

LUZES SOBRE TÊMIS: A MOTIVAÇÃO COMO IMPERATIVO ÉTICO E LEGITIMADOR DO JUIZ

*Raphael Ramos Monteiro de Souza
Advogado da União em Brasília/DF
Especialista em Direito Público pelo IDP
Bacharel em Direito pela UFRJ*

Good laws are such laws for which good reasons can be given; good decisions are such decisions for which good reasons can be given
Jeremy Bentham Rationale of Judicial Evidence

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1 Cenário de fundo: diálogo e compromisso no Estado Democrático de Direito; 1.1 O Judiciário como protagonista; 1.2 O Modelo Processual de Garantias; 1.3 Princípios e Conceitos jurídicos indeterminados: justificando as escolhas; 2 O Público Interno; 3 O Público Externo; 4 *Modus operandi*:

extensão e vícios; 4.1 Existência e clareza; 4.2 Completude;
4.3 O exame das provas; 4.4 Justificação interna e externa;
4.5 Motivação implícita, *per relationem* e por formulários;
5 Considerações Finais; Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A simbólica representação da justiça pela figura da deusa Têmis, mediante a força da espada, o equilíbrio da balança e a isenção dos olhos vendados revela um conjunto chave de atributos que se esperam do Poder Judiciário. Tal tríade, ao mesmo tempo que constitui a imagem de sua atuação cogente - ante a vedação do exercício da autotutela pelos indivíduos -, denota que as atividades judiciais devem desenvolver-se de maneira ética e imparcial, isto é, equidistante ao máximo dos interesses das partes.

Sem embargo de que a atual concepção de justiça impessoal não significa, em absoluto, a passividade que a Revolução Francesa esperava dos juízes, no modelo autômato e silogístico da mera *bouche de la loi* de MONTESQUIEU¹, não podem ser ignoradas, ainda, “as inevitáveis influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas e ideológicas dos juízes”².

Nessa perspectiva, não há momento mais culminante para o magistrado demonstrar que agiu em conformidade com os ditames da ordem jurídica, convencendo todo o seu variado auditório, do que aquele no qual se profere uma decisão. Seja ela no curso ou, sobretudo, ao final do processo, com a derradeira sentença. Para tanto, em síntese, é imperioso que concorram dois requisitos instrumentais, quais sejam, a publicidade do pronunciamento e a clara enunciação das razões de decidir adotadas.

Ambos refletem o imperativo democrático do poder visível e controlável, em superação aos resquícios do Estado absolutista³. A sociedade, como adverte LIEBMAN, “quer ver o que acontece,

1 Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 506 e 513-516. No mesmo sentido, anota-se que “não há verdadeira função jurisdicional onde o juiz não seja *tertius super partes*. Não significa isso que o juiz deva ser inerte e passivo; é mister, com efeito, distinguir entre imparcialidade e passividade”. CAPPELLETTI, Mauro. ‘Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas’. *Revista de Processo*. n. 17. São Paulo: RT, Jan./mar. 1992. p. 129.

2 GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15.

3 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 114.

efetivamente, atrás ou além do véu [da justiça], que parece impenetrável”⁴. Conquanto quase que indissociáveis - pois diretamente vinculados pela idéia de transparência, limitação e legitimação do exercício do poder⁵ -, neste estudo, porém, o foco central está direcionado para o segundo princípio: o da motivação. Em especial, a partir das regras contidas nos artigos 18 a 27 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial.

Importa registrar, de início, que se adota aqui, na linha dos ensinamentos de RODOLFO VIGO, a sinonímia conceitual entre motivação, justificação e fundamentação como exposição dos argumentos suficientes e apropriados para conferir validade jurídica às decisões judiciais⁶. Assim, três aspectos de relevo do mencionado ato são estudados a seguir, em uma abordagem jurídica e ético-política.

No que concerne ao plano de trabalho, primeiramente, faz-se uma incursão no panorama de fundo para aplicação deste dever dos juízes e, ao mesmo tempo, direito dos jurisdicionados. Nessa linha, destacam-se alguns traços característicos presentes no Estados Constitucionais contemporâneos, a exemplo da ascensão institucional do Judiciário, da expansão do modelo processual de garantias e da necessária abertura democrática do poder estatal.

Em seguida, após vista a estrutura do “palco” em que desenvolve sua atuação, passa-se ao estudo da relação com o “público” ao qual o juiz deve apresentar sua convicção. No âmbito “interno”, entre outros, o compromisso com o respeito a todas as cláusulas do *fair trial*⁷ e a persuasão das partes da causa, que possuem o direito de ser efetivamente ouvidas, além da sujeição ao controle das instâncias superiores, após as impugnações dos advogados.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação. *Revista de Processo*. n. 29. São Paulo: RT. Jan./mar. 1983. p. 79.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97.

6 VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento Justificatorio Judicial. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 21. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1998. p. 495. Disponível em: < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo. II_33.pdf>. Acesso em: 1.ago.2010.

7 A obrigação de motivar funciona como uma das decorrências mínimas do direito fundamental ao processo igual e justo. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. ‘Garanzie minime de giusto processo civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani’. *Revista de Processo*, n. 112, São Paulo: RT. out./dez. 2003. p. 172.

Já para o público “externo”, é dizer, a sociedade em geral, emergem as funções extraprocessuais ou políticas⁸, mediante a informação e a participação crítica de toda a opinião pública - em repúdio, uma vez mais, ao autoritarismo e a qualquer forma de segredo. Tal prestação de contas, com BARBOSA MOREIRA, “é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional - fator inestimável, no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições”⁹.

Por fim, o *modus operandi* da dialética judicial da motivação. Neste tópico, analisa-se qual a sua extensão e os requisitos indispensáveis, além dos vícios que configuram ameaça à referida garantia.

Desse maneira, busca-se destacar no trabalho o alcance e a relevância do princípio da motivação, este que é um dos responsáveis por iluminar os movimentos da deusa Têmis da Justiça.

1 CENÁRIO DE FUNDO: DIÁLOGO E COMPROMISSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Quando o Código Ibero-americano de Ética Judicial, no início de sua exposição de motivos, “pretende que o juiz assuma a consciência de sua obrigatoriedade” e trabalhe “a confiança cidadã por meio desse compromisso voluntário com a excelência no serviço”, já se denota uma quadra diferenciada de exigências para o magistrado dos tempos hodiernos.

E é nesse panorama que a motivação insere-se no rol composto por outros doze princípios do Código¹⁰, mediante os quais se espera ver desenvolvida a atividade jurisdicional. Mormente sob a ótica da responsabilidade institucional, consoante ressalta Ari Pargendler¹¹, na qual prevaleça o compromisso com o bom funcionamento da administração da justiça. A fundamentação é, sem dúvida, uma das principais ferramentas na engrenagem para consecução de tais objetivos¹².

8 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 68.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 19, Curitiba, 1979-1980, p. 289. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8836/6146>> . Acesso em: 01.ago.2010.

10 Independência, imparcialidade, conhecimento e capacitação, justiça e equidade, responsabilidade institucional, cortesia, integridade, transparência, segredo profissional, prudência, diligência e honestidade profissional.

11 Apresentação do atual Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça à edição brasileira do referido Código.

12 SUMMERS, Robert Samuel. Two types of substantive reasons: the core of a theory in common law justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, 1978, p. 709. Disponível em: <<http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/>

Desde a influência do período iluminista, em que tiveram origem as primeiras referências consistentes à motivação¹³, passando pelo art. 15 do Decreto de 16-24 de agosto de 1790 da Revolução Francesa - verdadeiro marco normativo da obrigação -, até às Constituições da segunda metade do Século XX e aos instrumentos de proteção internacionais, é certo que a magnitude das funções do respectivo princípio acompanha a evolução histórica.

Convém realizar, assim, uma breve incursão acerca de três aspectos vitais para compreender a importância contemporânea do princípio da motivação no Estado Democrático de Direito, a saber: o papel de destaque do Poder Judiciário no pós segunda guerra; o modelo processual de garantias e a abertura dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados.

1.1 O JUDICIÁRIO COMO PROTAGONISTA

A retomada dos regimes democráticos - primeiro na Europa pós-segunda guerra e, em seguida, nos países latino-americanos - tem como traço característico, sem dúvida, o fortalecimento do Poder Judiciário. O jurista argentino NÉSTOR SAGÜÉS destaca as modificações produzidas pelo novo paradigma, no âmbito da proteção judicial de direitos e garantias:

La restauración de la democracia. En los años ochenta, América Latina transforma muchos de sus regímenes de facto en gobiernos constitucionales y democráticos. Eso importa no solamente una transformación política, sino una recotización de los derechos personales y de las garantías constitucionales para protegerlos, [...] es evidente que la vuelta a la democracia importó una manera distinta, más intensa claro está, de respetar a aquellos derechos y a tornar más operativas las garantías procesales del caso. El paisaje autoritario, próximo en algunos países al terrorismo de Estado, no tenía por cierto el clima ideal para que allí floreciera el derecho procesal constitucional.¹⁴

Summers%20Robert%2063%20Cornell%20L.%20Rev.%20707%20%281978%29.pdf > Acesso em: 7. ago.2010.

13 Como a dos reinados prussianos de Frederico II (1748), Frederico o Grande (1793), e os da península itálica em Piemonte (1723), em Nápoles (1774) e em Trento (1788). Cf. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 326. Há também referências mais remotas, no direito canônico, com destaque para a Decretal *Quum medicinalis*, de Inocêncio IV (1199). Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 51-54.

14 SAGÜÉS, Néstor Pedro. El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, v. II. México: Porrúa, jul-dez de 2004, p. 180.

Esta revitalização transforma o Judiciário em umas das peças centrais do Estado atual¹⁵, cuja expansão institucional prossegue acompanhada de um movimento de intensa judicialização das relações políticas de sociais¹⁶.

De modo que a afirmação de García de Enterría¹⁷, segundo a qual “não há Direito sem juiz”, enquanto peça absolutamente essencial da organização estatal, pode ser lida, hoje, no sentido de que não há Democracia sem juiz¹⁸.

Entre as razões estruturais para tal fenômeno estão a evolução do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, mediante a consagração de direitos fundamentais, o desenvolvimento de prestações sociais e a subordinação de todos os poderes ao Direito¹⁹. A pretensão de eficácia dos novos pactos ganha contornos abrangentes, com a distribuição de tarefas diversas e a previsão de vetores hermenêuticos para otimização axiológica máxima²⁰.

No que concerne ao papel de centralidade da Constituição, matriz de todos os demais aspectos, merece destaque ainda a conhecida lição de Zagrebelsky, no sentido de que o deslocamento do antigo foco legal exige uma certa dose de fluidez a fim de que o intérprete possa compatibilizar os diferentes valores afirmados²¹.

15 SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: UNAM, 2004. p. 67.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. p. 2-5. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 07.ago.2010.

17 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. 5. ed. Civitas: Madrid, 2005. p. 140.

18 Não por outra razão, a exposição de motivos do Código Ibero-americano de Ética Judicial assim registra: “*uma vez que o Direito incorpora deveres para o juiz em relação às condutas mais significativas para a vida social, a ética pretende que o juiz assuma a consciência de sua obrigatoriedade, mas, além disso, requer um compromisso superior no que se refere à excelência e à consequente rejeição da ‘mediocridade’ judicial*”.

19 FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM, 2005. p. 89-91.

20 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 18-22.

21 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. 9. ed. trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2009. p. 18.

Diante de textura, por vezes, tão plurissignificativa, será a partir da argumentação que o juiz poderá conferir racionalidade à abertura conferida pelo sistema²².

Obviamente que o processo descrito implica maior responsabilidade dos magistrados, não apenas do ponto de vista tradicional, no sentido correspondente ao exercício de parcela do poder político - típico do regime republicano²³ - mas também sob o ângulo da accountability, expressão inglesa que contempla a necessidade de prestação de contas e de controle difuso social. Isto é, o olhar da opinião pública recai, por conseguinte, de forma mais acurada sobre todos os atos judiciais, sejam eles processuais ou de gestão, razão pela qual a motivação deve receber atenção redobrada.

Nestes tempos de eliminação de arbitrariedades no âmbito de qualquer atividade estatal, a nova mentalidade gera influxos no dia-a-dia do juiz, que deve adotá-la como autêntico compromisso legitimador no desempenho de seu mister de fundamentar as decisões, em respeito, ainda, à própria soberania popular. Algo que, com Gordillo, consiste em um “dever jurídico, político, cultural e social” de todos os agentes públicos²⁴.

Isto porque, no “direito autoritário, aquele que impõe pelo respeito e pela majestade, não precisa motivar”. Todavia, “aquele que se quer democrático, pela obra de persuasão e razão, deve procurar, pela motivação, obter uma adesão arazoada”, aponta Perelman²⁵.

Destarte, a utilização desta bússola - tendo como norte a transparência e a participação, mediante diálogo com todos os atores sociais - permitirá ao Judiciário apresentar as razões para atingir seus objetivos na esfera jurídica (atuação da vontade do direito substancial), social (pacificação com justiça; educação para a consciência e respeito de direitos) e também política (afirmação do poder estatal; participação democrática)²⁶. Com ela será possível, alfim, continuar a promover uma

22 SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 157-158.

23 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65-66.

24 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. II-15. No mesmo sentido, classificando a motivação como um princípio geral a ser reconhecido mesmo nos Estados onde não seja expressamente proclamado: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 9. t. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 102-103.

25 PERELMAN, op. cit., p. 570.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139-140.

aproximação com os cidadãos, fortalecendo a posição de credibilidade conquistada perante a comunidade²⁷.

1.2 O MODELO PROCESSUAL DE GARANTIAS

Outra característica comum aos Estados Democráticos é a adoção de conjunto de garantias processuais, decorrentes do direito fundamental à tutela judicial efetiva. Tanto as declarações internacionais de direitos, tais como a Convenção Americana de Direitos do Homem (art. 8 – garantias judiciais) e a Convenção Européia de Direitos do Homem (art. 6 – direito a um processo equitativo), como as principais Constituições consagram as regras mínimas individuais e estruturais para o que se denominou processo justo²⁸.

Entre outras, nelas inserem-se a imparcialidade do juiz; a ampla defesa; o contraditório; a duração razoável; a vedação de prova ilícitas; publicidade; e, finalmente, a motivação das decisões. Especificamente quanto à esta última, conquanto já fosse extraída de forma implícita do *due process of law* e prevista nos códigos de processo, hoje está consagrada expressamente em diversos ordenamentos constitucionais, como, por exemplo, o brasileiro²⁹, o espanhol³⁰, o português³¹, o peruano³², o mexicano³³, o equatoriano³⁴ e o italiano³⁵. Situação que

27 Algo que se acentua para um Poder que somente pode atuar mediante provocação, quando um litígio lhe é apresentado. CARBONELL, Miguel. "Los guardianes de las promesas. Poder Judicial y democracia en México". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual Constitucional*. v. II. México: Porrúa, Jul.-dez. 2004. p. 33.

28 GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*. v. LI. n. 305. Porto Alegre: Notadez. Março de 2003. p. 63.

29 Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].

30 Art. 118.3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán em audiencia pública.

31 Artigo 205º 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

32 Art. 139: son principios y derechos de la función jurisdiccional [...]. 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

33 Art. 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en "rtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

34 Art. 76. - [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:[...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

35 Art. 111. [...]Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

lhe confere mais estabilidade, porquanto integrante do catálogo de direitos fundamentais.

Não por outra razão, FERRAJOLI destaca o nexo entre o garantismo e o constitucionalismo, dado o *status* qualificado conferido por este ao primeiro movimento, condicionante da validade de toda a atividade estatal superveniente³⁶.

Sob outro prisma, a motivação deriva-se, igualmente, do direito de ser ouvido em juízo. Ora, não há como considerar a necessidade de um *fair hearing* - com prazos adequados para informação, manifestação e impugnação - sem a correlata oportunidade para verificar se tais argumentos foram efetivamente levados em conta.

É como já advertiu o Supremo Tribunal Federal do Brasil, com suporte na doutrina germânica, ao concluir que o dever de fundamentação das decisões, a partir da análise concreta e atenta das teses apresentadas, é um corolário da pretensão à tutela jurídica:

Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, [...], contém os seguintes direitos:[...]

3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas [...]

36 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Debate entre el Derecho y la Democracia*. Trad.de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006. p. 16.

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*)³⁷.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, já teve a oportunidade de assentar que “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 [ser ouvido por tribunal independente, imparcial e competente] para salvaguardar el derecho a un debido proceso”³⁸.

A fundamentação das decisões representa, pois, o momento no qual as partes poderão saber se o fato de lhes terem sido assegurada a uma série de garantias, e a possibilidade de influência na formação do provimento jurisdicional³⁹, foi realmente efetivo. Após a apresentação da tese do autor e da antítese do réu, o ciclo dialético processual se encerrará com a síntese motivada⁴⁰.

1.3 PRINCÍPIOS E CONCEITOS INDETERMINADOS: JUSTIFICANDO AS ESCOLHAS

O terceiro fator que potencializa a atuação dos juízes no século XXI e, conseqüentemente, a essencialidade da exposição do raciocínio judicial, em virtude de relativo âmbito de discricionariedade, congrega tanto o emergência dos princípios constitucionais quanto dos conceitos indeterminados⁴¹.

No primeiro ponto, é conhecida a teoria acerca da textura aberta dos princípios, a admitir o sopesamento entre os mesmos, em oposição

37 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.268/MG*, Rel. Min. Gilmar Mendes, (DJ de 09.06.06).

38 *Caso Aptiz Barbera e outros vs Venezuela* (sentença de 05.08.08).

39 Finalidade principal do exercício do contraditório, o qual garante a participação democrática na convicção do juízo. Cf. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 404. CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. *Revista de Processo*. Ano XVII. n. 17. São Paulo: RT, Jan./mar. 1992. p. 131.

40 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione Sul Processo Civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino. 1998. p. 68-69.

41 Eis a razão do disposto no Art. 21 do CIEJ: “O dever de motivar adquire uma intensidade máxima em relação às decisões privativas ou restritivas de direitos, ou quando o juiz exerce um poder discricionário”.

ao modelo do “tudo ou nada” típico das regras, a partir de DWORKIN⁴², aliada, ainda, o papel fundamental da argumentação neste processo de convivência entre os mandamentos de otimização, tal como ALEXY define os princípios⁴³. Configura-se, assim, um processo de releitura do sistema jurídico, com notável modificação da tarefa do juiz.

Nessa perspectiva, o juízo de ponderação ganha espaço frente ao clássico modelo de subsunção para resolução de questões, próprio das regras⁴⁴. Há, por vezes, uma pluralidade de opções aceitáveis para cada caso, cuja análise e gradação muito “depende del lenguaje de las normas o de los principios aplicados”⁴⁵.

Isto é, ante a ausência de hierarquia axiológica entre os valores albergados nas constituições, a exemplo do direito à privacidade e à liberdade de imprensa, entre outros, somente na hipótese concreta poderá surgir a solução adequada, algo que acarreta um ônus extra de justificação para os magistrados.

A harmonização de eventuais conflitos, a partir de vetores que garantam a máxima efetividade dos direitos fundamentais, será, portanto, realizada mediante balanceamento ou, nas palavras de CANOTILHO, a concordância prática entre todos eles, tendo como parâmetro a unidade da Constituição⁴⁶.

Com efeito, tal panorama intensificou-se sob o ângulo constitucional; todavia, já era objeto de análise no próprio nível da legislação ordinária. A vagueza de determinados textos legais confere ao magistrado uma certa dose de poder de apreciação. É o que ocorre em hipóteses de decisão que contém cláusulas gerais como o *melhor interesse da criança*, a *boa-fé*, a *garantia da ordem pública*, entre diversos outros. Se é certo que todo ato de interpretação significa uma articulação entre o

42 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 37-45.

43 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90 *et seq.*

44 SANCHIS, op. cit. p. 143-144. Taruffo anota que a idéia da decisão como mera dedução mecânica da lei trazia a promessa de excluir qualquer discricionariedade dos juízes, vinculando-os aos critérios pré-definidos. TARUFFO, Michele. “Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retórica e dialettica”. *Revista de Processo*. Ano XXXII, n. 143. São Paulo: RT. Jan./Mar. 2007. p. 69.

45 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*: Debate entre el Derecho y la Democracia. Madrid: Trotta, 2006. p. 90.

46 CANOTILHO, op. cit., p. 1186-1187.

escrito e o não-escrito em busca da solução mais justa (“law in action”)⁴⁷, com mais razão por ocasião do exame de dispositivos de tessitura ampla.

É de se ressaltar que a referida abertura não significa, em absoluto, seu uso arbitrário, pois devem ser buscados elementos nas mais diversas áreas do conhecimento, tal qual alerta CAPPELETTI:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e balanceamento [...], significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia [...]. É envolvida sua responsabilidade [do juiz] pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa⁴⁸.

Daí porque o Tribunal Constitucional Espanhol já ter consignado que a motivação possui a “finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial”⁴⁹. Demonstração esta que, repise-se, será externada no momento em que se descortina a livre convicção - a qual, enquanto ato de vontade, sempre pressupõe uma escolha entre as várias opções possíveis⁵⁰.

Perelman anota que a maneira de justificar as decisões, sobretudo nestes campos menos herméticos, será determinante para “obter o assentimento de seus pares, de seus superiores e da opinião dos juristas, sobre o fato de que prolatou uma sentença conforme ao direito”⁵¹. Para tanto, são igualmente pertinentes as teses comunicativas de desenvolvidas por HABERMAS, segundo o qual é imprescindível argumentar para garantir a pretensão de validade e mover o raciocínio dos interessados à aceitação das proposições⁵².

47 LARENZ, Karl. *A metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 194.

48 CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 33.

49 ESPANHA. *STC nº 24/1990*. Recurso de Amparo nº 2552 e 2573/1989. B.O.E de 02.mar.1990.

50 HERNÁNDEZ, Ignacio Colomer. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales e legales*. 1. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2003. p. 36.

51 PERELMAN, op. cit., p. 493.

52 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. v I. Trad. de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 277-281.

Dessa maneira, observa-se que a abertura dos princípios e a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, ao aumentar a margem de atuação judicial, tornam a tarefa de motivar racionalmente as escolhas ainda mais primordial.

2 O PÚBLICO INTERNO

Vistos alguns paradigmas que impactam na motivação do juiz do século XXI, chega-se ao momento de analisar quais as respectivas implicações da fundamentação das decisões em relação ao que aqui se denomina “público interno” que, em verdade, nada mais são do que os atores do plano estritamente técnico-processual. É dizer, os litigantes da causa e os magistrados que, na sequência natural dos atos, possam vir a (re)examinar a controvérsia.

Doutrinadores classificam as funções conferidas a tal grupo como de natureza *endoprocessual*⁵³. No que concerne aos integrantes da relação deduzida em juízo, o primeiro aspecto que avulta é, como mencionado, o de possibilitar a *garantia da efetiva participação* e influência das partes. Característica que está inserida no contexto do direito ao procedimento justo, ele próprio revestido de fundamentalidade⁵⁴, identificado pelo exercício de um contraditório efetivo, em regime de colaboração e paridade de armas, a ser conduzido por juiz independente a imparcial.

Ora, de nada adiantaria autores, réus e assistentes participarem de uma audiência, terem o seu “dia na corte”⁵⁵, manterem contato com seus advogados e elaborarem estratégias de defesa, se a decisão não contemplasse as alegações, ainda que para refutá-las. A Exposição de Motivos do Código Ibero-Americano de Ética Judicial não se olvida deste fator, nos seguintes termos: “poder contar com o convencimento dos destinatários no que se refere a suas normas é mais importante para a Ética do que para o Direito, por isso a ênfase posta em um diálogo racional em que são oferecidos argumentos e contra-argumentos”. Cuida-se, sob outro enfoque, da ética do discurso de Habermas, a promover os valores do *respeito* e da *consideração*⁵⁶.

53 Por todos, vide TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, ano XIV, n. 56, São Paulo: RT, out./dez. 1989. p. 223; MOREIRA, op. cit., p. 288.

54 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 2008. p. 73.

55 “The quality of the courts procedure turns essentially around the basic principle of the right to be heard [...] Rather, the court ruling must come as an answer to a party’s grievance and to his adversary’s defense; each party much have his ‘day in court’”. CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 699.

56 Cf. HABERMAS, Jurgén. op. cit., p. 280-287.

Exigência que possui contornos especiais na *apreciação e valoração das provas* produzidas, imprescindível para o controle de racionalidade do conteúdo de suas explicações⁵⁷. Daí a correta redação do art. 23 do CIEJ, que assim prevê: “em matérias de fato o juiz deve proceder com rigor analítico no tratamento do quadro de provas. Deve mostrar, em concreto, o que indica cada meio de prova, para depois efetuar uma apreciação no seu conjunto”.

Logo, os membros do Poder Judiciário devem se preocupar com a *força persuasiva* de suas decisões⁵⁸. Há quem assevere, inclusive, que a motivação é mais importante para o perdedor do que para o vencedor, pois é o primeiro que terá que se conformar ou impugnar as explicações fornecidas⁵⁹. Sem embargo, a aceitabilidade diz respeito a ambos - assim como à opinião pública em geral, objeto do tópico seguinte; conquanto em graus distintos na prática, por óbvio, uma vez que aquele que teve sua tese acolhida não se importará que o tenha sido por fundamento diverso do alegado.

Destaque-se, ainda, que é a partir da motivação que restarão estabelecidos os fundamentos que permitirão tanto a *utilização das vias recursais*⁶⁰ como o *reexame* pela jurisdição de grau superior. Eventuais erros, omissões e contradições terão como parâmetro a fundamentação expendida. A propósito, a respectiva tarefa de execução do comando judicial encontrará menos embaraços diante de um quadro de clareza e objetividade.

Além disso, SUMMERS recorda que um bom raciocínio poderá esclarecer e *orientar as decisões futuras* de outros julgadores⁶¹, principalmente no sistema jurídico anglo-saxão, de vinculação - e eventual distinção - dos precedentes⁶². Assim, na medida em que haja uniformidade na orientação de casos análogos, o princípio da

57 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 6. ed. v. II. São Paulo: RT, 2007. p. 467

58 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi, 2005. p. 46.

59 MARINONI, ARENHART, op. cit., p. 469; GOMES FILHO, op. cit., p. 102.

60 No ponto, “não seria viável, de forma alguma, o contraditório e a possibilidade de ampla defesa se motivação [pública] não houvesse”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. ‘Estado de Direito e Devido Processo Legal’. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 15. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 41.

61 SUMMERS, op. cit. p. 713. “A motivação de uma decisão (*ratio decidendi*) fornece uma regra em que os outros juízes, no âmbito do mesmo sistema jurídico, deverão ou poderão inspirar-se em suas decisões referentes a situações similares”. PERELMAN, Cháim. op. cit., p. 279.

62 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap, 1986. p. 24-26.

isonomia mantém-se tutelado, assim como a segurança jurídica. Torna-se possível, noutra giro, que as razões minoritárias venham a ser adotadas por uma maioria futura.

Por fim, cumpre ressaltar a função *didática* exercida pelo raciocínio judicial, ao permitir que as normas jurídicas possam ser protegidas e explicadas aos seus destinatários, expandindo a eficácia das mesmas⁶³. Algo que vale tanto para o público interno como para o externo, nos termos aqui propostos e a seguir detalhados.

3 O PÚBLICO EXTERNO

Neste grande auditório social em que se desenvolve a função judicante em geral e o dever de motivar as decisões em particular, merecem destaque as relações estabelecidas entre o magistrado e demais integrantes da comunidade, isto é, todos aqueles que não são partes diretas da relação deduzida nos autos - daí porque denominadas funções extraprocessuais. Algo que pode ser analisado sob diferentes prismas e que guarda pertinência com os fins políticos da motivação.

Políticos em virtude, primeiramente, da correlata *legitimação* que o Poder Judiciário necessita buscar, não no voto popular diretamente, mas na observância das regras estabelecidas, a partir da *sujeição* às leis vigentes, expressão da soberania popular. Somente na medida em que forem apresentadas as razões de decidir, todos os titulares do poder e destinatários das normas terão a oportunidade de aferir se os comandos estão de acordo com as prescrições aceitas, tanto de natureza material como processual⁶⁴.

Aplicável, no ponto, a teoria de legitimação pelo procedimento, de Luhmann⁶⁵, haja vista que a transferência intersubjetiva do poder aos magistrados está vinculada ao cumprimento dos atos previamente organizados por um sistema de decisão, que confere certeza e estabilidade social.

63 VIGO, op. cit., p. 499.

64 Conforme acentua Bobbio: "Um poder é considerado legítimo quanto que o detém o exerce a justo título, e o exerce a justo título enquanto for autorizado por uma norma ou por um conjunto de normas gerais que estabelecem que, em uma determinada comunidade, tem o direito de comandar e de ter seus comandos estabelecidos". BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 235.

65 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980. p. 26-27.

Não se pode perder de vista, outrossim, o relevante aspecto de *controle* difuso que é deflagrado pela motivação. Qualquer do povo, sobretudo pelo avançado estágio tecnológico dos tempos atuais, pode e deve ter acesso, a fim de exercer uma reflexão crítica, ao conteúdo do raciocínio levado a efeito pelo magistrado - que faz um “contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de suas decisões”⁶⁶.

Registre-se, a propósito, que os meios de comunicação de massa funcionam como propulsores do debate público, tão mais intenso quanto rumoroso e polêmico for o caso. A *aceitabilidade* da opinião pública dependerá, em muito, do caminho bem justificado até a parte dispositiva. De modo que a responsabilidade do juiz converte-se, cada vez mais, na responsabilidade de justificar e maximizar o controle público⁶⁷.

Denota-se, aqui, a presença do valor da *transparência*, mediante a conjugação da motivação com a publicidade, ambas a servir de garantia instrumental para as mais diversas espécies de controle - não apenas o social, mas também o político, o acadêmico, o disciplinar e o superior⁶⁸.

Aliás, é bastante salutar a existência de tal fiscalização tendo em vista, inclusive, que o crivo minoritário do *colegiado* de hoje pode vir a se tornar a posição dominante dos membros de amanhã, como mencionado. Nessa linha, o conhecimento das razões vencidas é ressaltado como uma expressão basilar da democracia, porquanto resguarda a existência do dissenso⁶⁹. CAPPELLETTI ressalta, no ponto, que na motivação divergente, não raro, encontram-se os elementos de incerteza que irão abrir caminho para eventuais intervenções reparadoras do próprio *legislador*⁷⁰.

No que tange a feição *pedagógica* da motivação, seu âmbito consiste na referência para as atividades dos indivíduos, que devem se pautar pelos parâmetros delimitados pela decisão, traço mais acentuado nos processos coletivos e de controle abstrato de constitucionalidade.

66 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 98.

67 A constatação foi feita por Aulis Aarnio, para quem a administração da justiça deve ser dotada de autoridade e razão. *Apud* IBAÑEZ, Perfecto Andrés; ALEXI, Robert. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México: UNAM, 2006. p. 34.

68 VIGO, op. cit., p. 499.

69 HABERMAS, op. cit., p. 224.

70 CAPPELLETTI, op. cit., p. 132.

Tudo isto com vistas a reforçar a confiança (*trust*) da população nos juízes, virtude fundamental, decerto, para qualquer agente do Estado⁷¹. Será, portanto, através da racionalidade verificada na fundamentação - desde que acompanhada de uma prestação em tempo razoável - que o Judiciário receberá os aplausos e a chancela social de suas atividades.

4 MODUS OPERANDI: EXTENSÃO E VÍCIOS

Não há dúvidas em relação à importância do dever de motivar, diante do contexto e das finalidades tratadas até o momento, nem ao seu conceito, qual seja, a exigência de expressar e incorporar as razões de fato e de direito utilizados no “iter” para decisão da controvérsia⁷². Em outras palavras, argumentar para mostrar os motivos que, mais do que a explicam, a tornam justificadas e aceitáveis em termos técnicos⁷³.

A propósito, convém mencionar a concepção da argumentação como “conjunto de raciocínios que vêm apoiar ou combater uma tese, que permitam criticar e justificar uma decisão”⁷⁴. A origem do termo já está na definição de SÃO TOMÁS DE AQUINO, que denomina argumento “lo que arguye la mente para convencer a alguien”, aponta Rodolfo Vigo⁷⁵.

A questão que se examina, a seguir, é de caráter mais prático, acerca da maneira de fazê-lo e das respectivas incorreções. Os métodos a serem utilizados para garantia do controle e da validação dos conteúdos, com a demonstração ética - a que alguns se referem como honestidade intelectual⁷⁶ - que as conclusões obtidas não são fruto de eventuais caprichos ou idiosincrasias, mas encontram arrimo no ordenamento e nas provas dos autos.

4.1 EXISTÊNCIA E CLAREZA

71 ENTERRÍA, op. cit., p. 115-118.

72 FIX-ZAMUDIO, Hector. Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica. *Estudios Comparativos. Derecho Latinoamericano*. Serie D. n. 5. México: UNAM, 1974. p. 95.

73 ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. n. 6. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997. p. 22.

74 PERELMAN, op. cit., p. 492.

75 Do latim “argumentum dicitur, quod arguit mentem ad assen tiendum alicui”. VIGO, Rodolfo Luís. op. cit., p. 496.

76 IBAÑEZ, ALEX, op.cit., p. 40.

O primeiro requisito que exige de uma boa decisão judicial é a sua clareza, vale dizer, a ausência de ambigüidades e obscuridades que conduzam à necessidade de um pronunciamento posterior para explicitá-la. O artigo 19 do Código Ibero-americano de Ética Judicial assim sintetiza a idéia: “motivar implica exprimir, de *maneira ordenada e clara*, as razões juridicamente válidas e aptas para justificar a decisão”.

Em relação a tal qualidade, por óbvio, o pressuposto lógico antecedente é o de que exista alguma fundamentação, porquanto “nula é a sentença completamente desprovida de fundamentação [...] que agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade, incompatível com o Judiciário democrático”⁷⁷.

Reconhece-se que, por vezes, não é tão simples identificar o conceito de decisão não fundamentada, apartando-o de decisão mal fundamentada e de decisão insuficientemente fundamentada⁷⁸. Certo, contudo, é que a sanção de nulidade tem sido reservada apenas para os casos em que haja total desprovimento de razões.

4.2 COMPLETEUDE

Na inteireza dos fundamentos reside algumas das principais polêmicas em torno da motivação. Não obstante as partes e, principalmente, seus advogados intentarem que o juízo se debruce sobre todas as alegações deduzidas, resta pacificado que a motivação não deve ser entendida em termos tão amplos.

É, por exemplo, o que assentou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao registrar “que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes”⁷⁹, posição que se harmoniza com a ressalva final do artigo 25 do Código de Ética referido: “a motivação deve estender-se a todas as alegações das partes ou às razões produzidas pelos juízes que tenham apreciado antes a questão, *desde que sejam relevantes para a decisão*”.

77 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 18.731/PR, 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo (DJ de 30.03.1992). Na apreciação de caso envolvendo Tribunal Militar da Grécia, a Corte Européia de Direitos Humanos também assentou a absoluta impossibilidade de ausência de fundamentação, por violação ao artigo 6.1 (direito ao processo equitativo). UNIÃO EUROPÉIA. Corte Européia de Direitos Humanos. *Caso Hadjianastassiou vs. Grécia*. Sentença de 16.12.1992.

78 CARNEIRO, Athos de Gusmão. “Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada”. *Revista de Processo*, ano XXI, n. 81, São Paulo: RT, jan./mar. 1996. p. 222.

79 *Caso Apitz vs. Venezuela*. cit.

De modo o juiz pode se contentar em examinar os fundamentos que seja suficientes e relevantes para o deslinde da causa. A uma, por uma questão de duração razoável do processo, direito igualmente fundamental; a duas, em virtude da natureza dos órgãos jurisdicionais, que não se constituem em tribunais de consulta. Razão pela qual o magistrado pode ser *sucinto* e *objetivo* em fundamentação, com simplicidade, na medida em que contemple os argumentos essenciais para solução do conflito - “com uma concisão que seja compatível com a total compreensão das razões expostas”⁸⁰.

O que não significa estar autorizado para a mera remissão aos dispositivos legais ou a partir de formulações vazias tais como “por falta de amparo legal” ou “ausência de omissão”, sem o exame concreto das alegações⁸¹. O CIEJ foi percuente ao prever, em seu art. 25, que “a motivação em matéria de Direito não pode limitar-se à invocação das normas aplicáveis, especialmente nas decisões sobre o mérito de determinada matéria”.

4.3 O EXAME DAS PROVAS

A partir do clássico brocardo “da mihi factum, dabo tibi jus”, surge outra face bastante sensível em matéria de motivação: as questões fáticas e o direito à prova. Em etapas determinantes deste último - admissão e valoração - a motivação se fará presente. O rigor referente a tal análise (art. 27 do CIEJ) é corolário do margem de convicção atribuída ao juiz⁸².

Em primeiro plano, no momento de admissão dos meios de prova, deve-se perquirir a necessidade e a pertinência do proposto. Isto porque a prova deve ser lícita, relevante e capaz de provar o fato controvertido. Neste particular, o indeferimento deve, pois, ser cuidadosamente motivado, a fim de não se embaraçar o exercício da ampla defesa e contraditório.

No exame do conteúdo das provas, propriamente dito, há situações falta de correspondência com os dados dos autos, com a omissão na valoração da prova existente ou, ao contrário, pela inclusão

80 Art. 27 do CIEJ.

81 GRECO, Leonardo. op. cit., p. 85.

82 O Código de Processo Civil brasileiro bem expressão tal relação: “art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

no raciocínio de prova inexistente⁸³. MARINONI e ARENHART advertem, por exemplo, para “sentenças fundadas em quesitos periciais que não retratam as respostas que estão nos autos, ou mesmo sentenças que distorcem depoimentos testemunhais”⁸⁴.

É dizer, alerta-se para o fato de que o conteúdo da prova deve ser explicado e confrontado, especialmente no caso de dubiedade e da utilização de prova indiciária - situação em que se utiliza o raciocínio presuntivo. Acerca da necessidade de valoração individual e, na sequência, do conjunto de todas as provas, vale a referência ao art. 23 do CIEJ⁸⁵.

4.4 JUSTIFICAÇÃO INTERNA E EXTERNA

A necessidade de *lógica e coerência* das decisões consiste em uma das diretrizes que devem ser adotadas pelos juízes. A adoção de determinadas premissas deve conduzir a conclusões compatíveis com as escolhas, assim como a própria validade daquela seleção, no lugar de outras, não pode escapar de balizas racionais. ALEXY observa que, no primeiro caso, se está diante da justificação interna; enquanto no outro, da justificação externa, ou de segundo nível⁸⁶.

O âmbito interno relaciona-se, de plano, com aspectos de *não-contradição* no contexto dos argumentos e de inferência entre as proposições. Em outros termos, o foco central está na compatibilidade entre os enunciados⁸⁷, a partir das regras e procedimentos empíricos.

Mais tormentosa é a justificação externa, na qual se requer que boas razões sejam declinadas para embasar os *critérios* para a aplicação da lei *a* ou *b*, a similitude com o precedente *x* ou *y*, ou, ainda, a utilização do método hermenêutico tal em detrimento de outros igualmente possíveis. De igual modo, têm espaço reservado as formas especiais de argumentos jurídicos, tais como o analógico, o “a contrariu sensu”, o “a

83 GOMES FILHO, op. cit., p. 188.

84 MARINONI, ARENHART, op. cit., p. 467.

85 Art. 23 Em matérias de fato o juiz deve proceder com rigor analítico no tratamento do quadro de provas. Deve mostrar, em concreto, o que indica cada meio de prova, para depois efetuar uma apreciação no seu conjunto.

86 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy. 2001. p. 218.

87 GOMES FILHO, op. cit., p. 125.

fortiori” e o “ad absurdum”⁸⁸. Na tônica deste trabalho, tais ferramentas viabilizam a tarefa de *convencimento* dos destinatários da decisão.

4.5 MOTIVAÇÃO IMPLÍCITA, PER RELATIONEM E POR FORMULÁRIOS

No último ponto deste tópico, optou-se pela junção de três espécies de motivação que, conquanto bastante utilizadas pelos tribunais, carecem de redobrada cautela na respectiva aplicação, a saber: a motivação implícita, a motivação por remissão e a motivação por formulários ou modelos.

Na motivação implícita, deduz-se que alguma tese foi refutada pelo juízo, em virtude da adoção de outra que a inviabiliza, ainda que tal assertiva não esteja explicitada na decisão. Embora não desejável sob o aspecto da inteireza da análise, cuida-se de lacunas logicamente aceitáveis, desde que obedeçam a limites tácitos fixados pelas próprias escolhas anteriores⁸⁹. Diferente, portanto, da mera omissão.

A propósito, o Tribunal Constitucional de Portugal já afastou interpretação que fora conferida ao Código de Processo Penal daquele país por Tribunal local, que havia reputado desnecessária a discriminação dos fatos provados e não provados, mesmo em sede recursal. Do contrário, abrir-se-ia “porta às indesejáveis tentativas de adivinhação”:

[...] ainda antes da operação de subsunção dos factos ao direito, o juiz está ainda obrigado a explicitar o exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal. [...]

Logicamente, a falta de enumeração dos factos provados e não provados compromete seriamente e retira qualquer valor à mera operação de indicação e exame crítico das provas.[...]

Esta inaptidão impede o controlo da legalidade desta decisão, não permite convencer os interessados e os cidadãos em geral acerca da sua correcção e justiça e não obriga o seu autor a ponderar os seus pressupostos de facto, falhando como meio de autocontrolo. [...] viola inequivocamente a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais, na medida em que abre a porta às indesejáveis

88 Segundo Alexy, são seis os referenciais para a justificação externa: (1) estatuto; (2) dogmática; (3) precedente; (4) razão; (5) fatos; e (6) formas especiais de argumentos jurídicos. ALEXY, Robert. op cit., p. 225 e 262.

89 GOMES FILHO, op. cit., p. 198.

tentativas de ‘adivinhação’ dos fundamentos de facto da decisão por parte dos respectivos destinatários⁹⁰.

A motivação *per relationem*, por sua vez, ocorre quando outras razões de decidir, seja de processo, ou mesmo de instância diversa, são incorporadas e simplesmente replicadas como fundamento - pareceres ministeriais também se inserem nesta classificação. Os magistrados devem ter parcimônia com este método, pois é possível que haja elementos supervenientes a alterar a posição anterior, além de peculiaridades que revelem a impropriedade do paradigma invocado.

Razão pela qual à remissão corresponde o ônus da confirmação do nexo de objeto e da plena identidade de conteúdo, a fim de elidir uma fundamentação autônoma. Sem embargo de ser regularmente aceita, como ilustra a jurisprudência constitucional do Brasil⁹¹, não é lícito que a prática descambe para o mero reenvio, também conhecido pela lacônica expressão “mantida por seus próprios fundamentos”, em violação ao dever de motivar.

Finalmente, nas hipóteses em que a controvérsia é unicamente de matéria de direito, reiteradas vezes apreciadas, as decisões modelo ou de formulários podem ser adotadas, sem violação à tutela jurisdicional efetiva. No particular, uma vez mais, os casos devem manter similitude total pois, como afirmou o Tribunal Constitucional Espanhol “peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida”⁹². Em 2006, inclusive, o ordenamento processual brasileiro estabeleceu dispositivo com autorização neste sentido, para *casos idênticos*, conhecidas como “ações repetitivas”⁹³.

90 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 408/2007*. 2ª Seção. Rel. Conselheiro João Cura Mariano. 11.jul.2007.

91 “Vale registrar, por necessário, que se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional a adoção [...] da técnica da motivação “per relationem” [...]. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a propósito da técnica da motivação por referência ou por remissão, reconheceu-a compatível com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República [obrigação de motivar], como resulta de diversos precedentes firmados [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 102.732/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07.05.2010.

92 ESPANHA. *STC nº 223/2003*. Recurso de Amparo nº 2.581/2001. B.O.E de 20.04.2004.

93 Art. 285-A do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.277/2006: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

Conclui-se, assim, que as três técnicas representam atenuação para o dever de motivar de sua concepção tradicional e desejada, em vista da dinâmica da atuação judicial e da tempestividade dos processos, cuja validade, porém, circunscreve-se a específicas situações, sob pena de nulidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como é próprio de toda a atividade humana, a sociedade não pode esperar a perfeição do ofício exercido pelos juízes, na condição de meros mortais que buscam construir razões⁹⁴. A expectativa de todos os jurisdicionados, no entanto, é que a magistratura possa atuar legitimamente, em conformidade com as regras estabelecidas, mediante a garantia de uma apreciação de litígios independente, imparcial e, acima de tudo, justa.

Neste desiderato, como visto, o princípio da motivação - binômio dever/direito - desempenha papel central. Ao ter que enunciar a individualização das normas aplicáveis, a análise fática e a qualificação jurídica decorrente, o membro do Poder Judiciário encontra uma contenção à sua atividade racional, da qual deve prestar contas não apenas às partes do processo, mas também a toda a comunidade. Em respeito, ao final, à própria soberania popular.

O cenário atual nas democracias constitucionais, marcado pela consagração dos direitos fundamentais e pela posição cada vez mais destacada dos juízes, intensifica a demanda e a responsabilidade por decisões que sejam aceitáveis e controláveis. Não por outra razão, a idéia de participação e de assentimento corporifica esta nova fase, em que a força estatal, apesar de ainda fundada na autoridade, alia-se, também, ao uso da justificação racional. Ainda mais quando as cláusulas gerais e os princípios constitucionais são caracterizados pela semântica aberta.

O conseqüente novo modelo de juiz deve ser trabalhado, dessa maneira, nas escolas de formação e aperfeiçoamento da magistratura⁹⁵, priorizando-se a relevância de uma boa motivação como virtude em contínuo desenvolvimento. Tal processo vem a reforçar a proteção da confiança que os cidadãos depositam no Poder Judiciário, expressando dimensão da segurança jurídica, subprincípio concretizador do Estado de Direito⁹⁶.

94 SUMMERS, op. cit., p. 710.

95 CARBONELL, op. cit., p. 35.

96 CANOTILHO, op. cit., p. 257.

Por derradeiro, retomando-se a idéia inicial do protagonista que precisa convencer ao seu público, vale a referência às palavras de MAXIMILIANO que, em texto cuja primeira edição data do ano 1924, também já fazia alusão ao elementos da representação teatral para analisar a atividade da magistratura. Confira-se, por total pertinência e atualidade:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o considerem autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes⁹⁷.

Que os juízes possam, pois, conferir vida aos textos legais, atuando de forma transparente nos palcos iluminados pelo princípio da motivação, inegável imperativo ético e legitimador, a fim de obter a satisfação e a compreensão de todos os múltiplos interessados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 4. t. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Serie de Teoria Jurídica y Filosofía del Derecho. n. 6. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.

97 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006 (1924), p. 49-50.

_____. FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM, 2005.

_____. VIGO, Rodolfo Luís. *Código Ibero-americano de Ética Judicial*. Trad. de Rosa Maria Severino. Brasília: CJF, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 07/ago/2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 8. t. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

_____. *O Futuro da Democracia*. 11. ed. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 18.731/PR*. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Diário da Justiça de 30.mar.1992. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?proceso=18731&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 18/jul/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.268/MG*. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça de 09.jun.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2017100>>. Acesso em: 31/jul/2010.

_____. _____. *Hábeas Corpus nº 102.732/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça de 7.mai.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610602>>. Acesso em: 22.ago.2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*. Ano XVII. n. 17. Trad. de José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar. 1992, p. 127-143.

_____. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Olivera. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

CARBONELL, Miguel. Los guardianes de las promesas. Poder Judicial y democracia en México. *Revista Iberoamericana de Derecho Processual Constitucional*. v. II. México: Porrúa. jul./dez. 2004, p. 25-43.

CARNEIRO, Athos de Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. *Revista de Processo*. ano XXI, n. 81, São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar. 1996, p. 220-225.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione Sul Processo Civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

_____. Garanzie minime de 'giusto processo' civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*. ano XXVIII, n. 112, São Paulo: Revista dos Tribunais. Out./dez. 2003, p. 159-176.

COSTA RICA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.doc>. Acesso em: 31/jul/2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap, 1986.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5. ed. Civitas: Madrid, 2005.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentença n.º 24/1990*. Recurso de Amparo n.º 2.552 e 2.573/1989. Boletim Oficial del Estado de 02.mar.1990. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1990-0024>. Acesso em: 18/jul/2010.

_____. _____. *Sentença n.º 223/2003*. Recurso de Amparo n.º 2.581/2001. Boletim Oficial del Estado de 20.jan.2004. Disponível em <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2003-0223>. Acesso em: 22/ago/2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Debate entre el Derecho y la Democracia*. Trad.de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Trad. de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 35-44, São Paulo: Malheiros, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamerica. Estudios Comparativos. Derecho Latinoamericano*, Serie D, n. 5, México: UNAM, 1974.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *A motivação das decisões penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*. v. LI, n. 305, p. 61-99, Porto Alegre: Notadez, Mar. 2003.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle do raciocínio judicial pelos Tribunais Superiores brasileiros. *Revista da AJURIS*, ano XVII, n. 50, p. 6-20, Porto Alegre. nov. 1990.

- HABERMAS, Jurg en. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. v. I. Trad. de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HERNÁNDEZ, Ignácio Colomer. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales e legales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constitui o*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- IBA EZ, Perfecto Andrés; ALEXY, Robert. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México: UNAM, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6. ed. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplica o do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 9. t. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motiva o das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 19. Curitiba. 1979-1980, p. 281-295. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8836/6146>> . Acesso em: 01/ago/2010
- LARENZ, Karl. *A metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio   razão: reflexões sobre a motiva o. *Revista de Processo*, ano VIII, n. 29, p. 79-81, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Legitima o pelo procedimento*. Trad. de Maria da Concei o Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.
- PERELMAN, Cha im. * tica e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 408/2007*. Processo 268/2007. 2ª Seção. Rel. Conselheiro João Cura Mariano. 11.jul.2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070408.html>> Acesso em: 28/ago/2010.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. v. II, p. 179-186, México: Porrúa, jul./dez. 2004.

SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta. 2009. p. 123-158.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: UNAM, 2004.

SUMMERS, Robert Samuel. Two types of substantive reasons: the core of a theory in common law justification. *Cornell Law Review*. v. 63. n. 5. p. 707-788. 1978. Disponível em: <<http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Summers%20Robert%2063%20Cornell%20L.%20Rev.%20707%20%281978%29.pdf>> Acesso em: 7/ago/2010.

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

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retórica e dialettica. *Revista de Processo*, ano XXXII, n. 143, p. 65-77, São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar. 2007.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, ano XIV, n. 56, p. 223-233, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1989.

UNIÃO EUROPÉIA. Corte Européia de Direitos Humanos. *Caso Hadjianastassiou vs. Grécia*. Sentença de 16.dez.1992. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=GREECE%20|%20Hadjianstassiou&sessionid=58625896&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 21/ago/2010

VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento Justificatorio Judicial. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1998. p. 483 - 498. Disponível em: < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_33.pdf>. Acesso em: 1/ago/2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. 9. ed. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Trotta. 2009.

_____. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi, 2005.