o de convencer as partes do processo(principalmente a que sucumbiu) de que o juiz apreciou a causa adequadamente. A fundamentação, nesse particular, demonstra quais as razões que levaram o magistrado a tomar esta ou aquela decisão. Piero Calamandrei, seguindo esta linha de raciocínio, aduz: 'A fundamentação da sentença é sem dúvida, uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como um levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do

⁸² TARUFO, Michelle. *Il significato...*, *op. cit.*, p. 38.

⁸³ TARUFO, Miclelle. *La fisionomia...*, *op. cit.*, p. 187, apud NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 320.

⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. *Êles os juízes, por nós os advogados*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1943.

caminho o magistrado desorientou'.⁸⁵

Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, são três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação:

primeiro aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só pela motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, 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: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz.⁸⁶

Do ponto de vista do órgão recursal, obviamente a racional manutenção ou modificação da decisão recorrida só se justifica na medida em que se tenha efetivo conhecimento das razões do órgão jurisdicional prolator. Daí porque a motivação se constitui num elemento facilitador do exercício de controles juridicamente atribuídos às instâncias recursais quanto ao conteúdo dos fundamentos decisórios. De forma concomitante, apesar da impossibilidade da determinação do autêntico critério de verdade,⁸⁷ a motivação ao permitir o compartilhamento das razões decisórias, se não se garante plenamente como mecanismo de aperfeiçoamento da atividade judicante, pelo menos possibilita discussões mais transparentes, à vista de intersubjetividade, sobre alegações pertinentes a erros, qualidade da interpretação-aplicação normativa e eventual deliberação arbitrária.

Já pelo ângulo do juiz, a motivação serve-lhe como uma espécie de condutor rumo à obtenção de decisão fundada na razão (principalmente na razão prática), propiciando a percepção de incongruências, incoerências e

⁸⁵ NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al., *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 255.

⁸⁷ ou *verdadeiro* critério de verdade, nas palavras de COELHO, Inocêncio Mártires..., *op. cit.*, p. 6.

consequências do julgado. A respeito, Paulo Roberto Soares Mendonça,⁸⁸ ao visualizar “o processo judicial como uma constante oposição de argumentos”, pondera que “(...) a própria motivação da sentença representa uma tentativa, por parte do juiz, de convencer as partes e a sociedade do acerto de sua decisão.”

De fato, a partir de ponderações particularizadas da situação fática e jurídica controvertida, na medida em que motivar implica desenvolver raciocínios pautados por critérios de racionalidade, impulsiona-se o julgador a refletir e meditar mais aprofundadamente acerca da questão sob julgamento, ampliando-se a possibilidade de se decidir de maneira racional, considerando-se inclusive aquelas conclusões que não seriam perceptíveis diante de análises genéricas, lacônicas ou puramente subjetivistas.⁸⁹

Reinhold Zippelius, ao mencionar a importância da racionalidade da motivação, identifica-a como um mecanismo de auto-contenção dos impulsos do magistrado, referindo que

estes deveres de fundamentação não só facilitam às instâncias de controlo fiscalizar uma decisão no sentido de saber se ela se fundamenta em considerações lógicas e inteligíveis, mas também obrigam logo as instâncias de decisão a um auto-controle. Estas, ao decidirem e ponderarem conflitos de interesses e de opiniões segundo critérios racionais, tiram-lhe carga emocional, incrementando a capacidade de consenso da decisão e facilitando assim também sua aceitação pelas pessoas afetadas [...].⁹⁰

Umberto Eco, tratando dos limites da interpretação — especificamente sobre o processo interpretativo pelo ângulo do intérprete, ao salientar que a textualidade das normas jurídicas conduz a variadas interpretações, adverte: “*mas no fim as conjecturas deverão ser testadas sobre a coerência do texto e a coerência textual só restará desaprovar as conjecturas levianas.*”⁹¹

⁸⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p.1, anota sutilmente: “toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação.”

⁹⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 390-39 *apud* NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 63.

⁹¹ ECCO, Umberto. *Os limites da interpretação*: São Paulo, perspectiva, ano 1995, p. 15.

Vista sob o ângulo da tecnologia processual,⁹² além de propiciar formas de controle dos interessados quanto ao conteúdo da decisão, também funciona a fundamentação motivada como instrumento de refinamento decisional colocado à disposição do próprio juiz, no sentido de mensurar vantagens e desvantagens de um ou outra solução potencialmente cabível⁹³ e de acautelarse de eventuais erros.

A motivação configura-se, então, como instituto jurídico cuja utilidade transcende a otimização do exercício das faculdades das partes, servindo como dado orientador da atividade de todos os sujeitos processuais. Além de possibilitar o exercício dos instrumentos de controles da função judicante, também serve como mecanismo racionalizador da tarefa judicial no que concerne à formulação da melhor decisão e como verdadeiro guia de racionalidade para os julgadores, inclusive aqueles das instâncias revisoras.

2.2.2 - Motivação como veículo de comunicação na decisão judicial

Se a noção de motivação liga-se à explicitação das razões decisórias, cabe deduzir que aquela exigência constitucional só terá eficácia se apresentar de forma clara e coerente no tocante à relação entre razões justificantes e as conclusões auferidas. Um juízo minimamente lógico, até porque a investidura no poder estatal de julgar pressupõe o razoável preparo intelectual do agente (formação jurídica, concurso de prova e títulos etc.), é suficiente para deduzir a expectativa de que o resultado daquela operação decisória — envolvendo normas jurídicas, fatos e valorações — deva ser inteligível aos seus destinatários.

Na realidade, sem que seja expressa de forma racional, evidentemente restará esvaziado, não só potencial da motivação para servir de guia a que o julgador, mediante raciocínios lógicos, persiga seu dever de julgar da melhor

⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 86.

⁹³ Também aqui é proveitosa a observação de BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 2: “Como se sabe, além dos argumentos das partes, o juiz pondera (considerando a expressão em sentido referido no texto até aqui), consciente ou inconscientemente, muitos outros elementos, dentre os quais, a sua própria compreensão do tema e o impacto que a decisão produzirá sobre a sociedade.”

forma possível, mas também a possibilidade de se fiscalizar o exercício da jurisdição. Sob este aspecto, não se pode sequer verificar se a atividade judicante corresponde aos puros desígnios pessoais de quem está exercendo a função jurisdicional ou aos ideais propugnados constitucionalmente pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CR).

A compreensibilidade é, pois, verdadeiro pressuposto para que se pretenda a motivação como mecanismo de expressão da percepção fática e jurídica do juiz acerca do julgamento da demanda. Afinal, se aquele não motiva para si — mas para aqueles que detêm o direito de conhecer as razões decisórias — e se o objetivo primário das normas processuais que prevêem justificação como elemento essencial para a formalização da decisão (art. 165, 458, CPC; 386, CPP etc.) liga-se à necessidade de que o julgador deixe explícitas suas razões, não se pode concluir noutro sentido senão no de que, imprescindivelmente, a motivação deve se caracterizar como inteligível. Sem isso, na prática estará inviabilizado o necessário compartilhamento daquelas razões, oriundas da mente do julgador, com os destinatários. Sob tal ângulo, a emissão da mensagem apresentada significa oportunização de controle decisional.

Com efeito, deve a motivação funcionar como fator de estabelecimento de uma comunicação⁹⁴ entre o prolator da decisão judicial e seus destinatários. Tal comunicabilidade, como um ato cooperativo e interativo direcionado à transmissão de mensagens, requer um mínimo de atributividade compreensiva entre dois ou mais sujeitos. Afinal, de forma similar ao que pondera Hans-Georg Gadamer: “quem fala uma língua que mais ninguém fala, em realidade não fala”.⁹⁵

⁹⁴ NERY Júnior, Nelson. *Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal*. 5 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 174. *apud* BARCELOS, Ana Luiza Berg. A sentença judicial e sua fundamentação. *Revista da Escola de Direito de Pelotas*, 1(5), jan./dez.2004, p. 397: “ a motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até a submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias estampadas no art. 5º, CF.(...)”.

⁹⁵ *GADEMER, Hans-Georg. Verdade y método*. Salamanca: Sígueme, v. II, 1993, p. 150, *apud* Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos. *Revista Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, ano 1, n.

Isso posto, pode-se dizer da existência de um dever ético de racionalidade na comunicação. Fazendo referência à teoria comunicativa de Habermas, Marcelo Dascal pondera que

participar de uma conversação pressupõe uma forma de racionalidade que compromete a pessoa com determinadas normas, que originam certas obrigações. No mínimo, as pessoas que participam de uma interação comunicativa têm 'o dever de ser compreendidas' e 'o dever de compreender'.⁹⁶

Evidente que, no exercício de uma das mais nobres funções estatais, a motivação decisória do juiz não se destina a fins dilantetistas, literários, lúdicos ou a outros desideratos não jurídicos. Cabe-lhe, na atividade julgadora, comunicar-se objetivamente, o que, à evidência, não se aperfeiçoa sem que se pronuncie as razões decisórias de modo compreensível em relação àqueles com quem se interage. Como consequência, tem-se que se expressar racionalmente durante a sua justificação se constitui numa exigência imprescindível para que o juiz possa expor-se ao controle não só das pessoas vinculadas ao processo, mas também da comunidade jurídica e dos demais membros da própria sociedade, refletindo, aqui, concomitantemente, sua função extraprocessual.

Sérgio Nojiri, ao se reportar o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, refere-se à necessidade da *racionalidade* da decisão para que, como ato de comunicação, implique convencimento dos destinatários:

Como a decisão judicial é um ato de comunicação (de uma pessoa a outra) de que se exige racionalidade, deve ela não apenas ser demonstrada, mas comprovada, mediante discurso bem construído em termos racionais. Só que esse discurso, que também pode ser encarado como uma forma de argumentação, difere da chamada demonstração. Esta funda-se na idéia de evidência, concebida como algo diante do qual todo pensamento do *homu medius* tem de ceder (desnecessidade de prova), e liga-se ao raciocínio lógico-formal. Já a argumentação parte da idéia de que nem todas as provas podem ser

1, jul./set. 2003, p. 71.

⁹⁶ DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo: ed. Unisinos, 2007, p. 362.

reduzidas à evidência (não se supõe um sistema axiomático), mas requer técnicas capazes de provocar ou acrescer adesão e liga-se ao raciocínio persuasivo.⁹⁷

Nesse rumo, deve ser observado que decidir e motivar são operações que requerem do juiz preocupações no sentido de redigir o ato decisório formal de maneira clara, objetiva, esclarecedora, sem generalizações, laconismos, em linguagem adequada,⁹⁸ de modo a fazer-se entender não somente pelas partes interessadas, mas também por todos os cidadãos.

Portanto, somente pode ser reconhecida a motivação da decisão como verdadeira prestação de contas do juiz quanto ao poder jurisdicional recebido se a mesma resultar formulada mediante argumentação racional, revelando-se uma mensagem que permita compreender o nexos entre o articulado pelo juiz e o comando decisório. Quanto a isso, observam Fredie Didier, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira que,

como ato que individualiza a norma jurídica, e considerando que o conteúdo e os fundamentos dessa norma jurídica são expostos por meio de palavras, é fundamental que a linguagem utilizada na decisão judicial seja clara e direta. Não é adequado o uso de expressões rebuscadas ou chulas, tampouco o uso de inversões gramaticais que dificultam o entendimento do que ali se dispõe, afinal não é demais lembrar que o objetivo da decisão é gerar certeza e permitir que as partes e a sociedade tenham condições de saber o caminho trilhado pelo magistrado para, racionalmente, chegar à conclusão alcançada. Assim, a linguagem deve ser elemento de aproximação entre o emissor (jugador) e o receptor (partes e sociedade) da mensagem.⁹⁹

Percebe-se, pois, que o exercício dos meios de controle dos padrões de juridicidade da decisão jurisdicional pelos seus destinatários condiciona-se, em considerável medida, à capacidade da motivação produzir uma compreensível

⁹⁷ NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p.103.

⁹⁸ Neste sentido, ARAGÃO, Moniz E.D.. O processo civil no limiar de um novo século. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Cidadania e Justiça – o Direito no Século XXI*. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 4, nº 8, 1º sem. 2000, p. 58.

⁹⁹ DIDIER JÚNIOR, Feddie *et al.*, *op. cit.*, p. 270.

comunicação. Com efeito, exercendo a função de veículo comunicacional, aquela permite conhecer de modo concreto as justificativas utilizadas pelo julgador, revelando efetivamente as razões que o levaram a considerar uns ou outros dados fáticos e jurídicos para decidir. Se o processo tem natureza dialética, a motivação configura-se como a comunicação da síntese(razões decisórias) decorrente das teses apresentadas pelas partes.

Enfim, uma decisão judicial formalizada sem que a motivação funcione como veículo de comunicação entre o julgador e os seus destinatário, não permitindo fazer saber quais razões decisórias foram utilizadas para julgar, caracteriza-se como arbitrária, por inviabilizar verificações do seu real conteúdo, questionamentos, refutações, críticas etc.

2.2.3 - A motivação como meio de efetivação de direitos e garantias processuais fundamentais

Seguindo tendências das nações que modernamente se estruturam a partir da concepção de Estado Democrático de Direito, a atual Constituição da República, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, estabelece, em extenso (e não exaustivo) catálogo (art. 5º), um conjunto de direitos e garantias fundamentais destinados, em considerável medida, a tutelar o indivíduo face à atuação do poder estatal, nos âmbitos administrativo e judicial. Quanto a esse último, foram estabelecidos os chamados direitos fundamentais de caráter judicial ou garantias constitucionais do processo,¹⁰⁰ os quais destinam-se exatamente a proteger o indivíduo em relação a uma das mais coercitivas manifestações do poder estatal: a jurisdição.

Assim, buscando fazer com que as interferências judiciais na esfera jurídica das pessoas não se realizem de modo despótico, foi instituído, como decorrência do princípio do devido processo legal, um elenco de institutos jurídicos que se conectam num mecanismo mais amplo — a tutela judicial efetiva — garantida pelo princípio da inafastabilidade da atuação jurisdicional,

¹⁰⁰ Tal terminologia é adotada por MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso... op. cit.*, p. 476. Todavia, apontando-a como imprecisa, ressalva que a utiliza à míngua de outra nomenclatura mais adequada.

implicando impedimentos quanto a se excluir da apreciação do Poder Judiciário quaisquer lesões ou ameaças a direitos (art. 5º, XXXV, CR).¹⁰¹

A motivação, nesse contexto jurisdicional, figurando como garantia *processual*,¹⁰² potencializa a concretização, não só daqueles outros princípios e garantias de igual natureza (publicidade, ampla defesa, contraditório, juiz natural, individualização da pena etc), mas também os de caráter *substancial* (vida, liberdade, igualdade, segurança jurídica, propriedade, presunção de inocência, proibição de tortura etc). Todavia, limitados pelos objetivos traçados para este estudo — relacionado à importância da motivação para evitar o arbítrio judicial no processo interpretativo-aplicativo — a análise se restringirá às influências do ato motivatório quanto ao primeiro daqueles grupos, o que se justifica pelo fato de a atividade jurisdicional realizar-se no processo, em seu sentido *lato*.

Correlacionada à obrigação de o juiz motivar sua decisão, como decorrência da necessidade de se impor limites à atividade jurisdicional, está o princípio do **devido processo legal**. Daí a plausibilidade das afirmações de Gilmar Ferreira Mendes no sentido de que

cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.¹⁰³

Como se percebe, do princípio do devido processo legal desmembram-se vários outros direitos que tutelam o indivíduo contra o exercício abusivo do poder de julgar, sendo certo que a efetivação dessas garantias processuais em larga medida dependem substancialmente da observância do dever de justificar a decisão judicial (art. 93, IX, C.R).

Nesse panorama, a motivação se constitui num instrumento imprescindível para concretização dos princípios da **ampla defesa e do duplo grau de jurisdição**. A própria ênfase com que o texto constitucional

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 476-80.

¹⁰² SANCHIS, Luis Pietro, *op. cit.*, p.117.

¹⁰³ MENDES, Gilmar ferreira *et al.* Curso..., *op. cit.*, p. 603.

expressa, no art. 5º, LV o direito de defesa já reflete a preocupação do constituinte no sentido de garantir que o indivíduo não seja submetido a julgamentos tirânicos, com versões e alegações definidas unilateralmente.

Pelo contrário, tais princípios evidenciam o intento de que decisões judiciais sejam construídas, não a partir do pressuposto de que ao julgador se confere o monopólio da sabedoria, mas por meio da intersubjetividade, na busca cooperativa da verdade¹⁰⁴.

O *direito de defesa* vai muito além do simples direito de manifestação do interessado no processo — o qual, analisado de maneira isolada, teria reduzida efetividade prática. Na essência, tal direito, conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes,¹⁰⁵ compreende a chamada “pretensão de tutela jurídica” (“Anspruch auf rechtliches Gehör” do Direito alemão) — correspondente à referida garantia consagrada no dispositivo constitucional antes referido¹⁰⁶ — que pode ser decomposta em outros direitos imprescindíveis ao exercício da defesa, quais sejam: I) *direito de informação* sobre os atos processuais; II) *direito de manifestação* sobre os elementos fáticos e jurídicos existentes no processo; III) *direito de ver seus argumentos considerados*.

Acerca desse último aspecto da amplitude da defesa, cuja observância pressupõe a exigência de que o julgador tenha a capacidade de apreensão e isenção de ânimo para refletir sobre os argumentos apresentadas pelo defendente,¹⁰⁷ o citado mestre enfatiza:

Sobre o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como o também de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas. É da obrigação de considerar as razões apresentadas que também deriva o dever de fundamentar

¹⁰⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos. *Revista Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, ano 1, n.1, jul./set. 2003, p. 59.

¹⁰⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso...*, *op. cit.*, p. 524-525.

¹⁰⁶ Art. 5º (...):

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁰⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso...*, *op. cit.*, p. 525.

as decisões.¹⁰⁸

Seria inócuo garantir ampla defesa e, por outro lado, permitir-se ao juiz ignorar ou desconsiderar as razões, motivos e argumentos expressos por quem se defende. Com efeito, é manifesta a conexão existente entre o direito à ampla defesa e o dever judicial de motivação, pois daquele decorre a exigência no sentido de que o julgador formalize seu decisório examinando, de maneira racional, o acolhimento ou rejeição daquilo que se configura como fundamentos defensivos. Tal questão repercute seriamente no âmbito probatório, dado que o direito de a parte produzir provas importa igualmente no direito de não tê-las ignoradas na motivação. Desse modo, a desconsideração dos argumentos e teses do defendente só pode ser considerada legítima naquelas situações que, por meio de justificações racionais, o julgador as reconheça de modo expresso como impertinentes, irrelevantes ou prejudicadas por outras análises feitas anteriormente.

Daí poder-se deduzir que a garantia de defesa, para se caracterizar como *ampla*, pressupõe que as decisões judiciais sejam racionalmente motivadas, incluindo nesse conceito as imprescindíveis considerações relativas aos dados jurídicos e fáticos que, segundo os demais sujeitos processuais, tenha pertinência e relevância com a demanda.

Sob perspectiva diversa, como em regra é assegurado aos litigantes o princípio do *duplo grau de jurisdição*,¹⁰⁹ não restam dúvidas de que a utilização das vias recursais pelo sucumbente, quando cabível — pois não se trata de garantia absoluta — além de não deixar de ser um importante complemento do direito à ampla defesa, implica potencial aperfeiçoamento da função jurisdicional, não se podendo ignorar que a viabilidade prática do referido direito está diretamente ligada ao conhecimento daquele que se defende sobre os motivos determinantes do julgamento que se pretende ver reexaminado e revisto. Ora, como pleitear sua revisão do julgado sem que se conheça

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 524-525.

¹⁰⁹ Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RHC n. 79.785/RJ, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, naqueles casos em que a Constituição previu a competência originária de determinado órgão jurisdicional sem definir o cabimento de recurso ordinário, não se reconhece o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

claramente o seu teor?

Conforme percebido por Mário Guimarães, a exigência de expressa justificação quanto ao que se decide, além de permitir a verificação sobre se o juiz se deteve mesmo ao exame da causa,¹¹⁰ também faz valer de forma concreta o princípio do duplo grau de jurisdição, exatamente por obrigar cada órgão jurisdicional, em sua respectiva instância, a apreciar de modo particular a matéria submetida a julgamento, sob conseqüência de vulneração da exigência de se motivarem as decisões judiciais.

Para que os princípios da ampla defesa e duplo grau de jurisdição na prática não tenham significado apenas formal ou substancialmente vazio, exige-se que a motivação, ao contrário de expressar apenas as conclusões unilaterais do julgador, também consigne e aprecie de modo efetivo os argumentos caracterizados pelos sujeitos processuais como relevantes e pertinentes para solução da causa. Daí porque quanto mais consistente a motivação realizada, maior o potencial para a efetivação daqueles direitos fundamentais: ampla defesa e duplo grau de jurisdição.

Íntima é também a conexão entre a motivação e o **princípio do contraditório**. Esse muitas vezes apresenta-se numa posição de conjunção com o princípio da ampla defesa, mas com ele não se confunde, precisamente por não se referir só a quem se coloca numa posição de *reação* contra uma determinada imputação, abrangendo também faculdades relativas àquele que formula ativamente as pretensões perante o órgão jurisdicional. Decorre desse princípio a exigência de se conferir às partes possibilidades de efetiva participação no processo, especialmente quanto à produção de provas e ao debate da causa, ou seja, na construção dialética do resultado decisório, mostrando-se imprescindível para tanto o conhecimento acerca dos atos praticados no processo e a oportunidade de manifestação sobre eles.

A exigência de dialeticidade do processo implica reflexos sobremaneira relevantes no campo probatório, em especial quanto à análise dos elementos probantes inseridos nos autos. Assim como incumbe ao julgador, ao motivar,

¹¹⁰ GUIMARÃES, Mário. O Juiz e a função jurisdicional. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, n. 207, *apud* SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 261.

avaliar individualizadamente as provas destinadas ao prevalecimento das teses de quem posiciona-se no pólo ativo, também cabe-lhe aferir as respectivas contraprovas produzidas por quem se coloca a oposto. Mormente no processo penal, no qual — em função do princípio da presunção de inocência — mesmo diante de dados probatórios apresentados pela acusação, basta a ocorrência de dúvida razoável para se levar a um juízo de absolvição.

Nesse contexto, ao invés da unilateralidade argumentativa, requer seja examinada criticamente toda alegação invocada pela defesa que tenha potencial idôneo para determinar uma dúvida razoável sobre a plausibilidade da hipótese impugnada, cabendo ao juiz, dando suas razões, facultar aos interessados meios de controle de verificabilidade e falsificação de todas as provas apresentadas.¹¹¹

A observância do contraditório repercute influências sobre a própria qualidade da decisão a ser proferida, assim como da motivação que dela decorre. Com efeito, o esforço de cada parte no sentido de sustentar de forma consistente seus argumentos fáticos e normativos, propicia ao órgão jurisdicional mais amplo ângulo de observação das questões controvertidas, inclusive a visualização das possíveis circunstâncias embaçadoras daqueles meios que poderiam ser úteis para obtenção da solução aceitável, sendo lógico deduzir disso maior probabilidade de acerto, maior consistência do ato motivatório e maior legitimidade no julgamento.

Na realidade, o efeito prático do contraditório em grande medida condiciona-se à efetiva consideração, na motivação, daquilo que as partes expressam. De nada adiantaria permitir oportunidade de praticar atos processuais, ter ciência do que se realiza no processo, de se manifestarem sobre dados fáticos ou jurídicos suscetíveis de determinar o resultado da decisão, se, ao justificá-la, não for dada a consideração apropriada quanto ao conteúdo daquilo que se realizou e aos argumentos expostos pelas partes.

Essencialmente — porque aquelas atividades dos sujeitos processuais objetivam o convencimento do julgador e ação decisória correspondente — se o ato motivacional não contemplar de fato o que foi produzido por eles, a formal

¹¹¹ SALAVERRÍA, Juan Iguartua, *op. cit.*, p. 162.

observância do contraditório terá sido inócua. Portanto, é na motivação que na prática se faz ressoar a efetividade do princípio do contraditório.

Noutro rumo, numa manifestação evidente de que a busca da verdade no processo deve ser compatibilizada com outros valores, o princípio da **inadmissibilidade ou proibição da prova ilícita** impede o juiz de julgar com base em elementos probatórios não reconhecidos como legítimos pela ordem jurídica — mesmo quando visualizados nos autos importantes elementos de convicção acerca da ocorrência ou não dos fatos relacionados ao litígio.

Entretanto, deve ser ponderado que a objetiva observância do referido princípio pelo julgador, fazendo-o abster-se do uso de elementos probatórios ilícitos para formulação da conclusão decisória, somente pode ser apurada pelo que, de modo expresso, estiver delineado na motivação. Não se poderia avaliar o cumprimento daquela vedação senão pela análise do que ali se explicita. Afinal, se não houvesse o ato motivacional, inexistiria meios para se verificar o emprego ou não daqueles elementos de prova ilegítimos como dados relevantes para a solução determinada pela norma de decisão do caso concreto.

Há de se concluir, pois, o evidente papel da motivação enquanto mecanismo de efetivação dessa garantia fundamental, afirmativa extensível ao **princípio da publicidade**.

Porque não se compatibilizam, em princípio, o Estado Democrático de Direito e o exercício de atividades estatais de forma sigilosa, a Constituição da República exige, salvo situações excepcionalmente previstas,¹¹² que os

¹¹² Sobre o princípio da publicidade, o art. 155, do Código de Processo Civil preceitua: “os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I — em que o exigir o interesse público. II — os que dizem respeito ao casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão em divórcio, alimentos e guarda de menores. § único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.” se observar que, para compatibilização com o texto constitucional (art. 93, IX e 5º, LX), a limitação de publicidade contida no referido parágrafo não se estende a todos os processos, mas somente àqueles que justificadamente tramitam sob segredo de justiça, tendo as partes amplo direito de consultar, solicitar certidões, extrair cópias etc”.

juízos devem ser públicos e motivados (art. 93, IX).

Tal princípio, erigido a partir da Revolução Francesa, numa reação aos juízos de caráter secreto, misterioso e inquisitivo do Antigo Regime, justifica-se — salvo estritas exceções necessárias a evitar abusos e exposições inconvenientes — diante da necessidade de se facultar aos participantes do processo e a comunidade em geral a possibilidade de fazer-se presentes durante a prática dos atos processuais, examinar as peças dos autos, fiscalizar as atividades do Poder Judiciário e atribuir responsabilidade aos juízes quanto às decisões tomadas.¹¹³

Na realidade, a publicidade e a motivação das decisões são duas exigências que, não só se completam, mas também se pressupõem reciprocamente, pois, no plano jurisdicional, pelo menos para efeito de se conhecerem as razões decisórias, de nada adiantaria tornar pública uma decisão sem que também se exigisse do julgador a expressão dos motivos que a determinam, assim como não produziria qualquer efeito prático a motivação se fosse permitido ao juiz mantê-la em segredo.

Nessa quadra, tem-se que a motivação faz com que não fiquem ocultas as razões lógico-jurídicas do decisor, atingindo, pois, a um só tempo, as finalidades de torná-las públicas e de permitir o controle de seu conteúdo pelos interessados,¹¹⁴ possibilitando-lhes aferir transparentemente não só a coerência do julgado, mas também a presença, dentre outros, de eventuais falácias, pretextos, incoerências, equívocos, contradições, além de propiciar formulações de divergências, irresignações, pleitos modificativos ou extintivos quantos aos potenciais efeitos do ato decisório questionado etc.

Tratando-se de dever constitucional voltado ao estabelecimento de controles sobre a função jurisdicional,¹¹⁵ ao tornar visível o sentido integral das decisões judiciais, a exigência de motivação constitui-se numa relevante ferramenta jurídica de viabilização prática do princípio da publicidade e, conseqüentemente, de transparência das atividades judicantes.

¹¹³ CINTRA, Carlos Antônio de Araújo, *op. cit.*, p. 69-71.

¹¹⁴ J. MONTERO, Aroca, *principios del proceso penal. Una explicación basada em la razón*, Valência, 1997, p. 156-156, *apud* SALAVERRÍA, Juan Iguartua, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁵ CINTRA, Carlos Antônio de Araújo, *op. cit.*, p. 68.

Dessa forma, embora as limitações decorrentes dos objetivos do nosso estudo não permitam avançar quanto à análise de outros aspectos da temática, as conexões já referidas evidenciam suficientemente a caracterização da função exercida pela motivação como efetivadora de direitos e garantias fundamentais de natureza processual, operando, por várias vertentes, como mecanismo estruturante da proteção do indivíduo frente ao arbítrio no âmbito processual.

2.2.4 - A motivação e sua função persuasiva

Se no Estado Democrático de Direito o papel do juiz não se limita à realização dos julgamentos, abrangendo também o pronunciamento das razões determinantes da solução aplicada, seria incongruente concluir que nessa prestação de contas não se insere o objetivo de convencer os destinatários da decisão proferida.¹¹⁶

Com efeito, a pretensão de racionalidade do Direito estaria em larga medida comprometida se não se exigisse do julgador uma argumentação apta a justificar convincentemente a solução judicante escolhida. Afinal, não se espera que a decisão e a motivação somente satisfaça o próprio julgador.¹¹⁷

Na realidade, mais do que uma mera exposição formal de motivos, exige-se do julgador um pronunciamento substancial e consistente, suscetível de traduzir convincentemente a compatibilidade do decisório com o Direito.

A motivação não consiste numa atividade meramente *procedimental* destinada a *descrever* as operações mentais do julgador, mas a apresentar justificativas argumentativas sobre a adequação da solução decisória proferida, com pretensão de convencimento por meio de racionais juízos de valor. Conforme observa Perelman, o ato motivatório não se destina apenas à obtenção de fins relacionados à “indicação dos móveis psicológicos de uma decisão”¹¹⁸

Nessa perspectiva, cabe ponderar que o usual emprego da técnica de

¹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁷ Cf. COELHO, Gilmar Mendes *et al.*, *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁸ PERELMAN, Chäin. *Ética ...*, *op. cit.*, p. 559.

citação de textos legais, jurisprudenciais e doutrinários no ato motivatório deve ser acompanhada da necessária inferência, *ainda que sucinta*, acerca da pertinência daqueles paradigmas com os dados fático-jurídicos do caso concreto examinado, sob pena de não atendimento ao imperativo constitucional previsto no art. 94, IX. Ora, se a motivação não visa a descrição do *iter* do raciocínio desenvolvido pelo julgador, mas a explicitação argumentativa das razões decisórias, não basta ao julgador transcrever posicionamentos que, no seu entender, norteia o resultado decisório, sendo necessário também apresentar justificativas articuladas quanto à congruência da situação sob análise com aquela que serve de parâmetro de orientação para a deliberação.

Aliás, ao alicerçar seu posicionamento no sentido de que a motivação não se destina a fins formais, Juan Iguartua Salaverría indaga: “para que serve então obrigação de motivar? Cumpriria com esta obrigação uma boa descrição de um raciocínio ruim?”¹¹⁹

O referido autor, na defesa de entendimento de que aquela não tem caráter descritivo, referenda as palavras de E. Amodio:

[...] o juiz não transcreve sua motivação para representar o *iter* mental ou para desmascarar o que pensou efetivamente ao deliberar durante a prolação da sentença; o juiz motiva para fundamentar exteriormente sua prescrição e para obter consenso sobre sua opção.¹²⁰

Portanto, a bem da transparência dos julgamentos judiciais e em respeito ao direito das partes, o emprego da técnica de citação acima referida, embora plenamente aceitável no processo interpretativo-aplicativo — sobretudo quando se trata de questões incontroversas ou de temas já consolidados na doutrina e na jurisprudência — só se manifesta legítimo se acompanhadas de suficientes inferências relativas à correspondência daquelas com as particularidades dos casos concretos objeto de exame.

As mesmas inferências são exigidas nas situações em que se adota teses constantes de pareceres como razões decisórias. A mera transcrição do teor daquele ato processual não se compatibiliza com a noção de que cabe à própria pessoa investida de jurisdição proceder ao julgamento, decidindo e

¹¹⁹ SALAVERRÍA, Juan Iguartua, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁰ *Ibid.*, p.65.

motivando sua deliberação. A decisão motivada é um direito fundamental do indivíduo(art. 5º §2º, c/c 93, IX, C.R) e por isso, invés de examinar o caso concreto de modo genérico e mecânico, deve o órgão jurisdicional considerá-lo a partir de suas circunstâncias - quase nunca idênticas às de outros- e expressar suas justificativas, ainda que de modo não prolixo (muitas vezes substancialmente estéril). Daí nossa discordância quanto a Uadi Lammêgo Bulos, ao posicionar que

consideram-se motivadas aquelas decisões se **reportam** a pareceres jurídicos constantes nos autos. Exemplo: o magistrado que adota as razões expendidas no parecer do Ministério Público. Desde que o entendimento do *Parquet* esteja fundamentado, exteriorizando argumentos técnicos, alicerçados na dimensão objetiva dos fatos, nada obsta que o juiz se baseie nesses arrazoados para decidir a questão¹²¹.

Parece-nos mais consentâneo com parâmetros do Estado Democrático de Direito o entendimento de Adda Pellegrini Grinnover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

Importante anotar que não pode o juiz deixar de fundamentar com a afirmação de que adota como razões de decidir as alegações de uma das partes (motivação *ad relationem*). Pode até acolhê-las, usando na justificação de sua decisão, mas deve expressamente transcrever os pontos aceitos e incorporados à sentença, ao lado de outros que constituem o enunciado de sua argumentação pessoal.¹²²

De fato, mais do que explicar de modo descritivo como se decidiu, é dever do julgador justificar de forma convincente a compatibilidade do julgado com o Direito. Afinal, busca-se convencer quanto à razoabilidade dos argumentos, não sobre a correspondência da descrição do raciocínio mental julgador com o resultado decisório.

Acerca da mencionada função persuasiva desempenhada pela motivação das decisões jurisdicionais, Sérgio Nojiri, baseado-se na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, assevera no sentido de que

¹²¹ BULOS, Uadi Lammêgo, *op. cit.*, p. 946.

¹²² GRINOVER, Adda Pelegrini et al., *As nulidades...*, *op. cit.*, p.257.

o magistrado, portanto, ao proferir uma decisão, justificando-a, passa a exercer uma função persuasiva, sobre os participantes da ação, para tentar convencê-los de que realmente julgou conforme os postulados legais. As razões apresentadas na fundamentação servem, assim, para demonstrar e induzir o destinatário da norma a crer que a atitude tomada pelo juiz é a que mais se aproxima da prevista no enunciado legal, e, portanto, a que mais se aproxima da previsão legal, e, portanto, já esperada. Tércio Sampaio Ferraz Jr. tece as seguintes considerações a respeito “tanto a teoria dogmática do direito quanto a argumentação jurídica mostra um quadro em que a decisão aparece como um sistema de procedimentos regulados em que cada agente age de certo modo porque os demais agentes estão seguros de poder esperar dele um certo comportamento. Não se trata de regularidades lógico-formais, mas, por assim dizer, ideológicas. O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso informativo sobre como a decisão deve ocorrer, mas um discurso persuasivo sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa a despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso a verdade decisória acaba se reduzindo muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte.”¹²³

À vista desse panorama, é obrigatório transcrever a ponderação de Chäin Perelman:

o direito é, simultaneamente, ato de autoridade, e obra de razão e persuasão. O direito autoritário, aquele que se impõe pelo respeito e pela majestade, não precisa motivar. Aquele que se quer democrático, obra de persuasão e de razão, deve procurar, pela motivação, obter uma adesão arrazoada.¹²⁴

Na verdade, o convencimento do auditório pela motivação constitui-se numa evidente manifestação de legitimidade da decisão judicial, assim como uma justificação que a ninguém convence patenteia uma grotesca

¹²³ NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 103 -104.

¹²⁴ PERELMANN, Chäin. *Ética ...*, *op. cit.*, p. 570.

arbitrariedade decisória.

2.2.4.1 - A pacificação dos litígios pelo convencimento

Uma das conclusões mais reiteradas pela dogmática jurídica, sobretudo no campo do direito processual, direciona-se à concepção de que o processo destina-se a servir como importante instrumento para que, por meio da decisão judicial, possa-se precipuamente alcançar a paz social, mediante a resolução dos litígios decorrentes das relações sociais. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco são categóricos ao afirmar que

*a pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.*¹²⁵

Num contexto em que as pessoas humanas envolvidas na realidade social sejam consideradas como portadoras de faculdades psicológicas racionais e emocionais, mostra-se problemática a eficácia pacificadora do processo nos casos em que a decisão se revela carecedora de motivação razoável, fundada em argumentos superficiais, genéricos, impertinentes ou inadequados. Nestes casos, a reduzida assimilação dos efeitos do julgado pelo vencido — exatamente por faltar-lhe a necessária força do convencimento — implica maior dificuldade quanto à aceitação das conseqüências delas emergentes, assim como maior potencial de resistência ao cumprimento da respectiva solução decisória.

Paulo Roberto Soares Mendonça externa pensamento semelhante:

As decisões judiciais perseguem legitimação, como de resto o fazem as demais instâncias do poder do Estado (políticas, administrativas, assistenciais etc), e essa legitimação não resulta pura e simplesmente das norma jurídicas positivas, mas também do

¹²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., *op. cit.* p. 25.

respaldo social de tais decisões. Por mais detalhada que seja a sua disciplina, a lei sozinha não é capaz de tornar aceita uma decisão judicial, sendo indispensável uma fundamentação convincente, para torná-la legítima. É fato sabido que o Poder Judiciário conta com a prerrogativa de uso eventual da força, a fim de tornar efetivas as suas decisões. Todavia, o ideal é que tal uso seja apenas potencial e não um recurso frequente, pois do contrário, se estaria investindo em um confronto permanente entre a sociedade e o Estado. Este estado de coisas poderia gerar um grave processo de desestabilização das instituições públicas, acompanhado de um amplo descrédito popular em relação aos mecanismos jurisdicionais do Estado, que, em última instância, poderia comprometer a própria estabilidade do poder político e a democracia.¹²⁶

Noutra passagem, defendendo o ponto de vista de Chäin Perelmann a respeito de justiça, tendo-a como justiça socialmente construída, o mesmo autor acrescenta que

no cumprimento das decisões judiciais, o uso da força deve ser apenas potencial devido ao grande desgaste institucional que ele é capaz de provocar. Na verdade, o ideal é que o direito se imponha por meio de um efetivo convencimento das partes e da sociedade, no sentido de que os critérios adotados pela magistratura são os mais coerentes e justos possíveis.¹²⁷

Sob o aspecto prático, evidentemente, alguém poderia atribuir menor importância a tal efeito pacificador exercido pela motivação, pois, ainda que à força, o objeto da decisão normalmente se concretiza. Contudo, do ponto de vista estatístico, se considerarmos a imensa quantidade de processos em tramitação, seria bastante um pequeno percentual desses inconformados em função do déficit de convencimento da motivação — mesmo que, desses, somente uma minoria possa ter conhecimentos suficientes à sua percepção crítica — para a formação de uma legião de pessoas desconfiantes ou insatisfeitas com o Poder Judiciário, prejudicando a confiabilidade desse como reduto protetivo dos direitos do cidadão, além de mitigar seu papel de promover

¹²⁶ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, *op. cit.*, p.19 - 20.

¹²⁷ *Ibid.*, p.163.

a pacificação social.

Dada a relação direta entre legitimidade e aceitabilidade da decisão judicial, ainda que não se possa garantir que a aprovação do julgamento de algum modo contribui para melhoria da imagem do Poder Judiciário, tal força pacificadora do ato motivatório serviria potencialmente, de forma direta ou indireta, para abreviação do procedimento destinado a efetivar o cumprimento dos julgados, para diminuição de resistências atinentes à atuação executória daquele e como fator de melhoria da qualidade da prestação jurisdicional.

Inocência Mártires Coelho, correlacionando as exigências de racionalidade, convencimento e legitimidade na prolatação da decisão assevera que

[...] graça a esse processo de convencimento racional, aquilo que, a princípio, era apenas um ponto de vista subjetivo, uma opinião pessoal de determinado intérprete-aplicador, passa a ser também o entendimento objetivo (= intersubjetivo), senão unânime, pelo menos da maioria do grupo social, que o avaliza ou lhe dá consentimento na exata medida do seu poder de persuasão.¹²⁸

As resistências quanto ao cumprimento das decisões, que incidem efeitos sobre um grande número de pessoas ou se relacionam a conflitos de cunho social — dentre os quais aqueles relativos às ações de reintegração de posse coletiva são exemplos palmares — são suscetíveis das mais dramáticas consequências. Nestas demandas, o órgão jurisdicional tem na razoabilidade argumentativa um importante aliado para efetivação do seu julgado de forma pacífica, evitando destruições, variadas formas de violência e recalcitrâncias, principalmente quando a imprensa e a opinião pública, apreendendo a inteligência exposta pelo julgador, repercutem tal convencimento entre os próprios envolvidos da lide.

Mauro Cappellette, apoiando-se em J.D.B. Mitchell, ao tratar da necessidade de adaptações do judiciário à nova realidade social, aborda a motivação enquanto instrumento de execução da prestação jurisdicional por meio do convencimento: “a *'impotência'* relativa dos tribunais *'de executarem a*

¹²⁸ COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação ...*, op. cit., p. 37.

*sua vontade', por exemplo, é vista por alguns como uma 'fonte de força', antes que de fraqueza, pois induz os juízes a 'comandar convencendo, em vez de constrangendo',*¹²⁹ concluindo no sentido de que a qualificação da motivação como imperativo constitucional constitui manifesta demonstração do empenho rumo a que se tenha os tribunais efetivando o Direito pelo convencimento.¹³⁰

Tal função persuasiva da decisão judicial tem acentuada importância em diversas lides do Direito de Família (por exemplo: afastamento forçado de cônjuge do lar, visitas, guardas, partilha de bens etc). Nesses casos, ao julgar delicadas questões conflituosas entre pessoas ligadas pelo vínculo de parentesco ou afetividade, do magistrado exige-se maior sensibilidade quanto à prolação de seu julgamento, tanto para que sua decisão não dramatize ainda mais a vida familiar, como também para que a motivação qualitativamente ponderada, coerente e equilibrada sirva de dado relevante para convencimento e pacificação do conflito.

Mesmo no âmbito do Direito Penal, partindo-se da postura filosófico-interpretativa de Hans-Georg Gadamer,¹³¹ no que concerne à necessidade de o intérprete se colocar no lugar do outro, é lógico deduzir que o condenado, convencido de que sua condenação e a pena aplicada enquadram-se nos parâmetros de razoabilidade, estará menos influenciado pelas variáveis que não raramente comprometem a execução penal e a sua ressocialização, tais como o inconformismo, a revolta, a depressão etc.

Ao se visualizar a questão pelo ângulo do sucumbente, Juan Iguartua Salaverría, citando a assertiva de T.R. Fernandez, coloca a motivação que convence como um direito subjetivo daquele:

Temos direito de exigir — como com energia e razão se tem exigido — que 'a sentença que decide em nosso desfavor tenha em conta nossas razões e que tenha se esforçado em demonstrar que as de nosso adversário eram melhores. Nunca nos convencerão de todo, porém só nos indignarão, no caso de se deixar de lado nossos

¹²⁹ CAPPELLETTE, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993, p. 90.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 90, nota 189.

¹³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 480 - 481.

argumentos, ou aceite os contrário, sem justificar porque o fez'.¹³²

Fazendo referência aos também aos espanhóis P. A . Ibáñez e a E. Amodio, o autor acima mencionado aborda o tema da motivação convincente também pelo ângulo da valoração das provas, quando se defrontam duas proposições das partes sobre os fatos relativos à demanda, enfatizando a importância da motivação para o sucumbente:

Ainda que como idéia de curta circulação, todavia, a hipótese derrotada reclama um trato mais diferenciado frente à hipótese triunfante, já que 'é sobretudo à parte perdedora que necessita motivação'. Se as duas versões apresentadas não conferir a merecida valoração às provas apresentadas, certamente haverá malogro quanto à persuasão da sentença, senão uma notável deficiência. Porém, como recomendável para contentar o perdedor, cabe ao juiz ecoar do seu discurso probatório, 'fazer escutar é aqui muito mais que uma regra de boa educação.'¹³³

Ainda que esse ponto não seja enfatizado tradicionalmente pela doutrina, não se pode deixar de considerar a relevância da motivação para que o processo judicial cumpra seu escopo de pacificação social. Na atualidade, porque as pessoas cada vez mais se mostram conscientes de seus direitos e deveres, certamente, a resolução integral da lide requer não só a entrega da prestação jurisdicional, mas também que o órgão judicante o faça de modo a que o ato decisório se configure a partir de motivações aceitáveis, criteriosas, convincentes, razoáveis.

Observa-se que, além dessa função gerar importantes efeitos

¹³² SALAVERRÍA, Juan Iguartua, *op. cit.*, p.131. “ Tenemos derecho a exigir – como com brío y razón se ha exigido - 'que la sentencia que decide em contra nuestra haya tenido em cuenta nuestras razones y que se haya esforzado em demostrar que las de nuestro adversario eran mejores. Nunca nos convencerán del todo, pero sólo nos indignarán em el caso de que deje de lado nuestros argumentos ou acepte los del contrario sin justifica por qué lo hace' (T.R., Respuesta...” p.760)”

¹³³ *Ibid.*, p.158 -159 , . “Aunque idea de corta circulación todavía, la hipótesis derrotada reclama un trato tanto o más deferente que la hipótesis triunfadora ya que 'és sobretudo la parte perdedora la que necesita uma motivación”. Si quien queda a dos velas sobre la valoración que han merecido las pruebas por él presentadas, la persuasividad de la sentencia se malogra o sufre uma notable erosión. Pero a un siendo recomendable que, para contentar al perdedor, el juez se haga eco de su discurso probatorio, 'escuchar és aquí mucho mas que uma regla de buena educación.”

processuais, sobretudo aqueles relativos às resistências ao efetivo cumprimento dos julgados, à redução dos prazo de tramitação dos processos e à diminuição do quantitativo dos recursos, não se pode ignorar os efeitos extraprocessuais disso resultantes, de cunho sócio-político, ligados à satisfação dos destinatários quanto aos serviços prestados, à confiança dos jurisdicionados quanto ao papel do Poder Judiciário, à convincente prestação de contas da função exercida pelos magistrados e ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

2.2.5 - A motivação como mecanismo de legitimação da decisão judicial

Ínsita à noção de Estado Democrático de Direito põe-se o objetivo de se constituir um ente estatal que se estrutura e no qual se governa segundo a vontade geral direcionada a servir de modo autêntico ao interesse comum. No referido paradigma de Estado de Direito, no qual se coloca a participação da minoria e os direitos fundamentais como pressupostos democráticos,¹³⁴ a legitimidade quanto ao exercício das funções estatais¹³⁵ não se esgota pura e simplesmente na eleição popular, mas também — conforme opção do constituinte — por meio de procedimentos compatíveis com o exercício racional de atribuições para a quais se exige critérios técnicos. No que tange ao exercício das atividades jurisdicionais, Inocêncio Mártires Coelho apresenta refinada síntese:

enquanto ao parlamento [e ao chefe do Poder Executivo — acrescentaríamos] ostenta uma legitimidade de *origem*, juízes têm-na *adquirida*, pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares [e aos chefes do Executivo — aduzimos mais uma vez] a sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juízes, pelo controle do seu comportamento.¹³⁶

¹³⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106-107.

¹³⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 95-104. dentre outros aspectos relevantes, o autor salienta a facilitação do foro de participação das indivíduos na esfera pública e o aspecto contramajoritário como elementos legitimantes da atuação judicial.

¹³⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, *op. cit.*, p. 60.

Se a legitimidade jurídico-política dos juízes define-se pelo procedimento, num Estado de Direito cujas atividades correlaciona-se à razão¹³⁷ mostra-se evidente que somente um proceder racional, ligado à noção de objetividade e critérios anteriormente definidos, pode ser considerado legítimo, como fonte de assentimento e reconhecimento do poder. Acerca dessa exigência de racionalidade, Mônica Sifuentes sublinha que:

não se olvida que a decisão judicial é fruto de um raciocínio complexo, irreduzível a esquemas lógicos elementares, no qual o juiz exerce ampla discricionariedade. Esse princípio é verdadeiro na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. No entanto, é necessário que essas decisões atendam a critérios de racionalidade, que é uma exigência do Estado de Direito e do próprio princípio da legalidade. Espera-se, portanto, da decisão judicial que ela seja desenvolvida conforme critérios, regras e normas, respeitando-se, ademais, os parâmetros do raciocínio jurídico.¹³⁸

Dada a íntima conexão entre legitimidade e racionalidade decisória, propiciadora de exercício do poder de modo consentido,¹³⁹ cabe observar que no âmbito do Direito, um dos temas que atualmente mais tem recebido aprofundamentos refere-se à exigência de que a decisão judicial e de sua justificação¹⁴⁰ sejam resultantes do uso de razão. Mas, afinal, o que é uma decisão judicial racional? O que é uma motivação racional da decisão judicial?

¹³⁷ Cf. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira et al., Curso de..., *op. cit.*, p. 34-35; SILVA, Macedo Anabelle. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.13, apresenta pertinente análise sobre a legitimidade do poder no Estado Moderno, correlacionando a importância da laicização e da despersonalização do poder político, bem como da legislação escrita como forma de documentação e perenização dos textos normativos.

¹³⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula...*, *op. cit.*, p. 287.

¹³⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴⁰ Dentre outros relevantes estudos, podem ser citadas as obras de PERELMAN, Chain; Tyteca, Lucie Olbrechts. *Tratado de argumentação. A Nova Retórica*, São Paulo: Martins Fontes, 2005. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação*, São Paulo: Landy, 2000. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: A teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*, São Paulo: Landy, 2005; AARNIO, Aulios. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradución de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Evidente que as possíveis respostas a tais questões exigiriam aprofundamentos incabíveis neste trabalho, cujo objeto principal restringe-se à motivação das decisões judiciais sob o enfoque de sua eficácia para legitimação da atividade jurisdicional e para contenção do arbítrio para decidir. Aqui a exigência de racionalidade se constitui apenas em uma das várias abordagens temáticas. De todo modo, por esse ângulo, a questão será aqui mencionada, ainda que de forma sucinta.

Apesar da intensa divergência quanto a conceitos, critérios e metodologias pertinentes ao assunto, convergimos para o posicionamento no sentido de que, para qualificar-se como racional, a decisão judicial, no mínimo, deve se caracterizar pela *previsibilidade, aceitabilidade e controlabilidade*.

Sob o primeiro aspecto, ligado ao objetivo de segurança jurídica perseguido pelo Direito, tem-se a *previsibilidade* como exigência inerente à aplicação dos elementos do ordenamento jurídico e ao resultado da decisão judicial. No Direito, o resultado decisório imprevisível coincide com a arbitrariedade. Não obstante a possibilidade de vários fatores irracionais influenciarem a tomada de decisão (condicionamentos psicológicos, intuições, emoções, experiências pessoais, convicções religiosas, filosóficas e ideológicas), exige-se que a solução escolhida pelo julgador se correlacione com expectativas contidas nos parâmetros jurídicos previamente definidos. Conforme a ponderada observação de Ana Paula Barcelos,

a vinculação da decisão judicial ao sistema jurídico em rigor é um primeiro elemento de racionalidade; ao demonstrar essa vinculação de forma consistente, a decisão se beneficia da presumida racionalidade do sistema jurídico e, sobretudo, da contida no seu elemento central: a Constituição.^{141 142}

Luís Roberto Barroso trilha semelhante entendimento:

[..] não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal — é

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p. 44, passim p. 42-43.

¹⁴² AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 26, argumenta: “Supõe-se que o decisor, qualquer que seja sua posição formal, atua de acordo com o ordenamento jurídico. Literalmente, trata-se de um caso de aplicação do Direito. Isso impõe diversos tipos de pressão sobre o decisor.”

necessário que o intérprete apresente elementos de ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão. [...] não custa lembrar que, em um Estado Democrático de Direito, o judiciário apenas pode impor coativamente uma conduta a alguém com fundamento em lei.¹⁴³

Faz-se necessário, ainda, que a decisão não seja incompatível com os valores éticos e políticos vigorantes na sociedade, sob conseqüência de não se qualificar como razoável¹⁴⁴ e, assim, racional. Numa das mais acatadas formulações sobre o tema nas últimas décadas, Aulios Aarnio, ao tratar da responsabilidade de o juiz justificar sua decisão, e tendo o racional como razoável, pondera que “a base para o uso do poder por parte do juiz reside na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de poder que possa ter.”¹⁴⁵

Operando efeitos no meio social, não basta que a decisão judicial se atenha à observância de critérios e procedimentos puramente lógico-formais decorrentes do ordenamento jurídico. Num sentido substancial, para qualificar-se pela racionalidade, além de ser satisfatório para quem o profere, exige-se que o ato decisório atinja, pela via argumentativa,¹⁴⁶ um mínimo de aceitabilidade geral,¹⁴⁷ de maneira a configurar-se como solução que, convincentemente, o próprio atingido por ele adotaria se viesse a decidir caso idêntico.

Nesse sentido, Cláudia Servilha Monteiro sintetiza que

a teoria da argumentação jurídica e outras instâncias epistemologicamente adjacentes a ela no pensamento jurídico

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁴ Neste sentido, refletindo o pensamento de Aulios Aarnio sobre o tema, CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais. Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba:Juruá, 2007, p. 261-267.

¹⁴⁵ AARNIO, Aulios. *Lo racional... op.cit.*, p. 29.

¹⁴⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação*, São Paulo: Landy, 2000, p. 25.

¹⁴⁷ Assim também, fundando-se em Aulios Aarnio. TEIXEIRA, João Paulo Allain. Racionalidade das decisões judiciais. Oliveira, Juarez: São Paulo, 2002, p. 94-97; *Revista de Informação Legislativa: Crise moderna e racionalidade argumentativa no Direito: modelo de Aulis Aarnio*, Brasília, a. 39, n.154, abr./jun.2002, p. 224-225.

contemporâneo tem se dedicado ao debate sobre a problemática da racionalidade das decisões judiciais. Chäin Perelman já advertia para a necessidade de satisfação a uma dupla exigência: a primeira, *sistemática*, concernente à valorização do próprio sistema; a segunda *pragmática*, define a aceitabilidade das decisões, ambos fatores considerados imprescindíveis à jurisdição racional. Dessa forma, não é a referência legal, isoladamente, que torna uma decisão racional, mas a aceitabilidade da solução concreta à qual ela se dirige. O problema da jurisdição concerne à satisfação simultânea da dupla exigência de Perelman. Assim, também, a racionalidade da jurisdição constitucional.¹⁴⁸

Além disso, como decorrência lógica das duas primeiras exigências — previsibilidade e aceitabilidade geral¹⁴⁹ — e ligada à racionalidade da decisão judicial, coloca-se a *possibilidade de se controlar* o conteúdo do que restou decidido pelo julgador. Daí a importância da motivação racional para a objetivação e, assim, a perenização da justificação formalizada, propiciando não só o autocontrole do julgador, que tem no horizonte o dever de motivar, mas também o uso de mecanismos (processuais e extraprocessuais) de ajustes permitidos pelo sistema jurídico.

Num contexto em que não se pode evitar a interferência da subjetividade no ato de julgar, estar-se-ia abrindo extenso espaço à arbitrariedade e, assim, à irracionalidade¹⁵⁰ se não se possibilitasse a existência de controles sobre a correspondência do resultado decisório, inclusive quanto àquilo que se entende como previsível e aceitável.

Nesse entendimento, ligada à noção de racionalidade da decisão judicial — da qual decorre a vinculação do juiz à ordem jurídica — insere-se a motivação como mecanismo que, ao repelir eventual incontrolabilidade decisória, posiciona-se como elemento de conexão entre a solução jurídica vinculante adotada a partir do ponto de vista do julgador e a ordem jurídica.

¹⁴⁸ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Temas de Filosofia do Direito: Decisão, argumentação e ensino*. Florianópolis: fundação Boiteux, 2004, p. 54.

¹⁴⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira et al., *Curso de ..., op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁰ Cf. DA MAIA, Alexandre. MONTEIRO, Cláudia Serilha. *Temas de Filosofia do Direito: Decisão, argumentação e ensino*. Florianópolis: fundação Boiteux, 2004, p.19.

Adverta-se, ainda, que não basta qualquer justificação, mas aquela que se caracteriza como racional. Afinal, de nada adiantaria a pretensão de racionalidade nos julgamentos se o juiz pudesse se utilizar livremente de qualquer motivo para decidir. Por isso, a relevância da exigência de que o ato motivatório apresente consistência fático-jurídica e, assim, mantenha conexão com os elementos jurídicos, os dados probatórios, a atividade interpretativa-aplicativa, as concepções consolidadas na doutrina e na jurisprudência etc.

Aliás, o significado da expressão “racional” ainda se encontra muito longe de um consenso doutrinário, configurando-se como uma das questões mais difíceis e polêmicas do estudo do Direito.¹⁵¹ Dentre as propostas que visam superar o problema do déficit de racionalidade da decisão, uma das mais relevantes é a de Robert Alexy, que formula uma complexa teoria da argumentação jurídica,¹⁵² por meio de um catálogo de regras e fórmulas argumentativas. Também é certo que apesar de sua contribuição para o estudo relativo ao aperfeiçoamento e legitimidade das decisões, tal proposta recebe uma série de objeções, que vão desde aquelas de natureza conceitual à sua própria viabilidade prática, temas cuja análise em muito extrapolariam os objetivos aqui propostos.¹⁵³

De todo modo, se o Estado de Direito estrutura em bases derivadas da razão e se a legitimidade do juízes realiza-se por meio do procedimento — no qual a motivação se revela como um dos mais importantes meios legitimantes —, pode-se afirmar que o julgamento só será legítimo se, pela racionalidade de sua justificação, revelar-se apto a convencer o auditório a que se dirige no sentido de que a essência decisória corresponda a um ideal posicionamento argumentativo consoante com o princípio da isonomia, com características de

¹⁵¹ Cf. NEVES, Marcelo. TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade*, 2002, prefácio. COELHO, Inocêncio Mártires. *Racionalidade*, *op. cit.*, p. 573, pondera que “e a própria sociedade como um todo que define, com seu aplauso ou o seu repúdio, aquilo que lhe parece racional ou simplesmente razoável (...).”

¹⁵² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: A teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*, São Paulo: Landy, 2005.

¹⁵³ A respeito, SILVA, José Sérgio da, *op. cit.*, p. 261-267; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação*, São Paulo: Landy, 2000, p. 314; 320; 330; FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*, Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira e Morgado editores, 2003. FERNANDES, Atahualpa, *op. cit.*, p. 215.

universalidade.

Apesar da complexidade do significado de uma decisão racional, sob o enfoque de que, para legitimar-se pelo procedimento, o julgador necessita exprimir as razões decisórias e, assim, evidenciar previsibilidade, aceitabilidade e controlabilidade acerca do respectivo resultado, mostra-se plausível afirmar que a decisão só será racional se também o for a motivação que a ela se refere, vinculando-se minimamente à necessidade de o julgador apresentar justificação por meio de razões apropriadas.¹⁵⁴

Por tal perspectiva, deve ser considerado que ínsita ao ato motivatório coloca-se a pretensão de convencimento, não sendo impertinente falar da motivação como uma espécie de “tentativa” de persuasão.¹⁵⁵ Com efeito, cabe ao julgador, buscando decidir corretamente, utilizar-se de sua capacidade argumentativa para fazer com seu posicionamento se generalize como critério de tratamento a casos idênticos, cuidando para que o mesmo não se qualifique no campo jurídico-social pela “estranheza,¹⁵⁶ mas como contextualmente admissível¹⁵⁷ e congruente com os valores que de modo mínimo vigoram consensualmente na sociedade. Aliás, aqui tem especial relevância sua compatibilidade com as exigências da dignidade da pessoa humana, como valor fundante do ordenamento jurídico-constitucional.

Neste contexto, como decorrência da pretensão de convencimento antes referida e por não ser bastante fazer mera referência ao texto normativo

¹⁵⁴ Acerca do assunto, Inocêncio Mártires Coelho, MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso...*, *op. cit.*, p. 497: “A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas.” O mesmo autor, *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 33, ao se referir ao dever do intérprete prestar contas de sua atividade, salienta que aquele, “para ser legítimo, há de ser *racional, objetivo e controlável*, pois nada se coaduna menos com a idéia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico e iluminado acima da lei e dos critérios usuais de interpretação.” (destaques nossos).

¹⁵⁵ Cf. PERELMANN, Chain. *Ética...*, *op. cit.*, p. 559 e 569-570. Assim também SALAVERRÍA, Juan Iguartua, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁶ NEVES, Marcelo. *Entre temis e leviatã: uma relação difícil*. São Paulo. Martins Fontes, 2006, p. 210.

¹⁵⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação...*, *op. cit.*, p.36, salienta que a motivação “é, condição de legitimidade, e de eficácia do seu labor hermenêutico, cujo resultado só se tornará *coletivamente vinculante se obtiver consenso social, que, no caso, funcionará, senão como prova, pelo menos como sintoma de racionalidade.*” (destaques nossos)

aplicado, para cumprimento integral do dever de motivar, tem-se que a motivação do juiz — de quem se espera racionalidade argumentativa — deve apresentar consistentes conteúdos formal e material.¹⁵⁸

Com efeito, para obtenção de racionalidade na atividade judicante exige-se que o ato motivatório, para alcançar *consistência*, confira adequada relevância aos dados probatórios, à diversidade circunstancial do caso examinado e à sua correlação com os elementos jurídicos pertinentes, por meio de atividade interpretativo-aplicativa das regras e princípios — explícitos e implícitos — ainda que de maneira não exclusiva.

Mais especificamente, na linha de entendimento das reflexões doutrinárias que ousam se posicionar acerca de tão complexo tema, é preciso, sob conseqüência de não atingir os efeitos esperados, que a motivação apresente *consistente*¹⁵⁹ *justificação interna e externa*,¹⁶⁰ além de *inteligibilidade*¹⁶¹ (ou compreensibilidade) quanto ao seu conteúdo. Afinal, como já afirmado, para qualificar-se como racional, a motivação que a ela se refere deve deter idêntico qualificativo.

A justificação interna relaciona-se à consistência da estrutura lógica do raciocínio jurídico. À vista da lógica dedutiva, busca-se a expressão da congruência formal entre a premissa fática e a jurídica para se justificar uma decisão sem contradições ou incoerências. Já a justificação externa — não se referindo ao acerto, em si, das inferências formais desenvolvidas — corresponde à apresentação de razões que, do ponto de vista crítico, possam ser reconhecidas, a partir de um relativo consenso valorativo da comunidade,¹⁶²

¹⁵⁸ Neste sentido, na linha de Aulios Aarnio, TEIXEIRA, João Paulo Alain: *Crise ...*, *op. cit.*, p. 224-225.

¹⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁰ As noções de *justificação interna e externa*, conforme observa Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 20-26, advém da distinção, que será detalhada à frente, feita pela Teoria da Argumentação jurídica, a respeito da distinção entre os contextos em que a decisão judicial se manifestam. No contexto da descoberta aborda-se os reais motivos que levaram o julgador a um decisório, enquanto que, no da justificação, subdividido pelos planos interno e externo, mencionam-se os parâmetros tomados juridicamente para adotá-lo.

¹⁶¹ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. 2008, 294 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília., Brasília: DF. SANTOS, Moacir Amaral. *op. cit.*, p. 21.

¹⁶² TEIXEIRA, João Paulo Alain. *Racionalidade ...*, *op. cit.*, p. 96: “Assim, não é o

como substancialmente compatíveis, apropriadas, oportunas, aceitáveis.

Isso também remete ao tema da dimensão quantitativa da motivação, da qual deriva a questão da legitimidade das justificações rasas. Evidente que temas incontroversos, de menor complexidade, de restritas consequências fático-jurídicas e os decorrentes de entendimentos já sedimentados — sobretudo no meio jurídico — não exigem aprofundadas motivações para a elaboração de uma satisfatória resposta jurisdicional.

Nestes casos, pressupondo-se que na sociedade e na comunidade jurídica vigoram conhecimentos e posicionamentos aceitos consensualmente, aplicada a razão prática referida por Whieveg e Perelmann, tem-se como necessário compatibilizar decisões não amplamente motivadas com outros valores que permeiam a entrega atividade jurisdicional, dentre os quais a celeridade processual. Portanto, a depender das características e circunstâncias, nem sempre as motivações sucintas deixam de se qualificarem como racionais e, assim, como legítimas e válidas.

Inversamente, se não apresentadas aquelas circunstâncias, a justificação concisa tenderá para a ilegitimidade. É o que ocorre, por exemplo, quando se emprega a técnica de valoração de interesses, valores ou princípios,¹⁶³ à qual, por sua natureza, requer mais esforço argumentativo.

Ademais, para que cumpra seu desiderato de racionalmente propiciar o compartilhamento das razões decisórias, é preciso também que a motivação seja inteligível. Que revele-se compreensível aos seus destinatários, levando em consideração inclusive as chamadas regras de experiência comum, necessárias para permitir que o ato decisório seja conectado à realidade fática por meio de concepções decorrentes daquilo que do ponto de vista fático ou social normalmente acontece e continuará ocorrendo. A respeito é relevante transcrever a lição de José Barbosa Moreira sobre a importância das regras

processo de raciocínio que é razoável, mais apropriadamente porém, fala-se do resultado razoável da interpretação. Para ser razoável, este resultado deve corresponder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica. Com isso, a aceitabilidade substancial teria como referência duas propriedades distintas: de um lado a solução tem que estar de acordo com as leis, como forma de assegurar a a presunção de legalidade; por outro lado a solução encontrada não pode ir contra a moralidade social vigente, como forma de assegurar a razoabilidade.

¹⁶³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Temas ...*, *op. cit.*, p. 30.

comuns da experiência na justificação da decisão:

É óbvio que o legislador, ao redigir normas, não emprega unicamente palavras e expressões de cunho técnico-jurídico, nem se preocupa em definir todas as noções de que se serve. Ele espera ser entendido na medida em que confia na existência de um acervo de conhecimento comum à generalidade das pessoas que terão de lidar com as normas: ao falar, por exemplo, em 'preço', em 'consentimento', em 'animal', em 'edifício', parte do pressuposto de que são geralmente conhecidos, e por isso dispensam explicação, os conceitos expressos em tais vocábulos; apenas quando pretende atribuir-lhes, para fins específico, significação mais ampla ou mais restrita do que a vulgar, é que cuida de lançar definições.¹⁶⁴

A importância da inteligibilidade da motivação é enfatizada por Reinhold Zippelius:

Para a racionalidade e controlabilidade contribuem também os deveres de fundamentação. Estes devem impedir decisões arbitrárias, isto é, não fundamentadas em termos claros, evidenciando também que foram observadas as vinculações à lei e ao direito e garantindo que qualquer um que seja afectado por uma decisão que lhe seja desfavorável conheça os respectivos fundamentos a fim de poder defender-se adequadamente. Estes deveres de fundamentação não só facilitam às instâncias de controlo fiscalizar uma decisão no sentido de saber se ela se fundamenta em considerações lógicas e inteligíveis, mas também obrigam logo as instâncias de decisão a um auto-controle. Estas, ao decidirem e ponderarem conflitos de interesses e de opiniões segundo critérios racionais, retiram-lhe carga emocional, incrementando a capacidade de consenso da decisão e facilitando assim também sua aceitação pelas pessoas afetadas. Os deveres de fundamentação encontram-se, portanto, não só a serviço do Estado de Direito mas também da legitimidade democrática, especialmente da aceitação e

¹⁶⁴ Regras comuns de experiência e conceitos juridicamente determinados. *Temas de Direito Processual — segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64, *apud* DIDIER JUNIOR; Fredie *et al.*, *op. cit.*, p. 41.

transparência das decisões do Estado.¹⁶⁵

Tem-se, pois, que a motivação racional, levando o juiz a observar o comportamento procedimental dele exigível como agente público, funciona como mecanismo legitimante¹⁶⁶ da decisão judicial.

A conexão entre *legitimidade dos decisórios* e a *racionalidade da motivação* é salientada por Luigi Ferrajoli, ao ponderar que o ato motivatório, exprime e ao mesmo tempo garante a natureza *cognitiva em vez da natureza potestativa* do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto *tais verificáveis e falsificáveis* ainda que de forma aproximada; que a validade das sentenças resulta condicionada à verdade, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o 'poder desumano' puramente potestativo da justiça de *cádi*, mas é fundado no 'saber', ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso *refutável e controlável* tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões, seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada no nexo entre convencimento e prova.¹⁶⁷ (destaques nossos).

Como se observa, a legitimação pelo procedimento apresenta duplo aspecto: formal e substancial. O primeiro refere-se aos aspectos pertinentes à observância do procedimento propriamente dito (devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc) e ao respeito aos limites das atribuições constitucionais. Já o segundo, no qual se insere a motivação, relaciona-se aos comportamentos substanciais do julgador durante o processo de concretização do Direito (interpretação, aplicação e justificação), com exigências no sentido de que o mesmo, além de proceder ao julgamento, deve justificá-lo.

¹⁶⁵ ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.*, p. 390-391, *apud*. NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁶ Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *op. cit.*, p. 497.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira et al., *Curso...*, *op. cit.*, p. 497 (destaque nosso).

Mais ainda: deve realizar tais operações de modo racional. Afinal o exercício das atribuições estatais no Estado de Direito, como decorrência da racionalização do poder por ele perseguida, não se compatibiliza com atuações realizadas com inobservância de critérios objetivos, impessoais, imprevisíveis ou incongruentes com os valores estabelecidos a partir dos marcos constitucionais. Nesse sentido, a exigência de legitimidade condiciona-se à existência de decisões racionais (qualificadas pela previsibilidade, aceitabilidade e controlabilidade), cuja aferição só pode ser obtida se a motivação for também racional — expressando consistente justificação interna e externa, além de inteligibilidade.

Reitere-se que a circunstância das decisões judiciais serem provenientes de uma autoridade judiciária regularmente constituída não lhe confere, por si só, legitimidade,¹⁶⁸ da mesma forma que nem toda motivação se caracteriza necessariamente como legítima. Diante do objetivo de convencer e de racionalizar o poder de julgar pelo procedimento, não basta qualquer motivação, fazendo-se necessário que a mesma seja racional (não arbitrária), sob consequência de o juiz não legitimar sua atuação.

Noutros termos, é por meio do pronunciamento da intercomunicação daqueles fatores *subjetivos* selecionados pelo julgador para decidir com os elementos *objetivos* representados pelos parâmetros normativos, que se promove a legitimação do julgamento.

A partir da análise dessa fusão legitimante é que se possibilita a caracterização do ato decisório, não como produto de pura subjetividade, mas como legítima manifestação estatal do órgão jurisdicional incorporado na pessoa do juiz.

Evidenciada a função da motivação racional¹⁶⁹ como mecanismo para

¹⁶⁸ Neste sentido AARNIO, Aulios. *Lo rational, op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁹ Embora tratando do tema sob o ponto de vista especificamente hermenêutico, enquanto nossa abordagem cinge mais ao aspecto da justificação da decisão, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 35-36, procede a interessante correlação entre racionalidade e legitimação das decisões judiciais, ponderando: “Daí a importância de que se reveste, nos países de tradição democrática, o princípio do devido processo legal e as chamadas *garantias judiciais*, como instrumentos de racionalização/otimização do debate processual e, conseqüentemente, de controle dos seus resultados. Em conclusão, neste ponto, a exigência de motivação, que se impõe

legitimar a decisão judicial, passemos ao exame da caracterização funcional desse instituto como meio indutor do prevaecimento de parâmetros e critérios jurídicos nos julgamentos judiciais.

2.2.6 - A motivação como mecanismo indutor da interpretação-aplicação de regras e princípios nos atos judicantes

Visualizada a estruturação constitucional do Estado brasileiro a partir da tripartição dos poderes, tem-se como óbvia a conclusão de que, primordialmente, a função do Poder Judiciário relaciona-se à aplicação dos preceitos normativos estabelecidos no ordenamento jurídico, entendida tal operação como aquela que, conjugadamente à interpretação dos fatos¹⁷⁰ e do texto normativo,¹⁷¹ o juiz, retirando esse último de sua generalidade e abstração, dá-lhe consequência prática, mediante criação da norma jurídica particular regedora do caso concreto.¹⁷² Tal constatação deriva outra não

ao intérprete-aplicador do direito, é condição de legitimidade e de eficácia do seu labor hermenêutico, cujo resultado só se tornará coletivamente vinculante se obtiver se obtiver o consenso social, que, no caso, funcionará senão como prova, pelo menos como *sintoma* de racionalidade.”

¹⁷⁰ Nas palavras de COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 23-24 : “(...)somente com o trabalho hermenêutico de *ajustamento* entre *normas e fatos* – no qual se fundem, necessariamente, a *compreensão, interpretação e aplicação* dos modelos jurídicos – que se viabiliza a ordenação *jurídico-normativa* da vida social, porque é no ato e no momento da *individualização* da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir”

¹⁷¹ Eis a síntese de GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4 ed., São Paulo: Malheiros, p. 86: “As disposições normativas, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em norma (isto é, quando — através e mediante a interpretação — são transformados em normas.) Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem [Ruiz e Cárcova 1991:320]”

¹⁷² SIFUENTES, Mônica. *Súmula...*, *op. cit.*, p.122: Sobre a criação da norma jurídica particular do caso concreto comenta: “que o juiz disponha de 'poder criativo' no exercício da sua função decisória é, hoje em dia, uma afirmação geralmente reconhecida como verdadeira e refletida em uma quantidade de material escrito sobre a interpretação do direito. Trata-se, portanto, de uma premissa que pode ser assumida, sem necessidade de justificativa particular ou discussão, como ponto de partida para outras considerações.” O próprio Hans Kelsen, com suas preocupações relativas à pureza metodológica do direito, visualizava o exercício de função produtora de norma jurídica pelo Juiz. A tal questão é abordada por SILVA, Anabelle Macedo,

menos evidente: a vinculação do juiz ao compromisso de promover, com base nos elementos jurídicos que expressam os valores do ordenamento, a interpretação, aplicação e justificação das decisões que profere.

O legislador infraconstitucional cuidou de enfatizar expressamente aquele dever judicial, enunciando, no artigo 126, do Código de Processo Civil, que

o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.¹⁷³ (destaque nosso).

Mais complexo, no entanto, é o tema da efetividade prática dessa vinculação, pois, como visto antes, aquele que concretamente realiza os julgamentos para resolução dos conflitos de interesses tem a seu dispor liberdade para optar pelas mais variadas soluções decisórias, não se podendo excluir sequer a possibilidade de decisões indevidamente resultantes de sua íntima convicção ou mesmo aquelas que não coincidem com a observância dos elementos normativos vigorantes.

Partindo-se do pressuposto de que o juiz, ao decidir, encontra-se vinculado às normas jurídicas e que, no Estado Democrático de Direito, o exercício racional das atividades estais devem compatibilizar-se com critérios de racionalidade tem-se que, na sua deliberação, dirigida à criação da chamada norma particular de decisão, o julgador somente estará, realmente *observando e, assim, aplicando as regras, princípios e valores*, na medida em que utilizar-se daqueles elementos normativos *adequadamente* aplicáveis ao caso apreciado. Afinal, tendo em vista que a noção de Estado de Direito requer o emprego da razão e que o Direito visa atender aos seus objetivos primordiais de segurança e justiça,¹⁷⁴ seria absurdo racionarmos no sentido de

Concretizando ..., op. cit., p.35: "Registre-se que mesmo Han Kelsen concebia o ato jurisdicional como criador do direito, eis que segundo a teoria do escalonamento hierárquico do Direito a decisão judicial constitui exercício de competência normativa estabelecida por norma de estrutura hierarquicamente superior. Neste sentido a lição de Norberto Bobbio in *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: Editora UNB, 1997 ."

¹⁷³ NEGRÃO, Teotônio; GOUVÊA, José Roberto F., op. cit., p. 267.

¹⁷⁴ Cf. BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito – Lições de propedêutica jurídica tridimensional*. São Paulo; Letras e Letras, 2004., p. 536; AMORIM, Letícia Balsamão.

que este a noção de aplicação não traz consigo a expectativa de regular de forma correta a vida social.

Se do julgador exige-se racionalidade maior do que do próprio legislador,¹⁷⁵ é de se concluir que não se busca a concretização daquilo que se caracteriza como socialmente inaceitável.¹⁷⁶ Assim, do ponto de vista lógico, é função do magistrado, sob pena de denegar justiça na interpretação-aplicação encontrar soluções corretas e justas para solucionar as demandas postas para julgamento.¹⁷⁷ Até porque, conforme acentua Robert Alexy, incorreria numa contradição performativa o juiz que deliberasse proferir uma decisão que, embora baseada no direito positivo, fosse qualificada pelo seu próprio prolator como injusta ou incorreta.¹⁷⁸

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, salienta que o

Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução argumentativa do processo de aplicação, e, por outro lado, da determinação argumentativa da qual, dentre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação ao caso concreto.¹⁷⁹

Em substância, só se pode considerar que o juiz esteja aplicando as normas jurídicas se se utilizá-las numa relação de coerência e correção com os critérios, diretrizes, padrões e objetivos estabelecidos pelo ordenamento

Sobre a pretensão de correção da lei injusta. Revista de Informação legislativa, ano 43, n. 171, jul./set.2006, p. 285-286; BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p. 185 -188.

¹⁷⁵ GARCIA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 217, *apud*. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 100-101, acerca do legislador racional, assim pondera: “[...] ‘frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que *el legislador real no es racional* o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quines tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican la ley’ “(grifos nossos).

¹⁷⁶ PERELMANN, Chäin. *Ética ...*, *op. cit.*, p. 564.

¹⁷⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Racionalidade...*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria ...*, *op. cit.*, p. 310.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 200, p.160, *apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto dos advogados de Minas Gerais.* Belo Horizonte: IAMG, 2006. p.29.

jurídico-constitucional. Cabendo-lhe decidir de maneira otimizada, manifesta-se tal pretensão como idéia regulativa, a fim de que a solução a ser adotada deve ser construída pelo juiz, numa perspectiva ideal, como única que a partir do seu ponto de vista se mostra apropriada, valendo a advertência de Luis Pietro Sanchis no sentido “(...) *el juez dicta su fallo como el único possible a la vista de los aspectos fácticos e normativos sometidos a su conocimiento.*”

À vista da concretização do Direito a partir da atividade interpretativo-aplicativa praticada pelos magistrados, as expectativas de racionalidade dos resultados decisórios manifestam-se por dois aspectos:

i) pelo dever do julgador não se restringir a só decidir sobre a demanda, mas também motivar, pronunciando as razões orientadoras da referida decisão (art.93,IX, CR);

ii) pela exigência, decorrente de sua investidura como agente público, no sentido de decidir e motivar com base naquilo que legitima e objetivamente resta estabelecido como padrões de condutas (regras e princípios).^{180 181}

Com efeito, compreendida na noção de segurança jurídica, é por meio da previsibilidade que se pode deduzir, de forma objetiva, como opera toda a estruturação jurídica, assim como as pautas de comportamentos a serem observadas pelo indivíduo e pelos próprios órgãos estatais. Concernente a isso, reproduzindo o pensamento de Pérez Luño, no sentido de que a segurança jurídica vincula-se intimamente ao modelo de legitimação do Estado de Direito, Sérgio Nojiri¹⁸² menciona que aquele autor espanhol

distingue a segurança jurídica em duas acepções básicas. A primeira

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação ...*, *op. cit.*, *prefácio*, salienta que “a abertura dos textos normativos, o exercício de discricionariedade pelo intérprete e expansão do papel de juízes e tribunais criaram demandas de elaboração teórica. De fato, em nome da objetividade mínima do direito e da previsibilidade das condutas, impõe-se o desenvolvimento de parâmetros técnicos que permita a controlabilidade das decisões, preservando o Estado democrático de direito de uma degeneração indesejável: a do voluntarismo judicial.”

¹⁸¹ FERNANDEZ, Atahualpa, *op. cit.*, p. 87, menciona que as normas propiciam a geração de ações coletivas eficientes, por duas razões: “a) contribuem para modificar as preferências, desejos e ações dos indivíduos; b) ajudam a assegurar suas expectativas”, servindo, pois, como fator mediante o qual se permite compreender racionalmente o funcionamento do ordenamento jurídico – seus fins, metodologia, critérios, padrões e conseqüências.

¹⁸² NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p.109 -110.

(*stricto sensu*), se manifesta como uma exigência *objetiva* de regularidade estrutural e funcional, através de suas normas e instituições. A segunda, que representa sua faceta *subjetiva*, requer a possibilidade de conhecimento do direito por seus destinatários. 'Graças a essa informação, realizada pelos adequados meios de publicidade, o sujeito de um ordenamento jurídico deve poder saber com clareza e de antemão aquilo que lhe está sendo mandado, permitido ou proibido. Em função desse conhecimento, os destinatários do direito podem organizar sua conduta presente e programar expectativas para sua atuação futura sob pautas razoáveis de previsibilidade'.¹⁸³

Com isso, embora não se possa garantir certeza, pelo menos tem-se expectativas direcionadas aos resultados decisórios pretendidos pelo Direito. Sobre a correlação entre segurança jurídica e a concreção da norma jurídica, Hans-Georg Gadamer advertia:

A tarefa da interpretação consiste em *concretizar* a lei em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar esta ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podermos ter uma idéia daquilo a que nos atemos. Qualquer advogado ou conselheiro está em princípio capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, pra predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes¹⁸⁴.

Nessa linha de entendimento, por considerar que a previsibilidade se constitui em garantia do Estado Democrático de Direito,¹⁸⁵ não se pode negar como manifesta a relevância da motivação no que se refere a levar o julgador a

¹⁸³ LUÑO, Antonio-erique Pérez. *Seguridade jurídica*, Barcelona: Ariel Derecho, 1991, p. 21-21.

¹⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 489.

¹⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p. 308.

realizar o processo interpretativo-aplicativo com base nos elementos normativos. Por não ser possível aferir o pensamento íntimo do juiz, procura-se controlar o uso da subjetividade por intermédio da racionalidade proporcionada pelo referido mecanismo.

É por meio do ato motivatório que se busca limitar o uso de puro subjetivismo¹⁸⁶ pelo magistrado,¹⁸⁷ com redução, ao mínimo possível, aquele “resíduo incômodo de voluntarismo” e de íntima convicção que inevitavelmente perpassa o processo de tomada de decisão judicial.¹⁸⁸ Com isso, obtém-se limitações à indeterminabilidade dos resultados decisórios e possibilidades objetivas de, efetivamente, se verificar a observância dos parâmetros e critérios normativos utilizados nos julgamentos dos casos concretos, assim como o eventual descumprimento do dever daquele, como agente de uma função pública, utilizar-se do Direito para julgar.

¹⁸⁶ Cf. MICHELON Jr. Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 39, 44, 46, 49 e 52. Na linha do citado autor, distinguimos objetividade e subjetividade considerando que, no plano da filosofia, aquela se insere como característica dos eventos ocorrentes no “mundo” externo ao sujeito, os quais devem ser observados e descritos como eles são, mediante juízos avalorativos (de fato), independentemente de como pessoalmente o percebemos, numa manifesta ênfase do objeto frente ao sujeito. Neste âmbito, a caracterização daqueles eventos decorreriam das qualidades inerentes ao objeto em si mesmo, como, por exemplo, tamanho (extensão) e posição no espaço (massa), movimento ou, ainda, que sejam mensuráveis ou detectados por mais de um sentido. Diferentemente, referimos à subjetividade enfatizando a posição do sujeito, ou seja, como aquilo que se passa internamente na nossa mente e que, variavelmente, são aferíveis mediante juízos de valor, como as nossas emoções, vontades, prazeres, imagens mentais, sensações. ABBAGNANO, Nicola, *op. cit.*, p. 1089, referindo-se à subjetividade, salienta tratar-se do “caráter de todos os fenômenos da consciência, ou seja, os que o sujeito relaciona consigo mesmo e chama de meus”.

¹⁸⁷ Constitui objeto de importante preocupação doutrinária a compatibilidade e conjugação entre a a objetividade das normas jurídicas e a subjetividade daquele que a aplica, conforme menciona ADEODATO, João Maurício. *Ética...*, *op. cit.*, p. 219“ (...) Diversos autores procuraram um terceiro caminho, não tão simplista quanto a postura da *École de l'Exegése*, mas também sem tornar a interpretação incontrolável, ao bel-prazer do operador jurídico. Na Alemanha, juristas como Teodor Wieweg, Robert Alexy, Peter Haberle, Konrad Hesse e Winfried Hassemer, dentre muitos outros, sugerem alternativas. Também é essa a intenção de Friedric Müller. Diante da controvérsia, no século XIX e parte do século XX, aparentemente excludente, entre a possibilidade de uma interpretação objetiva e a resignação ante a inevitabilidade da subjetividade, defende a tese de que a norma é produzida por um processo complexo que vai muito além daquilo que está no texto da Constituição e das leis em geral.”

¹⁸⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, *op. cit.*, p. 35.

Cabe advertir, porém, que só tem sentido falar de motivação como forma de controle de subjetividade do juiz se se pressupor racionalidade na atuação do julgador. Evidente que o ato motivatório, por si, não impede julgamentos arbitrários, embora seja criadora de dificuldades para se justificar de modo coerente decisões colidentes com parâmetros previsíveis, sobretudo diante da perspectiva de que as razões serão, pública e documentalmente, submetidas à crítica.

De fato, dispensado unicamente o Tribunal do Júri da obrigatoriedade de motivar, é certo que, do ponto de vista lógico, a imposição do ônus de pronunciar as razões pelas quais sua decisão mantém conexão com as regras e princípios jurídicos, ao mesmo tempo, implica a constituição de dificuldades quanto a argumentar racionalmente um ato decisório incompatível com o ordenamento. Nesse sentido, não se pode deixar de considerar que, associada à vinculatividade do julgador ao Direito positivo, o dever de justificar a decisão proferida configura-se como vetor que impulsiona aquele à interpretação-aplicação de normas jurídicas nos julgamentos.

Tal função indutora desempenhada pela motivação, enquanto mecanismo destinado a fazer com que, no lugar de desígnios pessoais, o julgador interprete e aplique racionalmente os elementos normativos ao qual se encontra vinculado, liga-se à própria legitimidade das decisões judiciais, assim como da atividade jurisdicional como um todo.

Na realidade, pressupondo-se atuação racional do órgão julgante, as próprias partes, durante suas respectivas argumentações, objetivam que o juiz *não só decida* sobre o litígio em consonância com argumentos jurídicos, *mas também que justifique* a deliberação com base neles, evidenciando, pois, que o ato motivatório funciona como mecanismo apto a tornar eficazes as regras e os princípios nas decisões judiciais, ainda que não exclusivamente. Mesmo porque, se pudesse o juiz decidir e motivar sem se ater aos parâmetros jurídicos previsíveis, teríamos a motivação, não como um ato juridicamente vinculado, mas como uma espécie de exame de consciência do julgador.

Tem-se, pois, que a exigência da motivação, ao mesmo tempo que destaca a relevância dos elementos jurídicos no processo interpretativo-

aplicativo, opera como meio de se induzirem julgamentos judiciais fundamentados naqueles padrões normativos, ou, inversamente, como instrumento destinado a repelir incidência de elementos de natureza *exclusivamente* extrajurídica (religiosos, ideológicos, políticos, etc.) ou de parâmetros antijurídicos como norteadores da solução adotada.

Nesse ponto, pretendendo a seguir examinar a importância da motivação para contenção de arbítrio na decisão judicial, interessa-nos visualizar as manifestações desse comportamento ilegítimo pelo prisma do processo interpretativo-aplicativo das normas jurídicas. Atenção especial merece as possibilidades de o julgador se utilizar, de modo voluntarista, do imenso conjunto de regras e princípios inseridos no ordenamento jurídico-constitucional, para decidir e motivar. Tais temas, que requerem maiores aprofundamentos não só acerca da vinculação daquele agente estatal com o ordenamento, mas da própria questão da influência da subjetividade no julgamento e dos limites entre decisão legítima e arbitrária, serão objeto de análises no tópico seguinte.

CAPÍTULO III - LEGITIMIDADE E ARBÍTRIO NA DECISÃO JUDICIAL

Como umas das elementares formas de manifestação do poder político soberano, pretende-se que o exercício da jurisdição não se caracterize pelas possibilidades de idiossincráticas deliberações de quem se acha investido na função judicante, mas por condicionamentos objetivos destinados a fazer com que os julgamentos sejam fundados no Direito.

Apesar da relevância da subjetividade como fator humanizante no ato de julgar, a experiência histórica — servindo o nazismo como exemplo eloquente — recomenda limites ao exercício do poder.

Assim, como a legitimidade dos juízes para o exercício da jurisdição se dá por meio do procedimento, e não pela via eletiva, a fim de que se alcance impessoalidade e atuação objetiva, o ordenamento jurídico submete o poder de julgar a alguns pressupostos, que, em substância, podem ser correlacionados à i) observância das exigências procedimentais pertinentes ao devido processo legal em sentido amplo (ou às garantias constitucionais do processo¹⁸⁹), dentre eles a motivação racional (art. 93, IX, CR; 458, CPC; 386, CPC etc.) e ao ii) respeito pertinente aos limites do âmbito de atribuições constitucionais conferidas ao Poder Judiciário.¹⁹⁰

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso ...*, *op. cit.*, p. 476-497.

¹⁹⁰ Sobre a legitimidade da atuação do juiz no Estado Democrático de Direito, tendo este como idéia fundada na síntese histórica do constitucionalismo (limitação de poder e supremacia da lei) e da democracia (soberania popular e governo de maioria), BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*. Porto Alegre: Ed..Fórum, ano IX, nº 46, 2007, p. 39, comenta que "...constitucionalismo traduz respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo de maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isso ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado Constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem os juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o legislativo e o Executivo —, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será

Noutros termos, num contexto revelador de que a sua prolação por um agente jurisdicional regularmente investido não basta para que sejam qualificadas como legítimas as decisões judiciais, é possível afirmar que, para não se classificarem como arbitrárias, além de prévia atenção aos limites do papel judicante atribuído ao Poder Judiciário, também se exige que sejam precedidas da observância do procedimento previsto, tanto no aspecto formal ou procedimental propriamente dito (contraditório, ampla defesa, devido processo legal, etc.) quanto no material (interpretação, aplicação e justificação).

Quanto a este último aspecto, no qual se insere o tema da motivação, tem especial relevância para o nosso estudo as questões pertinentes à conexão da deliberação com os elementos normativos.

Nesse rumo, apesar de o exercício da jurisdição configurar-se como uma função não privada,¹⁹¹ deve ser considerado que a efetiva realização daquela atividade manifesta-se por meio da atuação intelectual das pessoas investidas de jurisdição, circunstância propiciadora de eventual uso de excessiva liberdade por quem a exerce. Óbvio que os obstáculos a que estão submetidos os julgadores para decidir são abstratos, configurados a partir de puros deveres jurídicos, com pretensões direcionadas a que, na realização da prestação jurisdicional, apesar da liberdade para julgar, sejam considerados os parâmetros normativos.

Assim, inexistindo mecanismos que correspondam a uma espécie de armadura intelectual, que adstrinja o julgador a decidir segundo idôneos padrões definidos pela ordem jurídica, coloca-se de maneira objetiva a motivação como instrumento destinado a obstacularizar a ocorrência de atos decisórios nos quais sejam utilizados critérios e parâmetros *exclusivamente extrajurídicos ou antijurídicos*, circunstâncias que remetem a considerações

afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.”

¹⁹¹ Vale lembrar que, mesmo na Arbitragem, a atividade desenvolvida pelos árbitros — limitada às hipóteses previstas pela lei 9.307/96 —, constitui-se numa delegação da jurisdição do Estado. Cf. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 96 .

mais aprofundadas sobre a autonomia do juiz e, em especial, aos limites legítimos dentro dos quais lhe é permitido transitar na tarefa de julgar.

Apesar da inevitável influência da subjetividade contida no ato de decidir, para que a jurisdição, na prática, opere de forma racional — não segundo o livre arbítrio dos juízes — e, assim, haja resultados previsíveis, aceitabilidade e alguma forma de controle quanto à sua aplicação no plano prático, é imprescindível que as decisões se mostrem conexas aos padrões normativos definidos pelo sistema jurídico.¹⁹² Mesmo porque, no Direito, autonomia decisória e arbítrio não podem ser tidas como expressões sinônimas.

Sobre o “livre-arbítrio judicial”, José Luiz Vásquez Sotelo, adverte

que o juiz não é livre no sentido de arbitrário e não pode julgar sob critérios caprichosos, subjetivos, idealistas ou românticos, informadores de seu 'particular sentimento jurídico',¹⁹³ devendo, ao contrário, guiar-se pelas normas que informam o sistema jurídico.

Saliente-se que a condição de agente jurisdicional não lhe atribui, por si só, garantia de resultados razoáveis e legítimos. Ainda quando se faça necessário realizar interpretações levando em conta valores extrajurídicos, mostra-se imprescindível conectá-las ao sistema jurídico,¹⁹⁴ sob consequência do procedimento caracterizar-se como incongruente com o Estado de Direito.¹⁹⁵ Conforme sintetiza Mônica Sifuentes: “A independência e liberdade do juiz, por isso, não é e não pode ser absoluta: a decisão deve-se pautar e deve ajustar-se aos princípios legais e constitucionais.”¹⁹⁶

Acerca disso, pode-se afirmar com Karl Larenz e Schönfeld no sentido de que, embora seja impossível interpretar e aplicar as normas jurídicas de forma pura e simplesmente vinculada, também deve ser advertido que a

¹⁹² BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação ...*, op. cit., p. 42.

¹⁹³ *Apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, op. cit., p. 30-31.

¹⁹⁴ V. AARNIO, Aulios. *Lo racional como razonable*. Trad.de Ernesto Garzón Valdésy Ruth Zimmerling, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 27.

¹⁹⁵ “Não pode o juiz, sob a alegação de que a aplicação da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério.” (STF-RBDP 50/159 E Amagis 8/363) In NEGRÃO, Teotônio e GOUVÊA, José Roberto F., *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 251.

¹⁹⁶ SIFUENTES, Mônica. *Súmula...*, op. cit., p. 28.

desmedida liberdade de decidir implica arbitrariedade:

a concretização do Direito pelo tribunal [...] é necessariamente tão livre quanto vinculada, 'podendo variar em grandeza e medida essa liberdade'. Não existe uma concretização do Direito pura e simplesmente 'livre', porque isso seria arbítrio, e portanto o contrário do Direito.¹⁹⁷

Luís Roberto Barroso, tratando da argumentação jurídica na decisão judicial, salienta a necessidade de que nas decisões judiciais não haja predomínio dos elementos subjetivos em detrimento dos normativos, mencionando que

a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que apóiem e lhe dê sustentação. Ou seja, não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal — é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão. Embora óbvia essa exigência tem sido deixada de lado com mais frequência do que se poderia supor, substituída por conexões pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. Não custa lembrar que, em um Estado democrático de direito, o Judiciário apenas pode impor determinada conduta a alguém com fundamento em lei. A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* — não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral. Nessa linha, ao menos como orientação *prima facie*, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas.¹⁹⁸

Como a legitimidade da decisão judicial decorre da apresentação de “razões apropriadas”,¹⁹⁹ vale enfatizar que, para atingir aquela qualificação não basta ao julgador motivar, mas motivar racionalmente, com base no Direito.

Daí a exigência de que o decisório, ao invés de voluntarismos e desígnios puramente pessoais do prolator, obedeça aos padrões jurídicos do

¹⁹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia do Direito*. 4. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 150.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Temas...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira ET AL., *Curso ...*, *op. cit.*, p. 497.

Estado Democrático de Direito.²⁰⁰ Mesmo quando se possa, sob algum parâmetro, tê-la como justa, uma decisão judicial puramente subjetiva implicará violação à ordem jurídica se não for, ao mesmo tempo, legitimada por meio de sua justificada conexão com o ordenamento jurídico-constitucional. Afinal, são os critérios definidos por este que devem servir de base determinante para os julgamentos que atendam critérios de racionalidade.

A propósito, cabe ponderar que a motivação, embora seja fator de objetividade das decisões judiciais, não implica completo tolhimento da subjetividade do julgador, permitindo-se abertura para a interpretação-aplicação humanística das normas jurídicas, bem como a concreta compatibilização delas com os objetivos maiores de segurança e justiça.

A respeito da exigência de vinculação entre decisão judicial e as regras, princípios e valores como forma legitimação daquela, colocam-se algumas questões importantes referentes à atividade interpretativo-aplicativa pertinente aos textos normativos, no particular sobre a caracterização ou não de arbitrariedade na decisão judicial que não observa o sentido literal dos enunciados normativos, bem como daquela em que, diante de duas ou mais soluções apresentadas como corretas, o julgador livremente opta por qualquer delas. Examinemos tais questões.

3.1 - A literalidade dos enunciados normativos e a interpretação judicial arbitrária

A exigência de se observarem normas jurídicas para se formular a

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*. Porto Alegre: Ed. Fórum, ano IX, nº 46, 2007, p. 48.: “ O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando estejam em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre as normas ou fazer escolhas fundamentadas. [...] Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos(...).”

solução decisória judicial aplicável ao caso concreto não se identifica com a postura correspondente àquela que o coloca como “*Les Bouche qui prononcent les paroles la loi*”. Em função do princípio da tripartição dos poderes, não restam dúvidas de que o juiz deve se ater aos enunciados normativos como pauta para o processo de interpretação-aplicação das normas jurídicas, embora não esteja necessariamente adstrito às misteriosas “vontade da lei” e “vontade do legislador”. Pontes de Miranda assim percebia o equívoco de se confundir a literalidade do texto normativo com a norma, como fazia a Escola da Exegese:

o direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. E esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a letra legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: apaziguar, realizar o direito objetivo. Seria a perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mas anti-social e, como a lei e a jurisdição servem à sociedade, absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só atenderia a eles, fosse a moral, fosse a ciência, fosse a religião, se coincidissem com o papel escrito (...). Seria pouco provável a realizabilidade do direito objetivo.²⁰¹

No momento atual, diante de uma sociedade aberta, complexa e plural, mostra-se inviável o prevalecimento daquelas concepções positivistas que, fundamentalmente, identificam o Direito à lei e remetem as questões dos valores para o campo extrajurídico. Apesar de não ser dado ao juiz desconsiderar a importância da literalidade como ponto de partida para dimensionar a norma jurídica aplicável ao caso concreto e, também, como limite ao seu proceder interpretativo,²⁰² não se pode ignorar a realidade social — e com ela as variantes concepções e valores da sociedade²⁰³ — com a qual

²⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 288-292.

²⁰² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, *op. cit.*, p.45.

²⁰³ As chamadas mutações normativas, dentre as quais se destacam as mutações

se encontra envolvido todo o ordenamento. Portanto, embora a estrutura textual da norma se configure como a pauta interpretativa, não cabe ao juiz tê-la como a exclusiva razão norteadora de sua decisão.

A respeito da não identificação do Direito com a lei, é oportuno citar Aulis Aarnio, o qual, além de evidenciar a necessidade de se correlacionar a decisão ao Direito, também salienta que os enunciados normativos não são completamente autônomos como elementos do ordenamento jurídico, mas interconectados intensamente com a vida social:

o aspecto substancial da segurança jurídica consta dois elementos. Primeiro, toda decisão genuinamente jurídica tem que estar de acordo com o direito válido. Esta é uma pré-condição mínima de uma decisão jurídica. Porém, ainda assim, as normas jurídicas não são completamente autônomas com respeito a outras normas da sociedade. Elas recebem, ao menos em parte, seu próprio conteúdo das normas morais e de outras sociais. Em certo modo, as normas jurídicas e as outras normas atuam interconectadamente. Tomemos um exemplo: em certo setor, a lei exige que todos os indivíduos sejam tratados sobre uma base de igualdade. Enquanto tal, o texto da lei não oferece nenhuma resposta à pergunta acerca do que é a igualdade. Portanto, o conteúdo da lei depende de interpretação e esta, a sua vez requer que se leve em conta normas não jurídicas referentes à igualdade. Neste caso, a certeza jurídica contém, além da eliminação de arbitrariedade, dois aspectos: a decisão tem que ser conforme o Direito e estar em concordância com outras normas sociais não jurídicas.²⁰⁴

Semelhante é a percepção de Inocêncio Mártires Coelho a respeito do tema, na sua correlação com o processo interpretativo-aplicativo, ao asseverar que

já não basta apresentar razões normativas — reputadas

constitucionais, são exemplos claros da interferência das realidade social no significado e alcance das normas. No Direito brasileiro, a título de exemplo, expressões como atos obscenos, bons costumes, interesses públicos embora permaneçam em diversos textos legislativos, tiveram o seu sentido contundentemente alterados desde a edição daqueles.

²⁰⁴ AARNIO, Aulios. *Lo racional...*, *op. cit.*, p. 27.

necessárias, mas não suficientes — para justificar as decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário justificar a própria justificação, 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 e princípios do ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ser objetivas e compreensíveis por todos quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelas decisões dos aplicadores do direito.²⁰⁵

Sob tal enfoque, realçado que a aplicação das normas jurídicas não se confunde com fetichismo quanto ao mero teor literal do texto normativo, também deve ser enfatizado que o dever de o julgador explicitar na motivação a correlação entre seu decisório e a ordem jurídica constitui-se numa condição imprescindível para contenção de voluntarismos, subjetividades e arbítrio na atividade jurisdicional.²⁰⁶ Isso porque toda a racionalidade do Direito liga-se às expectativas de que as decisões judiciais, como mecanismo de fechamento do sistema jurídico, atenham-se à observância e aplicação das regras e princípios — explícitos e implícitos —, pelos juízes.

Nesse panorama, exerce a motivação um papel fundamental no que concerne, não só quanto a indicar o inteiro conteúdo do ato decisório, mas também à efetivação das normas jurídicas nos julgamentos proferidos pelos órgãos jurisdicionais e, por conseguinte, ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, que não se compadece com posturas e interferências nas esferas alheias por meio de manifestações puramente pessoais de quem exerce funções estatais.

A aplicação das normas jurídicas pelo julgador, por meio da conexão entre a decisão e o ordenamento jurídico, constitui-se, pois, ao lado da

²⁰⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, op. cit., p.36.

²⁰⁶ AARNIO, Aulis. *Lo racional...*, op. cit., p. 26-27: “(...) os tribunais tem que comportar-se de tal maneira que os cidadãos possam planejar sua própria atividade sobre bases racionais. Em muitos casos, a decisão jurídica são a única razão propriamente dita de planejamento do futuro. A sua vez, o planejamento racional é uma condição necessária para a preservação da sociedade. É um requisito de coesão social. Quando impera imprevisibilidade, a sociedade se dissolve na anarquia que, a sua vez, encontra-se em oposição a toda fundamentação justa e jurídica.”

explicitação das razões decisórias, num marco determinador da legitimidade da atuação do juiz. Qualquer julgamento fundado *exclusivamente* em intuições, concepções pessoais, voluntarismos ou qualquer forma de puro subjetivismo, por contrariar os parâmetros do paradigma estatal, antes referido, configura-se como violadora da expressão da vontade geral e como produto do arbítrio do agente estatal.

Por maior que seja a credibilidade, idoneidade, boa intenção e saber do julgador, ao preterir os padrões jurídicos legitimamente estabelecidos (a regra do jogo democrático, que pressupõe inclusive resguardo aos direitos das minorias contra eventuais excessos da maioria circunstancialmente prevalecente) e atuar só de acordo com sua consciência, estará incorrendo em arbítrio,²⁰⁷ dado que a juridicidade contida nas leis e na constituição se constitui no limite e fundamento da atuação do Poder Judiciário. Tanto que, mesmo quando que não caracterizados impedimentos legais típicos, em situações justificáveis permite-se ao magistrado abster-se de julgar a causa, dando-se por suspeito (art.135, parágrafo único, CPC).

Em considerável medida, a efetividade das demais funções da motivação decorre da legítima interpretação-aplicação das regras e princípios pelo julgador, sem que isso signifique exigência de que, ignorando os valores que permeiam o Direito, deva vincular-se estrita e exclusivamente aos dados semânticos dos textos normativos. Embora não possa deturpar a expressão textual, conferindo-lhe sentido circunstancialmente deformante ou incompatível,²⁰⁸ impõe-se com imprescindível levar em consideração outros

²⁰⁷ SANCHIS, Luís Pietro. *op. cit.*, p.123.

²⁰⁸ Repercutindo o pensamento de Umberto Eco sobre os limites da interpretação, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 43, pondera que [...] ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, tampouco ir além do seu significado linguisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como *limite da interpretação*.” Ao se referir à abertura e riqueza semântica dos enunciados normativos. O mesmo autor, *op. cit.*, p. 111, salienta que “[...] ao se referir às múltiplas interpretações que um texto possibilita e reconhecer a existência de critérios para verificar a sensatez dessas interpretações, Umberto Eco rejeita a idéia de que todas as interpretações sejam igualmente válidas, pois algumas delas se mostram iniludivelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis e assim devem ser consideradas.”

fatores que permeiam a realidade social em que se efetua a atividade interpretativo-aplicativa, conferindo especial relevância aos valores, fundamentos e objetivos constitucionais (art. 1º e 3º, CR).²⁰⁹

Daí porque a inobservância do teor literal da disposição normativa não se caracteriza, por si, como manifestação de arbítrio na decisão judicial. Sendo inviável o estabelecimento de exclusiva linguagem codificada ou simbolizada²¹⁰ no Direito e tendo em vista não ser razoável exigir que todas as pessoas tenham idêntica visão de mundo — podendo, pois, variar circunstancialmente o significado das expressões jurídicas —, por certo, desde que a solução jurídica dada pelo juiz se apresente como racional (previsível, razoável socialmente e sujeita aos mecanismos de controles pela motivação), restará caracterizada a legitimidade do resultado decisório.

Contudo, mesmo naquelas situações em que o ordenamento não alcança sua pretensão de completude, coerência e clareza, permitindo, respectivamente, as chamadas lacunas, antinomias e obscuridades, não cabe ao juiz proceder de modo privatístico e julgar a causa simplesmente desconsiderando os componentes do ordenamento jurídico.

3.2 - Lacunas, antinomias, obscuridades e tensões entre princípios e a motivação do decisório

Nesses casos, apesar do inexorável elasticamento das possibilidades

²⁰⁹ Aliás a importância da correlação entre o significado da norma face à situação fática em que se apresenta o problema jurídico é objeto de uma das mais relevantes concepções metodológicas da atualidade: a chamada metódica normativa-estruturante, de Friedrich Müller, que tem como postulados básicos a distinção entre texto normativo e norma e “programa normativo” (comando normativo) e “domínio normativo” (realidade social). Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Temas ...*, op. cit., p. 8.

²¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, op. cit., p. 41, ao contrapor-se a tese da dispensabilidade da interpretação pondera: “Refutando esse modo de ver as coisas, e após ressaltar a natureza necessariamente problemática da interpretação – porque em seu âmbito o intérprete deve considerar os diferentes significados possíveis de um termo, ou de uma sequência de palavras, para escolher, afinal, aquele que lhe parece o *correto*, Karl Larenz adverte que seria erro aceitar que os textos só carecem de interpretação quanto surgem com o particularmente obscuros, pouco claros ou contraditórios. Diversamente - adverte o mestre da metodologia da ciência -, em princípio, *todos*, os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo essa necessidade de interpretação, não um *defeito*, mas um *dado da realidade*, continuará a subsistir enquanto as leis sentenças, resoluções e contratos não forem redigidos exclusivamente em linguagem codificada ou simbolizada.”

dos resultados relativos ao processo interpretativo-aplicativo, tal não implica absoluta liberdade para julgar. Do dever constitucional de motivar a decisão judicial decorre exigências no sentido de justificar, não só a própria caracterização daquelas situações autorizadoras do julgamento por analogia, costumes e princípios gerais de direito²¹¹ (arts.4º, LICC; 126,CPC), mas também a exposição dos motivos daquelas escolhas — que não podem se fundar em razões outras senão naquelas objetivamente compatíveis com os valores inseridos na Constituição e no conjunto de leis vigentes. Aliás, nesse ponto mostra-se pertinente enfatizar a advertência de Luís Roberto Barroso, no sentido de que a exigência de legitimação do juiz nas situações em que lhe é conferida maior abertura para julgar também potencializa o seu dever de apresentar justificação quanto ao decidido.²¹²

Aliás, ainda quando esteja autorizado a julgar com base na equidade apenas (art. 127, CPC), remanesce incólume a vinculação daquele ao ordenamento jurídico. A exigência de motivação nesses casos não se destina a contemplação dos motivos pessoais que o levaram à decisão. Mesmo quando a justificação é alicerçada em parâmetros equitativos, deve ser acompanhada de uma fundamentação satisfatoriamente coerente com a ordem jurídica,²¹³ sob conseqüência de prevalecimento de puros pontos de vistas pessoais ou intuições caracterizadores de julgamentos despóticos. Conforme percebe Ana Paula Barcellos,

o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida

²¹¹ TAVARES, André Ramos, *op. cit.* p. 98-102 e 113-114, baseando-se no pensamento de Floréz-Valdés, Limongi França e Emílio Betti, distingue os *princípios dos princípios gerais do Direito*, atribuindo àqueles a qualidade de espécie de norma e a estes a característica de “fundamentos”, “objetivos” e “valores supremos” do ordenamento jurídico: “Assim, Floréz-Valdés, entende por princípios gerais do Direito: '(...) as idéias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanadas da consciência social, que cumprem funções fundadora, interpretativa e supletiva a respeito de seu ordenamento jurídico.’ E, consoante a tese sustentada por esse mesmo autor, 'os valores superiores do ordenamento jurídico são as perspectiva teleológica dos princípios gerais do Direito'. Ou seja, os valores seriam os objetivos do ordenamento e, nesse sentido, constituiriam o aspecto teleológico dos princípios gerais do Direito, que, como já indicado, cumprem também a função de origem e fundamento do ordenamento jurídico (aspecto principiológico propriamente dito)”.

²¹² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo ...*, *op. cit.*, p. 38.

²¹³ MONTEIRO. Cláudia Servilha. *Teoria ...*, *op. cit.*, p.148.

no texto constitucional (art. 93, IX) ou exigência do direito de defesa das partes. Ele está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público [...]. Em um Estado de direito, republicano e democrático, as decisões devem vincular-se ao sistema jurídico da forma mais racional e consistente possível, e o processo de escolhas que conduz a essa vinculação deve ser explicitamente demonstrado [...].²¹⁴

À vista disso, a exigência de motivar requer maior cuidado quando envolve a interpretação-aplicação de princípios. Afinal, caracterizados estes pela maior abstração e abertura do que as regras, não restam dúvidas de que, diante das tensões (ou conflitos) entre aquelas normas, as possibilidades de opções decisórias são ampliadas.

Como se sabe, nessas situações, cabe-lhe proceder à concretização do Direito mediante a técnica de *ponderação*. Então, a partir de observações acerca das particularidades fáticas emergentes, mensura-se cada uma das normas principiológicas aptas a regular o caso concreto e, mediante concessões recíprocas, busca-se preservar ao máximo cada um deles, na medida do possível.²¹⁵

Obviamente, como a seleção dos fatos e atribuição de pesos aos princípios, bem como a própria conclusão decisória a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, envolvem juízo que propicia maior interferência de fatores subjetivos, é certo que o emprego da ponderação (de valores, bens e interesses) pode levar a graves consequências jurídicas. Conforme, conforme observa Ana Paula Barcellos, o uso daquela técnica oportuniza ao magistrado “afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefícios da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais.”²¹⁶

Se na concretização das regras, por meio de subsunção, a motivação se mostra imprescindível para a legitimação do ato judicante, resta evidente que no juízo ponderativo a atuação do julgador condiciona-se a justificações mais

²¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação ...*, op. cit., p. 47 e 48.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas ...*, op. cit. p. 15

²¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação ...*, op. cit., p. 06.

mais amplas e sofisticadas, exatamente para aferição da plausibilidade das razões decisórias.

Sob outro enfoque, retomando a constatação de que a interpretação-aplicação pode conduzir o julgador a diferentes soluções legítimas, mesmo quando não se adota o sentido literal puro das palavras, tem-se como imprescindível analisar se, uma vez formuladas mais de uma solução aceitável, é legítima ou arbitrária a *livre* escolha dentre tais possibilidades.

3.3 - A tese da única resposta correta e decisão judicial legítima ou arbitrária

A questão referente à existência de uma *única resposta correta* a ser aplicada no caso concreto sob exame é uma das mais debatidas na Teoria Geral do Direito, sobretudo pela Teoria da Argumentação Jurídica,²¹⁷ sem que a respeito haja consenso.

O mencionado questionamento perpassa o duradouro debate expresso na literatura jurídica sobre se o juiz “cria” ou apenas “revela” o sentido dos textos normativos. A prevalência de um ou outro entendimento tem reflexos relevantes sobre a existência ou não da unicidade da resposta correta no processo de interpretação-aplicação. Assim, se o intérprete-aplicador limita-se a revelar ou desvendar o significado insistentemente contido nos enunciados, é de se deduzir a necessária preexistência de uma solução correta e pelo menos uma errada, a depender do êxito ou malogro do operador do direito na sua tarefa.²¹⁸

Por outro lado, se entendido que o julgador efetivamente cria²¹⁹ o

²¹⁷ Para BARROSO, Luís Roberto. *Temas ...*, *op. cit.*, p. 27, a principal questão formulada pela diversas teorias da argumentação atém-se a investigações sobre o seguinte formulação: “se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou mais humildemente, ainda que não se possa falar de uma decisão correta, qual (ou quais) delas é(são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor do que outra?”

²¹⁸ SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, p. 130.

²¹⁹ Eis como GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 86, aborda a questão: “**O intérprete produz a norma.** Isso, contudo — note bem —, não significa que o intérprete,

significado do texto normativo e, conseqüentemente, produz a própria norma jurídica aplicável ao caso, não há que se falar em sentido correto ou incorreto, pois, dada a inexistência de um prévio sentido já estabelecido naquele elemento jurídico, sempre haverá possibilidade de se construir, a partir dos detalhes de cada caso e da concepção do intérprete-aplicador, mais de uma resposta acertada.²²⁰

Nesse raciocínio, autores alinhados à Escola da Exegese, que identifica²²¹ o direito com a lei, defendem que para a resolução das controvérsias jurídicas cabe somente uma resposta correta. Afinal, segundo tal corrente doutrinária, que aponta qualquer atividade valorativa do julgador, basta a utilização do método dedutivo para se alcançar, mediante raciocínio silogístico, a norma aplicável ao caso concreto a ser decidido.²²²

Desse modo, restrito à pura aplicação mecânica (avalorativa) dos enunciados normativos e afastado de qualquer função criadora, caberia ao juiz, diante de um caso sob julgamento, proceder à subsunção e, assim, decidir a demanda. Para tanto, após identificar a premissa *maior* — representada pelo texto normativo — e a *menor* — decorrente da constatação das circunstâncias fáticas —, produzir-se-ia de forma automática a conclusão correspondente a uma norma específica, formulada a partir da presunção de veracidade da premissa maior.²²³ Qualquer raciocínio que se distanciasse daquele rigorismo

literalmente, *crie* a norma. Dizendo-o de modo diverso: o intérprete não é um criador *ex nihilo*; ele *produz* a norma — não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de *reproduzi-la*. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do *texto*, no invólucro do *enunciado*.”

²²⁰ SGARBI, Adrian, *op. cit.*, p. 130. O referido autor, resumindo seu posicionamento, verbera que “(...) se há um sentido correto e outro incorreto, no primeiro caso o significado do texto jurídico preexiste à atividade interpretativa, tornando a atividade legislativa vinculada a este significado preexistente; mas, se inexistente sentido correto e incorreto dos textos, por não preexistir significado algum, atividade interpretativa passa a ser puramente discricionária.”

²²¹ Sustentando que ainda vigoram tais concepções, manifestam-se, FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2003, p. 9. Neste sentido também ADEODATO, João Maurício. *Ética...*, *op. cit.*, p. 309-310. ANDRADE FILHO, Dario Alberto. Retórica: uma metodologia para o Direito? *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 43, n.172, out/dez. 2006.

²²² FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa, *op. cit.*, p.9.

²²³ Fabiano Menke, *Revista da Ajuris-Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v.

metodológico se configuraria em arbítrio judicial e violação do princípio da separação de poderes.

Contudo, o uso do método dedutivo sequer representa, por si, garantia de resultados caracterizadores daquilo que supostamente se encontraria no texto normativo de modo exato e inflexível. A subsunção - aqui entendida como a inserção da premissa menor na maior da operação silogística — não se realiza, na prática, de forma tão pura. Como esclarece Miguel Reale:

Na realidade, as coisas são bem mais complexas, implicando uma série de atos de caráter lógico e axiológico, a começar pela determinação prévia da norma aplicável à espécie, dentre as várias normas possíveis, o que desde logo exige uma referência preliminar ao elemento fático (...). Como se vê a norma não fica antes, nem o fato vem depois no raciocínio do juiz, pois este não raro vai da norma ao fato e vice-versa, cotejando-os e aferindo-os repetidas vezes até formar a sua convicção jurídica, raiz de sua decisão (...). Onde podemos concluir que o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é um ato reflexo e passivo, mas antes um ato de participação criadora, com sua sensibilidade e tato, sua intuição e prudência, operando a norma como substrato condicionador de suas

33, n.103, Porto Alegre: Ajuris, p. 78, baseando-se na doutrina de ÁVILA, Humberto. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz de (org.) Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no liminar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-465, disserta que o método subsuntivo tem como pressuposto inafastável uma identidade conceitual entre o conceito fático e o conceito normativo, algo dificultoso por natureza, dada a natureza de ambos. Com efeito, a subsunção pura é adequada para aquelas normas caracterizadas pela formação rígida ou tipificação máxima, onde o intérprete tem pouco espaço e necessidade de elucubrações de índole valorativa. [...] Outro aspecto a ser observado, é que a aplicação de uma norma cuja consequência jurídica seja obtida por meio de simples dedução, portanto, diretamente pelo procedimento subsuntivo, exige muito menos do julgador quanto à necessidade de fundamentação do que a norma aberta, carente de valoração. Com efeito, nestas situações tem aplicação o ensinamento de Winfred Hassemer de que, nos sistemas que adotam a forma codificada bastante em si, ocorre 'encurtamento das exigências de legitimação' das sentenças judiciais. Haverá, portanto, uma tendência de encurtamento da necessidade de fundamentação da decisão judicial sempre que se estiver trabalhando com normas tipicamente rígidas. Assim, a subsunção é, via de regra, meio apto para a interpretação de normas que encerram tipos fechados, estanques, compostos por estatuições diretas, que não demandem qualquer, ou quase nenhuma investigação valorativa." A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos.

indagações teóricas e técnicas.²²⁴

Sob perspectiva diversa, numa linha teórica não positivista, Ronald Dworkin, a partir da idéia de integridade²²⁵ do direito, sustenta ser possível, observando-se o conjunto de regras, princípios e diretrizes constitutivos do ordenamento jurídico, que um juiz dotado de atributos sobre-humanos (Juiz Hércules²²⁶), encontre argumentativamente aquela específica solução jurídica apropriada à resolução do litígio — a única resposta correta.

Assim, apesar da consistência dessas formulações, é de se ponderar que a inevitável abertura dos textos normativos, decorrentes da ambigüidade e vagueza das expressões jurídicas, certamente impede que haja uma prévia determinação da *necessária* solução para todos os casos litigiosos, em especial para aqueles qualificados como “casos difíceis”, quando comportável, na situação concreta, a aplicação de mais de uma solução razoável. Nesse sentido, contrário àquele posicionamento antes referido, é certo que, de integrantes de correntes positivistas — como Hart e Kelsen — aos pós-positivistas,²²⁷ sustentam-se a inviabilidade da única resposta correta para

²²⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 303. Neste sentido também BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p. 30.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. V. SGARBI, Adrian, *op. cit.*, p.187-193.

²²⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, *op. cit.*, p. 259: “(...) a tese da unidade não está respaldada por um procedimento atemporal que permita conduzir à decisão correta em todos os problemas práticos, até porque a integridade opera caso a caso. Para tentar resolver essa problemática, Dworkin estabelece seu conhecido modelo ideal de julgador, o **juiz Hércules**, dotado de habilidade, aprendizagem, paciência e agudeza intelectual sobre-humanas, um modelo de juiz onisciente, que conhece o ordenamento jurídico por completo e dispõe de todo tempo necessário para encontrar a única solução correta. O sistema jurídico em que o Juiz Hércules atua não possui lacunas, sendo construído um esquema de princípios abstratos e concretos capazes de proporcionar uma justificação coerente a todos os julgados, bem como, para as disposições constitucionais e infra-constitucionais. O juiz Hércules, onisciente e sobre-humano, sabe que não possui legitimidade para criar normas, sabe também que as partes em conflito buscam uma resposta baseada em direito próprio e preexistente. Sua tarefa, portanto, consiste em “desenvolver a melhor e mais coerente teoria que explique e justifique o Direito explícito e, de modo particular, que integre e compreenda todas as exigências que derivam do sistema constitucional.”

²²⁷ Segundo BARROSO, Luís Roberto. *Temas ...*, *op. cit.*, p. 12: “O Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita e implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem

todas as controvérsias.

Com efeito, naquelas situações em que mais de uma opção interpretativa se revelarem plausíveis e razoáveis (ainda que não unânimes), por inexistir “o critério de verdade para descobrir o *verdadeiro* critério de verdade”,²²⁸ no mínimo, haveria polêmicas infundáveis sobre a racionalidade da escolha tida como *a correta*.

Deve-se observar que, no desempenho da jurisdição, a lógica não se dirige à demonstração da verdade em si. Aliás, são comuns previsões de hipóteses em que a perquirição do verídico é substituída por ficções e presunções (ex.: revelia, previsão de conhecimento geral da lei, veracidade dos fatos incontroversos etc.) ou mesmo circunstancialmente vedada, para a preservação de outros valores jurídicos (privacidade, integridade corporal, honra etc). Em realidade, no Direito, o objetivo do juiz deve ser pautado pela resolução da controvérsia de modo racional, convincente, aceitável, ainda que isso não implique estrita observância de logicismo puro ou exclusão da possibilidade de se ter mais de uma resposta certa aplicável.

A respeito disso, ressaltando que a possível pluralidade de respostas corretas não importa em absoluta imprevisão, dado que o decisório deve ser fundamentado em parâmetros jurídicos, lembra Eros Roberto Grau

que o intérprete, então, atua segundo uma *lógica de preferência*, e não conforme a *lógica da consequência* [Comparato 1979:127]: a *lógica jurídica* é a escolha entre as várias possibilidades *corretas*. *Interpretar* um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz 1983:86]. A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução [Heller 1977:241].²²⁹

O mesmo autor apresenta contestação à tese de Ronald Dworkin quanto à unicidade da resposta correta, pronunciando que

parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”

²²⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, *op. cit.*, p.6.

²²⁹ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 105-106.

nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin 1978:105] estará em condições de encontrar, para cada caso, a única resposta correta. A concepção *dworkiniana* de *one right answer*, ademais de tudo, parece no momento em que sustentada sobre a busca da *melhor teoria possível* como ideal absoluto: na recusa da pretensão a valores absolutos, porque inserida no quadro de uma teoria dos valores inaceitável, essa *melhor teoria possível* resulta um postulado filosófico injustificável [Aarnio 1992: 204]. Nem os princípios, nem argumentação, segundo um sistema de regras que funcione como um código de razão prática (*Gesetzbuch der praktischen Vernunft*) [Alexy 1983:35] permitirão o discernimento da única resposta correta. Essa *resposta verdadeira* (única correta) não existe.^{230 231}

Por outro lado, obviamente, o juiz não atua de modo automático e irrefratário.²³² Na condição de ser humano, encontra-se sensível aos mais diversos e variados valores, experiências pessoais, sentimentos, convicções, emotividades e tradições. Como conseqüência, sofre, consciente ou inconscientemente,²³³ condicionamentos por fatores históricos, sociais, morais,

²³⁰ *Ibid.*, p. 107-108.

²³¹ AARNIO, Aulis. *Lo racional ...*, *op. cit.*, p. 216-217, na sua conclusão à sua refutação à referida tese observa: “Assim, de certo modo, temos chegado a um ponto crucial da idéia dworkiniana da única resposta correta. A teoria que justifica tais decisões podem conter juízos de valor e estes devem ser assumidos, de algum modo, como absolutos. Só baseados nesta suposição podemos, em geral, considerar possível a construção da “melhor teoria possível”. Sem embargo, a suposição de valores absolutos é um ponto de partida muito forte. Se alguém não aceita este tipo de teoria dos valores, toda a teoria da única resposta perde seu fundamento. “A melhor teoria possível” é apenas um postulado filosófico injustificável. Ademais disso, nossa cultura (ocidental) não está baseada em tais idéias absolutas e, por conseguinte, a teoria dworkiniana da única resposta correta tampouco satisfaz as necessidades da dogmática jurídica real.”

²³² GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 117-118: “Sendo — a interpretação-*compreensão* —, a decisão judicial, segundo Frosini [1991:11] considera e é determinada pelas palavras da lei, pelos antecedentes judiciais; pela figura delitiva que se imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutrida pela consciência da sociedade; finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem pública. De mais a mais, o juiz, em verdade, considera o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. [...] A decisão judicial implica necessariamente elementos emotivos e volitivos, dado que o juiz decide sempre dentre de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo.”

²³³ Ainda quando queira raciocinar de modo puramente racional e objetivo, como o ato

culturais, ambientais, familiares etc., produzindo diferentes pontos de vista e julgamentos, os quais, embora não coincidentes com os de outros julgadores, não podem ser, de modo apriorístico, qualificados como absolutamente corretos ou incorretos.

Daí porque, para se ter certeza da única resposta correta, teríamos que pressupor algo inalcançável: um julgador que detivesse o único critério universal de verdade — um “*meta-Hércules*”²³⁴ — para avaliar o acerto de cada decisão proferida pelos juízes.

Constata-se, pois, como inviável a determinação de uma prévia única resposta adequada aplicável pelo julgador a todos os casos concretos, sendo razoável admitir que a adoção de diversificados posicionamentos pelos julgadores quanto à interpretação-aplicação de uma determinada norma jurídica não implica necessária manifestação de arbítrio nas decisões judiciais, assim como a opção por uma ou outra, dentre as opções interpretativas aceitáveis, também não se configura como necessariamente abusiva, desde que o julgador permita submeter suas razões aos controles racionalmente estabelecidos quanto à plausibilidade daquelas, por meio da motivação racional.

Karl Larenz, tratando da irreduzível margem de livre apreciação por parte do julgador, afirma que

é suficiente que o juiz tenha esgotado todos os meios de concretização que dispõe, com a ajuda de reflexões jurídicas, e que, nesses termos, a sua resolução surja como “plausível”. O jurista denomina “plausível” uma resolução quando pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto num sentido como em sentido oposto. Que ele se contenta frequentemente com a mera “plausibilidade de uma resolução, quando o leigo espera “correção”

de interpretar, compreender e aplicar (GADAMER) não se manifesta de modo isolado, mas numa unidade, fatores alheios à consciência funcionam como condicionantes inevitáveis da deliberação. Cf. SOUZA, Artur César. *A parcialidade...*, *op. cit.* p. 140=144 e 178. PERELMANN, Chäin. *Ética...*, *op. cit.*, p. 560, observa: “[...] Muito amiúde 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.”

²³⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, *op. cit.*, p. 263.

comprovável, é algo que assenta no caráter inevitável da irreduzibilidade de margens de livre apreciação e na obrigação de decidir que impende sobre o juiz. A ciência do Direito só pode produzir em relação a tais casos a asserção de se tal resolução é ainda plausível ou já não é de todo. Uma tal asserção está, por seu lado, evidentemente, também subordinada à exigência de correção do enunciado.²³⁵

Por se tratar de produto de atividade intelectual, é esperável mesmo que na decisão judicial remanesça um inevitável e inexpurgável resíduo de subjetividade na tarefa interpretativo-aplicativa e que seu controle quanto à plausibilidade, pelos mecanismos pertinentes, dependerá da expressão compreensível dos motivos orientadores da deliberação judicial, atribuindo-se dialeticamente ao interessado o ônus de refutar incongruências do resultado decisório, sua crítica e conveniência de revisão.

Na espécie, em função daquela expectativa de incidência de componentes não só objetivos no julgamento, a eventual manifestação de arbítrio decorrerá, de modo mais intenso, da mitigação do imperativo constitucional de motivar (motivação irracional, insuficiente, incompreensível etc.) do que propriamente da autonomia do julgador quanto ao uso de subjetividade para julgar.

Diante de pluralidade de possibilidades decisórias, recai sobre aquele agente jurisdicional tanto o dever de escolher a melhor opção aplicável quanto o de argumentativamente justificar, não só os motivos jurídicos da decisão, mas também, quando necessário, as razões pela quais preferiu uma das soluções em detrimento de outras, sob conseqüência de se caracterizar o arbítrio. Afinal, no interior da quase sempre larga “moldura” kelseniana,²³⁶ o

²³⁵ LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 414 .

²³⁶ Tratando da interpretação, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390, utiliza-se da moldura para retratar seu posicionamento acerca da possibilidade do resultado interpretativo não implicar necessariamente numa única resposta correta: “Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognitiva no sentido de objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das varias possibilidade que dentre desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas

conhecimento específico sobre a opção decisória adotada pelo juiz é que permitirá a efetiva utilização dos meios de controles relativos ao uso de padrões legítimos ou arbitrários na decisão.²³⁷

De todo modo, ainda que o juiz não se vincule estritamente à literalidade dos textos normativos ou não adote uma determinada solução tida por uma corrente majoritária como a resposta correta, certamente qualifica-se como *ilegítima* a decisão proferida que, no processo interpretativo-aplicativo, adotando fundamentos outros, não realiza a imprescindível conexão com as *regras, princípios e valores* do ordenamento jurídico, configurados a partir da noção do Estado Democrático de Direito.

Recorde-se que a legitimação dos juízes decorre das exigências de que, além de não extrapolarem os limites do âmbito de suas atribuições constitucionais, sejam respeitadas as garantias configuradoras do devido processo legal em sentido amplo²³⁸ — a chamada legitimidade pelo procedimento.²³⁹ Dessa noção não se afasta o dever de, racionalmente, decidir interpretando e aplicando as normas jurídicas, bem como o de motivar com base nelas. Afinal, tal dever de prestar contas do juiz quanto à sua atividade decisória, para ser legítimo, há de ser racional, objetivo e controlável, eis que, como ensina Inocêncio Mártires Coelho, “nada coaduna menos com a idéia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado pairando acima da lei e dos critérios usuais de interpretação.”²⁴⁰

Assim, evidenciado que, sob o aspecto substancial, a legitimidade do julgador não decorre da estrita observância da literalidade dos textos normativos ou do descobrimento da única resposta jurídica correta, mas da justificada conexão da atividade interpretativo-aplicativa com o sistema jurídico

possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela a lei a aplicar — tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito Positivo no ato do órgão aplicador do Direito — no ato tribunal especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa — não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzida dentro da moldura da norma geral. “ (destaque nosso)

²³⁷ BARCELLOS, Ana Paula, *op. cit.*, p. 42-44.

²³⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, *op. cit.*, p. 37 e 62.

²³⁹ SANCHIS, Luis Pietro, *op. cit.*, p. 117 e 124.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso ...*, *op. cit.*, p. 64.

– mesmo quando se apresentam lacunas, antinomias, obscuridades e tensões entre princípios –, passemos especificamente ao exame da relevância da motivação para obstacularizar a ocorrência de julgamentos arbitrários.

CAPÍTULO IV - A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO COMO FATOR DE CONTENÇÃO DO ARBITRÍO NA DECISÃO JUDICIAL

Antes da análise acerca da necessidade, suficiência e eficácia do ato motivatório como anteparo a práticas judiciais arbitrárias, faz-se preciso examinar a própria efetividade daquele imperativo constitucional de o juiz apresentar suas razões decisórias (art. 93, IX).

4.1 - O cumprimento do dever constitucional de motivar na visão da doutrina

Sendo produto da inteligência do juiz, a atividade judicante, assim como toda decisão humana, implica alternativas e escolhas. Todavia, no Estado Democrático de Direito, a liberdade para valorar e decidir, conjuga-se com a exigência de que a definição do julgador por quaisquer das possibilidades emergentes deve ser clara e objetivamente exposta por argumentos.²⁴¹

Nesse sentido, justifica-se analisar a tendência atual dos magistrados quanto ao cumprimento daquela exigência da Constituição, em particular porque tal postura se constitui num pressuposto necessário para que adequadamente examinemos, adiante, a eficácia da motivação para fazer com que o juiz, ao decidir, baseie-se em parâmetros legítimos.

A fim de verificarmos o efetivo cumprimento da norma atinente ao dever de motivar, adotaremos como referencial manifestações doutrinárias concernentes ao tema. Mesmo existindo outros referenciais para análise, inclusive empíricos, tem-se como razoável pressupor aqueles padrões como idôneos para a retratação, em satisfatória medida, da realidade fática, dado

²⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES, Antônio Magalhães Filho. *As nulidades ...*, *op. cit.*, p. 254 -255.

que a própria jurisprudência tem ratificado as observações que a doutrina tem feito sobre o assunto.

Apesar de caber aos próprios membros do Poder Judiciário definir na prática as questões sobre se a decisão encontra-se satisfatoriamente motivada no caso concreto, porquanto, conforme adverte Luiz Pietro Sanchis “por definição, resulta inviável qualquer sistema de controle concreto das decisões judiciais que não seja, a sua vez, judicial”,²⁴² põe-se como incontestável a importância da doutrina²⁴³ para as reflexões críticas sobre o tema do cumprimento ou não daquela norma constitucional.

A questão em análise apresenta complexidades. O próprio enunciado normativo (art. 93, IX, CR) ao expressar que “todos os julgamentos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade(...)”, caracteriza-se pela abertura e imprecisão.²⁴⁴ Se, por um lado, é papel da dogmática exprimir a compreensão do sentido daquele dispositivo,²⁴⁵ por outro, não se pode deixar de reconhecer a inviabilidade de se estabelecer especificamente como motivar cada tipo de decisão jurisdicional a ser proferida. Tanto que as próprias previsões nas leis processuais são genéricas e concisas a respeito. O art. 458, II do Código de Processo Civil, por exemplo, limita-se a prescrever parâmetros abertos para fixar o conteúdo da fundamentação ou motivação, evidenciando aquela como “os *fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito*”.

Certo é que a doutrina, assim como a própria jurisprudência, admite a inexistência de uniformidade quanto à definição do conteúdo suficiente para que uma decisão, cumprindo o mandamento constitucional, possa ser referida

²⁴² SANCHIS, Luis Pietro, *op. cit.*, p.125.

²⁴³ Conforme observa ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 19, cabe essencialmente à dogmática jurídica as seguintes funções: “ 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.”

²⁴⁴ A respeito, é oportuna a advertência de GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 226-227: “Afirmar que as palavras e expressões jurídicas são, em regra, ambíguas e imprecisas não quer, porém, dizer que não tenham elas significação determinável. Se assim não fossem, aliás, as palavras — como observa Bandeira de Melo [1981 : 245] — 'seriam meros ruídos sem qualquer conteúdo. Não seriam signos, dizer, significantes, e a comunicação humana tornar-se-ia impossível'.”

²⁴⁵ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 227.

como motivada.

Numa distinção bastante genérica, pode-se distinguir entre decisões suficientemente motivadas e não motivadas,²⁴⁶ havendo quanto ao tema uma parcela da doutrina que sustenta a obrigatoriedade do órgão jurisdicional examinar cada um dos argumentos das partes — acolhendo ou rejeitando-os²⁴⁷ — enquanto corrente diversa defende que o julgador não se encontra adstrito a examinar exaustivamente a argumentação dos demandantes, sendo bastante uma justificação que, mesmo sucinta, se lastreie em elementos argumentativos idôneos para sustentar uma conclusão consistente.²⁴⁸

Tratando-se de uma das garantias inerentes ao Estado de Direito, exercendo variadas funções no ordenamento jurídico, dentre as quais a de servir como uma espécie de escudo ao despotismo judicial, cabe enfatizar que, apesar da falta de critério de exatidão sobre as dimensões quantitativas e qualitativas da motivação, certamente para que o imperativo constitucional seja efetivamente observado, o ato motivatório deve se configurar como uma verdadeira *resposta racional* às postulações das partes.

De conseqüência, ainda que não seja necessária a prolixidade

²⁴⁶ NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 103: “Teresa Arruda Alvim, em obra já citada, ao averiguar os vícios intrínsecos da sentenças, encontrou as seguintes espécies de defeitos relativas ao tema: a) ausência de fundamentação; b) deficiência de fundamentação; c) ausência de correlação entre fundamentação e decisório. Para esta autora, todas são redutíveis à ausência de fundamentação: “Isto porque ‘fundamentação’ deficiente, *em rigor*, não é fundamentação, e, por outro lado, ‘fundamentação’ que não tem relação com decisório não é fundamentação: pelo menos não o é *daquele decisório!*”. Neste sentido também GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 257.

²⁴⁷ Cf. BARCELOS, Ana Luiza Berg. A sentença judicial e sua fundamentação. *Revista da Escola de Direito de Pelotas*, 1(5), jan./dez.2004, p. 399-400, indicando como defensores deste posicionamento: Pinto, Teresa Arruda Alvim. *Nulidade da sentença*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 193; ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts.444 a 473)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 103, *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Sentença Mal fundamentada e sentença não fundamentada — conceitos — nulidades*. Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: ed. notadez, n. 216, out. 1996. p. 9. Neste sentido, também DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *op. cit.*, p.34.

²⁴⁸ Cf. BARCELOS, Ana Luiza Berg, *op. cit.*, p. 400-402, apontando como defensores deste posicionamento: Arruda, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil. v.2.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 652-653. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Sentença Mal fundamentada e sentença não fundamentada – conceitos- nulidades*. Revista Jurídica. Sapucaia do sul: ed. notadez, n. 216, out. 1996. p. 9.

(principalmente quando a matéria é de menor complexidade ou não controvertida), no ato motivatório devem ser exteriorizadas suficientemente as razões fáticas e jurídicas pelas quais se acolhem ou se rejeitam as pretensões formuladas — levando em conta a complexidade, as repercussões e as conseqüências que delas decorrem — exigindo-se do julgador, em princípio, manifestações sobre cada um dos argumentos apresentados pelas partes, ressalvada a possibilidade de se abster da apreciação daqueles temas que, justificadamente, considera *impertinentes*, *irrelevantes* ou *prejudicados* pelas argumentações precedentes.²⁴⁹

É certo que a própria significação desses conceitos são suscetíveis das mais diversas variações face aos casos concretos e suas particulares circunstâncias. Todavia, sem que sejam expressas e justificadas aquelas desconsiderações feitas pelo julgador quanto ao alegado pelas partes, certamente não se viabiliza a avaliação sobre a racionalidade ou não daquelas opções por ele feitas, configurando-se tal proceder como grave manifestação de ofensa a parâmetros e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. Afinal, nesse paradigma estatal, tratando-se de *munus* público, além de expressar a escolha da solução jurídica entendida como plausível, também devem ser pronunciadas pelo julgador, de maneira explícita, as razões da própria escolha.

Não obstante as divergências antes apontadas, certo é que, não raramente, a doutrina tem reclamado da qualidade das motivações. Acerca disso, Luís Roberto Barroso chega a afirmar que

nunca se motivou tão pouco e tão mal. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, passam pela chamada “motivação concisa”, autorizada pela jurisprudência das cortes superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que admite agora como fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas.²⁵⁰

A esse rol de mitigações do dever de motivar, muitas vezes estimulantes da não observação, nos casos concretos, de particularidades que se afastam

²⁴⁹ Neste sentido também GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades ...*, *op. cit.*, p. 257.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Temas ...*, *op. cit.*, p. 29.

dos padrões gerais, podem ser agregadas as recentes faculdades judiciais de indeferimento liminar do pedido em causas repetitivas (art. 285-A, CPC), o estabelecimento das súmulas vinculantes e a possibilidade de não recebimento do recurso por decisão monocrática proferida pelo relator (art. 557, CPC).

Há se observar que as principais críticas doutrinárias advêm da postura de alguns julgadores no sentido de aparentar o cumprimento daquele dever motivacional, mediante formulações artificiais e estrategicamente direcionadas a tentar a diminuir a distância entre a abstração e a concretização da norma constitucional, como naquelas decisões nas quais são apresentadas justificações *genéricas* ou *implícitas* do tipo “ausentes os pressupostos, denego a medida” ou “presentes os pressupostos, concedo a liminar,”²⁵¹ “atendendo a tudo quanto nos autos está fartamente provado”, “à robusta prova os autos”, “ao que disseram as testemunhas,”²⁵² “indefiro por falta de amparo legal”,²⁵³ ou as que sequer abordam especificamente a questão sob julgamento, limitando-se a afirmar que “no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão” e que “a prova é tranquila em desfavor dos réus,”²⁵⁴

Contesta-se também a ilegitimidade e validade daquelas motivações que, ao se limitar a simplesmente transcrever as principais alegações das partes e, sem qualquer juízo de valor do magistrado, apresenta pura adesão a uma delas,²⁵⁵ as que, sem valoração ou crítica, apenas acolhe como razão de decidir as alegações de um dos sujeitos processuais (motivação *ad relationem*);²⁵⁶ que se utiliza daquilo que Chaïn Perelmann chama de “*ficção jurisprudencial*”, na qual, com o intuito de fazer justiça, o juiz — assim como a lei, não raro, o faz²⁵⁷ — admite como reais situações que sabidamente não se

²⁵¹ NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p.105.

²⁵² CALMON, José Joaquim Passos de. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, *apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *op. cit.*, p. 39 - 40.

²⁵³ SUANNES, Aauto, *op. cit.*, p. 259.

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas ...*, *op. cit.*, p. 29, numa referência à crítica feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no Hc. 78.013-RJ, DJ. 19.03.99.

²⁵⁵ REALE, Miguel. Questões de direito público. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 106.

²⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades ...*, *op. cit.*, p. 257.

²⁵⁷ Exemplos: presunção de conhecimento da lei por todos (art. 3º, LICC); presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor quanto ao revel (art. 319, CPC) etc.

pode garantir como tais;²⁵⁸ também as que reduzem exigências processuais referentes a elementos probatórios ou que faz uso de fórmulas evasivas e ambíguas para proteção de uma das partes (regra geral a menos favorecida economicamente);²⁵⁹ que recebe denúncia por mero despacho;²⁶⁰ que indefere pleitos liminares em mandados de segurança ou *habeas corpus* a partir de simples invocação de seu descabimento;²⁶¹ que individualizam superficial e genericamente a pena aplicada ao condenado;²⁶² que reconhecem o livre ou prudente arbítrio do julgador na prolação do julgamento e, mesmo assim, chancela-os.²⁶³

A partir do pressuposto de que não raramente a própria jurisprudência manifesta-se no sentido de reconhecer a ocorrência de tais violações,²⁶⁴ mostra-se plausível afirmar que, pelo menos em grande parte, são procedentes as reclamações doutrinárias formuladas acerca da inobservância do dever de motivar, revelando, pois, a relatividade da eficácia daquele imperativo constitucional, bem como a necessidade de sua efetivação na prática jurisdicional.

²⁵⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, *op. cit.*, p. 136-137, averba que “a ficção jurisprudencial não constitui um artifício pacificamente aceito, sofrendo grandes restrições, sobretudo por parte daqueles tribunais, cuja composição traduz uma formação mais legalista. Além disso, inegavelmente a ficção jurisprudencial cria um impasse entre as noções de verdade e de justiça, muitas vezes em detrimento da própria verdade dos fatos ou mesmo do conteúdo das normas jurídicas. Os fatos são abordados de uma maneira tal que a lei a eles não se aplique ou seja aplicável de maneira mais branda. Perelmann, destaca que no Direito Penal é frequente o uso de ficções, a fim de evitar punições excessivamente rigorosas para crimes de menor gravidade ou motivados por valores morais ou similares, como em casos de eutanásia e aborto, por exemplo (...). Por outro lado, as ficções jurisprudenciais apresentam uma faceta perversa, que também deve ser considerada, que diz respeito ao fato de que elas podem ter até a virtude de privilegiar a justiça; mas podem conduzir ao caminho oposto, gerando um falseamento da verdade, favorecendo a interesses de determinados grupos ou dos ocupantes do poder político. Precisamente por isso, adquire grande importância o bom funcionamento do regime democrático, com juízes livres e independentes, mas cientes da responsabilidade social.”

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 141-142.

²⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso ...*, *op. cit.*, p. 498.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 498.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades ...*, *op. cit.*, p. 261-267.

²⁶³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *op. cit.*, p. 30-31.

²⁶⁴ A respeito, SUANNES, Adauto, *op. cit.*, p. 257- 405. BARROSO, Luís Roberto. *Temas ...*, *op. cit.*, p. 29, numa referência à crítica feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no Hc. 78.013-RJ, DJ. 19.03.99.

Postas essas premissas, pretende-se investigar acerca dos efeitos práticos da motivação para impedir a manifestação de arbítrio na entrega da prestação jurisdicional, realizando a abordagem sob os enfoques de sua *necessidade, suficiência e eficácia*.

Nessa quadra, já pressupondo a decisão imotivada como arbitrária, assim como é aquela não fundada, ainda que não exclusivamente, no Direito, cabe interrogar se a motivação, de fato, produz efeitos relativos à contenção de arbítrio pertinente à interpretação-aplicação de elementos jurídicos na decisão judicial.

4.2 - Sobre a *necessidade* da motivação para a contenção do arbítrio na decisão judicial

De início, cabe considerar que uma racional interpretação-aplicação judicial da norma jurídica não se encontra imprescindivelmente condicionada à prévia existência da motivação, não se podendo, pois, excluir a possibilidade de o julgador decidir com base nas normas jurídicas, mesmo quando não motiva sua deliberação. De se reconhecer, pois, como possível a ocorrência de hipóteses nas quais, mesmo não motivando, o julgador se atenha adequadamente ao ordenamento jurídico e, assim, realize a entrega da prestação jurisdicional levando em consideração as regras e princípios.

Embora a motivação figure como *imprescindível* para que os destinatários daquela verifiquem e exerçam alguma forma de controle relativo ao resultado decisório, não se pode qualificá-la como diretamente necessária à produção de um julgamento fundado nos elementos do ordenamento jurídico. Em decorrência disso, não se pode afirmar que nas decisões prolatadas pelo Tribunal do Júri, do qual não se exige justificção, haja sempre a inobservância dos elementos normativos ou que ali só se julga com base nos desígnios pessoais dos jurados.

Todavia, a imprescindibilidade do ato motivatório apresenta-se como resultante da circunstância de que, sem ela, não existirão meios para induzir objetivamente o juiz a cumprir seu dever jurídico de decidir com base no

Direito, exatamente porque é por seu intermédio que os interessados — e os destinatários de maneira geral — podem exercer formas de controles pertinentes à conexão do decisório com a ordem jurídica, bem como sua compatibilidade com os valores que os elementos normativos expressam, ainda que de forma implícita.

Se a legitimação do julgador se dá pelo procedimento, é a motivação o único meio de induzir aquele a observá-lo. Evidente que este instituto, por si só, não impede decisões arbitrárias, mas é inegável sua importância para inserir no horizonte do julgador a perspectiva de exposição pública de suas razões, num cenário no qual se pressupõem julgamentos previsíveis e racionais.

Aliás, só faz sentido falar de motivação como forma de controle quanto ao uso de pura subjetividade pelo juiz se se pressupor racionalidade, pois, sem isso, não haveria as óbvias dificuldades de se justificar argumentativamente uma decisão incongruente com os padrões jurídicos estabelecidos. Sem tal óbice argumentativo, acrescido da prévia consciência do dever de motivar, de sua responsabilidade como agente público e de que as razões decisórias, devidamente documentadas, serão submetidas a avaliações, críticas, questionamentos, refutações, revisões etc, estaria, na prática, outorgada ao julgador a faculdade de decidir de modo absolutamente livre. Noutros termos, sem aquela não haveria meios objetivos de se exercer mínimos controles quanto a julgamentos arbitrários.

Portanto, sendo o único meio capaz, pela via racional, de *induzir* o juiz a considerar as regras e princípios nos seus julgamentos, criando óbices a que justifique argumentativamente uma decisão não consentânea com tais critérios jurídicos, caracteriza-se a motivação como uma arma necessária para contenção de arbítrio decisório. Examinemos sua suficiência para este fim.

4.3 - Sobre a *suficiência* da motivação para conter o arbítrio judicial

Diversos fatores ligados à interpretação e aplicação das normas jurídicas permitem que o juiz possa argumentativamente compatibilizar sua justificação com os seus pontos de vista pessoais ou extrajurídicos (religião, ideologia,

moral etc.). A própria distinção enfatizada pelas novas concepções hermenêuticas²⁶⁵ entre *enunciado normativo* e *norma jurídica* leva à conclusão de que, em larga medida, é conferida ao juiz a própria determinação do significado da norma jurídica que irá aplicar no caso concreto, possibilitando, assim, a construção de um leque de soluções que inexoravelmente acabam por flexibilizar, sua vinculação à ordem jurídica, sendo, então, pertinente examinar, sob o aspecto prático, a *suficiência* da motivação para repelir atuações arbitrárias na interpretação-aplicação das normas jurídicas.

4.3.1 - A distinção entre enunciado normativo e norma jurídica e o poder o juiz de criar o Direito

Eros Roberto Grau, mediante densa síntese sobre o tema, adverte a respeito do recorrente equívoco cometido por quem supõe ser possível interpretar normas (ao invés de enunciados normativos), ponderando que

o que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos — disposições, preceitos, enunciados — em normas. Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. O conjunto dos textos- disposições, enunciados — é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais [Zagrebelsky]. O significado (isto é a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem [Ruiz e Cárcova].”²⁶⁶

Se os enunciados normativos são constituídos por palavras,

²⁶⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Temas...*, *op. cit.*, p. 8.

²⁶⁶ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 27.

normalmente vagas e ambíguas, do processo interpretativo-aplicativa decorre a possibilidade de variações quanto à significação e alcance do texto face à diversidade de circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto e das próprias concepções do julgador quanto aos dados que seleciona como relevantes para a solução da solução cabível.

Tal variabilidade acaba por conferir ao julgador o poder de criar a própria norma particular aplicável às situações sob julgamento, fazendo com que se possa afirmar que de certo modo aquele funciona como criador da norma jurídica particular que ele mesmo aplicará no caso concreto.²⁶⁷

Essencialmente, a conclusão de que é atribuição necessária do juiz criar, durante o processo interpretativo-aplicativo, a norma reguladora do caso não decorre de uma concessão arbitrária de poder, mas de uma manifestação inexorável da realidade.²⁶⁸ De fato, sem a intervenção do intérprete-aplicador, o texto normativo seria mantido no plano geral e abstrato, tornando impraticável a real construção da decisão postulada pelas partes.

Definitivamente, o texto normativo, em si, somente adquire significado regulante da conduta humana, afastando-se de sua generalidade e abstração, a partir do momento em que o operador do direito o contextualiza a uma

²⁶⁷ Não se trata, à evidência, de função criadora de leis genéricas e abstratas, tarefa típica do Legislativo. Tanto que o legislador pode regular de maneira diversa um tema já consolidado na jurisprudência, desde que isso não implique incompatibilidade constitucional, pode até mesmo proceder à revisão constitucional (CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 100-101). Conforme acentuado por Bruno Amaro Lacerda, “o que se chama de poder do aplicador do Direito é menos um poder de criar novas leis ou interpretações possíveis do que o de saber aplicar as leis existentes aos fatos que surgem constantemente na vida social.”(LACERDA, Bruno Amaral, *op. cit.*, p. 139).

²⁶⁸ Sob o prisma da criação do Direito pelos juízes, é exatamente pela observância de procedimento diverso daquele utilizado pelos legisladores que CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 73-77, reconhecendo em ambos aquele poder criativo, percebia a legitimidade do julgador *criar* a norma jurídica do caso concreto submetido à sua apreciação a partir das chamadas *virtudes processuais passivas*, expressas nas máximas da vedação quanto a decidir questões da qual seja interessado (*nemo iudex in causa propria*), de julgar sem que sejam ouvidas as partes e se permita defesa (*audiatur et altera pars*) de atuar sem provocação do interessado (*nemo iudex sine actores*) — exigências que não se aplicam aos parlamentares na edição de normas jurídicas gerais e abstratas. Ousamos dizer que no Estado Democrático de Direito, naquela dimensão criativa a que se o autor acima citado, a motivação não pode ser excluída do rol das mencionadas virtudes processuais passivas da função jurisdicional.

determinada situação fática.²⁶⁹ É a partir daí que a potencialidade normativa presente no texto passa a se constituir num efetivo mecanismo apto a reger a conduta humana.

Embora o juiz não possa ignorar o teor literal da disposição normativa enunciada na lei como pauta de sua interpretação, é certo que o mesmo não se limita a simplesmente contemplá-la a partir de sua literalidade abstrata. Em realidade, o julgador a visualiza segundo o contexto de sua aplicação e, nesse âmbito, a submete às suas próprias concepções, fazendo com que haja a redução da distância entre a generalidade daquela e as particularidades do caso concreto,²⁷⁰ colocando-se, pois, como co-autor do processo de estabelecimento da norma de decisão pertinente ao fato concretamente examinado.

Assim, a inevitável abertura interpretativa dos enunciados normativos inexoravelmente implica limitações quanto ao controle referente à verificabilidade da eventual intervenção ilegítima do julgador, cuja percepção depende do poder de convencimento do juiz e das limitações perceptivas do afetado pela decisão ou seu representante processual. Tal fato se dá porque a atribuição de sentido ao texto legal na espécie, requerendo posicionamentos pessoais do intérprete-aplicador, nem sempre permite aos interessados perceberem ou concluírem, a partir da motivação, acerca da ocorrência ou não de atuação arbitrária no julgamento.

Outro aspecto que potencialmente dificulta, quando não impede circunstancialmente o estabelecimento de óbices à utilização de critérios

²⁶⁹ Eis a síntese de GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p.86: “As disposições normativas, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em norma (isto é, quando — através e mediante a interpretação — são transformados em normas.) Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem — elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem [Ruiz e Cárcova 1991: 320]”

²⁷⁰ Nas palavras de COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação ...*, *op. cit.*, p. 23-24: “(...) somente com o trabalho hermenêutico de *ajustamento* entre *normas e fatos* — no qual se fundem, necessariamente, a *compreensão*, *interpretação* e *aplicação* dos modelos jurídicos — que se viabiliza a ordenação *jurídico-normativa* da vida social, porque é no ato e no momento da *individualização* da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir.”

arbitrários na atividade jurisdicional, decorre da possibilidade de o julgador primeiro deliberar sobre a solução a ser dada no caso concreto e somente depois motivar. É nessa diretriz que parte da doutrina e da jurisprudência reconhece que, diferentemente da estruturação silogística que a dogmática tradicional tem propugnado, o ato decisório em geral se efetiva numa seqüência em que o juiz primeiro decide e só depois dá as razões fáticas e jurídicas justificantes do julgamento. Nessa linha de entendimento, Alf Ross menciona que

alguns estudiosos têm sustentado, em tempos mais recentes, que o raciocínio feito nas motivações não é mais que racionalização da parte dispositiva. Com efeito, dizem, que o juiz toma sua decisão parcialmente guiado por uma intuição emocional e parcialmente sobre a base de considerações e propósitos práticos. Depois que a conclusão é estabelecida, o juiz encontra uma argumentação jurídico-ideológica plausível para justificar sua decisão. De fato, isto não lhe será difícil. A variedade das regras, a falta de certeza de sua interpretação e a possibilidade de fazer construções diversas sobre os temas em debate permitirão, no mais das vezes, que o juiz encontre uma roupagem jurídica plausível para revestir sua decisão. A argumentação jurídica contida na fundamentação não é mais que uma fachada dirigida a nos fazer crer na objetividade da decisão.²⁷¹

Esse parece ser também o pensamento de João Maurício Adeodato, o qual, tratando da argumentação judicial, deixa expresso que

subsuntivamente, o juiz parte de alguma norma ou princípio, aplica-a ao caso concreto e daí chega a sua decisão. Acontece que o processo de julgar raramente começa com uma premissa da qual extrai uma conclusão; ordinariamente o juiz trabalha em sentido contrário: forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-las. A motivação vital do juiz parece ser um impulso pessoal baseado em intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável, e esses fatores individuais constituem freqüentemente as causas

²⁷¹ ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*. 5. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1994, p. 43, *apud*, NOJIRI, Sérgio, *op. cit.*, p. 77.

mais importantes dos resultados de julgamentos. Essa concepção, contudo, alerta Jerome Frank, é tão herética diante da teoria do direito tradicional que dificilmente é expressada.²⁷²

No âmbito jurisprudencial, o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal deixou expresso sua convicção a respeito do proceder que deve ser adotado pelo juiz ao decidir:

Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática, para encontrado o indispensável apoio, formalizá-lo.²⁷³

Por outro lado, deve ser considerado que a dogmática jurídica tradicional, pretendendo formar uma ideologia no sentido de que o teor dos julgamentos judiciais sejam prolatados segundo as literais disposições dos textos normativos, preconiza diversas metodologias a serem observadas pelo julgador. Entretanto, na realidade prática, aqueles direcionamentos não atendem de forma efetiva à pretensão de se constituírem como óbices ao eventual prevalecimento de razões puramente solipsísticas do julgador. São exemplos disso:

i) a não vinculatividade dos chamados métodos interpretativos (literal, teleológico, sistemático etc), os quais, na prática, são verdadeiramente utilizados como reserva argumentativa para adoção de decisões que, sem eles, careceriam de fundamentos jurídicos consistentes;²⁷⁴

ii) a insuficiência do método silogístico na realização dos raciocínios jurídicos, pois nesses, além da lógica pura, diversos fatores valorativos influenciam determinantemente o julgador, fazendo com que a previsão dos resultados interpretativos tenha acentuada relatividade;

iii) a estrutura aberta do ordenamento jurídico, composto por regras, princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, que conferem ao juiz larga margem de subjetividade para definir a solução do caso concreto;

²⁷² ADEODATO, João Maurício. *Ética ...*, *op. cit.*, p. 310-311.

²⁷³ REVISTA TRIBUNAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1991, p.1292, RE 111.787/GO, v.136.

²⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 109.

iv) a vagueza e ambigüidade²⁷⁵ das expressões jurídicas, ampliando o âmbito de variações quanto ao significado daquelas e, assim, do próprio rumo da deliberação judicial.

Sob prisma diverso, é preciso não descuidar de um aspecto tão óbvio quanto pouco enfatizado: apesar de sua manifestação formal no mundo jurídico, em sua essência é no plano mental — e portanto marcadamente subjetivo — que a decisão judicial, em si, realiza-se.

De fato, como já enfatizado, sujeito às mais variadas interferências do meio social, não é de se esperar que os juízes ajam de forma autômata, mas valorativamente, levando em conta suas próprias concepções ideológicas, filosóficas, políticas e conseqüenciais, tanto para decidir como para motivar seu julgamento. A propósito, mencionando acerca da conjugação de fatores emocionais e racionais no processo de tomada de decisão, são pertinentes as considerações de Atuhalpa Fernandez, ao se referir sobre a

iniludível circunstância de que as emoções formam parte inseparável de nossa existência e de que, inclusive, desempenham um papel fundamental no pensamento racional e no processo de tomada das decisões judiciais.²⁷⁶

Sobre a incursão de elementos irracionais no julgamento, o referido autor salienta que

em verdade, o que nos incita a avaliar moralmente e juridicamente uma determinada conduta ou interação não é o cálculo deliberado ou a eventual adequação consciente a normas com as que racionalmente comungamos. Entram em jogo mais bem certas intuições ou sentimentos morais de grande importância nas relações humanas, e o fazem de um modo subreptício, espontâneo, sem dar-nos apenas conta dele; empatia, remordimento, vergonha, inveja,

²⁷⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética ...*, *op. cit.*, p. 324: “uma expressão é **ambígua** quando pode ser empregada segundo várias regras semânticas diferentes; **vaga** é aquela da qual não se pode dizer com certeza se o termo antecedente e o conseqüente correspondem (...).” Neste sentido, a ambigüidade revela-se pela variedade significativa da palavra segundo a diversidade de contextos (Ex. Direito). Já a vagueza caracteriza-se pela abertura do âmbito significativo da palavra (ex. razoável).

²⁷⁶ FERNANDEZ, Atahualpa, *op. cit.*, p. 166.

humildade, sentido de honra, prestígio, compaixão, entre tantas outras. Formulamos juízos de valor sobre o justo e injusto não somente por sermos capazes de razão (como expressam as modernas teorias da interpretação), senão porque também estamos dotados de certas intuições morais inatas e determinados estímulos emocionais que caracterizam a sensibilidade humana e que permite que nos conectemos potencialmente com todos os demais seres humanos.²⁷⁷

Novos estudos realizados no campo da Hermenêutica e da Teoria da Argumentação, revelam que a correlação entre decisão judicial e sua motivação pode ser examinada a partir de dois diversos contextos: o da *descoberta* e o da *justificação*. No primeiro, enfatizando-se os aspectos *descritivos*, a análise dirige-se à explicação dos reais motivos (religiosos, morais, ideológicos etc.) que subjetivamente levaram o juiz a tomar a decisão. Já no segundo as preocupações se voltam para as *justificativas* pertinentes aos fundamentos assumidos como razões decisórias.²⁷⁸

Apesar do contexto da descoberta ter maior relevância para o estudo da sociologia ou psicologia, no campo jurídico a distinção revela aos operadores do Direito que os motivos da decisão podem não coincidir com aqueles expressos na motivação, bem como a possibilidade dos fatores subjetivos, em si, determinar, não só a deliberação adotada, mas também a própria justificação do juiz. Tais constatações evidenciam, por um lado, a insuficiência daquele instituto para evitar as interferências de variáveis não racionais nos processos interpretativo-aplicativos realizados pelo juiz, bem como a importância de justificações racionais para a previsibilidade dos julgamentos dos órgãos jurisdicionais, o que será objeto de análise específica adiante.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 166.

²⁷⁸ Cf. ATIENZA, Manuel, *op. cit.* p. 18-26; LACERDA, Bruno Amaral, *op. cit.*, p.140. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. p. 295-296. A síntese deste último autor, merece transcrição: "Fala-se em contexto de justificação, quando o foco não está centrado nos motivos pelos quais uma decisão foi tomada, mas nas razões lógico-jurídicas que ampliaram a deliberação. Enquanto no contexto do descobrimento se intenta explicar por quê uma decisão foi tomada, num contexto da justificação o argumento volta-se para aduzir razões que demonstrem a qualidade superior da decisão tomada. Ainda que, por vezes uma mesma resposta possa atender a ambas perspectivas, elas não podem ser confundidas entre si."

Ainda, a questão da insuficiência liga-se também ao insustentável intento de que o juiz seja neutro como agente estatal.

4.3.2 - A neutralidade (?) do juiz

A apregoada concepção de neutralidade do magistrado para julgar, ainda vigentes em muitos setores do Direito,²⁷⁹ corresponde a um mito reafirmado pela Escola da Exegese, a fim de evitar a repristinação de valores cultivados antes Revolução Francesa, semelhantemente ao que, à época, a motivação das decisões judiciais representava enquanto instrumento destinado a controlar a legalidade dos julgamentos dos juízes.²⁸⁰

Aliás, a respeito observa Paulo Rangel

que a neutralidade foi um mito concebido pelo Direito Romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por questões históricas bem conhecidas, pois com o advento da Revolução Francesa o Rei foi afastado do poder, junto com seus ministros e toda sua máquina administrativa, permanecendo, contudo, juízes aristocratas. Os juristas revolucionários sabiam que de nada adiantaria fazer novas leis se quem as interpretariam seria eles, os juízes aristocratas. Foi aí que a Escola Francesa reafirmou o antigo mito, do Direito Romano, de que o juiz é neutro, dobrando os magistrados à vontade do legislador, anulando, assim, sua liberdade de interpretação.²⁸¹

Todavia, conforme percebe Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, enfatizando o pensamento de João Batista Herkenhoff,²⁸²

parece indiscutível que a utilização *da ratio* de forma pura e

²⁷⁹ Cf. PAZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano 34, n.108, dez. 2007, p. 178, fazendo referência a Pamplona Filho, Rodolfo M.V., *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. Disponível em :<<http://www.jus.com.br>>. p.5. Acesso em: 16. abr. 2005.

²⁸⁰ SIFUENTES, Mônica. *Súmula ...*, op. cit., p. 288.

²⁸¹ MARTINS, José Renato Silva. *Dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, prefácio, XII e XIII.

²⁸² HERKENHOFF, João Batista. *Direito e utopia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 43, *apud* PAZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano 34, n.108, dez. 2007, p. 176.

exclusiva para ordenar conceitos e manifestar-se frente aos fatos trazidos ao seu conhecimento é uma utopia. João Batista Herkenhoff apresenta, de forma bastante lúcida, a realidade fática na qual o juiz está inserido. Há que se afastar a neutralidade ideológica e política do agir dos magistrados, pois os mesmos, a exemplo dos demais cidadãos, não possuem o dom de se desvencilhar das experiências passadas, de preconceitos e da forma de observar e interpretar a estrutura social que os cerca. Todos os seres humanos, sem exceção, fazem uma leitura própria da sociedade em que vivem, com seus antagonismos, injustiças e costumes, e imprimem, às decisões que proferem, uma carga valorativa que expressa, justamente, esta leitura e, acima de tudo, o seu posicionamento crítico frente a ela. A figura do magistrado não é exceção. A manifestação do juiz trará, sim, valores formados em cima de sua interpretação da sociedade e dos fenômenos que acontecem. Toda e qualquer decisão proferida trará, de uma forma mais ou menos explícita, o privilégio de um determinado valor, descartando, portanto, uma pretensão neutralidade jurídica. E aqui, diga-se de passagem, não se está a fazer uma crítica pura e simples acerca dos componentes do processo decisório, mas a translúcida constatação de que a ninguém é possível isolar seu inconsciente frente a uma situação de decisão.²⁸³

Na realidade, a pretensão de atuação puramente neutra não se compatibiliza com a natureza humana do julgador. A própria opção no sentido de julgar com indiferença quanto aos efeitos da decisão — de modo formal, avalorativo e isento — implica valoração.²⁸⁴

De se observar, por outro lado, que isso não inviabiliza o dever de agir com *imparcialidade*, que conceitualmente implica exigências de iguais oportunidades às partes no exercício da jurisdição, sobretudo quanto à

²⁸³ PAZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *op. cit.*, p. 176.

²⁸⁴ SAAVEDRA, *Interpretación del derecho y ciencia jurídica*. Fontamara: México, 1994, p.86, *apud* SOUZA, Artur César, *op. cit.* p. 140, evidenciando a indissociabilidade do ato de compreender, interpretar e aplicar, pondera que “o leitor possui já ‘uma pré-compreensão’ daquilo que pretende compreender através do texto. O texto histórico e as tradições culturais a que pertence o intérprete operam de tal forma que não há uma leitura neutra e ingênua” .

observância dos direitos e garantias fundamentais.²⁸⁵ Afinal, o cidadão tem direito a submeter as decisões compatíveis com os parâmetros formais e materiais do ordenamento jurídico-constitucional, aí incluído o pronunciamento justificado das razões determinantes da solução decisória aplicada.

Numa síntese expressivamente contundente sobre o tema, Inocêncio Mártires Coelho, referindo-se ao que disseram, respectivamente, Raul Zaffaroni e Karl Jasper, formula que

a figura do juiz asséptico é pura e simplesmente uma impossibilidade antropológica; e que, finalmente, não existe um ponto arquimediano exterior à história, de onde possamos julgar as coisas mundanas com isenção e objetividade.²⁸⁶

Há de se reconhecer, portanto, que na prática jurisdicional, diretamente correlacionada ao ato de julgar as questões controvertidas, inevitavelmente inserem-se, em larga medida, as diversas dimensões do âmbito subjetivo e o próprio sentimento de responsabilidade pessoal do julgador quanto às conseqüências concretas de seu decisório, fazendo com que seja substancialmente relativizado aquele objetivo de se fazer com que a motivação sirva como eficaz meio garantidor da inexistência de atuações não arbitrárias do julgador.

4.3.3 - A possibilidade de uso de pretextos como razões decisórias

Sob outra perspectiva, no processo interpretativo-aplicativo que o juiz desenvolve, não se pode afastar, além das manifestas violações à ordem jurídica, a utilização de *artifícios* suscetíveis de disfarçar a aplicação correta dos elementos normativos nos julgamentos, mediante argumentos estratégicos articulados para contornar a aplicação de critérios puramente pessoais decorrentes de concepções ideológicas, filosóficas, políticas ou religiosas (exemplos: aborto, transfusão de sangue, greve etc.), muitas vezes inconciliáveis com o ordenamento jurídico.

Nesses casos, cabe questionar a importância da sinceridade do julgador

²⁸⁵ MARTINS, José Renato Silva, *op. cit.*, p. 69-71.

²⁸⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Racionalidade ...*, *op. cit.*, p. 56.

quanto ao pronunciamento dos motivos decisórios, sobretudo nos casos em que, apesar de sua atuação subjetivamente ilegítima, a justificação apresentada logra persuadir os interessados, a própria comunidade jurídica e a sociedade quanto ao acerto ou plausibilidade da aplicação do Direito no caso concreto.

Assim como não há meios infalíveis para se obstar a violação das normas jurídicas pelo julgador na atividade de interpretação-aplicação, também não há mecanismos que seguramente façam com que o mesmo insira, de forma automática, suas verdadeiras e autênticas razões na parte motivatória da decisão. Disso decorre a constatação de que, além das violações diretas ao ordenamento jurídico, não se pode afastar a possibilidade de uso de sofisticados pretextos para dissimular a inadequada aplicação de normas jurídicas.

Apesar da existência do dever jurídico do julgador sinceramente²⁸⁷ expressar-se no ato decisório, de forma correspondente às razões de seu convencimento, é de se ponderar, conforme o faz Luis Pietro Sanchis, que a tarefa de mensurar a sinceridade daquele liga-se mais, não ao Direito em si, mas ao âmbito da psicanálise.²⁸⁸ Juan Iguarta Salaverria noticia que sem embargo da dificuldade de ter acesso ao “material psicológico” do juiz, alguns

²⁸⁷ TARUFFO, Michele, citado por SALAVERRÍA, Juan Iguartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003, p. 88, menciona: “é plenamente lícito desejar que o juiz seja 'sincero' e ao motivar diga o quanto seja possível como na verdade decidiu. Sem embargo, isso não exclui que dentre as razões reais de decidir e as boas razões que o juiz enuncia para justificá-las permaneçam relevantes diferenças estruturais e funcionais' '(Motivazione...(controllo della).p. 750 nota 50)”

²⁸⁸ SANCHIS, Luis Pietro, *op. cit.*, p. 87. A respeito, LIEBMAN, Enrico Tullio. In *Do arbítrio à razão – reflexões sobre a motivação da sentença. Revista de Processo*, n. 27, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 80, apud *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988, p. 84-85, comenta: para o direito é irrelevante conhecer dos mecanismos psicológicos que, às vezes, permitem ao juiz chegar às decisões. O que importa, somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicas e coerentes, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente.” G.illuminate, citado por Salaverria, Juan Iguartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales., 2003, p.91: “ **a motivação não é exame de consciência do juiz**, senão a exposição de razões (...) pelas quais deve (ou não deve) pronunciar uma determinada decisão...(G.Illuminati, 'princípio di oralità e ideologie della Corte costituzionale...', p. 1979). (destaque nosso)

teóricos têm projetado métodos — apontados pelo autor como de discutidíssimo alcance —, para investigar pelo prisma subjetivo o processo de tomada de decisão. Para tal fim, fala-se no “self-reports” (através do qual o juiz conta o que se passou por sua mente), o “idealized judging” (nele descreve-se como deveria agir o juiz) e os “imaginary judges” (mediante descrição dos advogados acerca de como atuarão os juízes a fim de prevenirem seus clientes).²⁸⁹

Certamente, do ponto de vista prático-jurídico pouco importa saber ou adivinhar a íntima convicção do julgador, porquanto inacessível ao conhecimento dos operadores do Direito saber se as razões expostas identificam-se com aquilo que realmente determinou a tomada de decisão (contexto da descoberta). Sobre a inviabilidade de se verificar a exata coincidência entre as reais razões do julgador e aquelas reveladas formalmente, Michelle Taruffo menciona que “tal correspondência é, sempre, só eventual, tendencial, incompleta e, de qualquer modo, não constatável a partir da única base empírica de que se dispõe, que é a motivação.”²⁹⁰

Na realidade, no plano puramente jurídico tem reduzido relevo a sinceridade do juiz quanto às razões íntimas que conduziram ao julgamento num determinado rumo, dado que, para os destinatários da motivação, tão só aquelas que restaram explicitadas na decisão formal adentram no mundo jurídico e objetivamente podem ser consideradas.

Nessa esfera, o que tem relevância prática restringe-se ao que se torna público. Daquilo que, originado como razão privada do agente estatal, convolou-se — em decorrência do compartilhamento dos motivos decisoriais — no fator objetivamente determinante do julgamento do órgão jurisdicional (contexto da justificação), é que se permite sopesar os mais diversos aspectos da relação que envolve a motivação, o sistema jurídico e decisório proferido, dentre eles a eventual ocorrência de arbitrariedades.

Numa situação hipotética, pressupondo-se a insinceridade do julgador, se este, ao motivar, convencer que o julgamento foi correto, ainda que se

²⁸⁹ SALAVERRÍA, Juan Iguartua. *La motivación ...*, op. cit., p. 82.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 83.

possa qualificar sua atuação como arbitrária (ou como antiética), subsistirá o decisório como legítimo, exatamente pela óbvia inviabilidade de avaliar aquele proceder íntimo.

Enfim, se, por um lado, aquele instituto *potencialmente* implica limitação da subjetividade do juiz, no sentido de, do ponto de vista racional, induzi-lo a atuar de modo vinculado ao Direito durante a prolatação do ato decisório, por outro, não obstaculariza de modo inexorável as violações manifestas ao ordenamento jurídico e, ainda menos, aquelas latentes.

Juan Iguartua Salaverría, ao comentar o tema, menciona que

es razonable presumir que el juez, em tanto decide, tenga en su horizonte la posterior obligación de motivar su decisión, y ésa juegue como factor discriminatório para recortar el abanico de decisiones posibles. Pero nadie esta en disposición de assegurar(salvo el interfecto, naturalmente) si han mediado o no(y si con peso más o menos determinante) otros elementos al tomar la decisión.²⁹¹

Portanto, embora necessária para a contenção do arbítrio no processo interpretativo-aplicativo — sobretudo pelas dificuldades de se justificar racionalmente uma decisão não consentânea com o Direito — a motivação não é plenamente suficiente para garantir a obtenção daquele fim. Imperceptivelmente, razões arbitrárias e inconfessas podem prevalecer de modo determinante na deliberação.

De toda sorte, além desse aspecto relativo à construção de óbices argumentativos, não se pode deixar de considerar como relevante o fato de que, a partir do conteúdo motivatório, resta racionalmente propiciada a possibilidade de utilização de meios para se controlar objetivamente a decisão proferida, embora atribuindo aos destinatários (partes, tribunais revisionais, comunidade jurídica e a sociedade) o ônus de argumentar convincentemente acerca de falta de racionalidade do julgado, do emprego abusivo da subjetividade e mesmo a eventual manifestação inadequada de fatores inconscientes na atuação do julgador(convicções éticas, tendências políticas,

²⁹¹ *Ibid.*, p. 85.

pressões sentimentais etc)²⁹².

Num contexto em que se busca controlar o uso da subjetividade de quem julga e, assim, o arbítrio, por mecanismos racionais, logicamente tal oportunidade de se sindicarem ativamente o juízo de valor externado pelo órgão jurisdicional, constitui manifesto *signal* de eficácia da motivação frente ao arbítrio, assertiva que requer uma análise mais aprofundada.

4.4 - Sobre a eficácia da motivação para evitar o arbítrio judicial

No que se refere ao potencial de a motivação produzir efeitos concretos relacionados a fazer com que o juiz, no processo interpretativo-aplicativo, leve em consideração, além de outros dados, os elementos normativos, para decidir, tem-se como imprescindível examinar o ato motivatório sob o ângulo de sua adequação.

Conforme explicita Humberto Ávila “a adequação exige uma relação empírica entre meio e fim: o meio deve levar à realização do fim.”²⁹³ Dessa forma, tendo em vista que a decisão judicial constitui-se num produto da atividade intelectual e que o Direito não dispõe de outro mecanismo jurídico suscetível de tornar objetivo, ainda que apenas em parte, o ato de julgar praticado pelo magistrado, cabe aferir se tal meio realmente detém aptidão para produzir conseqüências práticas.

De fato, embora seja dever jurídico do juiz, como agente do Estado Democrático de Direito, proceder observando as normas jurídicas, certamente, do ponto de vista prático, não há como determinar, de maneira exata, se as razões que, internamente, orientaram a deliberação judicial quanto à procedência ou improcedência das pretensões formuladas pelas partes são de cunho jurídico ou extrajurídico.

A adequabilidade da motivação para influenciar o julgador a

²⁹² Cf. SOUZA, Artur César. *A parcialidade...*, op. cit. p.141.

²⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152. Embora o autor trate do tema à vista do postulado aplicativo da proporcionalidade, entendemos que aquelas considerações citadas são plenamente compatíveis com a análise ora desenvolvida.

efetivamente cumprir o ônus argumentativo de justificar a compatibilidade do decisório com os elementos normativos, manifesta-se sob diferentes prismas, sendo de especial relevância aferir acerca da extensão dos efeitos daquela.

Ainda seguindo as concepções de Humberto Ávila sobre o assunto, é possível analisar o significado da adequação do meio sob três aspectos: *quantitativos, qualitativos e probabilísticos*:

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio.²⁹⁴

De plano, verifica-se como prejudicado qualquer juízo comparativo concernente à motivação enquanto meio apropriado para propiciar concretamente a vinculação do juiz à observância e aplicação das normas jurídicas para decidir, exatamente por que aquela se constitui objetivamente no *único* meio jurídico disponível e suscetível de atingir aquele objetivo, não havendo como afirmar sobre se a motivação é mais eficaz ou melhor do que qualquer outro. É nesse sentido que Perelman pondera que “[...] *apenas a sentença motivada nos fornece o conjunto dos elementos que nos permitem pôr em evidência as características do raciocínio jurídico.*”²⁹⁵ (destaque nosso).

De todo modo, o que se constata é que a adequação daquele meio não pode ser visualizada pelo aspecto quantitativo ou qualitativo, mas apenas pelo prisma probabilístico, já referido, pondo-se, assim, o ato motivatório como um meio apenas potencialmente apropriado a atender aquele fim aplicativo do Direito. Com efeito, como garantir se, numa decisão proferida em última ou única instância (de competência do STF, por exemplo), o órgão jurisdicional atuou de modo legítimo ou arbitrário?

Diante da impossibilidade de se aferir quem laborou a partir do critério da verdade na relação processual²⁹⁶, não há como assegurar, por exemplo,

²⁹⁴ *Ibid.*, p.152.

²⁹⁵ PERELMANN, Chain. *Ética ...*, *op. cit.*, p.481.

²⁹⁶ “A *verdade processual* não assenta numa idéia de certeza científica comprovada, mas sim numa idéia de probabilidade. Na expressão de Germano Marques da Silva, ‘ela não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto

que o órgão jurisdicional que por último decide, inquestionavelmente, detém conhecimento pleno a respeito da questão decidida. Da mesma forma, também não se pode garantir que aquele faz de modo adequado o controle revisional quanto à aplicação arbitrária da lei pelos demais julgadores que anteriormente examinam a matéria. Afinal, na hipótese daquele que julga por último ter agido arbitrariamente, fazendo prevalecer sua decisão sobre a instância inferior, não se poderá afirmar que tenha ocorrido controle real quanto à correção ou supressão de arbítrio judicante.

Apesar da presunção de que os órgãos jurisdicionais de última instância — por sua estruturação colegiada, composição por maioria de membros normalmente detentores de maior experiência judicante e pela própria propensão para constituição do julgamento por meio da intersubjetividade — detenha maior potencial para alcançar o acerto da decisão judicial, não se pode afastar, de maneira peremptória, a possibilidade de arbítrio daqueles julgadores que, dada a sua posição hierárquica no processo, fazem prevalecer o seu posicionamento.

Ainda que venham ocorrer questionamentos, impugnações e críticas das partes, da comunidade jurídica e da sociedade, o resultado decisório subsistirá no plano jurisdicional como se não arbitrário fosse. Mesmo porque, é imprescindível que haja uma decisão judicial definindo a demanda, ainda que, a juízo de outros, possa não se qualificar como a mais correta.²⁹⁷

Em situações tais, revela-se aquilo que, face à inevitável criação da norma jurídica de decisão pelo intérprete-aplicador, Inocêncio Mártires Coelho, ao lado de outros notáveis juristas, expressa: “que o direito, em sua concreta existência, é aquele 'declarado' pelos juízes e tribunais, e que sem o problema suscitado a partir do intérprete as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas.”²⁹⁸ Concernente a isso, não é incongruente acrescentar que, na sua

é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, obtida por meios processualmente válidos.”(Gonçalves Fernando;Alves Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – processo penal prático*. 2. ed. Rev. e atual..Coimbra: Almedina, 2002. p. 139, apud SOUZA, Artur César. *A parcialidade...*, op. cit. p. 100.

²⁹⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, op. cit., p. 262.

²⁹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, op. cit., p. 24.

concreção, o Direito é aquele declarado pelo órgão jurisdicional que por último decide a questão, atuando a motivação apenas no campo da probabilidade, como um potencial instrumento apto a formar tendência rumo a que a decisão venha a ser fundada no Direito, sem que isso implique certeza de incoerência de arbitrariedade.

A esse respeito, Juan Igartua Salaverria salienta a conexão empírica entre o dever de motivar e a decisão a ser tomada em concreto pelo julgador, anotando ser recorrente na doutrina a noção de que o juiz normalmente julga de acordo com aquilo que possa motivar, deixando consignado que “*parece sensato supor que a obrigação de motivar influi poderosamente na hora de definir o horizonte das decisões possíveis. Normalmente o Juiz não decide pelo não motivável*”^{299 300}(destaque nosso).

Nesse sentido, por permitir investigar a racionalidade da decisão e sua correspondência com ordenamento jurídico, importa considerar a motivação como relevantemente adequada para, controlando por via indireta a subjetividade do juiz, produzir uma tendência no sentido de que delibere no caso concreto previsivelmente: com base no ordenamento jurídico. De fato, não se espera que o juiz, diante de dificuldades ou impossibilidades de racionalmente justificar uma dada solução de início projetada — e sabedor de que as razões expressas serão expostas publicamente à crítica —, permaneça na esfera da irracionalidade.

Visualizando a matéria sob o prisma lógico, é razoável entender que a motivação, embora não possibilite desentranhar da mente do juiz as suas razões subjetivas, pelo menos permite (de maneira direta ou indireta) que seja perquirido valorativamente alguns dados objetivos relevantes para o Direito: i) o uso ou não de racionalidade quanto à correlação entre as razões decisórias e as normas jurídicas; ii) a coerência ou não entre premissas e conclusões

²⁹⁹ SALAVERRÍA, Juan Iguartua. *La motivación ...*, op. cit., p. 81, nota 211. Nas palavras do autor: “Parece sensato suponer que la obligación de motivar influye poderosamente a la hora de acotar el horizonte de las decisiones posibles; normalmente el juez no decide lo inmotivable (F.M.IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale...*p.8 y 63). Esta é uma idea bastante recorrente em la doctrina; cfr. p.ej. Ch. PERELMANN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, París, 1979, p.176, p; también M. GASCÓN ABELLÁN, *Los Hechos em el derecho...* p. 208.”

³⁰⁰ Permita-me: o juiz não quer ser taxado de irracional ou inconsequente!

externadas na decisão; iii) a congruência entre o resultado decisório e aqueles valores relativamente consensuais do meio social; iv) as manifestações da subjetividade do julgador, atribuindo-se ao interessado o ônus de demonstrar o exagero delas e, assim, a ocorrência de arbitrariedades.

Dessa forma, num cenário em que se conjugam a obrigatoriedade de motivar, de fazê-lo racionalmente e de vinculação do julgador às regras e princípios, coloca-se a motivação como instrumento apropriado para a auto-contenção do julgador e para a potencialmente aferir se a solução jurídica formulada pode ou não ser considerada aceitável do ponto de vista jurídico. Ao mesmo tempo, permite aferir manifestações de eventuais arbítrios e responsabilidades, indicando que o meio — a motivação — compatibiliza-se em parte com o fim pretendido — induzir o julgador a decidir de forma racional, persuasiva e legítima, por meio da observância e aplicação, ainda que não exclusivamente, daqueles elementos normativos.

Por outro lado, quanto ao *âmbito* da adequação, cabem ser consideradas as dimensões em que a adequação da motivação se manifesta: abstração / concretude; generalidade / particularidade; antecedência / posteridade.³⁰¹

Nesse sentido, quanto ao primeiro aspecto, e em decorrência da característica tão-só potencial da motivação, tem-se que a mesma só *abstratamente* se mostra como meio apto. Embora exista a expectativa de que o juiz se atenha a parâmetros jurídicos para julgar, se levarmos em conta que os mecanismos de controle preventivo são apenas normativamente coercitivos (dever ser) e, portanto, abstratos, não se poderá garantir que, diante das circunstâncias fáticas, sempre a finalidade pretendida virá ocorrer em concreto.

Sob perspectiva diversa, não é exagerado afirmar que aquele instrumento tem se apresentado como *geralmente* adequado à efetivação da finalidade pretendida, no sentido de fazer com que o julgador decida a partir de bases jurídicas, embora seja suscetível de se mostrar inapropriada em casos particulares. Luis Pietro Sanchis chega a afirmar que “*de hecho la*

³⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria ...*, op. cit., p. 154.

*jurisprudencia se ajusta por regla general a las orientaciones legales*³⁰².

Noutra passagem o autor também se manifesta sobre tal tendência:

*[...] los tribunales se caracterizam por adoptar posições firmes y vinculantes que, por cierto, pueden ser erróneas, subjetivas e irracionales. Sin embargo, generalmente el juez asumirá el papel de órgano decisório racional mediante um sistema argumentativo conocido e aceptado a justificar el fallo; y, como decía Hart, no parece correto elaborar uma teoría del Derecho como si efectivamente los jueces tuviessen ya como estándar de conducta la solución de conflictos al margen de la ley.*³⁰³

Na realidade, conforme acima acentuado, de maneira geral, a motivação induz o órgão jurisdicional a decidir a partir de parâmetros jurídicos.

Finalmente, ainda pelo ângulo da adequação, mostra-se equivocada a afirmação de que o instituto da motivação enquanto mecanismo de contenção de arbítrio só produz efeitos *a posteriori*.

Faz-se notório que o controle resivional pelo órgão jurisdicional competente para decidir a questão (em geral os tribunais) só pode ser viabilizado após o conhecimento das razões decisórias ou, diversamente, a partir da constatação de omissão do julgador quanto ao dever de motivar. Contudo, além desse controle posterior (viabilizado por meio de recursos, ações rescisórias, mandado de segurança, *habeas corpus*), busca-se também, antes, o autocontrole do julgador.

Não se pode negligenciar que — em função da disposição do artigo 93, IX da Constituição da República — o juiz encontra-se heteronomamente adstrito a justificar sua decisão fundada no Direito, fazendo com que o ato de motivar, configure-se como fator potencialmente indutor da aplicação normativa, dado que, antecedentemente, o juiz tem consciência de seu dever, das dificuldades de argumentar à margem da racionalidade, das eventuais consequências e das responsabilidades decorrentes da inobservância dos elementos jurídicos.

Neste ponto, em consonância com as manifestações já referidas, tem-se

³⁰² SANCHIS, Luís Pietro, *op. cit.*, p.109.

³⁰³ *Ibid.*, p. 87.

que a eficácia deste controle prévio é evidenciado pelo fato de que, além de, em geral, não preterir a aplicação das normas jurídicas,³⁰⁴ normalmente o magistrado decide-se conforme seja possível cumprir convincentemente o dever de motivar de modo racional.³⁰⁵

Postas tais premissas, é de se concluir que a motivação, coloca-se como adequada para produzir efeitos abstratos, gerais, antecedentes e posteriores à decisão judicial, revelando que, apesar das limitações, aquela se apresenta de fundamental importância para interditar a íntima convicção e o abuso de autoridade quanto à interpretação-aplicação das regras e princípios na decisão judicial.

4.4.1 - Algumas perspectivas da eficácia da motivação face ao arbítrio

Pelo formulado até então, observa-se que aquele imperativo constitucional não se qualifica, apesar de sua *insuficiência*, como mecanismo puramente simbólico para efeito de aplicação do Direito pelo juiz.

Aquelas particularidades do ato motivatório importam em confirmação parcial da hipótese formulada no início desta pesquisa, revelando que na prática a motivação mostra-se pelo menos relativamente eficaz para a contenção do arbítrio do julgador, o que se evidenciava pela própria estruturação da dogmática jurídica, ao exprimir sua pretensão de que os resultados das decisões judiciais sejam correspondentes aos parâmetros normativos estabelecidos. Afinal, não teria sentido prático a existência de toda uma construção teórica do Direito se não se estabelecesse também meios que minimamente assegurassem a efetivação daqueles padrões jurídicos pré-estabelecidos.

Assim, sob o prisma da racionalidade, não se pode desconsiderar o potencial da motivação realizada de maneira formal e documentada para previamente alertar o julgador sobre os objetivos e as conseqüências dos atos decisórios que pratica, tornando-o responsável pelo que afirma e delibera. Com

³⁰⁴ *Ibid.*, p.109.

³⁰⁵ SALAVERRÍA, Juan Iguartua. *La motivación...*, *op. cit.*, p. 81, nota 211.

isso, o ato motivacional, apesar de suas limitações, produz efeitos jurídicos indutores ao exercício da função jurisdicional em consonância com o Estado Democrático de Direito, que tem na norma jurídica representativa da vontade geral um dos seus pilares.

Mesmo naquelas situações em que o juiz posiciona-se intuitivamente no sentido de decidir a demanda num determinado sentido, se pressuposta racionalidade, é lógico deduzir que, diante do ônus de argumentar com bases jurídicas, o mesmo refluirá da opção inicial se lhe faltarem elementos argumentativos convincentes para justificá-la segundo a ordem jurídica. A plausibilidade desta dedução já evidencia que a motivação não pode ser considerada inócua quanto a evitar o uso de puro subjetivismo e preferências pessoais como único critério no ato de decidir.

Com efeito, no campo da eficácia, coloca-se a motivação, não apenas como útil, mas absolutamente *necessária* para a contenção do arbítrio no processo interpretativo-aplicativo do Direito, consistindo, na realidade, como único meio suscetível de pelo menos induzir racionalmente a que o julgador, sabendo de antemão que as razões decisórias serão compartilhadas objetivamente com os destinatários, proceda segundo as legítimas expectativas decorrentes dos elementos jurídicos.

A outro giro, embora se constitua num condicionamento relevante à atividade jurisdicional, aquela não basta para determinar de maneira inexorável o resultado pretendido, uma vez que variados aspectos relativos ao processo interpretativo-aplicativo — que vão desde a estrutura da norma jurídica às próprias características do julgador — acarretam a sua *insuficiência* no que tange àquele objetivo.

Na realidade, o que se verifica é um instrumento suscetível de produzir efeitos potenciais, que opera num contexto em que, além da racionalidade, atuam, circunstancialmente, fatores objetivos e subjetivos, dentre eles a consciência jurídico-política do juiz — como agente do Estado Democrático de Direito —, o seu compromisso quanto a seus deveres inerentes ao exercício de uma função pública a respeito da qual deve prestar contas, seu senso de justiça, sua sensibilidade quanto às conseqüências de sua decisão (projeção

de seus efeitos) etc., além da própria eficiência dos meios de controles legitimamente previstos.

A respeito desses cabe observar que, posicionando-se no campo argumentativo, os respectivos efeitos práticos dependem da capacidade de percepção sobre a ocorrência de eventual inobservância dos padrões de validade, racionalidade e legitimidade, bem como do poder de argumentação do atingido, direta ou indiretamente, pelo decisório

De se acentuar, ademais, que a força do ato motivatório manifesta-se no campo da racionalidade, atuando esta como aliada no combate ao arbítrio judicial. Ali, controla-se a subjetividade pela racionalidade, ou seja, pela exigência da apresentação de justificações racionais e convincentes pelos juízes.

Numa alusão a Arthur Kaufmann³⁰⁶ — ao dizer que a hermenêutica é racional, mas trabalha com o irracional da forma mais racional possível — pode-se afirmar que a motivação, por ser influenciável também por fatores irracionais, mostra-se eficaz para controlar o arbítrio da decisão judicial da maneira mais racional possível: *estabelecendo dificuldades argumentativas quanto à justificação de decisões irracionais, realizando o compartilhamento com os interessados das razões utilizadas para decidir e exigindo do julgador argumentos aptos a convencer os destinatários do acerto do julgamento.*

4.5 - É possível densificar a efetividade do dever constitucional de motivar?

Retomando afirmações anteriores, é de se perceber que não obstante suas imperfeições, a necessidade e eficácia (ainda que relativa) da motivação são particularidades de relevo para se interditar o arbítrio judicial. Se essa não faz com que o juiz aja necessariamente no sentido de cumprir sua função de decidir de modo consentâneo com o ordenamento jurídico-constitucional, certamente tem potencial para racionalmente induzi-lo a assim proceder, além

³⁰⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía de Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999, p. 103. *apud* COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação ...*, *op. cit.*, p. 6.

de permitir a utilização de controles democráticos quanto a eventuais desvios.

Daí a importância de se reconhecer a existência de uma estreita correspondência entre a justificação da decisão judicial e a legítima aplicabilidade das normas jurídicas, funcionando aquela como idéia regulativa do exercício da jurisdição — tal qual se refere Robert Alexy quanto à necessidade de o juiz perseguir a única resposta correta como exigência do Estado Democrático de Direito. Aqui não seria incongruente afirmar que, no âmbito da atuação decisória, colocando-se entre as esferas da legitimidade e da arbitrariedade decisória, manifesta-se a motivação racional como o mecanismo jurídico cuja realização qualifica o primeiro dos dois extremos em que se pode inserir o julgamento.

Uma vez reconhecida a importância e eficácia da motivação para contenção do arbítrio na aplicação do Direito na decisão judicial, mostra-se relevante dar atenção às reclamações da doutrina quanto à falta de efetividade da norma constitucional que a exige como condição de validade do julgamento. De consequência, é de se ter que a legitimidade dos decisórios varia na razão direta da qualidade das justificações formuladas pelos órgãos jurisdicionais, sobretudo no que tange ao convencimento de que a deliberação do julgador mantém idônea conexão com as normas jurídico-constitucionais.

Adverta-se que a possibilidade de se efetivar aquele comando da Constituição e, com isso, na prática, fazer valer esse mecanismo de obstacularização do arbítrio da decisão judicial apresenta graves e complexas dificuldades. Sem dúvida, a maior efetividade daquele preceito constitucional encontra-se condicionada à interferência de diversos fatores objetivos e subjetivos, incluindo-se, dentre outros, a própria natureza intelectual do julgamento; a liberdade do julgador para decidir; a inevitável indeterminação do que se configura como suficiente justificação decisória; a diversidade de aptidões e concepções dos julgadores quanto à necessidade e o significado da motivação para o exercício legítimo da jurisdição; o grau de compromisso do julgador com o Estado Democrático de Direito; o maior ou menor potencial para se viabilizar, na prática, a prolação de decisões produzidas intersubjetivamente; as próprias limitações do Poder Judiciário, que atribui aos juízes um

desproporcional número de demandas a serem decididas; as exigências estatísticas relacionadas à produtividade do juiz; as exigências pertinentes ao princípio da celeridade na entrega da prestação jurisdicional etc.

De todo modo, para a efetivação daquele imperativo constitucional, mais relevante que o estabelecimento de normas jurídicas destinadas a definir a delimitação conceitual do ato motivatório, coloca-se sobremaneira relevante, *ao lado da atuação crítica dos demais operadores do Direito*, a fidelidade do magistrado ao seu compromisso ético quanto à validade e legitimidade de suas decisões.

Embora seja relevante novos regramentos específicos sobre o tema, a disposição estabelecida no art. 93, IX da Constituição, a tanto, mostra-se suficiente (apesar de sua abertura textual).³⁰⁷ Antes de tudo, deve ser considerado que a decisão em substancial medida constitui-se num produto da inteligência e vontade. Como consequência, maior aptidão terá para se obter aqueles objetivos a formação de uma ideologia da magistratura fundada na convicção acerca da transcendental importância do seu papel para se alcançarem os valores estabelecidos pela Constituição, a consolidação da sociedade legitimamente projetada por ela e sua consciência quanto aos riscos de prevalecimento do indesejável arbítrio, representado neste campo pelo exercício privatístico e não republicano da jurisdição.

Sendo óbvia a inviabilidade de se estabelecer sistemas de controles de decisões judiciais que não sejam internos ao sistema judiciário,³⁰⁸ certamente o cumprimento do mencionado comando liga-se em relevante medida à própria postura e responsabilidade do magistrado frente ao sentido e alcance ético daquela norma.

Quanto a isso, dada a relevância do dever de motivar, elevado constitucionalmente à condição de validade e consectário da legitimidade das

³⁰⁷ A respeito pondera GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 226-227: “Afirmar que as palavras e expressões jurídicas são, em regra, ambíguas e imprecisas não quer, porém, dizer que não tenham elas significação determinável. Se assim não fossem, aliás, as palavras — como observa Bandeira de Melo [1981:245] — ‘seriam meros ruídos sem qualquer conteúdo. Não seriam signos, quer dizer, significantes, e a comunicação humana tornar-se-ia impossível’.

³⁰⁸ SANCHIS, Luís Pietro, *op. cit.*, p.125.

decisões judiciais, não se colocaria como incongruente com os parâmetros do Estado Democrático de Direito — que exige atuação não solipsística, transparente e impessoal dos agentes públicos — a previsão deste dever como norma de caráter deontológico no Estatuto da Magistratura nacional.

Inegável que a não motivação do decisório implica infringência do inerente dever de exercício republicano da função jurisdicional. Afinal, sendo devedor de contas relativas ao desempenho de sua investidura jurisdicional, fazer saber das razões pelas quais se decidiu acerca da esfera jurídica do indivíduo não é menos que um dever fundamental.³⁰⁹

Apesar das objeções à conveniência de se estabelecer normas deontológicas ao juiz,³¹⁰ dado que as decisões imotivadas caracterizam-se como gritante ofensa à Constituição e revela negligência quanto à obrigação de julgar de modo válido e legítimo, não restam dúvidas de que eventual previsão normativa, desde que preservado íntegro o livre convencimento, poderia contribuir para evitar tais abusos decisórios.

Com efeito, poderia servir para reafirmar aquele comando no âmbito interno da magistratura, alertaria quanto à importância e conseqüências da justificação do julgamento, enfatizaria o compromisso de se vincular as decisões proferidas aos parâmetros constitucionais, além de propiciar a criação de uma consciência ética potencializadora da efetividade daquele imperativo constitucional.³¹¹

Todavia, a medida se revelaria inoportuna sob aspecto prático. Além de seu sentido policialesco face a um ato eminentemente intelectual, como fatores negativos pertinentes à sua aplicação devem ser consideradas as dificuldades para se determinar os limites entre sentença motivada e imotivada e os conseqüentes riscos de submissão do magistrado às conseqüências de procedimentos disciplinares eventualmente derivados de puros juízos de valor, além dos possíveis reflexos quanto à necessidade de se compatibilizar as exigências de motivação com a celeridade processual.

³⁰⁹ *Ibid.*, p.117.

³¹⁰ Cf. NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 223-224.

³¹¹ Cf. *Ibid.*, p. 223-224.

Por outro lado, providências como a inclusão do tema dentre aqueles de obrigatória abordagem pelas Escolas de Magistratura (art. 93, 105, I e 111-A, CR) nos cursos de formação e aperfeiçoamento poderiam produzir mais relevantes efeitos rumo à efetivação daquele comando dirigido aos magistrados. Neste contexto interno, tais órgãos, ao difundirem e valorizarem mais intensamente a necessidade do ato motivatório para a validação e legitimação de cada um dos decisórios proferidos, também estariam contribuindo para o aprimoramento da própria prestação jurisdicional.

Como tal dever — que implica direito e garantia fundamental do jurisdicionado — não se distancia de exigências éticas, vale lembrar a ponderação de Hans-Georg Gadamer quanto à exigência de o juiz ter capacidade de se colocar na posição do outro para decidir:

[...] Elogia-se, portanto, a compreensão de alguém quando ele, julgando, consegue deslocar-se completamente para a plena concreção da situação em que o outro tem de atuar.

[...] Nós dizemos que tem boa penetração de espírito aquele que julga reta e equitativamente. A pessoa que possui boa penetração de espírito está disposta a conhecer o direito da situação do outro e por isso se inclina em geral também à compaixão e ao perdão.³¹²

Nessa perspectiva, o dever de expor as razões que nortearam a interferência na esfera jurídica alheia transcende o âmbito jurídico-político, convolvendo-se também numa exigência ética da qual o magistrado jamais poderá se demitir.

Ademais, para a concretização daquele mandamento constitucional, desempenham papéis preponderantes na busca de internalização do dever do juiz agir legitimamente, não só as normas jurídicas, mas também os reclames ou proposições da dogmática jurídica, a interferência da sociedade, da imprensa, do ensino jurídico, dos próprios juízes e tribunais, da comunidade jurídica, não no que tange à influência do resultado de julgamento de casos particulares — que se caracterizaria como medida de patrulhamento³¹³ —,

³¹² GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 480.

³¹³ *A respeito, MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. Revista da AJURIS/Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. v. 33, n.103, Porto Alegre: AJURIS, p. 89-9*

mas para se enfatizar a necessidade do julgador externar as justificativas decisórias, que validam e legitimam sua atuação, e de se submeter a controles congruentes com os valores definidos na Constituição.

Certamente, a ampliação do acesso público e transparente ao conteúdo das decisões em todas as instâncias — inclusive no que se refere à linguagem mais acessível ao cidadão comum, a viabilização prática dos meios de efetivação da crítica social³¹⁴ — especialmente da comunidade jurídica —, dentre outras providências, poderão dar novas dimensões ao significado prático da motivação, fazendo com que essa venha contribuir, de forma ainda mais consistente e concreta, como eficiente mecanismo configurador de uma prestação de contas devida pelo magistrado às partes e aos jurisdicionados de maneira geral.

De se notar que a tendência de se fiscalizarem os atos decisórios, tem se mostrado cada vez mais efetiva pelos diversos meios de difusão de informações,³¹⁵ fazendo com que o controle crítico das atividades jurisdicionais pela sociedade, por intermédio da motivação, seja continuamente menos simbólico.³¹⁶

Com efeito, no cotidiano pode-se constatar, como fato notório, que os meios de comunicação “descobriram” que as decisões judiciais se constituem em atraente notícia, fazendo com que os julgamentos, sobretudo aqueles proferidos pelos tribunais superiores, sejam não só comunicados ao público, mas também examinados, criticados e questionados por integrantes dos mais diversos setores sociais (muitas vezes com impressionantes contundência e profundidade), não só em relação aos resultados decisórios e suas consequências, mas também quanto às próprias razões e motivos norteadores do julgado, evidenciando, enfaticamente, a relevância da motivação como fator legitimante da atuação judicial e como instrumento suscetível de obstacularizar

³¹⁴ *Ibid.*, p.126.

³¹⁵ Segundo relato de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a página na internet do STJ é acessada mais de 200 mil vez por dia. O poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.18, p.221-228, apud *MENKE, Fabiano*. A interpretação das cláusulas gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da AJURIS/Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n.103, Porto Alegre: AJURIS.

³¹⁶ SANCHIS, Luis Pietro. *op. cit.*, p. 126.

arbitrariedades.

A esse respeito, também não se pode ignorar a importância do instituto no que tange ao refinamento da sintonia entre a atividade jurisdicional e as concepções vigentes na sociedade plural, aberta e complexa que vivenciamos, tornando viável, por tal meio — ainda que indiretamente — aquilo propugnado na obra de Peter Häberle, referindo-se a *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*,³¹⁷ no sentido de que a interpretação-aplicação do Direito, “que a todos interessa e a todos diz respeito — seja levada a cabo *pela e para* a sociedade aberta e não apenas pelos operadores *oficiais*.”³¹⁸

Nesse contexto de abertura, participação e transparência, é previsível que o dever do juiz sujeitar o conteúdo de seu decisório à crítica social, embora não lhe autorize agir tal qual Pilatos, faz com que sejam também consideradas as concepções socialmente vigentes, significando influência qualitativa daquelas nos julgamentos, contribuindo para legitimação desse, não só do ponto de vista formal, mas também materialmente.³¹⁹ Afinal, o Direito constitui-se num produto social criado pelo homem e para o homem.

Certo é que, o tema da motivação, colocando-se como fundamental para a validade e efetiva legitimidade dos atos judicantes no Estado Democrático de Direito, requer maiores reflexões e preocupações por parte da doutrina, dos operadores do Direito e especialmente dos julgadores, que, apesar dos variados obstáculos mencionados neste estudo, não podem se abster do compromisso político-jurídico de validar e legitimar sua decisão por intermédio de suficientes motivações.

No campo da realidade jurídico-social, é por meio daquele instituto que se mitiga o uso da pura subjetividade e, assim, racionaliza-se em alguma medida o ato de julgar, condição essencial para que sejam aperfeiçoadas as atuações do Poder Judiciário, enquanto órgão constitucionalmente encarregado de julgamentos impessoais, transparentes, razoáveis, convincentes e legítimos.

³¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

³¹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias...*, *op. cit.*, p. 158.

³¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *HÄBERLE, Peter, op. cit.*, p. 31.

Enfim, apesar das novas teorias metodológicas (preconizadoras do uso da razão prática) ainda estarem longe da formulação de respostas definitivas sobre a questão dos motivos que devem determinar as decisões dos juízes — se é que isso seja alcançável³²⁰ — têm-se a motivação como insubstituível mecanismo potencialmente apto para conferir racionalidade, validade e legitimidade aos julgamentos, sintomas manifestos de exercício do poder judicante de modo consentido e não arbitrário. Daí a necessidade de se densificar, na prática, a efetivação daquele comando constitucional.

³²⁰ CRUZ, André Luiz Vinhas da. A tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg- Uma análise crítica de Manuel Atienza. *Revista da Esmese*. Aracaju: Esmese/TJ, ano 2004, nº 7, p. 176.

CONCLUSÕES

Examinados diversos aspectos referentes à importância da motivação da decisão judicial como anteparo a eventuais deliberações resultantes da pura vontade dos juízes, intenta-se recuperar as sínteses das reflexões desenvolvidas ao longo do texto, que perpassa o tema da confluência dos fatores objetivos e subjetivos que interferem na interpretação-aplicação do Direito e na justificação dos decisórios. Para tanto, busca-se formular as seguintes considerações conclusivas:

I - Posto que no Estado Democrático de Direito o povo se coloca como verdadeiro titular do poder soberano e, conseqüentemente, da jurisdição, tem-se que a motivação, enquanto pronunciamento do juiz acerca das razões determinantes de sua decisão, configura-se como prestação de contas decorrente da investidura recebida.

II - Com a inserção do dever de motivar na Constituição de 1988, como condição de validade e legitimidade das decisões judiciais, faz-se necessária a releitura dos dispositivos legais que previam a possibilidade de se julgar pela íntima convicção, remanescendo, como exceção, apenas os casos de competência atribuída ao Tribunal do Júri (art. 5º,XXXVIII).

III - Esse imperativo constitucional (art. 93, IX) destina-se primordialmente a fazer com que os julgamentos proferidos pelos órgãos jurisdicionais sejam resultantes, não de manifestações de puros solipsismos da pessoa investida de jurisdição estatal, mas de exigências compatíveis com o desempenho da atividade judicante de forma impessoal, transparente e legítima. Tal instituto jurídico mostrou-se incongruente com o Estado Absolutista, eis que nesse paradigma estatal a dinâmica do poder submete-se aos desígnios pessoais do exercente do poder e não à regulação e controles racionais definidos por normas jurídicas, como expressão da vontade geral.

IV - Por ser vedado ao juiz julgar segundo seus desígnios pessoais, cabe-lhe atuar de modo consentâneo com os critérios, parâmetros e procedimentos juridicamente idôneos, caracterizando-se como arbitrários os atos decisórios resultantes da deturpação dos significados razoavelmente atribuíveis aos textos normativos ou nos quais sejam adotados puros critérios subjetivos ou colidentes com os do ordenamento jurídico.

V - Embora se reconheça que os julgamentos dos órgãos jurisdicionais, como produto de atividade intelectual, refletem inevitáveis interferências de diversos fatores subjetivos, pretende-se também que aqueles decisórios sejam pautados objetivamente por elementos normativos. Neste contexto, à vista dos propósitos de introduzir elementos de controle racional quanto ao proceder jurisdicional e de se obstacularizar práticas arbitrárias do julgador, o ordenamento jurídico-constitucional concede ao ato motivatório diversas funções, não só de natureza endoprocessual, mas também extraprocessual.

VI - No âmbito extraprocessual, a motivação funciona como instrumento de fiscalização das atividades judicantes pela sociedade e como base para a formação de precedentes. Já na esfera endoprocessual propicia racionalização às atividades dos sujeitos processuais; veicula comunicação das razões decisórias; efetiva direitos e garantias processuais fundamentais; opera como meio para convencer o auditório quanto ao acerto do julgamento; legitima a decisão judicial pelo procedimento e induz a interpretação-aplicação de regras e princípios nas deliberações judicantes.

VII - Havendo distinção entre norma e texto normativo, não se qualificam como arbitrárias e, assim, ilegítimas, as decisões judiciais nas quais se conferem sentidos plausíveis aos textos legislativos, ainda que se afaste do respectivo teor literal, pois a atividade interpretativo-aplicativa das normas não implica estrito apego à literal disposição dos enunciados. Também não se caracterizam como ilegítimos os julgamentos que adotam, de modo justificado, um dos vários entendimentos admitidos — sobretudo pela comunidade jurídica — como aceitáveis, dado que no Direito não se pressupõe existência de uma única resposta correta a ser aplicada em todos os casos concretos.

VIII - A legitimidade do juiz não decorre de sua regular investidura como

autoridade jurisdicional, mas da observância de comportamentos procedimentais estabelecidos com o fim de qualificar o exercício da jurisdição como manifestação autêntica de um agente estatal. A denominada legitimação pelo procedimento pressupõe exigências relativas à observação de limites das atribuições constitucionais conferidas ao Poder Judiciário e das garantias processuais fundamentais, dentre as quais a motivação das decisões judiciais.

IX - O ato motivatório, ao desempenhar a função de mecanismo indutor da interpretação-aplicação judicial de regras e princípios (ainda que não exclusivamente), propicia a conexão do ponto de vista pessoal do julgador com aqueles elementos normativos, conferindo limites e contornos objetivos àquilo que deriva da subjetividade (a deliberação) e promove a correlação entre a racionalidade e legitimidade exigíveis nas decisões dos órgãos jurisdicionais.

X - No Estado Democrático de Direito, cujos padrões não se adequam à íntima convicção e à de plena liberdade de julgar, tem-se que, para qualificar-se como racional — no sentido de razoável —, a decisão judicial deve, pelo menos, apresentar previsibilidade quanto ao resultado, aceitabilidade (ou razoabilidade) e controlabilidade.

XI - Não sendo possível alcançar a racionalidade da decisão judicial sem que a própria explicitação das razões decisórias também sejam apresentadas de maneira racional, exige-se do julgador, no intento de alcançar o convencimento do auditório, que a motivação expresse consistente justificação interna e externa, bem como inteligibilidade quanto ao seu conteúdo.

XII - Do ponto de vista empírico, a importância da motivação como forma racional de obstacularizar arbítrios decisórios pode ser examinada a partir dos prismas da necessidade, suficiência e eficácia.

XIII - Trata-se de mecanismo jurídico não apenas útil, mas necessário à obtenção daquela finalidade, por ser o único por intermédio do qual se pode exercer controles a respeito das razões norteadoras da decisão e do cumprimento da obrigação judicial de deliberar com base nas regras, princípios e valores jurídico-constitucionais, permitindo, pois, a submissão do ato judicante às críticas, questionamentos, refutações, revisões etc., além de possibilitar a verificação da ocorrência de eventuais desvios.

XIV - A necessidade da motivação também se manifesta pela inexistência de outro meio que, de forma objetiva, possibilite a auto-contenção do julgador quanto a decidir de modo arbitrário. Pressupondo-se que o exercício da jurisdição dá-se de modo racional (previsibilidade, aceitabilidade e controlabilidade), diante de dificuldades para se argumentar lógica e convincentemente acerca de uma tomada de posição incompatível com critérios estabelecidos juridicamente, é plausível deduzir que o juiz, para se afastar da irracionalidade, seja induzido a adotar parâmetros adequados e, assim, proceder ao seu julgamento com base no Direito.

XV - Apesar de sua imprescindibilidade, a motivação, por ser suscetível às interferências de diversos fatores irracionais relacionados à complexidade do processo aplicativo-interpretativo, é insuficiente para afastar plenamente a incidência de voluntarismos ou intuicionismos como fatores determinantes das decisões judiciais.

XVI - Essa limitação não corresponde à inocuidade do ato motivatório. A obrigação de justificar a decisão judicial numa linha de congruência com o ordenamento jurídico e a prévia consciência de que o conhecimento das razões decisórias — até então privadas — serão compartilhadas com os destinatários, confere à motivação força potencial no sentido de induzir o julgador a não se utilizar de exorbitantes subjetivismos na sua concreta tarefa interpretativo-aplicativa.

XVII - A motivação, não se constituindo numa garantia que de modo absoluto impede o arbítrio, tem eficácia apenas relativa, revelando-se empiricamente numa tendência direcionada a que, na sua deliberação, o juiz considere de modo relevante — além dos dados fáticos — os elementos constitutivos do ordenamento jurídico-constitucional e decida com base naquilo que lhe possibilite justificar racionalmente.

XVIII - Não obstante suas imperfeições (insuficiência e eficácia apenas relativa), a motivação racional, ao condicionar objetivamente as decisões dos magistrados, configura-se como elemento de grande importância para que, no exercício da jurisdição, prevaleçam os critérios e os parâmetros preconizados constitucionalmente como fundamentos para se decidir. Sua valorização como

idéia regulativa apropriada às tomadas de decisões possibilita tanto a construção de julgamentos pela intersubjetividade quanto à utilização de controles democráticos acerca da observância dos padrões de racionalidade, legitimidade e validade esperados dos juízes.

XIX - O descumprimento ou mitigação do dever constitucional de motivar as decisões judiciais — que para o jurisdicionado configura-se como direito e garantia fundamental (art. 5º, LIV, § 2º, IX, CR) — tem sido objeto de contundentes críticas da doutrina, argüindo-se ser comum ocorrências de decisões judiciais imotivadas, com motivações dissimuladas, implícitas, genéricas ou superficiais.

XX - Para se efetivar a concreta observância da exigência de motivação pelos juízes, colocam-se problemas complexos e de difícil solução, envolvendo não apenas o mero estabelecimento de normas jurídicas específicas sobre aspectos formais do ato motivatório. A tanto, mostra-se mais eficaz a formação de uma cultura jurídica derivada da crítica, de questionamentos e da conscientização dos juízes, dos outros operadores do Direito e dos demais atores sociais quanto à importância daquele instrumento, bem como do significado do papel dos julgadores como verdadeiros agentes do Estado Democrático de Direito e da responsabilidade desses, não só pelo ato de decidir validamente, mas também pela legitimação, via justificações adequadas, de cada decisão proferida.

XXI - No âmbito do Poder Judiciário, a fim de internalizar a obrigação constitucional do juiz fazer saber acerca das razões usadas para decidir, podem contribuir a atuação mais apropriada das Escolas de Magistratura e a maior abertura dos julgamentos dos órgãos jurisdicionais às críticas sociais, pondo-se o estabelecimento de normas de caráter deontológicas como medida de questionáveis e perigosos efeitos práticos.

XXII - Num contexto em que a Hermenêutica e a Teoria da Argumentação Jurídica, apesar de esforços, não apresentam respostas definitivas sobre as razões que devem determinar as decisões judiciais, observa-se que a motivação — só recentemente erigida como condição de validade — tem se consolidado como insubstituível mecanismo para se

racionalizar e legitimar os julgamentos jurisdicionais, por permitir o controle do arbítrio judicial pelo modo mais racional possível: criando dificuldades argumentativas relacionadas a justificações incompatíveis com os critérios de racionalidade representados pelos elementos jurídicos, fazendo com que o julgador compartilhe publicamente as razões de sua deliberação e exigindo argumentos aptos a convencer os destinatários quanto ao acerto do julgamento.

XXIII - A motivação, embora seja fator de objetividade das decisões judiciais não implica completo tolhimento da subjetividade do julgador, permitindo-lhe abertura para a interpretação-aplicação humanística das normas jurídicas, bem como compatibilização dos objetivos maiores do Direito: segurança jurídica e justiça.

XXIV - A motivação não é um fim em si mesmo, mas, ao permitir a verificação daquilo que determinou a interferência do juiz na esfera jurídica alheia, constitui-se na expressão mais contundente de exercício do poder de julgar de modo consentido e não arbitrário.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulios. *Lo racional como razonable*. Trad: Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad: Alfredo Basi, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.18.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 5ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMORIM, Letícia Balsamão. Sobre a pretensão de correção da lei injusta. Brasília: *Revista de Informação legislativa*, ano 43, n. 171, jul./set.2006.

ANDRADE FILHO, Dario Alberto. Retórica: uma metodologia para o Direito? Brasília, *Revista de Informação legislativa*, ano 43, n.172, out./dez. 2006.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil* (arts.444 a 473). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARRUDA, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2. 1993.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação*, São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito; Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz de (org.) *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no liminar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-465.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELOS, Ana Luiza Berg. A sentença judicial e sua fundamentação.

Revista da Escola de Direito de Pelotas, 1(5), jan./dez.2004.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Porto Alegre: Fórum ano IX, nº 46. 2007.

_____. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006.

BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito – Lições de propedêutica jurídica tridimensional*. São Paulo: Letras e Letras, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. 2008, 294 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília: DF.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 3871-RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ n. 38.684, de 13.11.95.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Êles os juízes, por nós os advogados*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1943.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença Mal fundamentada e sentença não fundamentada – conceitos - nulidades. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul: Notadez, n. 216, out. 1996.

CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro-Nova*. Brasília: UnB, n. 6, jul./dez.1998.

CINTRA, Carlos Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrinni; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 10. ed., São Paulo: Malheiros,

1994.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro. *Revista de Informação legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun.1998.

_____. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos. *Revista Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, ano 1, n.1, jul./set. 2003.

_____. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007.

DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto dos advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte: IAMG, 2006.

DIDIER JUNIOR; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, 2. ed., Salvador: jusPODIVM.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998,

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECCO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: perspectiva, 1995.

E.D., Moniz Aragão. O processo civil no limiar de um novo século. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros: Cidadania e Justiça – o Direito no Século XXI*. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 4, nº 8, 1º sem. 2000.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação jurídica e hermenêutica*. São Paulo: Impactus, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: nova fronteira, 2. ed., 1986.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*, Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira e Morgado, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 .

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Mendes. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. *Revista Direito e Democracia*. Canoas: Ulbra n. 6, n. 1, 1º sem. 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Antônio Magalhães Filho. *As nulidades no processo penal*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta das interpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HERKENHOFF, J. B.. *Direito e utopia*. São Paulo: Acadêmica, 1990.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

J. MONTERO, Aroca. *Principios del proceso penal*. Uma explicación basada em la razón, Valência, 1997.

LACERDA, Bruno Amaral. *Raciocínio Jurídico*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamago, 4 ed., Lisboa: Fundação Calouste Guelbenkian, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. In Do arbítrio à razão – reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 27.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel Derecho, 1991.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.) *Código de Processo Civil Interpretado*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, José Renato Silva. *Dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *Argumentação nas decisões judiciais*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MENK, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da AJURIS/Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n.103, Porto Alegre: AJURIS.

MICHELON Jr., Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MONTEIRO. Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2. ed., 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, *Temas de Direito Processual – 2ª série*, 2. ed., Saraiva, 1980.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NEGRÃO, Teotônio; GOUVÊA, José Roberto F.. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 38. ed., 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M.V., O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. Disponível em : <<http://www.jus.com.br>>. p.5. Acesso em 16.abr.2005.

PAZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 34, n.108, dez. 2007.

PECZENICK, Aleksander. *On Law and Razon*, The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1989.

PERELMAN, Chain; TYTECA, Lucie Olbrechts. *Tratado de argumentação. A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMANN, Chäin. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidade da sentença*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

REALE, Miguel. *Questões de direito público. A motivação, requisito essencial da sentença*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____, *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 725, mar de 1996.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1991, p.1292, RE 111.787/GO, v.136, Rel. Marco Aurélio Mello.

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

SANCHIS, Luis Pietro. *Ideologia e interpretacion juridica*. Madrid: Tecnos, 1993.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas em Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1985.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Anabelle de Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Jonathas. A voz transparente da toga. *O Popular*, caderno I, Goiânia, 19.02.08., n. 19.771.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed., São Paulo, Malheiros, 1992.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUANNES, Aduato. *Fundamentos éticos do devido processo legal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

TARUFO, Michelle. *La Fisionomia della sentenza in itália, La Sentenza in Europa: método, técnica e stile*. Padova: Cedam, 1988.

_____. *La motizione della sentezza civil*. Padova: Cedam, 1975.

_____. *Il significato costitucionale dell' obbligo di motivazione, Participação e processo* (org. Ada Pelegrini) São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA, João Paulo Alain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

_____. *Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: modelo de Aulis Aarnio*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 154, abr./jun. 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Razão Moderna*. MARCILIO, Maria Luiza e RAMOS, Ernesto Lopes(org.). *Ética: na virada do Milênio: "Busca do sentido da vida"*, 2.ed., São Paulo: Ltr, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte geral, v. I*, São Paulo: Atlas, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais – uma leitura de jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.