

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

COGEAE – Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

Curso de Especialização em Direito Processual Civil

MARINA PEPE RIBEIRO BARBOSA

**A CRISE DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

SÃO PAULO

2015

MARINA PEPE RIBEIRO BARBOSA

**A CRISE DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia de conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, na Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão - COGEAE, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista.

*Professor orientador: Dr. José Carlos Van Cleef
de Almeida Santos*

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Carlos Van Cleef de Almeida Santos (Orientador)

Professor

Professor

RESUMO

Às vésperas da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil faz-se necessário refletirmos sobre como vem sendo proferidas as decisões em nossos Tribunais ao longo dos anos, bem como analisarmos se tais decisões estão cumprindo com as funções primordiais do direito.

A doutrina vem sinalizando há muito uma crise na construção das respostas no processo civil. O que temos presenciado são verdadeiras decisões genéricas, fundamentadas unicamente com base em precedentes, decisões surpresa, abuso do livre convencimento motivado, entre outros, sempre em prol de uma busca pela celeridade que acaba por colocar os sujeitos e os fatos em segundo plano, não sendo capazes de oferecer respostas satisfatórias aos litigantes e a comunidade jurídica como um todo.

Em meio a essa crise, o novo Código de Processo Civil traz dispositivos que criam regras diretas para a motivação das decisões judiciais buscando assim uma melhor prestação jurisdicional, podendo os órgãos do Estado sofrer ampla controlabilidade de suas decisões, tendo em vista principalmente que o direito à jurisdição é uma garantia constitucional primária e indispensável à eficácia de todos os outros direitos.

ABSTRACT

On the eve of the new Code of Civil Procedure enters into force, it is necessary to analyze how decisions have been rendered by our Courts over the past years, and also to evaluate whether such decisions have complied with the essential functions of law.

For a long time the legal doctrine has been indicating a crisis in the process of creating responses in civil cases. What we have witnessed during these years are true generic decisions, based solely on precedents, surprise decisions, abuse of discretion, among other problems. All in favor of a speedy trial, which ultimately put the parties and facts in secondary importance, causing the judicial system to become unable to offer satisfactory answers to the litigants and the legal community as a whole.

In the midst of this crisis, the new Code of Civil Procedure brings legal provisions that creates direct rules relating to the motivation of judicial decisions, seeking, therefore, a better adjudication of civil cases. The new Code of Civil procedure, also, enables extensive controllability over judicial decisions, considering that the procedural due process is a primary constitutional guarantee and indispensable to the effectiveness of all other rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	9
CAPÍTULO II – A DISCRICIONARIEDADE VELADA NAS DECISÕES JUDICIAIS	16
2.1. Decisão e escolha.....	16
2.2. Do ativismo judicial.....	18
2.3. Do abuso da linguagem jurídica	20
2.4. Da dogmática pela dogmática	20
2.5. Da fundamentação “ <i>per relationem</i> ”	21
CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
BIBLIOGRAFIA	25

INTRODUÇÃO

No atual cenário político brasileiro, do Estado Democrático de Direito, não podemos conceber que o julgador decida conforme suas convicções internas, suas definições de justiça ou conforme comanda sua consciência¹.

É necessário que se possa exercer controle sobre a interpretação do direito feita pelo julgador e é aí que se encontra a importância de se estudar a motivação das decisões judiciais e as teorias empregadas para chegar a uma decisão judicial devidamente motivada.

Tendo em vista que os membros do judiciário não ingressam na carreira por escolha popular a melhor forma de legitimar sua atuação é através da fundamentação das decisões.

Como bem asseverou Leonard Ziesemer Schmitz em sua obra sobre o tema: “A produção do direito desde as Universidades até os tribunais superiores está imersa naquilo que Luis Alberto Warat chama de *senso comum teórico dos juristas*, que significa justamente a reprodução, sem críticas, de “verdades jurídicas incontestáveis”. Estas “verdades” apoiam-se em mitos que contribuem para o desenvolvimento de argumentos que tornam menos trabalhosa a atividade justificativa cotidiana do jurista. São ficções que representam locais “seguros” onde apoiar os argumentos de quem decide.”²

E vai além: “O senso comum teórico criou, no Brasil, um ambiente dogmático que colabora para um ciclo vicioso envolvendo a doutrina, a jurisprudência, e o ensino do direito. Todos estes locais de (re) produção do direito parecem estar amarrados a conceitos que se repetem, sem que se possa exercer uma função crítica, transformadora, do próprio fenômeno jurídico.”³

Assim, cada vez mais vemos que as decisões judiciais estão fundamentadas exclusivamente nessa produção discursiva, repetindo-se precedentes e doutrina sem nenhuma ligação com os fatos trazidos pelas partes, o julgador assim escolhe um lado e repete as teses

¹¹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 28.

² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 28 e 29.

³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 29.

jurídicas já existente para falsamente fundamentar sua decisão. O que se vê na realidade é uma discricionariedade judicial velada travestida de fundamentação.

Importante salientar, que não se está aqui ignorando a crise na qual está inserido o poder judiciário brasileiro, o alto volume de trabalho dos tribunais, a busca incessante e a cobrança social pela celeridade, as metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça que buscam desafogar o poder judiciário e a judicialização em massa acabam por incentivar essa conduta dos julgadores.

Entretanto, todos esses fatores estão nos levando ao abandono do caso concreto, ao mero julgamento de teses, ao afastamento total da teoria da prática. O que se vê hoje no judiciário brasileiro é o privilégio da quantidade em detrimento da qualidade.

Conforme adverte mais uma vez Leonard Ziesemer Schmitz: “O grande risco sistêmico em relação ao cenário de mecanização decisória vivenciado no País está na crença de que são legítimas as decisões cuja fundamentação é padronizada, sem a efetiva consideração do caso concreto. Mais ainda: essa crença torna-se perigosa ao se perceber que a utilização de argumentos desconectados da realidade pode significar uma porta aberta para manipulações argumentativas. O apelo a enunciados performativos e a toda espécie dá margem a *criptoargumentos* que dão uma *mera aparência de legitimidade* ao que foi decidido.”⁴

Buscando sanar a crise da motivação das decisões judiciais que se observa no Brasil o Novo Código de Processo Civil traz regras claras para a fundamentação das decisões. Ao longo dos próximos anos veremos como os tribunais irão se comportar, uma vez que se bem compreendidas e aplicadas essas regras trazidas pelo Novo Código de Processo Civil poderemos observar nos próximos anos avanços em relação a maneira de decidir no Brasil.

⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 31.

1. DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O art. 93, IX da Constituição Federal, reproduzido no art. 11 do Novo Código de Processo Civil traz expressamente a obrigação de motivação das decisões judiciais: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Deste modo, observa-se claramente que a motivação das decisões judiciais é um dever constitucional e legal imposto a todos os julgadores, sendo qualquer ato decisório emanado do poder judiciário devidamente motivado ou nulo.

Dentre as razões que justificam a natureza constitucional do dever de motivação das decisões judiciais podemos citar, entre outras:

1. Controle da atividade jurisdicional;
2. Averiguação da legitimidade da decisão proferida;
3. Melhora na qualidade das decisões uma vez em que se obriga uma análise mais aprofundada da causa;
4. Redução do número de recursos;
5. Maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Fica claro, portanto, em uma primeira análise superficial do tema que o dever de motivação das decisões judiciais traz muitos benefícios tanto às partes, quanto ao poder judiciário e principalmente a sociedade regada pelo Estado Democrático de Direito.

Entretanto, a doutrina processual civil brasileira nem sempre se preocupou em definir o que seria esta motivação da decisão judicial que tantos benefícios traz ao sistema judiciário e a sociedade.

Conforme assevera Rodrigo Ramira de Lucca: “Por ora, pode-se dizer que, sob o ponto de vista analítico, motivar uma decisão judicial significa expor de maneira ordenada, lógica, clara e coerente as razões pelas quais se decide de determinada maneira. Sob um ponto de vista teleológico, trata-se de necessária justificação formal do exercício do poder jurisdicional, explicitando-se racionalmente às partes, aos órgãos *ad quem* e a qualquer outra pessoa da

sociedade que tenha interesse naquele julgamento por que a decisão tomada foi aquela, e não outra.”⁵

Neste ponto de contextualização da motivação da decisão judicial, importante frisar que muito se discute na doutrina até os dias atuais se a motivação da decisão judicial seria uma regra decorrente do devido processo legal ou seria um princípio.

Socorremo-nos aqui dos ensinamentos de Humberto Ávila: “ As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” e “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”⁶

Utilizando-se dos critérios de acima citados, Rodrigo Ramina de Lucca defende acertadamente ao nosso ver que “o dever de motivação é, indiscutivelmente, uma regra, pois: (e.1) é uma norma descritiva (descreve o comportamento a ser adotado pelo magistrado), (e.2) retrospectiva (prevê um dever específico a partir de certa conduta – “motivação em caso de julgamento”), (e.3) cuja aplicação depende unicamente da correspondência da conduta prevista (julgamento) à construção normativa (obrigatória motivação). Nada tem, portanto, da feição finalística e prospectiva dos princípios.”⁷

Conforme exposto, embora tenhamos adotado o entendimento de que a motivação das decisões judiciais seria mais corretamente concebida como regra e não como princípio, boa parte da doutrina discorda e defende que a motivação das decisões judiciais deve ser concebida como princípio. Tal distinção tem como sua maior consequência a maneira como se poderá tentar afastar o dever de motivação nos casos concretos.

⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 79 e 80.

⁶ ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Pág. 78 e 79.

⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 85.

Segundo Leonard Zieseimer Schmitz: “se se tratar de regra, o julgador não poderia deixar de aplicá-la por respeito ao princípio da legalidade constitucional (art. 5.º, caput, e II, da CF/88), lembrando que uma disposição como a do art. 93, IX, da CF, não apresenta “graus” de aplicação. Ou a decisão é fundamentada, ou não é. Por outro lado, abordar a motivação como princípio significaria abrir a possibilidade de que, diante de determinadas circunstâncias, busque-se sopesá-lo no intuito de, para privilegiar outros princípios, deixar de aplicá-lo.”⁸

Desta forma, considerar que a motivação das decisões judiciais seria um princípio abre espaço para que se possa pensar em ponderá-la diante de outros princípios e tendo em vista a crise judiciária que vivenciamos no Brasil não seria estranho se acabássemos vendo a motivação das decisões judiciais sendo ponderada em favor da efetividade processual, buscando a tão sonhada celeridade.

Rodrigo Ramina de Lucca acrescenta assim que a caracterização da motivação da decisão judicial como regra acaba por aumentar a sua obrigatoriedade: “Como regra que é, o dever de motivar as decisões judiciais adquire feições de um comando constitucional pronto, perfeito, acabado; conseqüentemente, imponderável. Qualquer regra que venha a excepcioná-lo será inválida, pois inconstitucional. E nenhum caso concreto poderá afastar a sua incidência para dar prevalência a outros valores supostamente mais importantes. A classificação do dever de motivação segundo sua real natureza acaba por dar-lhe mais força e maior proteção, exatamente o que pretendem aqueles que o têm como princípio.”⁹

Outro fator importante a se considerar sobre o tema é o fato do dever de motivação da decisão judicial vir no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já exposto, como previsão constitucional uma vez que decorre de seu inafastável vínculo com o Estado de Direito.

Neste contexto devemos entender que o Estado de Direito “é o Estado razão; aquele que refuta o subjetivismo e a arbitrariedade da atuação estatal. Considerando que a racionalidade do raciocínio jurídico pressupõe que toda asserção seja acompanhada das suas razões e seja passível de confrontação, não é preciso muito aprofundamento para concluir que

⁸ SCHMITZ, Leonard Zieseimer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 209.

⁹LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 87.

a racionalidade da decisão judicial depende da exposição de seus motivos de maneira clara, coerente e completa.”¹⁰

O dever de motivação é, portanto, uma garantia inerente ao Estado de Direito. Com o dever de motivação se afastou o entendimento de que as decisões poderiam não ser fundamentadas uma vez que representariam manifestações de poder. O dever de fundamentação trouxe o jurisdicionado ao mesmo patamar de importância do julgador.

Isto posto, tem-se que toda decisão não ou mau fundamentada é uma decisão arbitrária, ilegítima e acima de tudo inconstitucional. Sem a devida motivação das decisões torna-se impossível para as partes e para a sociedade como um todo o controle da atividade do julgador.

O controle da atividade do julgador pelas partes é importante na medida em que as partes são os destinatários primários da motivação. São as partes que primeiramente irão analisar os acertos ou equívocos da decisão buscando cumprir o comando jurisdicional ou, se cabível, interpor os recursos ou ações autônomas previstas no ordenamento para invalidar a decisão, reformá-la ou esclarece-la.

Neste ponto, é importante ressaltar que sem uma motivação adequada os recursos que poderiam ser apresentados pelas partes restariam prejudicados na medida em que a interposição de um recurso pressupõe o apontamento de uma falha material ou formal na decisão que o originou.

Deste modo, caso o julgador primário não fundamente adequadamente a sua decisão explicitando os motivos pelos quais acolheu está ou aquela tese, e ademais, as razões pelas quais não acolheu as demais teses apresentadas estariam as partes amarradas a rediscutir todas as questões dos autos na instância superior, uma vez que a indicação de vícios da decisão recorrida restaria prejudicada.

Além disso, a ausência de uma fundamentação completa não permite que o juízo *ad quem* determine se a decisão recorrida está correta ou não.

Em relação ao controle das decisões judiciais pela sociedade a motivação das decisões judiciais se mostra de suma importância já que tendo em vista que vivemos em uma sociedade

¹⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 122.

democrática, o dever de motivação das decisões representa verdadeira prestação de contas do juiz aos legítimos detentores do poder por ele exercido, ou seja, a população.

Aqui, vale ressaltar que parte da doutrina critica a existência de um efetivo controle popular da atividade jurisdicional no sentido de que entendem que a motivação das decisões judiciais não se destinaria a sociedade como um todo, mas apenas aos operadores do direito, uma vez que apenas estes têm condições técnicas de criticar o discurso jurídico empregado. Ademais, defendem que apenas as partes poderiam atacar a decisão não ou mau motivada motivo pelo qual não haveria como se falar em controle das decisões pela sociedade.

Não obstante, “ se é verdade que apenas os operadores do direito conseguem compreender o discurso jurídico, também é verdade que a inacessibilidade do Direito por boa parte da população configura uma gravíssima anomalia. Embora obrigatoriamente científico, o Direito não pode ser conhecido e compreendido por uma parcela restrita da população; afinal, o direito rege toda a sociedade, e não apenas a vida dos juristas. Se ninguém pode violar o Direito por ignorância, então é evidente que o Direito deve, ou ao menos deveria, ser passível de compreensão, ainda que relativa por todas as pessoas. ”¹¹

Quanto a segunda crítica torna-se difícil afastá-la na medida que a população não possui mesmo no ordenamento jurídico brasileiro atual mecanismos para atacar as decisões das quais não são partes.

Desta forma, ao nosso ver concordamos com aqueles que defendem que deveriam ser criados mecanismos que a exemplo da ação civil pública e da ação popular permitissem que a sociedade em certos casos exercesse controle das decisões judiciais quando não figuram como partes.

Independente das críticas citadas, acreditamos que ainda assim “a motivação deve possibilitar o controle popular da correção da decisão, ainda que esse controle, por características do próprio sistema jurídico, não apresente nenhuma efetividade endoprocessual. Alguém poderia dizer que tal controle popular seria uma ficção. Mas mesmo

¹¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 139.

se assim fosse, trata-se-ai de uma ficção da qual depende a legitimidade das decisões jurisdicionais.”¹²

Ainda neste ponto do presente trabalho, torna-se imperioso destacarmos os requisitos mínimos do dever de motivação. O Novo Código de Processo Civil em seu art. 489 trata a matéria de maneira mais completa que seu antecessor trazendo expressamente hipóteses de nulidade da decisão por ausências ou falhas na motivação.

Todavia, os requisitos mínimos de motivação que devem constar em qualquer decisão emanada pelo poder judiciário não estão esquecidos e seu estudo ainda é válido, são estes a saber, clareza, coerência e completude.

Em relação ao requisito da clareza, sabe-se que a motivação deve ser clara e inteligível explicitando de forma inequívoca as razões pelas quais a decisão tomada foi aquela, e não outra.¹³

Importante destacar aqui que a motivação para que seja clara, deve ser objetiva. Ela deve abordar os pontos e questões trazidas ao processo pelas partes e não mais ou menos do que isto.

Nota-se que não se faz necessárias longas e inoportunas dilações sobre o tema, bem como extensas citações doutrinárias e jurisprudências, salvo em casos em que estas citações forem de extrema importância para o deslinde do caso. Deve se ter em mente que a decisão judicial não deve ser tratada como um trabalho acadêmico.

Ademais, a decisão judicial para ser clara deve trazer linguagem simples e acessível uma vez que conforme já exposto é a prestação de contas do Estado ao jurisdicionado, porém, por outro lado, naquilo que se referir a fundamentação jurídica, deve ser tecnicamente precisa, ainda que neste ponto acabe reduzida a sua acessibilidade a parte da população que necessitará do auxílio de seu advogado para melhor entendê-la.¹⁴

¹² LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 140.

¹³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 218.

¹⁴ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 220.

Já em relação a coerência, a motivação da decisão deve ser lógica, não podendo apresentar nenhum tipo de contradição. Ou seja, o dispositivo da decisão e suas razões tem que estar em harmonia.

Além disso, buscando a coerência da decisão é necessário observar que questões processuais devem ser analisadas antes das questões de mérito.

Por fim, em relação a completude, a motivação da decisão deve ser completa, ou seja, suficientemente motivada.

Muito bem assevera Rodrigo Ramina de Lucca: “Em linhas gerais, pode-se dizer que uma motivação é completa quando (a) apresenta razões fáticas e jurídicas que justificam o dispositivo e (b) afasta *expressamente todas* as alegações fáticas e jurídicas da parte desfavorecida pela decisão.”¹⁵

Importante frisar, que é para a parte sucumbente que a motivação da decisão mais tem impactos, já que ela depende de uma motivação completa para que possa interpor seu recurso ou ação própria contra aquela decisão desfavorável.

Deste modo, “motivar uma decisão judicial não significa elencar arbitrariamente os elementos que vão de ao encontro do dispositivo. Motivar uma decisão judicial é e deve ser uma atividade de absoluta honestidade intelectual, pela qual o Estado-juiz enfrenta aberta e expressamente todas as questões trazidas pelas partes, demonstrando quais delas considerou legítimas e quais delas considerou ilegítimas, de modo a efetivamente prestar jurisdição e valorizar a participação das partes no processo.”¹⁶

¹⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 222.

¹⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 223.

2. A DISCRICIONARIEDADE VELADA NAS DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Conforme vimos no capítulo anterior do trabalho o dever de motivação das decisões judiciais liga-se diretamente aos Estado Democrático de direito e por isso qualquer decisão mau ou não fundamentada deve ser considerada arbitrária, ilegítima e inconstitucional.

Desta forma, importante demonstrarmos os tipos de pensamentos e atitudes judiciais que hoje permeiam o sistema judiciário brasileiro e contribuem para a crise que estamos presenciando com as decisões judiciais.

Todos os pensamentos e atitudes citadas neste capítulo podem facilmente ser percebidas pelo jurisdicionado um pouco mais atento, uma vez que embora algumas dessas práticas se travistam de fundamentação, na verdade não o são.

Tratam-se de formas de pensar e atitudes que estão enraizadas no pensamento jurídico brasileiro, sendo muitas vezes até aceitas por parte da doutrina e dos jurisdicionados, embora não sejam verdadeiras motivações, o que se está buscando com o uso dessas práticas e superar a verdadeira necessidade de fundamentação, facilitando o julgamento das causas e a reprodução de teses e ideais preconcebidos conforme exposto no capítulo anterior.

Tal prática, “inevitavelmente esvazia o verdadeiro conteúdo do direito e transfere a solução de um caso concreto para uma esfera mais de manipulação de palavras do que efetivamente de demonstração de situações jurídicas.”¹⁷

2.1. Decisão e escolha

Primeiramente, precisamos tratar da ideia presente em parte dos julgadores e da doutrina de que a decisão seria sinônimo de escolha, que entre diversas opções possíveis de aplicação do direito, o julgador precisa antes de mais nada escolher qual adotará e em cima desta escolha fundamentar a sua decisão.

¹⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 129.

Tal mecanismo representa um erro grave em relação ao dever de motivação das decisões judiciais uma vez que não enxerga o direito como integridade, levando em consideração que existe apenas uma resposta correta para caso e que é o caso deve ser aplicado ao direito e não o contrário.

Tratar a decisão como uma escolha em ultima instancia significa atribuir verdadeira importância ao sentimento do julgador, o que só leva a discricionariedades. Discricionariedade aqui está intimamente ligada a noção de escolha uma vez que deve ser entendida como “a suposta liberdade interpretativa conferida a qualquer intérprete que o desvincula da responsabilidade de observar e atender a realidade que o cerca.”¹⁸

Assim, como fenômeno complexo que é o direito, este não pode estar amarrado meramente as posições subjetivas dos julgadores. “Veja-se que o direito subjetivo das partes é, sim, preexistente, e o juiz na realidade buscará esse direito e construirá uma resposta (a norma) para o caso concreto, dentre outras respostas menos legítimas. Isso, no entanto, não reconduz à ideia de escolha. Muito pelo contrário, se os fatores materiais reais (o conjunto probatório) e o texto normativo são constitutivos da norma, não é o direito que será aplicado ao caso, mas o caso ao direito, fazendo surgir uma só resposta, que é a própria norma. Não há escolha, não há várias opções possíveis. Ou melhor, não há várias opções que sejam igualmente adequadas, uma delas deve ter condições de mostrar-se mais acertada ao caso. E nesse processo de construção de resposta é que a fundamentação se mostra essencial, indispensável.”¹⁹

Não podemos admitir a decisão como escolha pois estaríamos atrelando as decisões a personalidade do julgador, e assim, poderia inclusive ocorrer de casos idênticos serem julgados de maneiras opostas dependendo de quem o julga.

A importância do dever de motivação se mostra então fortíssima, uma vez que através dela poderemos verificar que o julgador não se utilizou de uma escolha para decidir e sim, aplicou o direito aos fatos trazidos pelas partes, da maneira mais adequada ao caso, mostrando inclusive o motivo pelo qual refutou as demais teses.

¹⁸ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 159.

¹⁹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 160.

2.2. Do ativismo judicial

Observa-se que ao longo do século XX a sociedade como um todo sofreu diversas mudanças significadas que a tornaram mais complexa. As relações sociais se intensificaram, surgindo assim a necessidade de efetivação de direitos fundamentais que não pareciam tão evidentes anteriormente.²⁰

Isto posto, é necessário observar que é preciso ter cuidado quando em razão desta nova complexidade social se exige que os julgadores apurem seu sentido de “justiça”, adotando posições mais ativas principalmente em relação aos pontos omissos das leis e da própria Constituição Federal.

A dúvida que surge é: o judiciário pode legislar? “No Brasil, encontra-se quem diga que o ativismo judicial se impõe para “preencher o vácuo pela renúncia do legislador [...] do seu papel político próprio.” É esse o ponto onde começam a surgir riscos sistêmicos: existem mesmo condições democráticas de se admitir que, se o legislador “chega tarde” para resolver determinadas questões, é o judiciário quem deve fazer-lhe as vezes, e regulamentar situações futuras?”²¹

O que temos presenciado muitas vezes no judiciário brasileiro atualmente é exatamente esse ativismo judicial que em nome do ideal de justiça sobrepõe à vontade do julgador ao direito.

Nesse contexto, Leonard Ziesemer Schmitz, utilizando-se das lições de Georges Abboud, defende que o ativismo judicial seria “o pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções” de quem julga.²²

O ativismo judicial como foi definido acima deve ser sempre visto com base na discricionariedade do julgador, que ao invés de privilegiar a lei, privilegia a sua vontade e a sua noção de certo e errado.

²⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 192.

²¹²¹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 193.

²²²² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 194.

“Vivemos sabidamente em um ambiente onde “o juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo”, tendem a não responder aos anseios de uma Constituição com caráter dirigente.”²³ Embora por vezes o ativismo judicial tenha em seu pano de fundo boa vontade, motivo pelo qual é defendido até por parte da doutrina, ele esconde sempre discricionariedades que necessitam ser evitadas em nosso ordenamento.

Ademais, depositar nas mãos do poder judiciário sanar as lacunas deixadas pelos poderes legislativo e executivo acaba por incorrer em inconstitucionalidade uma vez que se está desrespeitando a separação de poderes constitucionalmente assegurada, representando assim uma ruptura com o Estado Democrático de Direito.

“Aí reside o ponto fraco do ativismo. Por mais que uma grande parcela da população considere o resultado de um determinado julgamento ativista como sendo “bom”, esse julgamento está trabalhando com sopesamento de valores, com incertezas jurídicas, com juízos que não possuem normatividade. Por isso não é possível falar em “bom” ou “mal” ativismo, pois aí já se estaria admitindo o compromisso ideológico com uma dentre várias escolhas valorativas possíveis: “O ativismo não possui ideologia ou orientação política predefinida. Pode ser extremamente liberal (análise puramente econômica do direito), ou de extrema esquerda (viés marxista). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vidente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião.”²⁴

Assim, mais uma vez, o dever de motivação das decisões judiciais se mostra de grande importância uma vez que é através dele que as partes e a sociedade poderão evitar os ativismos judiciais já que conforme visto através do ativismo judicial as partes se tornam reféns das preferências pessoais do julgador o que se traduz em verdadeira discricionariedade.

²³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 195.

²⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 198.

2.3. Do abuso da linguagem jurídica

Muitas vezes no meio jurídico com o objetivo de se aparentar maior erudição e com isso tentar mostrar maior conhecimento se abusa do uso da linguagem rebuscada e arcaica.

Este comportamento é notado não só nos julgadores e, portanto, nas decisões judiciais, como também nos operadores do direito em suas peças processuais.

Ocorre, que o uso deste tipo de linguagem acaba muitas das vezes se configurando como um subterfugio para a falta de argumentos, para uma má ou ausente motivação, o que não se pode aceitar. “Muitas vezes, para encobrir uma motivação precária, tais modelos trazem uma série de observações descontextualizadas que nada fazem senão avolumar a decisão daquilo que realmente importa. Em outros casos, com resultado idêntico, o excesso é pautado simplesmente pela crença de que decisões extensas serão mais bem recebidas pelas partes e pelos tribunais, demonstrando, supõe-se, um maior zelo no julgamento da demanda.”²⁵

O uso da linguagem arcaica e rebuscada é, então, uma estratégia de mostrar conhecimento por parte do julgador, porém, acaba por afastar o seu interlocutor do texto, dificultando o entendimento. “Por óbvio, a linguagem própria ao meio jurídico não deve ser coloquial a ponto de causar dúvidas sobre seu emprego. Há em certa medida um rigor técnico na utilização das expressões na fundamentação.”²⁶

Conforme exposto, o uso da linguagem arcaica e rebuscada sendo utilizado como uma falsa motivação deve ser evitado e combatido pelas partes e pela sociedade uma vez que não traz na maioria das vezes em seu bojo verdadeira motivação e sim discricionariedade.

2.4. Da dogmática pela dogmática

Assim como o abuso da linguagem jurídica acima tratado se percebe no meio jurídico o uso exagerado de citações doutrinárias sem relaciona-las ao caso concreto.

²⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 218.

²⁶ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 227.

Tanto os julgadores como os operadores do direito procuram muitas vezes trazerem nas suas decisões e peças citações doutrinárias desnecessárias e descontextualizadas como forma de agregar valor as suas teses.

A doutrina entende que “Na quase totalidade dos casos, a decisão judicial não estará devidamente fundamentada se não estiver utilizando a doutrina como fundamento e mecanismo de análise do texto legal perante o caso concreto. Por consequência, no Estado Constitucional, não se pode mais admitir decisão que desconsidere por completo a doutrina, por afirmar que basta a autoridade do tribunal para assegurar a legalidade da decisão.”²⁷

Por outro lado, conforme exposto, invocar um autor renomado deve ser visto apenas como a primeira etapa da motivação das decisões, é necessário que se relacione as transcrições com o caso concreto motivando verdadeiramente a decisão judicial.

Assim, “Para concluir: a legitimidade da função jurisdicional depende de um profundo esforço hermenêutico por parte de quem tem a tarefa de julgar. É preciso ter muito cuidado com argumentações que aparentam ser legítimas, mas que na realidade não apresentam a racionalidade e a discursividade necessárias, escorando-se em textos de autoridades (acadêmicos de renome, tribunais superiores) sem efetivamente construir uma *norma* para o caso concreto.”²⁸

2.5. Da fundamentação “*per relationem*”

A fundamentação “*per relationem*” caracteriza-se como “aquela em que uma decisão judicial toma emprestado uma argumentação utilizada em outro ato processual daquela mesma relação jurídica. É o caso da decisão que adota integralmente parecer do Ministério Público, ou da sentença que se limita a confirmar os termos da decisão liminar, ou ainda do acórdão que, para confirmar a sentença, a transcreve.”²⁹

²⁷ ABBoud, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. Pág.138.

²⁸ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 234.

²⁹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 242.

Esta pratica vem sido muito utilizada nas decisões judiciais fazendo-se crer que a decisão estaria motivada quando de fato não está. Não podemos admitir como temos visto acontecer como motivação suficiente esta motivação aparente ou implícita que se resume a repetir as razões já utilizadas por um dos integrantes do processo.

Apenas repetir uma argumentação já utilizada em outro ato processual “trata-se de uma severa violação do dever de motivação. Ainda que o tribunal considere válida e correta a decisão recorrida, não lhe é dado simplesmente transcreve-la. Pode, é claro, aproveitar trechos relevantes ou de clareza ímpar. Mas é dever do tribunal expor as razões pelas quais a considera válida e correta, justificando sua manutenção.”³⁰

Aceitar a fundamentação “*per relationem*” significa aceitar que o órgão revisor não enfrente os pontos levados pela parte sucumbente uma vez que o que se faz através de um recurso é criticar pontos da decisão que o originou, não sendo uma resposta suficientemente motivada aquela que apenas repete a decisão anterior. Além de se dizer porque concorda com a decisão proferida, o órgão revisor tem que indicar porque não acolhe os fundamentos da parte sucumbente.

Por isto, adotar a fundamentação “*per relationem*” sob o fundamento de que se estaria privilegiando a economia e a celeridade processual é verdadeira discricionariedade pois não entrega as partes e a sociedade uma decisão verdadeiramente motivada.

³⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 236.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o exposto ao longo do presente trabalho tem-se que o dever de motivação das decisões judiciais é regra de suma importância no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Como premissa de Estado democrático de Direito o Estado “deve proteger e realizar a liberdade e a segurança jurídica, estabelecendo mecanismos rígidos de controle do exercício do poder, seja ele qual for, de modo que as pessoas possam desenvolver-se em um ambiente jurídico estável e previsível. Somente assim é que os demais valores e objetivos do Estado e do Direito poderão ser efetivados.”³¹

Deste modo, “a motivação controla tanto a racionalidade do convencimento fático do magistrado como a aplicação do Direito produzido democraticamente pelo povo e para o povo. Motivar uma decisão significa demonstrar que a decisão está fundada sobre uma premissa fática devidamente alegada e provada nos autos do processo e sobre uma premissa jurídica correta, pois fruto da aplicação, de uma norma jurídica previamente estabelecida e conhecida das partes, ainda que tenha sido extraída de uma complexa interpretação do sistema jurídico, dos seus princípios estruturantes e dos valores da sociedade.”³²

Em concordância com o que se expôs no capítulo II do presente trabalho, não podemos aceitar e precisamos combater a discricionariedade velada, mascarada por trás de argumentos pretensamente legítimos.

Apenas a decisão verdadeiramente motivada poderá dar o devido valor ao caso concreto que não pode ficar ignorado atrás de falsas fundamentações que apenas escondem discricionariedades.

O direito a uma resposta adequada à Constituição decorre diretamente do art. 93, IX da Constituição Federal, sendo a fundamentação a verdadeira condição para o ato de decidir.

Deste modo, resta claro, que o julgador tem que sempre buscar encontrar a resposta adequada ao caso concreto de acordo com a Constituição, mesmo que isso signifique que ele

³¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 279.

³² LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 279.

tenha que abrir mão de suas convicções pessoais e apenas através da fundamentação as partes e a sociedade terão mecanismos de controlar a adequação da decisão judicial.

Segundo Leonard Ziesemer Schmitz acertadamente definiu: “Para alcançar minimamente os objetivos de decisão judicial que não seja baseada naquilo que o interprete quer que seja, são necessários ao menos cinco requisitos básicos: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.”³³

Somente observadas as premissas acima é que as partes e a sociedade poderão ter certeza de que a decisão tomada é a melhor entre todas as outras que poderiam ser imaginadas. Em última instância, a motivação das decisões serve para não deixar dúvidas de que a decisão dada é a mais adequada de acordo com a Constituição Federal.

³³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 175.

BIBLIOGRAFIA

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Introdução à teoria e a filosofia do direito*. 3. Ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. Ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. Ed. Rev. Atual. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. Ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.