

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
CAMPUS DE SÃO MIGUEL DO OESTE

VIVIANE APARECIDA LIZ DA SILVA

O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

São Miguel do Oeste

2010

VIVIANE APARECIDA LIZ DA SILVA

O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de Pós-Graduação, em nível de especialização, em Direito Constitucional - ESMESC da Universidade do Oeste de Santa Catarina, *Campus* de São Miguel do Oeste/SC como requisito parcial à obtenção do grau de especialização em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Nédio Dariva Pires de Lima

São Miguel do Oeste

2010

Aos meus pais.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem o escopo de investigar os motivos que levam o juiz a formar seu convencimento. A questão principal refere-se ao estudo da coexistência de pontos de vista opostos na prática forense, o que significa questionar quanto o direito em sua dogmática jurídica, é ou não o único parâmetro às decisões jurídicas. A efetividade do processo não admite mais um juiz espectador. Espera-se do poder judiciário a implementação dos resultados a que se propôs, influenciando favoravelmente na vida do grupo social. E para que se consiga uma solução justa, precisa-se de um juiz atuante, participante e juridicamente curioso, que em suas decisões judiciais não esteja adstrito a repetir e reafirmar postulados normativos inscritos e sim que possa perceber as distinções entre a realidade jurídica e a realidade social. No exame de decisões judiciais, com muita freqüência, detectamos inúmeros pontos de controvérsias, verificáveis através das diversas possibilidades de interpretação e aplicação do direito. Basta ler as decisões proferidas por diferentes magistrados para verificar a ênfase dada a uns e não a outros critérios como guias à tomada da decisão jurídica. Daí a importância de um estudo mais aprofundado sobre a fundamentação das decisões judiciais e a motivação ideológica do magistrado, quando da decisão. Espera-se subsidiar os operadores do direito sobre as decisões judiciais na fundamentação dos processos, contribuindo na discussão sobre as modalidades de aplicação da lei, do ponto de vista de sua positividade, de sua hermenêutica e de sua concepção ideológica.

ABSTRACT

This written work has the goal to investigate the reasons that make the judge's convincement the main point refers to the study of the existence of two different point of views in law exercise, wich means how much the law in its area is or not the only one way to make a law decision the real process doesn't admit a viewer judge anymore. From the law power is waited for the promised results execution in a way that it can infer at the social group life. And to get a fair solution, it's needed a performer and law curious judge that in his decisions in the area doesn't be linked to the registered theory repetition but someone that can notice the difference between the law and the social reality. At the law decisions exercise often we see a lot of controversial points, found through the different sorts of comprehension and law usage. We just have to see the decisions made by different judges to notice the focus given in some specific subjects and not done in others as the law decision guide. Because of this is necessary a deep study about the process of making decisions in the area and the judge's motivation at the deciding time. It's waited for law operator's help about the law decisions at the process exercise in a way that it contributes into the law usage ways discussion, at it's positivity, hermeneutics and ideological concept point of view.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	9
2.1 BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS	9
2.1.1 Decisão Judicial - Conceito	11
2.1.2 Da prova	12
2.1.3 Da avaliação e valoração da prova	15
2.1.4 Da lei	19
2.1.5 Do juiz	21
2.2 DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	23
2.2.1 Do dever do magistrado de fundamentar a sentença	23
2.2.2 Fundamentação e linguagem	25
2.2.3 Certeza e segurança	28
2.2.4 As consequências da falta de fundamentação	30
3 A MOTIVAÇÃO IDEOLÓGICA DA DECISÃO JUDICIAL	33
3.1 CONCEPÇÕES MOTIVACIONAIS	33
3.1.1 Posturas jurídicas	36
3.1.2 Direito positivo (postura dogmática)	37
3.1.3 Direito alternativo (postura não - dogmática)	41
3.1.4 Uso alternativo do direito	45
3.1.5 “Prática” e “uso” alternativos do direito	47
3.2 A PESQUISA EMPÍRICA - OBJETIVOS	48
3.2.1 Âmbito e objeto	49
3.2.2 A entrevista	49
3.2.3 Resultado	50
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55
ANEXOS	56

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema o Princípio do Livre Convencimento Motivado. O juiz pode sentenciar de acordo com o seu livre convencimento, todavia, deverá indicar os motivos que lhe formaram a convicção.

O magistrado ao exercer sua função jurisdicional, isto é, ao prolatar decisões judiciais, tem o dever de fundamentá-las, conforme estatuído no artigo 93, IX da Constituição da República, trata-se de obrigatoriedade constitucional.

Em que pese o dever do Estado Democrático de Direito garantir a segurança jurídica aos cidadãos, não é difícil verificar na prática forense a coexistência de opiniões opostas mesmo tratando-se de uma mesma espécie de ação judicial.

Desta feita, a temática que se traz a baila buscará resolver o seguinte problema: Quais são as motivações de ordem sociológica, filosófica, política e axiológica que levam o juiz a fundamentar a sentença?

Para a resolução do indigitado problema, desenvolver-se-á pesquisa explicativa do tipo bibliográfica, com consultas em livros e legislação, na qual se empregará como método lógico de investigação o indutivo, e pesquisa de campo, com aplicação de entrevista semi estruturada a juízes da região extremo-oeste, tendo como modelo um caso típico.

Pretende-se, com o presente estudo, verificar quais são os motivos que levam o juiz a formar seu convencimento; investigar as influências que inspiram o juiz a fundamentar a sentença, estabelecendo parâmetros entre as diversas fontes paralelas que conduzem a decisão jurídica. Sendo um tema, por sem dúvida, polêmico, a proposta do presente trabalho monográfico mostra-se justificável em razão das controvérsias verificáveis através das diversas possibilidades de interpretação e aplicação do direito.

Para compreender os critérios que formam a tomada de decisão, sintetizou-se a abordagem do tema em três partes.

Como ponto de partida, tratar-se-á da origem do Princípio do Livre Convencimento Motivado visando entender as antigas concepções que ajudaram a formar seu atual conceito. Na sequência, será abordada a forma de apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, considerando que os magistrados

possuem total liberdade tanto na apreciação como na avaliação destas provas, sem que haja necessariamente imposição legal sobre o valor probante.

Num segundo momento, tratar-se-á da maior e mais importante limitação ao Livre Convencimento: a necessidade de motivação da decisão judicial. O mesmo sistema jurídico que dá ao juiz o poder de livremente convencer-se, dando as normas a interpretação que entender mais adequada, impõe ao juiz o dever de motivar sua convicção, justificando as razões que determinaram o julgamento.

A motivação judicial é importante, pois viabiliza aferir a vinculação do juiz à prova. Além disso, permite, ainda, apreciar a juridicidade do julgamento, as opções valorativas do julgador. A motivação da decisão judicial também é tida como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma.

A terceira parte abrange as correntes de pensamento jurídico. A decisão jurídica não é resultado único de prescrições legais e sim, da postura do agente jurídico, sua visão de mundo, sendo fator preponderante ao funcionamento do direito.

Na sequência, adentrar-se-á na pesquisa de campo realizada com alguns juízes da Região Extremo-Oeste, tendo como modelo um caso típico, na qual se observou as disparidades entre as previsões normativas e a realidade fática processual.

Com isso, pretende-se conhecer o caminho de raciocínio trilhado pelo juiz no seu processo decisório, levantando alguns temas e suas implicações ideológicas, que de uma forma ou de outra influenciam diretamente no processo de formação da decisão.

2 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Ao tratar do Princípio do Livre Convencimento Motivado faz-se mister conhecer sua origem e sua evolução através dos tempos. Tal princípio regula a avaliação e apreciação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção.

2.1 BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A origem do Princípio do Livre Convencimento Motivado é antiga, veio a surgir após a Revolução Francesa e por sua influência. Este princípio trouxe a adoção da lógica racional como método de hermenêutica. Sabe-se que antes da Revolução Francesa, os julgadores não estavam atrelados a lei, sendo o sistema de valoração e avaliação de prova, da convicção íntima do julgador, o de maior vigência na época.

Arrone (1996, p. 20), reporta-se a história deste princípio da seguinte maneira:

Naquele tempo, os magistrados não tinham limites quanto a sua forma de julgar as questões, tanto que injustiças em grande monta, aliadas ao cenário da época, de favorecimento da elite, colaboravam para a opressão do povo. Chegando a tal ponto, que eclodiu a revolução.

Depois da revolução, o cenário se modificou, pois os responsáveis pelo movimento pretenderam normatizar tudo, a fim de que os julgadores passassem a aplicar literalmente a lei. (ARRONE, 1996)

Arrone (1996, p. 20) discorre sobre a figura do juiz daquela época, através do pensamento de Montesquieu:

[...] chegou a denominar o juiz de um ente inanimado, mero repetidor da lei, pois o povo temia a possibilidade de um magistrado não atrelado à lei, como no sistema anterior, devido às marcas que ficaram na sociedade, com as

atitudes protecionistas destes julgadores que, inconseqüentemente, sentenciavam em prol dos interesses que lhes favoreciam ou a que eram ligados.

Alfredo Augusto Becker citado por Arrone (1996, p. 20), analisa o Direito, em seu dizer :

Sendo o Direito instrumento de que se vale o estado para alcançar o bem comum, deve-se recordar que essa instrumentalidade se faz presente no Direito Processual de maneira mais penetrante do que em qualquer outro ramo da ciência jurídica, em virtude do caráter instrumental do processo como meio de composição de conflitos de interesses.

Pelo exposto, tem-se que a lei deve ser interpretada, para ajustar-se aos fatos do mundo social.

Passou a haver posições mais lúcidas, demonstrando que a aplicação da lei pelo judiciário deveria fundar-se em critérios valorativos mais altos, priorizando as aspirações de justiça e bem estar social. (ARRONE, 1996)

Com o passar do tempo o pensamento jurídico evoluiu, trazendo novos ideais para a hermenêutica, que até então não possuía muitas preocupações axiológicas.

Sabe-se que se ampliou o poder do juiz, sob o entendimento de que ao julgador cabe dar a solução mais justa possível, integrando valorações pertencentes à legalidade positiva, somada da valoração humana, proveniente de usos e costumes. (ARRONE, 1996)

Na perspectiva de Portanova (1999, p. 244) surge a partir deste momento um novo princípio:

[...] um sistema de valoração de prova novo, emerge o sistema da convicção racional, nascendo o Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Atualmente há uma tendência mundial pelo sistema do Livre Convencimento, neste as provas não são escalonadas, não tem valor fixo, nem são estimadas em lei.

O Brasil, outrossim, adota o Princípio do Livre Convencimento Motivado ou Persuasão Racional; o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes

nos autos, mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. (GRINOVER, CINTRA, DINAMARCO, 2004)

Na concepção de Portanova (1999, p. 243), pode ser que os juízes costumem se convencer mais com um tipo de prova do que com outro, todavia, “de forma alguma, uma preferência por um meio de prova em relação ao outro, vai significar uma regra ou princípio”. O que pode haver é uma inclinação do magistrado por determinado meio de prova, de modo a formar seu convencimento.

O Princípio foi consagrado pela jurisprudência antes de se fazer lei. Por certo, dois fatores contribuíram para tanto. O primeiro diz com o fato de o juiz trabalhar com a verdade. O segundo fator é que o juiz trabalha com a realidade da vida, e esta é, indubitavelmente, sempre maior do que métodos apriorísticos, abstratos mecanicistas, formais e atomísticos (PORTANOVA, 1999, p. 245).

Ensina Pontes de Miranda citado por Portanova (1999, p. 245): “nunca o homem conseguiu a verdade sem pensar com liberdade”.

Como se vê, com o surgimento do princípio do livre convencimento motivado, estabeleceu-se novos limites ao julgador, desta vez mais racionais, que posteriormente vieram a integrar-se ao direito processual.

2.1.1 Decisão Judicial - Conceito

O art. 162 do Código de Processo Civil determina que os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Já o art. 163 fala das decisões proferidas pelos tribunais, denominando-as de acórdãos.

De toda a sorte, interessa-nos apenas saber a que tipo de decisão faz menção o art.93, IX, da CF. Parece-nos que, quanto àquelas tratadas nos arts. 267 e 269 do CPC, dúvidas não podem subsistir. Qualquer pronunciamento judicial (sentença) que ponha termo ao processo (art.162, §1º, do CPC), apreciando ou não o mérito da causa, deverá vir devidamente fundamentada, nos termos da norma constitucional acima referida. (NOJIRI, *apud* ARRONE, 1996, p. 28)

Segundo Nojiri (1999, p. 35), “quando a Lei Maior fala em decisão judicial, entende-se que tal expressão diz respeito a toda manifestação judicial de conteúdo decisório que possa causar gravame à parte ou ao interessado no processo”.

E continua comentando, desta vez, sobre outro conceito de decisão judicial:

[...] a decisão judicial é um ato de individualização das normas gerais que devem ser aplicadas. E essa individualização apresenta-se necessária por que um caso concreto não pode ser decidido somente por uma norma geral.

Ressalte-se que há possibilidade de revisão da decisão judicial por um outro órgão do Poder Judiciário, a qual, fundamenta-se no princípio do duplo grau de jurisdição, que visa evitar abusos praticados por magistrados, caso suas decisões não se sujeitem à espécie alguma de controle.

2.1.2 Da prova

As provas são objeto indispensável do processo de conhecimento, pois os direitos subjetivos alegados originam-se de fatos que, sendo alegados, devem ser provados. (ARRONE, 1996)

Desde os tempos de Roma, sabe-se que alegar e não provar é o mesmo que não alegar, o que no latim significa *allegatio et non probatio quasi non allegatio*.

O professor Sérgio Gilberto Porto citado por Arrone (1996, p. 22) em trabalho publicado versando sobre o tema, o introduz dizendo que:

Os fatos que são trazidos a juízo pelo autor e, de regra, negados pelo réu, provocam – por consequência lógica – uma incerteza temporária no julgador, a quem compete, por delegação do Estado, resolver os conflitos de interesses interindividuais e intergrupais, através da aplicação da norma jurídica.

O porquê de tal incerteza ser meramente temporária reside na prova dos autos. Fatos alegados e não provados não existem no processo, não podem ser computados como reais. (ARRONE, 1996)

A prova é o meio que as partes usam, para demonstrar ao julgador a veracidade dos fatos trazidos aos autos.

Pode-se, abordar o tema da prova por dois critérios, sendo eles o critério objetivo e o critério subjetivo. O primeiro diz respeito ao modo de apresentação da prova, “ao momento de sua produção, bem como a tudo que diga respeito à sua forma, ao jeito pelo qual essa se exterioriza no processo”. (ARRONE, 1996, p. 26) A esse critério denomina-se objetivo.

Arrone (1996, p. 26), ainda reporta-se a outro critério, o subjetivo, que se refere “à forma pela qual a prova é interiorizada pelo julgador, refere-se ao seu poder de indução e conseqüente provocação de convencimento do magistrado”. Segue abaixo maiores esclarecimentos sobre os dois critérios:

Toda prova apresentada em uma demanda processual objetiva o convencimento, por parte do juiz, de um fato e seus consequentes reflexos na esfera jurídica de um ou mais indivíduos. Isso é mensurável pelo critério subjetivo de análise de prova. Além do expedido, toda prova possui uma forma específica, em lei, para sua devida apresentação e validade em juízo, que deve ser seguida. Isso é mensurável pelo critério objetivo de análise da prova. (ARRONE, 1996, p. 27)

O juiz através do seu livre convencimento decidirá sobre o litígio, tendo por base os fatos constantes dos autos, seja através do que foi alegado pelas partes ou mesmo através do que foi apurado no feito.

O professor Ovídio A. Batista da Silva citado por Arrone (1996, p. 28), já lecionava que:

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores dos seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz.

Autor e réu devem demonstrar através das provas cabíveis, as alegações que fizerem, devendo primeiro provar o fato constitutivo de seu direito e segundo, o impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

As partes devem provar os fatos que são fundamento de sua ação ou defesa, isto é, os fatos relevantes para a decisão do litígio. (ARRONE, 1996)

Ao determinar o juiz a realização de uma prova, que entende necessária à formação de seu convencimento, não está o magistrado o favor de qualquer das partes. Está procurando melhor se convencer, tornando-se apto a bem julgar, para que o desenlace do feito seja conforme com a natureza das coisas: atribuindo razão a quem realmente a tenha. É a benefício da justiça que o juiz atua, não para beneficiar a quem quer que seja. (NALINI, *apud* ARRONE, 1996, p. 28)

Ademais, é faculdade do magistrado deferir a produção de prova requerida no processo pelas partes. Cabe ainda ao magistrado, indeferir a produção de provas que ao seu juízo, sejam inúteis á instrução.

Todavia, o juiz pode produzir prova independente do requerimento das partes, como conseqüência de outro princípio, o da livre investigação das provas.

O fato de uma das partes, no processo não provar o que venha a alegar, a põe-na em desvantagem no feito, isto por que o julgador deve decidir quanto à causa, mesmo em caso de duvida invencível. Sendo assim, não havendo provado o alegado, a parte não terá acolhida sua pretensão, pelo órgão julgador. (ARRONE, 1996, p. 28).

Por isso, as partes têm a sua disposição o uso de todos os meios de prova em direito admitidos, para embasarem suas pretensões.

São facultados ao juiz inúmeros meios para que, “ex officio” determine meios de prova. A base disto está no dever do julgador de formar livremente sua convicção, motivada em critérios de cunho lógico, baseados na prova constante dos autos. Isto posto, temos por certo que a legislação que rege o Processo Civil deve lhe dar os meios de trazer aos autos os elementos de prova que ele julgue necessários, mesmo não tendo estes sido propostos pelas partes. Entre os artigos de nosso código que conferem tal faculdade ao magistrado, podemos citar o 342, o 343, o 355 e o 418. (ARRONE, 1996, p. 29/30)

Faculta-se ao magistrado, após a apreciação das provas oferecidas pelas partes, medidas com o intuito de esclarecer dúvidas sobre os fatos que ainda restem controvertidos, visto que mesmo havendo alguma dúvida, deve o juiz decidir sobre a causa e as dúvidas que restarem, devem ser dirimidas. (ARRONE, 1996)

Não pode aqui deixar de ser explicitamente citado o ônus subjetivo da prova. Tendo sido encerrada a instrução do processo, produzidas ou não todas as provas, o juiz levando em consideração todos os fatos e circunstâncias constantes do feito independente do ônus subjetivo da prova, posto que não é verificada de que parte procede a prova sobre os referidos fatos relevantes, deve julgar a ação. (ARRONE, 1996, p. 31)

O ônus subjetivo da prova diz respeito, a resposta de quem incumbe a prova. Já o objetivo, segundo Arrone (1996, p. 33), significa que, “encerrada a produção de prova no feito, o magistrado decide a demanda, apreciando todos os elementos constantes do feito”.

Contudo, o código de Processo Civil silencia no que diz respeito ao ônus objetivo da prova, havendo previsão legal somente para o ônus subjetivo referido.

2.1.3 Da avaliação e valoração da prova

O Princípio do Livre Convencimento, objeto do presente trabalho, consagra a liberdade judicial na avaliação das provas trazidas aos autos. Sobre isso, Moacir Amaral dos Santos citado por Arrone (1996, p. 34) explana que:

[...] só assim se formaria, como se formou, dentro das possibilidades, um sistema processual homogêneo, no qual a figura do juiz predomina, pela soma de poderes e faculdades que lhe concede, quer na direção do processo, quer na indagação e descoberta da verdade, quer na maneira pela qual se convence desta e a declara.

O juiz possui pleno poder para avaliar a prova, buscando nela as bases e o fundamento de sua decisão, porém, com apoio da lei e, é claro, na praxe, na doutrina e na jurisprudência.

Nosso código condiciona o juiz à prova constante nos autos acerca dos fatos e circunstâncias pertinentes à lide, provas estas determinadas pelas partes ou pelo próprio julgador. Pelo exposto, temos que ao magistrado cabe encontrar na prova dos autos os motivos de sua convicção, combinando sua observação com seu raciocínio. (ARRONE, 1996, p. 34)

Como se vê, é dentro da prova que o raciocínio do julgador irá se mover livremente na pesquisa da verdade consolidada pelo processo, isto é, nela se apóia para, livremente, pela influência que exerce em seu espírito de jurista e de homem de bem, formar consciência a respeito da verdade pesquisada. (ARRONE, 1996)

A convicção do julgador não se forma imotivadamente, de forma arbitrária. Adstrito à lei, e na forma dela, o juiz deve ter em vista, apenas o que consta do processo, sendo-lhe vedada a narco-análise. Sua liberdade não é de decisão no sentido de desapego, podendo decidir conforme bem entender, independente de tudo e de todos. A liberdade a que se refere o Princípio do Livre Convencimento é a de apreciar os dados apresentados pelas partes, ou por ele buscados, acerca dos fatos controvertidos, ou seja, dos elementos de prova, a fim de embasar e formar seu convencimento, repisa-se, na forma da lei. (ARRONE, 1996, p. 34)

Ressalte-se, que o juiz está condicionado, ao objeto da ação proposta, devendo avaliar a prova dos autos, bem como o conjunto dos atos processuais praticados, juntamente dos fatos e circunstâncias que, mesmo se não alegados pelas partes, constem dos autos.

Na opinião de Arrone (1996, p. 35): “deve ser considerado ainda que o critério de avaliação da prova não é quantitativo e sim qualitativo” Quando uma prova é produzida, obrigatoriamente, a fim de obter uma correta avaliação e valoração da mesma, alguns aspectos devem ser observados pelo magistrado:

Na prova testemunhal é mister ao julgador considerar se o depoente possui algum impedimento ou não e se é pessoa possuidora de caráter e idoneidade. Muitas vezes, para isso, é necessária assaz astúcia, por parte do magistrado, ao questionar a testemunha, buscando sempre avaliá-la no que toca ao seu caráter. Deve ainda ser considerado se a testemunha podia ou não se recusar a depor, ou mesmo, se o fato probando admite ou não prova testemunhal e se a prova foi produzida mediante precatória ou rogatória. (ARRONE, 1996, p. 35)

E continua:

Sendo uma prova documental deve ser levado em conta se a mesma é original ou não. Em sendo translado, certidão ou cópia, deverá atender às formalidades legais para ser admitida, bem como serem considerados quaisquer borrões, entrelinhas, emendas, rasuras ou cancelamentos. Cabe referir, ainda, que a parte contrária deve manifestar-se sobre a prova em tela, a bem do contraditório. (ARRONE, 1996, p. 36)

“Quanto à prova de natureza indiciária, deve ser essencialmente considerada a natureza do indício que traz em seu conteúdo, bem como o espectro de verossimilhança que esta contém.” (ARRONE, 1996, p. 36) O mesmo autor ainda reporta-se a prova pericial, em seu dizer:

[...] o julgador deve avaliar se é admissível, se é necessário conhecimento técnico especial, se a prova produzida é plausível ou se foi manipulada, se o laudo está fundamentado, bem como se houve ou não impugnação das partes ou assistentes técnicos.

O juiz possui a prerrogativa de julgar por livre convencimento, todos os fatos constantes do processo, devidamente provados, dentro da lei, avaliando livremente o conteúdo de todas as provas, porém, jamais podendo contrariar a prova produzida.

“A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada em lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual”. STJ 4ª Turma, REEsp 7870-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j.3.12.91. (ARRONE, 1996, p. 37)

Sobre a mesma matéria:

No entrechoque de provas, isto é, quando a prova testemunhal de ambas as partes for de igual força, prevalece a produzida pelo réu". Ac. Unân. da 1ª câm do TJSC de 22.9.87, na apel. 27.168, rel.des.Osny Caetano; Jurisp. Cat., 57/82. (ARRONE, 1996, p. 37)

Ressalte-se, que não é a quantidade de depoimento testemunhal que leva o juiz ao convencimento e sim o conteúdo, a qualidade das declarações prestadas.

No que diz respeito á Prova inequívoca, é toda aquela que tem o poder de amparar a motivação de uma decisão, não de forma a dar certeza ao julgador, sobre os fatos, tampouco, também, uma prova que apenas lhe retire do estado de dúvida, para transpô-lo a um estado de opinião formada sobre um possível direito do postulante, mas uma prova robusta de modo a incutir um alto percentual de certeza, em um juízo de probabilidade, na mente do julgador, de modo a amparar uma decisão que, necessariamente, versará sobre o mérito da demanda (ARRONE, 1996).

Jamais se poderá dizer que prova inequívoca se constitui daquela que traz à demanda toda a prova cabal das alegações da parte, de forma inimpugnável, eis que, mesmo toda a prova colhida no curso de todo o feito, pode não se revestir de tal exigência, devendo mesmo assim, amparar uma decisão de mérito, que é a sentença. (ARRONE, 1996, p. 38)

Assim, para análise da prova, o magistrado deverá considerá-la em separado, para observar se é inequívoca ou não, para, em sendo, observá-la em conjunto, com vista a formar ou não seu convencimento, em um juízo de probabilidade. (ARRONE, 1996)

Como se vê, o juiz, no momento do julgamento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, poderá decidir até mesmo com elementos de prova que não foram alegados pelas partes, desde que fundamente, motive seu convencimento.

2.1.4 Da lei

Sem dúvida a lei é limitadora do Livre Convencimento do magistrado. Ao julgar, obrigatoriamente, o juiz deverá tê-la em vista, sob pena de nulidade de sua sentença. O magistrado não deve julgar contra a lei, o que não significa dizer que ele deve reduzir-se a um simples aplicador da lei sem qualquer reflexão. (PORTANOVA, 1999)

“A lei não deve ser vista pelo julgador apenas no tocante à apreciação da prova. Não lhe cabe julgar, por força de lei, se merece ou não, a parte, ter declarado ou assegurado o direito em pauta”. (ARRONE, 1996, p. 42)

Arrone (1996, p. 42), observa também que:

Ao falar de lei, é inevitável adentrar o perigoso solo da hermenêutica. O juiz deve aplicar a lei. Para tanto, ele deve interpretá-la, equacionando-a, repisa-se, dentro de seus limites, buscando harmonizar sua atividade jurisdicional com as proposições apresentadas pelas partes que integram os pólos a relação processual apresentada e com a realidade social do local onde é prestada a respectiva jurisdição, vindo assim a desenvolver, de forma jurissatisfativa, a triangular relação jurídica apresentada.

O juiz pode completar, melhorar e fazer interpretação larga e hábil da lei.

“Também lhe compete ter atuação ativa e participante no processo, mas não pode esquecer dos limites ditados pelo sistema”. (PORTANOVA, 1999, p. 118)

No entendimento de Dinamarco citado por Portanova (1999, p. 119), ‘não é permitido ao julgador desobedecer, anular, subverter, alterar, corrigir, substituir, negar a lei e assim decidir o contrário do que a norma estabelece e alterar os desígnios positivados pelo Estado através da via adequada’. Como se vê, ao juiz, cabe compreender a vontade da lei, e aplicá-la ao caso concreto apresentado.

Portanova (1999, p. 118), observa que “não se deve buscar pura e simplesmente à vontade do legislador, visto que, homens por mais brilhantes que sejam, morrem, mas as leis ficam e a realidade social muda”. Contudo, a aplicação da lei precisa ser adequada a realidade social do meio em que vivemos.

Arrone (1996, p. 43), traz importante contribuição sobre a interpretação extensiva da lei:

Retornando ao tema da interpretação da lei, tenho para mim que esta possui expressa sua vontade possuindo limites intrínsecos de interpretação e extensão, visíveis em seu próprio texto à inteligência média. Eis aí a importância de não termos leis casuístas, posto que estas possuem um espectro de abrangência muito curto, na medida em que buscam normatizar quase que o caso concreto.

O julgador deve buscar entre as interpretações possíveis da lei, a mais benéfica á sociedade e aplicá-la, tendo em vista, como já dito, o caso concreto em questão. “(...) a lei deve ser respeitada, concorde-se ou não com ela, garantindo assim, segurança nas relações jurídicas”. (PORTANOVA, 1999, p. 119)

Descabe ao julgador, no exercício de sua função, atuar de forma soberana e imperiosa, não aplicando a lei e prescrevendo o que crê intimamente ser mais justo, o poder do magistrado não é um poder é, isto sim, uma obrigação. O seu trabalho é uma contraprestação do estado, um direito de todo cidadão, constituindo-se dever, não só para com os litigantes que figuram no processo, mas também para com a sociedade e o poder público. (ARRONE, 1996, p. 45)

Ressalte-se, que a lei deve ser aplicada, porém, o magistrado deve interpretá-la de forma condizente com a realidade social. Rigaux citado por Arrone (1996, p. 46), afirma que:

Ninguém ousaria mais sustentar hoje que o juiz é apenas a boca da lei. Não obstante, as opiniões continuam a divergir sobre a necessidade e, portanto, sobre a extensão de seu poder de apreciação. As explicações precedentes sugerem que a aplicação do direito não se reduz a um puro mecanismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente lógicas. Entre os conceitos que descrevem uma situação de fato e os que formulam a hipótese de uma regra de direito, não existe a harmonia pré-estabelecida que um simples silogismo, ou mesmo um encadeamento de silogismos, permitiria constatar. Não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é freqüentemente obscuro, antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora.

Na opinião de Brutau citado por Portanova (1997, p. 120):

A lei não é fim em si mesma. É mero critério de apreciação do direito e sua interpretação muito varia no tempo e no espaço, tudo de acordo com a índole de um povo em determinada época.

Essa questão é analisada por Herkenhoff, em seu dizer: “a lei estatal é apenas o núcleo estável, a linha de referência do ordenamento jurídico positivado do estado. A lei é a forma e o direito é o conteúdo”. (*apud* PORTANOVA, 1997, p. 120)

Portanto, aplicar a lei de forma direcionada à consecução da justiça mostra-se essencial.

2.1.5 Do juiz

O juiz deve exercer sua atividade decisória à vista das necessidades impostas pelo contexto social.

Na visão de Portanova (1997, p. 122): “julgar deve ser o cotejamento do fato posto em juízo com a realidade social, já que o direito e a sentença devem estar integrados à vida de relação e às outras ciências”.

O juiz é um agente político do Estado e do Poder. Foi investido nessa função por critérios estabelecidos na Constituição e mediante forma legal. O juiz deve ser a expressão da democracia. Diante disto, não há razão para enclausurar o julgador em cubículos formais de procedimento, sem liberdade de movimento, e com pouquíssima liberdade criativa. (DINAMARCO *apud* ARRONE, 1996, p. 47)

Santos citado por Portanova (1997, p. 123), menciona que no exercício da jurisdição, o juiz é soberano, ou seja, “não há nada que a ele se sobreponha, nem a própria lei, embora esta procure fazer limitações ao poder de julgar”.

Já na concepção de Mialle citado por Portanova (1997, p. 124): “jurista é aquele que está a serviço da justiça não á serviço da ordem ou segurança.” Assim, o juiz é o condutor do processo.

Da mesma forma Nalini citado por Arrone (1996, p. 49), fala sobre a figura do juiz:

O juiz a que se tem acesso fácil é o juiz respeitado. Ainda que sua decisão não seja favorável a quem o invocou. O juiz moderno, na sua missão constitucional, deve ser agente de transformações aperfeiçoadoras de sua missão, não passivo expectador da radical revolução por que passa o mundo. Ele não é apenas o guardião das promessas mas o implementador da mensagem normativa do constituinte. Dele depende tornar a constituição o pacto respeitado e por todos invocável, ou converte-la em mera proclamação retórica.

O juiz deve apreciar a matéria de fato, formando sua convicção e fazendo justiça através dela.

Na visão de Portanova (1997, p. 26), o juiz é bem mais de que intermediário entre o texto e a realidade. “Ele é buscador do justo, desse modo não há como furtar-se de uma busca de justiça, ainda que variadas sejam as teorias sobre o que esta seja”.

O juiz não é escravo da lei. Pelo contrário, o juiz deve ser livre, deve ser responsável. Enfim dotado de inteligência e vontade, o juiz não pode ser escravo nem da lei. A sentença provindo de sentir, tal como sentimento, deve expressar o que o juiz sente, diante desse sentimento definir a situação. Não há como afastar assim, o subjetivismo do julgador no ato de julgar. Colocar-se o juiz na posição da parte interessada na obtenção da justiça é também exercício repleto de potencialidades para uma fecunda alteração de rumos das posturas mentais, funcionais e processuais. O ângulo do consumidor de justiça, em lugar do enfoque do produtor desse serviço público essencial, favorece a opção por metas que facilitem o acesso e a verdadeira outorga desse bem da vida tão esperado. (NALINI *apud* ARRONE, 1996, p. 49)

O juiz do futuro próximo precisa ser preparado, pois não é tarefa da universidade produzi-lo pronto e acabado. E essa preparação necessita conferir tratamento especial ao cultivo das qualidades exigíveis em um juiz essencialmente ético, um ser humano que cultive a ética como valor pessoal insubstituível.

2.2 DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O presente capítulo tem como objetivo investigar alguns aspectos jurídicos do dever, que tem o juiz de fundamentar suas decisões judiciais, conforme estatuído no art.93, IX, da atual Constituição da República, cujo texto é como se segue:

Art.93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

2.2.1 Do dever do magistrado de fundamentar a sentença

A sentença é, sem dúvida nenhuma, um ato complexo, permeado por questionamentos críticos, históricos e racionais.

“O clássico silogismo lógico, de que o julgador deve ter em mente, precipuamente, a lei aplicável ao caso concreto, e como premissa menor, as questões de fato, deve ser afastado”. (ARRONE, 1996, p. 46)

[...] o ato decisório de mérito não pode vir a confundir-se com uma operação aritmética, sendo um ato no qual é preciso considerar a consciência moral, não se explicando somente com leis abstratas e números (ARRONE, 1996, p. 47).

O juiz ao elaborar a sentença deve expor sua motivação e todo o caminho no qual se desenvolveu, vislumbrando o caso concreto, a norma aplicada, os princípios gerais do direito e os pressupostos processuais que dirigiram o ato decisório.

Afora todos os motivos de segurança das partes, sobre o qual há muito sobre o que expor, a motivação da sentença tem, ainda, um caráter explicativo e de convencimento, no tocante à parte que veio a sucumbir no

feito, mostrando-lhe que tal resultado não se deve a outros motivos além da incidência da lei ao caso concreto. (ARRONE, 1996, p. 47)

Também, o atual Código de Processo Civil (2002), dispõe em mais de uma oportunidade sobre a necessidade de se fundamentarem as decisões. Em seu artigo 131 verifica-se o seguinte:

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.

A obrigação de se fundamentarem as decisões judiciais, trata-se de regra impositiva do ordenamento jurídico positivo.

Vale ressaltar, que a falta de motivação da sentença, por ser um requisito legal, vicia o ato processual como um todo. Sempre que uma sentença desprovida de motivação é promulgada, o art.131 do Código de Processo Civil é violado, e este trata-se de norma de ordem pública e interesse público, na medida em que integra a legislação que regula nosso Processo Civil. (ARRONE, 1996)

A sentença apenas sucintamente fundamentada, em que as razões controvertidas hajam sido consideradas com sumariade e singeleza, não serão modelares e muito menos aconselháveis; mas não são nulas, cabendo uma relativa tolerância. (ARRONE, 1996)

A motivação da sentença deve revelar a ótica sob o qual o magistrado interpretou a lei e os fatos trazidos aos autos por meio da prova a estes carreada, de forma clara, concisa, lógica e precisa, esclarecendo todos os pontos controvertidos da demanda proposta e, seu resultado. Não só a sentença deve ser motivada. Qualquer decisão, mesmo que interlocutória, deve sê-la também, sob pena de nulidade. (ARRONE, 1996, p. 51)

A formação da convicção do magistrado está condicionada, ao regramento jurídico vigente, ao objeto da ação, ao conflito de interesses e às provas colhidas nos autos.

De acordo com Carneiro, Severo, Éler (2000, p.133):

Provas e argumentos concorrem, no nível lógico e retórico, para uma decisão conforme o Direito posto; mas o advogado também deve ter consciência da sua atuação, no nível emocional e intuitivo do julgador.

Uma vez convicto na emoção, embora não possa alegá-la na sua sentença, o juiz dificilmente irá contra ela, pelo contrário aproveitará qualquer abertura das muitas que o texto legal oferece para motivar racionalmente o que intuiu.(CARNEIRO, SEVERO, ÉLER , 2000)

[...] difícilíssima tarefa é levar um juiz, dada sua experiência no trato com litigantes e especialmente com advogados, a emocionar-se com um caso, a exaltar-se, a encolerizar-se com ato ilícito ou a repensar suas convicções a ponto de alterar a futura decisão. Tentar fazê-lo afigura-se patético no racionalizado universo jurídico em que estamos inseridos, a menos que se esteja muito bem apoiado em provas, indícios e argumentos. (CARNEIRO, SEVERO, ÉLER, 2000, p. 134)

Portanto, após a formação do convencimento do magistrado, dificilmente este se convencerá do contrário, a menos que esteja diante de indícios ou provas robustas, extremamente relevantes ao caso.

2.2.2 Fundamentação e linguagem

A fundamentação da decisão dará subsídios os magistrado para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada.

O dever de fundamentar as decisões, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei, desrespeitando direitos fundamentais ou extrapolando suas funções institucionais, deverá buscar na fundamentação desta decisão subsídios

para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada. (NOJIRI, 1999, p. 68)

E continua:

O juiz ao julgar uma determinada lide, parte de dois pressupostos: a norma jurídica e o fato jurídico. A correlação dos dois elementos lhe dá as condições necessárias para chegar a uma decisão judicial. Qualquer que seja o resultado desta atividade jurisdicional, ela não poderá deixar de estar fundamentada, sob pena de se ferir uma garantia fundamental do Estado Democrático de Direito. (NOJIRI, 1999, p. 68)

A fundamentação da decisão é a necessária revelação dos motivos que levaram o julgador a considerar determinadas circunstâncias de fato e de direito no procedimento decisório.

Todavia, ressalte-se que todo o processo de compreensão, interpretação e aplicação da norma jurídica, pelo juiz, está impregnado de vários signos lingüísticos, que na maior parte das vezes são ambíguos e vagos. (NOJIRI, 1999)

Entendemos que cabe ao magistrado, em função da possível equivocidade do sentido das palavras, preencher, segundo seu juízo próprio, espaços de indeterminação das expressões normativas, dando-lhes uma possível significação. Não se trata de conferir ao magistrado uma margem de liberdade para integrar o conteúdo da lei, diante das inúmeras possibilidades práticas existentes, à moda da discricionariedade administrativa. No nosso caso, trata-se de precisar e delimitar os contornos significativos das expressões vagas e ambíguas, dando-lhes um, grau de determinação indispensável para a satisfatória resolução de um determinado litígio. (NOJIRI, 1999, p. 97)

Dessa forma vê-se que a situação em que se encontra o magistrado, ao preencher os espaços vazios imprecisos do conteúdo normativo de algumas expressões, decorrem justamente da indeterminação de conceitos utilizados pela lei. (NOJIRI, 1999)

Muito embora caiba ao magistrado a competência de dar sentidos possíveis a conceitos jurídicos vagos e ambíguos do direito, não lhe é dado fazer de maneira arbitrária.

O princípio da legalidade, inerente ao Estado Democrático de Direito, impõe ao magistrado a demonstração de que este julgou de acordo com as deliberações encampadas no texto legal. Mesmo que tenha uma certa margem de liberdade para valorar e precisar o conteúdo da norma, deverão estes valores ser buscados no próprio ordenamento jurídico. (NOJIRI, 1999, p. 99)

Em relação à função persuasiva da linguagem, esta pode ser encontrada nas situações em que, quem emite a mensagem tenta convencer seu interlocutor a aceitar a argumentação exposta, de acordo com o modo como encara as coisas. (NOJIRI, 1999)

No entendimento de Stamford (2000, p. 118), a decisão judicial é um ato de comunicação, ou seja, “[...] onde se exige racionalidade, deve ela não apenas ser demonstrada, mas comprovada, mediante um discurso bem construído em termos racionais”.

No caso das motivações das decisões judiciais, existem regras que visam, sob um certo prisma, fornecer elementos de convicção aos seus destinatários, de que o magistrado cumpriu bem sua função jurisdicional. Os argumentos utilizados na decisão, neste sentido, devem persuadir o cidadão a com ela consentir, conquistando sua adesão. Contudo, este consentimento não precisa configurar-se, necessariamente em uma adesão irrestrita aos motivos elencados pelo julgador. (NOJIRI, 1999, p. 103)

Referindo-se ainda a decisão judicial:

Portanto, o magistrado ao proferir uma decisão, justificando-a passa a exercer uma função persuasiva sobre os participantes da ação. As razões apresentadas na fundamentação servem, assim, para demonstrar e induzir o destinatário da norma a crer que a atitude tomada pelo juiz é a que mais correta a ser tomada. (NOJIRI, 1999, p. 103)

Importante, que seja a decisão judicial, resultado de um raciocínio lógico do jurista. Pois, a lógica busca analisar a coerência numa argumentação, na exposição de um raciocínio.

No entendimento de Stamford (2000, p. 119/120), a lógica formal é vista como o estudo da estrutura silogística, as distinções básicas entre a lógica formal e a lógica material são:

[...] a lógica formal cuida da coerência, segundo as leis da lógica, das proposições, ou premissas; já a lógica material trabalha a prática da lógica formal, a utilização dos princípios desta lógica, trata da argumentação. A lógica formal verifica a linguagem simbólica, trata das formas – a idéia, o juízo e o raciocínio – e leis do pensamento; enquanto a lógica material verifica as condições de certeza – como o erro, a evidência, a verdade e a dúvida -, os métodos de investigação – indução e demonstração – e os processos de ajuste do pensamento ao mundo real. A lógica formal contém leis ideais de raciocínios, na pretensão de afastar o envolvimento do sujeito cognoscente, visando a eliminar a percepção e a sensação no raciocínio.

Assim, para cumprir sua função, a lógica formal dispõe de princípios, os quais se entendem como os alicerces, as fundamentações, os pontos de partida.

Os princípios formais são, então, verdades, com os quais se constroem as leis da lógica formal. São eles o princípio da identidade, “toda realidade é idêntica a si mesma”; o princípio da equivalência, “não há igualdade, apenas semelhança”; o princípio da contradição, “uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo”; e o princípio do terceiro excluído, “ algo é ou não é, não existe uma terceira possibilidade”. (STAMFORD, 2000, p. 120)

Através destes princípios a verdade pode ser afirmada ou negada.

2.2.3 Certeza e segurança

Entendendo o direito como produto cultural, faz-se necessário focar o papel fundamental dos juristas na produção, funcionamento e legitimidade do fenômeno social que é o direito.

“O termo certeza provém do latim *certitudo*. Em português há apenas o termo certeza, em italiano, *certezza* e em francês, *certitude*; porém em Inglês encontramos dois vocábulos *certainty* e *certitude*”. (STAMFORD, 2000, p. 98)

Esclarecendo ainda estes conceitos, diz o mesmo autor:

Certeza é objeto da gnoseologia enquadra-se entre os temas da teoria do conhecimento, infere um conhecimento, ou seja, o estado de certeza implica um saber. Tenho certeza porque conheço. Este termo comporta dois significados; um objetivo e outro subjetivo. O primeiro imprime a idéia de conhecimento obtido através do objeto, neste sentido prima a razão, pois a certeza objetiva pode oferecer uma verdade. Aqui temos o inglês *certainty* e o espanhol *certeza*. No sentido subjetivo, certeza assume a conotação de fé, representa o conhecimento obtido pela crença, pela causa. Quando o conhecimento se dá em nós e nos apropriamos de uma verdade, adquirimos uma segurança subjetiva. Neste caso certeza depende da vontade, está ligada ao crer ou não crer. Como nos idiomas italiano, francês e português só temos um termo para exprimir a idéia de certeza, este comporta dois significados: o de certeza objetiva, conhecer por meio da razão; e o de certeza subjetiva, conhecimento através da fé.

No mundo jurídico, verifica-se expressões como “certeza jurídica” e “certeza do direito”, que dependem, da forma como as normas e instituições jurídicas são compreendidas e conhecidas. Assim a certeza do direito detém uma conotação valorativa, sendo, a de poder confiar no direito. Ao conhecer o conteúdo das normas jurídicas, tem-se a certeza da forma como se deve agir. (STAMFORD, 2000)

Já ao termo segurança envolve a idéia de garantia contra o acaso. Uma tranqüilidade que resulta da certeza de que não há qualquer perigo a temer. [...] a segurança jurídica provém do fenômeno da positivação do direito, da elaboração das normas jurídicas escritas, postas pelo poder competente. A segurança é, portanto, resultado das normas e instituições jurídicas. (STAMFORD, 2000, p. 99)

Acontece que para ter segurança, é imprescindível a eficácia das normas estatais, ou seja, que da prática dos conflitos sociais sua solução reste assegurada.

Na opinião de Stamford (2000, p. 101), “a segurança não está nas fontes, na estrutura normativa, nas condições de validade da norma jurídica, mas antes, nos modelos, no conteúdo material das fontes, no procedimento, no plano de eficácia”.

Para que haja segurança social, os casos concretos semelhantes precisam ser decididos de forma semelhante, pois só assim a sociedade poderá usufruir das expectativas de comportamento e agir, considerando o cálculo da probabilidade das ações.

2.2.4 As consequências da falta de fundamentação

Até o presente momento, vinha-se analisando questões relacionadas ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Neste item proceder-se-á um estudo sobre a falta de fundamentação e as possíveis conseqüências daí advindas.

Segundo Alvim citado por Nojiri (1999, p. 106):

Ao averiguar os vícios intrínsecos das sentenças, encontrou-se as seguintes espécies de defeitos relativas ao tema: a) ausência de fundamentação; b) deficiência de fundamentação; e c) ausência de correlação entre fundamentação e decisório.

Todos estes defeitos estão relacionados á ausência de fundamentação, isto, porque, a rigor, fundamentação deficiente não é fundamentação. Qualquer manifestação judicial com conteúdo decisório necessita de adequada motivação. Não basta vir somente fundamentada, precisa estar devidamente fundamentada.

No entendimento de Nojiri (1999, p. 106), “motivar significa antes a enunciação dos fundamentos em que se baseia a decisão, constituindo, desse modo, um ato transpessoal que emerge do vivo cotejo das questões de fato e de direito”.

Não são só as decisões judiciais carentes de fundamentação afrontam a Constituição da República mas também as insuficientemente fundamentadas.

[...] a decisão judicial proferida mesmo contendo vícios de fundamentação, não pode ser considerada nula ou inexistente. Ao entrar no sistema jurídico, ela adquire status de validade, até e enquanto não surgir um determinado ato jurídico ou norma jurídica para expulsá-la. Considerá-la nula ou

inexistente representaria, uma contradição em termos (NOJIRI, 1999, p. 107).

“Assim, pode-se afirmar que uma decisão judicial, pertencente ao ordenamento jurídico, é válida, quando emanada de um órgão competente previsto no sistema, ainda que com vícios de forma ou conteúdo” (NOJIRI, 1999, p. 107).

Por essa razão, entende-se que a decisão judicial sem fundamentação, apesar de conter vício de extrema gravidade, é válida até que seja declarada nula. “[...] uma decisão, carente de motivação, não atacada pelas partes, poderá transitar em julgado, bem como uma sentença, que fará coisa julgada”. (NOJIRI, 1999)

Na visão de Kelsen citado por Nojiri (1999, p. 108):

A decisão do tribunal de primeira instância – e a norma individual criada por esta decisão, portanto – não é, segundo o direito vigente, nula, mesmo que seja considerada como antijurídica pelo tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada através de um processo fixado pela ordem jurídica. Só quando a ordem jurídica prevê um tal processo é que uma decisão judicial pode ser atacada pelas partes processuais, no caso de porem em questão a legalidade da decisão. Mas se o processo é que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de ultima instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado à decisão de ultima instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo de norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de ultima instância que não corresponda a esta norma geral .

Assim pode-se concluir que as decisões judiciais com vícios ligados a fundamentação são anuláveis, até o término do prazo definitivo previsto para o recurso cabível ou para a propositura da ação rescisória. Pois, decorrido o lapso temporal a decisão não poderá ser modificada. (NOJIRI, 1999)

“O princípio da segurança jurídica implanta no seio da comunidade um sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”. (NOJIRI, 1999, p. 109)

No dizer de Carvalho:

Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos já adquiridos e da coisa julgada lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas. (*apud* NOJIRI. 1999, p. 109)

Como se vê, de um lado o postulado da fundamentação das decisões judiciais, que controla o arbítrio e obriga os magistrados a justificarem seus provimentos, e de outro, o princípio da segurança jurídica, que dá ao direito a possibilidade de reger o comportamento das pessoas com um sentimento de previsibilidade, objetivando extinguir as dúvidas e as incertezas na aplicação da lei. (NOJIRI, 1999)

Os jurisdicionados conhecendo os motivos da sentença podem analisar se a justiça foi ou não feita, trata-se de uma garantia jurídica a parte interessada.

3 A MOTIVAÇÃO IDEOLÓGICA DA DECISÃO JUDICIAL

São tantas as influências que inspiram o juiz a motivar sua sentença, que dificilmente à explicação de como se convenceu será plenamente satisfatória. No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis. A proposta é refletir sobre as vias de argumentação que os juristas trilham para tomarem sua decisão, questionando-se o quanto as normas jurídicas emanadas pelo Estado fundamentam-nas.

3.1 CONCEPÇÕES MOTIVACIONAIS

São muitas as motivações sentenciárias. Tendo em vista que a sentença é um ato de vontade.

Na concepção de Portanova (1999, p. 15), pode-se distinguir três planos de motivações, sendo: o probatório, o pessoal e o ideológico. A motivação probatória diz respeito à maneira como o juiz interpreta fatos e provas no processo, ou seja:

É o resultado da experiência probatória que responde à questão de se o fato está provado ou não e quais os motivos que levaram o julgador a tal solução. Em suma é a relação do juiz com os meios de prova vindos aos autos. Esta temática tem seu ponto alto de indagação quando da avaliação da prova testemunhal. Assim temendo pela credibilidade do relato, a desconfiança do juiz deve tornar-se objetivada nos autos sob forma de contradições, exageros ou omissões que denotam a falta de isenção da testemunha. Veja-se: apesar de já estar convencido, o juiz ainda não está sentenciando, por isso precisa agir com arte para caracterizar seu convencimento no termo de audiência, pois ao sentenciar ele precisará de elementos concretos que embasem e comprovem sua impressão de descrédito no relato.

Assim, as contradições, os exageros ou as omissões das testemunhas podem embasar o convencimento judicial.

Pessoais são ainda as motivações que interferem via simpatia ou antipatia por uma parte ou testemunha, interesse ou desinteresse por uma questão de argumento, inclinação para uma interpretação rígida ou flexível, afetos ódios, rancores, convicções, fanatismos, paixões, contidas ou não, predileções. Em suma, neste plano das motivações englobam-se todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa, terrível que é o espírito humano, refletidas com ou sem véu nas frias expressões dos repertórios de jurisprudência. (PORTANOVA, 1997, p. 16)

Portanto, os juízes são profundamente afetados por sua concepção de mundo, formação familiar, educação autoritária ou liberal, aspirações e tendências ideológicas de sua profissão.

[...] o advogado também deve ter consciência de sua atuação, embora menor e não muito previsível, no nível emocional, intuitivo e até irracional do julgador; esse apelo emocional é percebido em quase todo o campo do Direito, mormente no direito penal e no Direito de Família; é a prevalência da práxis, do instinto e da lógica do razoável. (CARNEIRO, SEVERO, ÉLER, 2000, p. 133)

A emoção é um dos elementos determinantes na formação do convencimento do magistrado

Uma vez convicto na emoção, embora não possa alegá-la na sua sentença, o juiz dificilmente irá contra ela, pelo contrário, aproveitará qualquer abertura das muitas que o texto legal oferece para motivar racionalmente o que intuiu. (CARNEIRO, SEVERO, ÉLER, 2000)

Por outro lado, difícilíssima tarefa é levar um juiz, dada sua experiência no trato com litigantes e principalmente com advogados, a se emocionar com um caso, a exaltar-se com um ato ilícito. E tentar fazer isto afigura-se até patético no universo jurídico em que estamos inseridos, a não ser que se esteja bem apoiado em provas, indícios e argumentos robustos. (CARNEIRO, SEVERO, ÉLER, 2000)

Ainda:

O uso de recursos retóricos - emocionais, pois, além de sutil, deve ser acompanhado de perto pelos retóricos -argumentativos e lógicos, já que a *priori* (legalmente) são estes que geram motivações na sentença. Mas a retórica atua, no processo decisional, como um dos fatores determinantes, ao lado das convicções íntimas do decisor, seu ambiente cultural, sua vinculação à norma, seus valores, etc. Mais do que isso: ela age sobre esses fatores, promovendo seu fortalecimento ou enfraquecimento, sua modificação ou reafirmação. (CARNEIRO, SEVERO, ÉLER, 2000, p. 135)

Portanto, os valores, crenças, a formação familiar do juiz, influenciam diretamente na tomada de decisão.

A tarefa de conhecer os momentos ideológicos da regra jurídica cabe, mais do que aos teóricos, sobretudo e antes de tudo àqueles a quem a norma é praticamente endereçada como regra de ação ou de juízo: e por tal razão, em última análise, cabe sobretudo aos juízes. (PORTANOVA, 1999)

A ideologia de que falamos não é má-fé, é um conjunto de representações, saberes, diretrizes ou pautas de condutas. Este complexo disperso, acumulado e pseudamente sistemático orienta, condiciona e governa atos, decisões e atividades. Não é uma realidade sensível e concreta, mas realidade imaginária e meramente possível, emanada do contexto socioeconômico. Está difundida nos preconceitos, costumes, religião, família, escola, tribunais, asilos, ciência, cultura, moral, regras gerais de conduta, filosofia, bom-senso, tradição. (PORTANOVA, 1999, p. 18)

A decisão jurídica, então, não é resultado imediato e único das prescrições legais, primeiramente a postura do agente jurídico, sua visão de mundo, é fator preponderante ao funcionamento do direito.

O direito está em crise. A ciência transita da metodologia tradicional para o direito novo. O método tradicional, escolástico, dogmático e formalista busca a ciência ideologicamente neutra. Já o direito novo concebe o direito como fenômeno social, vê a ciência jurídica como sociovalorativa (não formal), ciência de problemas práticos (e não simplificações conceituais abstratas), ciência de resultados concretos (e não deduções apriorísticas), ciência, enfim, de decisões criativas (e não decisões automáticas). (PORTANOVA, p. 20, 1999)

O juiz em seu julgamento é profundamente afetado por sua concepção de mundo, formação familiar, entre outros.

3.1.1 Posturas jurídicas

A decisão jurídica, não é resultado imediato e único das prescrições legais, e sim da postura do agente jurídico, sua visão de mundo, sendo fator preponderante ao funcionamento do direito.

A preocupação em anunciar uma imagem impecável do mundo jurídico em defesa de uma certeza do direito e segurança à sociedade termina por evidenciar a insuficiência da postura dogmática para manutenção de seus mitos, os quais terminam largados à aparência e reveladores da ilusão da indiscutibilidade dos pontos de partida. (STAMFORD, 2000, p. 85)

Na prática forense, predomina a necessidade de se recorrer a outras informações que não aquelas fornecidas pelas prescrições legais. Não é por isso que se protagoniza o fim do dogmatismo, contudo evidencia-se sua insuficiência para abordar o fenômeno jurídico. (STAMFORD, 2000)

Evidenciar, através da prática forense, a coexistência de opiniões opostas, verificáveis através das diversas possibilidades de aplicação e interpretação do direito, implica em observar a ênfase dada a uns e não a outros critérios como guias a tomada da decisão jurídica, o que envolve e depende da postura do jurista diante do mundo jurídico.

Stamford (2000, p. 85), discorre brilhantemente sobre a posição dos jusnaturalistas:

Em relação aos jusnaturalistas, p. ex., há aqueles que defendem o direito divino como única forma de expressão do fenômeno jurídico, estando, as demais formas de manifestação deste fenômeno, submetidas ao direito imutável. Há, porém, jusnaturalistas que defendem um direito natural de conteúdo variável e não negam o direito posto pelo estatal, antes tem a

pretensão de fazer com que o direito positivo estatal reconheça direitos naturais.

E continua comentando sobre as diversas correntes do direito:

Da mesma forma existem visões que defendem o fim do direito e do Estado, bem como os que se preocupam em estudar os problemas e as dificuldades do funcionamento do direito estatal, além de evidenciar a existência de outras formas de manifestação do fenômeno social jurídico, como os mecanismos de solução dos conflitos sociais desenvolvidos no seio da sociedade.

Não comporta, no entanto, o raciocínio maniqueísta e simplista da busca de atribuir, a estas posturas, valores atuais como melhor/pior, boa/má, certa/errada, justa/injusta, inclusive por que não passa de mera confusão chamar os dogmáticos de conservadores e os não dogmáticos de alternativo.

Portanto, a postura jurídica assumida pelo juiz constitui fator predominante na aplicação da direito

3.1.2 Direito positivo (postura dogmática)

O movimento ideológico que procurou fechar o Direito nos limites da lei outorgando-lhes status de ciência perfeita e autônoma encontra indícios na Escola Epicurista. (BARROS, 1995)

Todavia, somente depois do século XVIII e da escuridão cultural por que passou a humanidade na Idade Média, é que surgiu com o Renascimento a tentativa inicial de se estabelecer uma divisão entre as leis físicas e as leis normativas. Era dessa forma, a busca de se afastar absolutamente do conceito de lei como algo integrativo de um direito natural. O positivismo legal deixava suas raízes. (BARROS, 1995, p. 24)

O movimento inicial surgiu na Inglaterra e foi inspirado nos princípios cétricos formulados por Descartes e recebeu um impulso grandioso de John Lock, cabendo a

David Hume a importante contribuição de sublinhar a existência de dois domínios de inquérito humano. Um deles, no campo dos fatos, que se ocuparia do caso como ele realmente era, e outro, no campo do dever ser, ou seja, como o fato deveria ser. (BARROS, 1995)

Na mesma época em que Lock e Hume tratavam de estabelecer parâmetros separatistas no Direito natural fixando uma divisão entre aquilo que era lei física e o que era lei normativa, Jeremy Bentham pregava o que passou a ser chamado de utilitarismo.

Os positivistas atacam a idéia de Direito natural não apenas porque ela favorece o pensamento confuso, mas também porque, ao considerar uma certa qualidade moral inerente como característica essencial à lei, sem a qual não é sequer lei, tal idéia tende a conferir à lei estabelecida uma santidade a que ela nem sempre tem direito e cria, assim, uma barreira contra a reforma da lei. (BARROS, 1995, p. 25)

Vê-se que a exigência moral de obediência à lei desempenha um importante papel ao conferir autoridade ao sistema legal, e isto nenhum positivista negaria.

É evidente, porém, que num período como aquele em que Bentham viveu, quando o Direito continha um enorme volume de arcaísmo e era uma máquina de implacável repressão, uma teoria que identificava a lei e moral desse modo tão íntimo era passível de levar a uma afirmação reacionária, por aqueles que se beneficiavam dela, de que a lei era o apogeu da razão e da perfeição, ou a sua total rejeição pelos oprimidos, com fundamento em que ela ofendia os princípios básicos da justiça natural. Ambas as posições estavam carregadas de perigos, segundo Bentham, e eram suscetíveis de atuar como rígidas barreiras ao avanço racional da humanidade nos interesses do progresso. (BARROS, 1995, p. 27)

“Somente uma avaliação fria da lei vigente pelo padrão da utilidade e por uma inflexível pressão pela persuasão racional no sentido de sua emenda podia constituir a meta final da reforma a ser realizada”. (BARROS, p. 27, 1995)

Cumprir admitir que tal argumento promana da crença da idade do Iluminismo na força fundamental da razão humana e talvez pareça desprovido de realidade para uma pessoa de convicções liberais que viviam num Estado fascista. Entretanto, mesmo nessa situação melancólica, o positivismo legal argumentaria que não existe vantagem alguma em confundir a questão legal com a moral. Com efeito, ele insistiria em afirmar

que a própria separação dos deveres legais e morais do cidadão deixa bem clara a natureza do conflito e o estímulo à ação moral. (BARROS, 1995, p. 27)

O Direito visto pela ótica de Bentham encontrou solo fértil na concepção até então principiante de Estado de Bem-Estar, fazendo com que o positivismo jurídico surgisse como ciência autônoma, ao dizer que o fim da legislação, dentro do princípio da utilidade, é o de procurar a máxima felicidade para o maior número possível de indivíduos fazendo com que o Direito emanado do Estado passasse a ser o dogma indiscutível da teoria do Direito. (BARROS, 1995)

Sustenta Renato Treves citado por Barros (1995, p. 27) que “[...] o Direito é um mandato, ou melhor, um conjunto de mandatos emanados do legislador investido desta função pelo poder soberano do estado”.

Não se pode negar que a estruturação do pensamento positivista jurídico como ciência compreendedora do Direito não tenha sofrido a influência dos escritos de John Austin, discípulo do próprio Bentham, que a chamou de “Ciência do Direito Positivo”. Neles se pode ressaltar a sua convicção de que havia suficientes pontos em comum nos sistemas conceituais de todos os sistemas jurídicos passíveis de justificar uma jurisprudência geral por meio da qual poderia se chegar a conclusões de validade geral. (BARROS, 1995, p. 28)

Para Karl Larenz (1995, p.28), o positivismo foi um contra-movimento, tanto contra o Direito natural racional-dedutivo como contra a posição fundamental metafísica da filosofia idealista alemã e também contra o romantismo e a velha escola histórica, que se caracterizava, especialmente, na tendência de desterrar toda a metafísica da ciência para limita-la aos fatos e as suas leis empiricamente observáveis. (BARROS, 1995, p. 28)

Portanto, o positivismo surgiu para confrontar a teoria do Direito Natural.

A concepção positivista comenta, ainda ele, dá como única importância àquilo que é acessível ao conhecimento, os fatos perceptíveis e suas leis que podem ser comprovadas pelo experimento. A ciência do Direito deve ser uma verdadeira ciência, fundamentando-se, igualmente como as ciências naturais, sobre fatos indubitados. (BARROS, 1995)

Stamford (2000, p. 87), analisa a postura dogmática da seguinte forma:

Os doutrinadores dogmáticos tradicionais, como os formalistas os legalistas e os normativistas, apontam como conceito de direito, um sistema de normas coercíveis que regem a convivência social em sua interferência intersubjetiva. Este conceito doutrinário é destrinchado da seguinte forma: atribuem-se ao termo sistema as relações de coordenação e subordinação entre as normas jurídicas elaboradas por um poder competente, não falam em conjunto de normas estatais, mas em sistema; significa dizer que o direito é um conjunto ordenado e hierarquizado de regras ou normas estatais que nos impõe a obrigatoriedade de dar ou fazer determinadas coisas. Dessa forma tem-se por estranho ao sistema, por isso fora de sua estrutura, a criação de uma norma jurídica estatal contrária aos preceitos da norma primeira, a Constituição.

Ressalte-se, que para os dogmáticos, cabe apenas ao Estado a competência de positivizar as normas jurídicas.

A positivação gerou a especialização de profissionais para manipularem o direito estatal, os juristas profissionais. Assim, os advogados do mundo jurídico moderno diferem dos *prolocutores* romanos, pois estes últimos, além de defenderem oralmente, seus próprios argumentos ajudavam a formular a sentença. Em suma verificam-se na modernidade a codificação, a estatização do direito, a especialização profissional, que resultaram na formação de um direito dotado de uma terminologia específica, quase que só compreendido tecnicamente, a ponto de falar-se num “mundo imaginário” dos juristas. O direito estatal vive então o dilema de dever servir á sociedade, deter uma função social para promover um convívio mais pacífico, em contraposição a servir de instrumento de dominação. (STAMFORD, 2000, p. 88)

Os chamados especialistas do direito dedicam-se a elaborar teorias sobre a existência, a validade e a vigência das normas jurídicas estatais, ou seja, preocupam-se em construir a estrutura do sistema jurídico, a estrutura interna, pois lhes interessa formular mecanismos de manutenção, através do estudo da validade das normas jurídicas e interpretação destas normas. (STAMFORD, 2000)

Na opinião de Herkenhoff (1997 p. 15): “dentro das matrizes do pensamento positivista, a reflexão jusfilosófica atrelou o Direito a uma função conservadora das estruturas sociais”.

No Brasil, o positivismo, historicamente, exerceu uma grande influência sobre o pensamento nacional.

No campo de Direito, essa influência foi devastadora. Alcançou as cátedras, os tribunais, a doutrina, a prática jurídica do dia-a-dia. (HERKENHOFF, 1997)

O positivismo continua atuante nos livros, nas faculdades, no foro. Nota-se, por exemplo, nos discursos de posse dos altos magistrados e as declarações de ministros e procuradores a propósito das questões atuais. (HERKENHOFF, 1997)

“O positivismo reduz o Direito a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que ela guarda e legítima, numa fortaleza inexpugnável”. (HERKENHOFF, 1997, p. 16)

Contudo, a presença do positivismo ainda hoje é muito forte no mundo do Direito.

3.1.3 Direito alternativo (postura não - dogmática)

A postura não dogmática defende uma visão de mundo jurídico livre de verdades absolutas.

Para Stamford (2000 p. 90):

O direito como fenômeno social impõe o estudo de áreas do conhecimento e não só a leitura e memorização de normas jurídicas emanadas do Estado. Como foi defendido por correntes jurídicas como o historicismo, o sociologismo e o realismo de Alf Ross e Herbert Hart.

Esta postura, então, refere-se àqueles que vêem o direito como fenômeno social e preocupam-se com o estudo das funções e do funcionamento do direito.

Herkenhoff (1997, p. 60), aborda a teoria do Direito Alternativo da seguinte maneira: “o Direito Alternativo aglutina um conjunto de forças e pensamentos que lutam hoje, no Brasil, por uma nova visão do jurídico, por uma nova prática do Direito, por um novo ensino jurídico”.

Assim, o chamado Direito Alternativo constitui uma soma de diversas discussões sobre o pensamento jurídico.

Dessas vertentes de pensamento, prática e organização, algumas são anteriores e outras são posteriores à eclosão do Movimento do Direito Alternativo. Parece-me que três traços unem todas essas correntes e todos esses pensamentos: Primeiro – a inconformidade com o atual estado do ensino jurídico, predominantemente reprodutor de modelos metodológicos e matrizes filosóficas de extração positivista; Segundo – a resistência à impermeabilidade de uma certa Ciência do Direito às demandas sociais e à imersão da reflexão jurídica na realidade concreta de uma sociedade dividida, com claros antagonismos de interesses; Terceiro – a tentativa de transformar a prática jurídica e judiciária conservadora, que se exercita entre nós. Essa prática pretende ser politicamente neutra mas, na verdade, está a reboque de forças sociais e econômicas insensíveis ao apelo de transformação profunda exigida pela injusta estrutura social brasileira. (HERKENHOFF, 1997, p. 61)

Amiltom Bueno de Carvalho (1992), juiz no Estado do R.G.S., em sua obra *Magistratura e Direito Alternativo* expõe: “Entendo que a lei injusta, não deve ser aplicada. Evidente que o Juiz não é um computador. Deve pensar a lei em todas as suas possíveis interpretações e, não encontrando nela respaldo para o justo, deve negá-la”. (ARRONE, 1996. p. 50)

Observa também que:

Os processualistas lutaram muito tempo para provar que o processo é a realização do direito material. Basta ir um pouco adiante: o direito material é instrumento para a realização do justo. É meio e não fim. E o que prepondera, obviamente é o fim buscado. O Direito Alternativo é a negação da lei em prol do justo.

O Direito Alternativo é altamente ideológico, a visão de justiça, que cada indivíduo carrega em seu âmago, é altamente ideológica. Se não fosse assim, toda a parte sucumbente, necessariamente, deveria ser condenada por litigar de má fé. (ARRONE, 1996)

O que é lide? Lide, nada mais é do que o conflito de interesses. E é da lide que surge a relação processual litigiosa. Se duas partes se litigam, é por

que discordam quanto à justiça a ser aplicada ao caso concreto, buscando, assim, respaldo no poder Judiciário. Sendo assim, a questão justiça, abordada relativamente ao caso concreto, ou mesmo subjetivamente, é crivada, quanto à posição individual de cada um, de ideologia. Isto posto, como o coletivo é a soma do individual, o justo, do ponto de vista de massa, seja toda uma nação ou um grupo específico, é essencialmente ideológico. (ARRONE, 1996, p. 60)

Estando o magistrado, a analisar o caso concreto, cerceado pela letra da lei, ao sentenciar da forma que acredite ser a mais justa, poderá, ignorá-la, de forma que possa fazer justiça, até por ser esta a razão principal de existir o Poder Judiciário. Eis, que o judiciário não pode legitimar o injusto. É isto que ocorre, segundo tal visão, sempre que é aplicada uma lei injusta ao caso concreto. (ARRONE, 1996)

A proposta alternativa prega a liberdade do juiz frente à lei.

Quanto à jurisprudência, esta é vista, por alguns autores alternativos, como comprometida com situações concretizadas, não alcançando, assim, sempre, o justo. Ou seja, a jurisprudência refere-se a um caso concreto, dispondo sobre a aplicação da justiça em relação àquele caso. Um novo, que venha a luz do judiciário, por mais semelhante que seja a outro, nunca é igual, posto que lides versam sobre relações humanas. Sendo assim, a jurisprudência nem sempre espelhará a justiça em um novo caso concreto a ser apiciado. Portanto, assim como a lei, o julgador, perante a jurisprudência, entendo que esta não configura a instrumentalização da justiça frente ao caso concreto, haverá de igualmente ignorá-la. (ARRONE, 1996, p. 61)

Tanto a lei quanto à jurisprudência, conforme a visão do Direito Alternativo, devem ser vistas pelo magistrado, como um referencial, jamais como um caminho cego a ser seguido.

O desvendamento ideológico de uma visão tradicional e os novos postulados de uma visão atenta da atualidade do Direito frente ao mundo vão influenciar o juiz e seu julgamento tanto na sua relação com a estrutura (Estado, lei, jurisprudência) como na própria atividade julgadora pessoal (agora totalizante), projetando uma decisão juridicamente criativa para o fato concreto. (ARRONE. p. 62, 1996)

O Dr. Amilton Bueno de Carvalho citado por Arrone (1996, p.64), expõe não haver justiça neutra: “A cegueira ou a neutralidade só favorece aos fortes. Quem é cego ou neutro na disputa entre opressor e oprimido é aliado daquele”.

O mesmo autor reporta-se a postura alternativa, da seguinte forma:

A postura alternativa prega que a aplicação silogística da lei aprisiona o juiz, servindo às classes que elaboram as leis. Expõem, ainda, nem sempre ser o legislador racional, por isto não se pode dizer que a ordem jurídica oferece segurança e estabilidade social. A lei é um referencial para a aplicação da justiça, à qual não podemos dar o poder de estancar o mundo, sendo o Poder Judiciário tão sério e compromissado quanto o legislativo, segundo tal postura. A aplicação de uma lei injusta gera instabilidade. O juiz não pode buscar sua força na lei, porque ela é comprometida, parcial e injusta, devendo buscar sua força no justo. (ARRONE, 1996, p. 65)

Como se vê, a lei trata-se apenas de um referencial para que seja feita a justiça, o bom uso desta, dependerá da interpretação feita pelo juiz.

Quanto ao subjetivismo, os alternativos expõem que em qualquer decisão, legalista ou não, é necessariamente entranhada do subjetivismo do magistrado. Em todas as coisas do projeto há muito subjetivismo, seja das partes, advogados, peritos, testemunhas e do julgador. Todo o ato decisório está entranhado de subjetivismo e ideologia do juiz, pois se processa através de reflexão. (ARRONE, 1996)

Além disso, no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis.

[...] o legislador é tão falível quanto o magistrado, porém, as falhas menos danosas são do juiz, porque este está perto das partes, sendo a sua visão a do momento concreto e não da situação abstrata. E mais: a aplicação ou não da lei não implica justiça, o que implica justiça é a aplicação de uma sentença que contenha uma solução justa, ao caso concreto ante uma postura ideológica. (ARRONE, 1996, p.62)

“O Direito deve reconhecer o conflito social existente, laborando a superação da dicotomia reforma/ revolução, sendo o juiz um agente pacífico da transformação sócio-política.” (ARRONE, 1996, p. 62)

Como vimos, a proposta alternativa não nega que o julgador deva manter-se sob um sistema jurídico, porém, deve ser a lei, somente, como referencial, a fim de efetivamente se fazer justiça.

3.1.4 Uso alternativo do direito

Desde o fim dos anos sessenta e começo da década de setenta constituiu-se, na Itália, um movimento teórico-prático, formado por professores universitários, advogados e principalmente magistrados progressistas. (WOLKMER, 1995)

O objetivo desta importante tendência político-jurídica foi propor, diante da dominação e da conservação do Direito burguês capitalista, a utilização do ordenamento jurídico vigente e de suas instituições na direção de uma prática judicial emancipadora, voltada aos setores sociais ou às classes menos favorecidas. Na realidade, esta concepção não chega a ser um paradigma alternativo ou substitutivo da ciência jurídica positivista, mas tão-somente a aplicação diferente da dogmática predominante, explorando as contradições e as crises do próprio sistema e buscando formas mais democráticas superadoras da ordem burguesa. (WOLKMER, 1995, p. 41)

O uso alternativo do Direito, apresenta-se como uma proposta tanto de caráter prático como teórico, de utilizar o Direito e os instrumentos jurídicos em uma direção emancipadora.

O movimento do Uso Alternativo do Direito faz-se representar, desde a década de 60, por inúmeros magistrados integrantes da "Magistratura Democrática", corrente dissidente no interior da Associazione Nazionale Magistrati. Além de editar duas importantes revistas (Magistratura Democrática e Quale Giustizia), aglutina o interesse de alguns dos mais importantes juristas críticos e antidogmáticos da Itália, tais como: Pietro Barcellona, Giuseppe Cotturri, Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis etc. Destarte, o reconhecimento de seu crescente significado permite aferir que os influxos do movimento crítico italiano se difundiram e encontraram eco entre os juristas e os magistrados da Espanha (Nicolas López Calera, Modesto Saavedra López e Perfecto Andrés Ibañes) e da Alemanha (Ulrich Mückenberger, Dieter Hart) (WOLKMER, 1995, p. 46).

O uso alternativo do Direito, mostra-se como uma forma de projetar e realizar uma cultura e uma prática jurídica alternativa à cultura e à prática dominante, privilegiando no plano jurídico, especialmente no plano judicial, os interesses das partes que se encontram submetidas pelas relações sociais de dominação. (WOLKMER, 1995)

Esta teoria busca uma prática alternativa, todavia, sem romper com a legalidade existente.

Apoiando-se em pressupostos do pensamento neomarxista contemporâneo, que explora as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica burguesa, os adeptos do modelo alternativo do Direito consideram a relevância de dois aspectos: a) a estreita relação entre a função política do Direito enquanto instrumento de dominação e as determinações socioeconômicas do modo de produção capitalista; b) o Poder Judiciário que assegura o status quo estabelecido, agindo não só como aparelho ideológico do Estado, mas também como instrumento de repressão e de controle institucionalizado. A tradição histórico-liberal vem demonstrando que o poder judicial não tem sido uma instância neutra e independente na esfera da máquina estatal, a serviço das liberdades e acima dos antagonismos de classe. (WOLKMER, 1995, p. 47)

No que tange a uma apreciação mais atenta, observa-se a freqüência daquele tipo de crítica que enquadra o “uso alternativo do Direito” como produto reformista que não rompe radicalmente com a legalidade burguesa, mas busca explorar e operar em cima da crise socioeconômica de determinados países do capitalismo avançado europeu. (WOLKMER, 1995)

Ora, quanto às possíveis críticas ao movimento alternativo, há que se ter, como quer Andrés Ibañes, uma postura realista, embasada no conhecimento de que as contradições jamais estão ausentes do sistema jurídico capitalista. Acima de tudo, não se pretende através dos juristas alternativos, como muitas vezes se apregoa, introduzir “... a contradição, a insegurança e a dúvida no mundo do Direito, tido, tradicionalmente, como salvo dos vaivens que sacodem os demais níveis da estrutura social. (...) Não é que se queira quebrar a harmonia jurídica, que, por outra parte, se considera inexistente nem tampouco arrastar ao jogo político um juiz (...), pois o certo é que nem os confins entre Política e Direito são tão nítidos, nem resulta possível conseguir que o magistrado deixe de ser antes ou ao mesmo tempo, juiz-cidadão, com tudo isso que implica. (WOLKMER, 1995, p. 47)

Assim, a prática do uso alternativo do direito, não prega o rompimento com as normas legais, e sim, que seja dada a interpretação adequada ao caso concreto, através do bom-senso do julgador.

3. 1.5 “Prática” e “uso” alternativos do direito

Inicialmente importa considerar que, na atual cultura jurídica brasileira, o modelo de juridicidade alternativa enquanto estratégia que se propõe a transformar a legalidade do Estado capitalista-burguês por uma outra ordem jurídica estatal-evolução do monismo político jurídico burguês para um monismo socialista popular revolucionário, compreende duas estratégias de atuação: Estratégia das “práticas alternativas do Direito”, implementada por organizações populares ou comunitárias no exercício efetivo de serviços legais ou assistência judicial informal. (WOLKMER, p. 272)

Trata-se com o rompimento com os serviços legais de cunho assistencialista e paternalista calcados na prática ritualista da lei e do formalismo forense. Uma exemplificação deste tipo de organização popular responsável pelo crescente avanço de um esforço descentralizado/participativo de “práticas” alternativas, pode ser mencionado: o Instituto Apoio Jurídico Popular (AJUP-Rio de Janeiro), o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (Gajop- Olinda/PE), o Centro de Assessoria Jurídica ao Movimento Popular e Sindical (Canps- Belo Horizonte) e o Núcleo de Assessoria Jurídica Popular (Najup- Porto Alegre), todos no Brasil e, na América Latina, o Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA-Colômbia). (WOLKMER, 1994, p. 272)

As estratégias do uso alternativo do Direito vem ganhando espaço e se difundindo entre os magistrados no exercício da função judicial.

Os juízes adeptos do “uso alternativo do Direito”, agem na instância jurisdicional não só como aparelho ideológico do Estado, mas também como instrumento de repressão e de controle institucionalizado. A tradição histórico-liberal vem demonstrando que o poder judicial não tem sido uma instância neutra e independente na esfera da máquina estatal, a serviço das

liberdades e acima dos antagonismos de classe. (WOLKMER, 1994, p. 272)
Na visão do mesmo autor:

”[...] o Judiciário, não obstante sua aparência de neutralidade, imparcialidade e, nada mais é do que uma instituição de natureza política, reflexo da própria dinâmica de poder do Estado Capitalista”.

Ainda:

O que leva autores como Ferrajoli a postular que a prática alternativa não deve apenas converter as contradições do Direito Estatal burguês em processo de emancipação dos setores populares e dos movimentos sociais de base, mas também definir claramente a inserção da magistratura e do poder judicial “na ampliação dos possíveis espaços democráticos”. Na perspectiva delineada, os atores jurídicos estatais advogam, entre outras coisas, apropriadamente, o “alargamento do processo hermenêutico nas instâncias menores, ocupadas por juízes mais jovens e mais sensíveis às reivindicações dos seus setores populares”. (WOLKMER, 1994, p. 273)

Em suma, o uso alternativo, procura transformar o ordenamento jurídico positivo dentro dos horizontes da própria legalidade estatal, não tendo como preocupação específica criar e desenvolver outros núcleos de regulação fora do Estado.

3.2 A PESQUISA EMPÍRICA - OBJETIVOS

A referida pesquisa está voltada ao estudo da coexistência de pontos de vista opostos na prática forense, o que significa questionar o quanto o direito positivo é ou não o único parâmetro às decisões jurídicas, a pretensão que norteia esta pesquisa é enfatizar que fatores distintos dos oferecidos pelo direito positivo, contribuem para estas tomadas de decisões.

A questão central é saber se o processo decisório dos magistrados está restrito aos textos legais, ou seja, se as decisões judiciais são tomadas com base apenas nas fontes do Direito Positivo, do Direito Alternativo ou se as decisões são

influenciadas por alguma variável cultural ou política ideologicamente estabelecidas na visão de mundo dos juristas.

Como não se sabe de um estudo específico sobre a prática forense na região Extremo-Oeste, defende-se que será de grande relevância produzir subsídios que sirvam de critérios filosóficos e sociológicos na fundamentação das Decisões Judiciais.

O objetivo geral da pesquisa é estudar as motivações ideológicas relacionadas às decisões judiciais da área cível nas práticas dos magistrados da Região Extremo- Oeste de Santa Catarina.

3.2.1 Âmbito e objeto

O ambiente da pesquisa restringiu-se as varas cíveis situadas nos fóruns de justiça de duas circunscrições que integram a Região Extremo-Oeste de Santa Catarina, sendo São Miguel do Oeste e Dionísio Cerqueira, das quais fazem parte as Comarcas de Descanso, São José do Cedro e Anchieta, objetos da pesquisa.

A outra delimitação foi quanto à espécie de ação judicial. A escolha por um processo de “Alvará Judicial” se deu por se tratar de um caso corriqueiro e que possibilita aferir qual a linha de raciocínio fora seguida pelo juiz, isto é, qual a sua postura jurídica em relação ao caso.

O universo de 05 magistrados representa o total de juízes que respondiam pelas varas cíveis das Comarcas de São Miguel do Oeste, Dionísio Cerqueira, Descanso, São José do Cedro e Anchieta na época da aplicação do questionário.

3.2.2 A entrevista

Trata-se de um pedido de liberação de Alvará Judicial, a fim de que após o falecimento do “pai” (vítima de acidente de trânsito), sua filha de criação e herdeira testamentária, venha obter o seguro obrigatório de danos pessoais (DPVAT), o qual,

vem lhe sendo negado pela seguradora, sob a alegação de que trata-se de parte ilegítima na ação.

Solicitou-se a 05 juízes da Região Extremo-Oeste que na condição de julgadores deste litígio, respondessem as perguntas elaboradas. Entregou-se pessoalmente a cada magistrado uma folha de papel com as seguintes perguntas:

1- Num caso como este qual seria sua decisão?

2- Qual é o fundamento jurídico desta decisão? E qual é a sua relevância em relação à justiça?

3- Na hipótese da não concessão do seguro, como se poderia fazer justiça a requerente?

4- Na hipótese da concessão do seguro, como fica a aplicação da lei positiva?

Alguns juízes responderam a próprio punho; outros oralmente e anotou-se suas explicações e esclarecíamos o que não conseguíamos escrever.

Quatro juízes responderam a próprio punho. Um optou por digitalizar suas explicações.

3.2.3 Resultado

Dos 05 magistrados que participaram da entrevista, 02 deles, decidiram por julgar improcedente a ação. O primeiro relatou que a “filha de criação” figura como parte ilegítima na causa, haja vista não estar relacionada no rol de beneficiados da lei pelo seguro obrigatório. O segundo declarou que o pedido de alvará judicial-procedimento de jurisdição voluntária – não seria a via adequada para pleitear o pagamento, devendo ser proposta ação de cobrança.

Como se vê, na linha de pensamento adotada aplicou-se o preceito legal, ignorando a realidade fática do caso em questão. Esta corrente de pensamento denomina-se “Direito Positivo ou Postura Dogmática”, nesta o mundo jurídico reduz-se às previsões normativas, trata-se da visão mais tradicional do direito.

Três magistrados decidiram por reconhecer o direito da autora ao recebimento do seguro. Suas fundamentações foram: Dois deles fundamentaram sua decisão na Constituição Federal, fazendo referência a equiparação constitucional entre os entes denominados “filhos legítimos” e os “filhos adotivos ou de criação”. Um deles

dissertou sobre o fato da lei ter que adequar-se aos ditames constitucionais que vedam qualquer tipo de diferenciação entre os filhos.

O outro mencionou o artigo 227, parágrafo 6º da CF, que dispõe: “Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Em seu ponto de vista, idêntico raciocínio pode ser e tem sido usado em casos de união homoafetiva, por exemplo, para reconhecer direitos sucessórios, previdenciários, patrimoniais, entre outros.

O terceiro juiz concederia o direito ao seguro, tendo em vista, os Princípios Constitucionais da Igualdade e Razoabilidade.

Como se vê, dos juízes entrevistados, a maioria decidiu pela concessão do seguro (DPVAT), a autora “filha de criação” do “de cujus”, equiparando-a a um herdeiro legal, isto é, filho legítimo. Estes magistrados, salvo engano, aplicaram a lei da forma mais adequada, dando a ela uma interpretação criativa. Esta reinterpretação da lei buscou beneficiar a autora, caracterizando o “Uso Alternativo do Direito”, que apresenta-se como uma proposta tanto de caráter prático como teórico, de utilizar o direito e os instrumentos jurídicos em uma direção emancipadora.

Ressalte-se que, esta teoria busca uma prática alternativa, todavia, sem romper com a legalidade existente. O uso alternativo do direito não prega o rompimento com as normas legais, e sim que seja dada a interpretação adequada ao caso concreto, por meio do bom senso do julgador.

O resultado desta pesquisa deixa evidente a existência de opiniões distintas quanto à aplicação do direito.

A questão central, que norteou nosso trabalho desde o início, foi saber se o processo decisório dos magistrados estaria restrito aos textos legais, ou seja se as decisões judiciais são tomadas com base só nas fontes de direito admitidas pelo Estado. Através desta pesquisa percebe-se que não, pois, as decisões foram tomadas tendo em vista, as particularidades do caso concreto, observados os princípios constitucionais. Nossos juízes não estão sendo meros reprodutores de artigos de lei, e sim, juízes atuantes, conscientes das distinções existentes entre a realidade jurídica e a realidade social de nossa região.

A prática jurídica leva a evidência de que os magistrados tomam suas decisões baseados não só nos textos legais mas também nos fatos expostos nos

autos processuais. O que não lhes retira a visão de mundo, afinal, a imagem que o magistrado faz das informações que lhe são passadas, sofre o processo de modelagem aos seus padrões de conhecimento, de inteligência e de vontade.

Inserindo a visão de mundo do magistrado no seu processo decisório, tem-se que: conforme se apreende as informações sobre o caso concreto, as argumentações apresentadas, verifica-se quais textos legais envolvem o caso, para então ser proferida a decisão final.

Neste caminho de raciocínio, o magistrado também toma decisões antes mesmo de elaborar sua sentença, ou seja, várias considerações são feitas antes de formalizá-la.

Do exposto, conclui-se que, na prática as decisões jurídicas não são tomadas exclusivamente com base nas normas jurídicas e que são diversos os mecanismos que, interferem, auxiliam e guiam as decisões judiciais. Pois, a influência da visão de mundo do magistrado na decisão, na eficácia e no funcionamento do direito estatal, é inevitável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Investigada a importância do Princípio do Livre Convencimento Motivado com o intuito de possibilitar o entendimento dos motivos que levam o juiz a formar seu conhecimento, conclui-se que fatores outros, além do texto da norma, interferem na decisão judicial.

Relevante destacar que a pesquisa realizada confirmou a hipótese levantada de que o processo decisório dos magistrados não está restrito aos textos legais, isto é, que as decisões judiciais são tomadas com base não só nas fontes de direito imediatas admitidas pelo Estado.

A decisão judicial é resultado de uma gama de fatores e não de um raciocínio silogístico lógico formal, como se o trabalho de aplicação das normas jurídicas se limitasse a decisão de qual norma incide sobre o caso concreto partindo-se dos textos legais, pura e simplesmente.

O resultado da pesquisa empírica realizada com os magistrados da Região Extremo-Oeste deixou evidente a existência de opiniões distintas quanto à aplicação do direito.

Chamou-se a atenção neste trabalho para o fato de que os juízes são profundamente afetados por sua concepção de mundo, isto é, formação familiar, educação autoritária ou liberal, bem como, das percepções que cada um desses profissionais tem do mundo.

Ressalte-se que a liberdade de convicção do magistrado não equivale à sua formação arbitrária, ao exercer sua função jurisdicional, isto é, ao prolatar uma decisão judicial, o magistrado tem o dever de fundamentá-la conforme estatuído no art 93, IX da Constituição Federal Brasileira.

O dever de fundamentação é consequência do Estado Democrático de Direito, é, pois, uma garantia constitucional contra arbítrio e o abuso de autoridade. Apenas as decisões judiciais devidamente fundamentadas são capazes de se manterem válidas no sistema.

Conscientes de que o direito se apresenta em um discurso lingüístico, reservou-se um espaço para abordagem da questão fundamentação e linguagem. Averiguamos também, as questões relativas à falta de fundamentação das decisões judiciais.

Ao final, conclui-se que a certeza do direito não está no conteúdo da decisão, mas no fato de que uma decisão será tomada, cabendo ao sistema jurídico controlar os impulsos das frustrações sofridas por aqueles que não aceitam a decisão final proferida.

Resta deixar evidenciado que há uma instância de criação do direito por parte dos magistrados, todavia não uma criação aleatória e arbitrária. O direito estatal fornece limites ao arbítrio do julgador, mas não impede a interferência de sua visão de mundo na decisão.

REFERÊNCIAS

ARRONE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

BRASIL. **Constituição da República**. 05.10.1988. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais. 2002.

CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana Galera; ÉLER, Karen. **Teoria e Prática da Argumentação Jurídica: Lógica e Retórica**. Juruá, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

Código de Processo Civil. 8 ed. Atual até 31-12-2001. São Paulo: Rideel, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Para onde vai o direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999.

STAMFORD, Artur. **Decisão Judicial: Dogmatismo e Empirismo**. 1 ed. Curitiba. Juruá, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2 ed. São Paulo. Editora Acadêmica, 1991.

_____. **Pluralismo Jurídico**. 2 ed. São Paulo. Editora Alfa Omega, 1994.

ANEXOS

Yannick Caubet

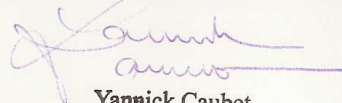
Respostas

- 1) Desde que comprovada a relação de parentesco *de fato*, não tenho dúvida de que a ação seria por mim julgada procedente.

- 2) O fundamento jurídico, na minha opinião, é o mesmo que autoriza o pagamento do seguro a um filho "legítimo". A controvérsia reside em poder equiparar a autora, filha de fato do segurado falecido, a um parente passível de ser indicado como beneficiário do seguro. Neste caso, creio que há, inclusive, fundamento constitucional, encontrável no artigo 227 § 6º, da Constituição da República: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Há também garantia fundamental, enunciada de forma mais genérica, segundo a qual é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Além disso, determina a Constituição que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Idêntico raciocínio ao ora empregado pode ser e tem sido usado em casos de união homoafetiva, por exemplo, para reconhecer direitos sucessórios, previdenciários, patrimoniais, entre outros.

- 3) Prejudicada.

- 4) Acredito ter justificado, na resposta n. 2, que minha decisão não fere a lei positiva, antes lhe presta homenagem. Se a função da lei é justamente evitar o arbítrio que permitiria a uma pessoa (no caso, o juiz) decidir casuisticamente para cada caso, então deve-se entender, na minha opinião, que situação equiparadas devem merecer idêntico tratamento legal. Se o filho de fato, diz a própria Constituição, equipara-se ao filho "legítimo", então não pode haver tratamento distinto na aplicação do sub-ramo do Direito Securitário. Repito, é o mesmo raciocínio para reconhecer reciprocidade de direitos e obrigações entre sujeitos que vivem em união homoafetiva: se os requisitos legais do reconhecimento da união estável estão todos presentes, não se pode fazer uma distinção entre um casal heterossexual de um casal homossexual, uma vez que estar-se-á adotando critério ilegítimo de distinção, a opção sexual, coisa que, no meu entender, é vedado pela Constituição da República.



Yannick Caubet
Juiz de Direito



UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
Rua Oiapoc, 211, CEP 89.900-000 – São Miguel do Oeste-SC
Fone: (49) 3631-1000

FORMULÁRIO DE ENTREVISTA

Senhor (a) Juiz (a):

Pedimos a sua colaboração para após analisar o caso abaixo discriminado responder às perguntas ao final formuladas. Essa entrevista servirá de conteúdo a um projeto de pesquisa desenvolvido na UNOESC.

Alvará Judicial

EULINDA SALETE MOREIRA, em se dizendo filha de criação e herdeira testamentária de Cesário da Silva Moreira, falecido em decorrência de atropelamento de veículo, vítima, pois, de acidente de trânsito, e por haver arcado com as despesas da morte daquele, pretende que BAMERINDUS SEGURADORA S/A lhe pague o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais (DPVAT).

O Ministério Público emitiu parecer em desfavor da requerente. Interveio nos autos referida seguradora e negou-se ao pagamento do seguro por não ser Eulinda herdeira legal do falecido, não sendo, pois, parte legítima para postular em juízo. É o breve relatório do caso em questão.

Solicitamos que responda às perguntas a seguir, considerando-se o(a) julgador(a) deste litígio.

1 – Num caso como este qual seria sua decisão?

O divórcio do pai em razão da paternidade
são-aditiva, em nome da equiparação constitucional
entre os antes denominada "filhos legítimos" e
os "filhos adotivos ou de criação"

2 – Qual é o fundamento jurídico desta decisão? E qual é a sua relevância em relação à justiça?

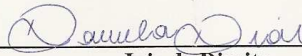
3- Na hipótese da não concessão do seguro, como se poderia fazer justiça à requerente?

Através do julgamento de uma ação ^{de cobrança} ~~para~~ na qual seria possível produzir provas, inclusive, acerca da paternidade socio-afetiva invocando o entendimento doutrinário e jurisprudencial e o texto constitucional.

4 – Na hipótese da concessão do seguro, como fica a aplicação da lei positiva?

A lei deve adequar-se ao ditame constitucional que veda qualquer tipo de diferenciação entre os filhos.

São Miguel do Oeste, 22 de outubro 2010.



 Juiz de Direito



UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
Rua Oiapoc, 211, CEP 89.900-000 – São Miguel do Oeste-SC
Fone: (49) 3631-1000

FORMULÁRIO DE ENTREVISTA

Senhor (a) Juiz (a):

Pedimos a sua colaboração para após analisar o caso abaixo discriminado responder às perguntas ao final formuladas. Essa entrevista servirá de conteúdo a um projeto de pesquisa desenvolvido na UNOESC.

Alvará Judicial

EULINDA SALETE MOREIRA, em se dizendo filha de criação e herdeira testamentária de Cesário da Silva Moreira, falecido em decorrência de atropelamento de veículo, vítima, pois, de acidente de trânsito, e por haver arcado com as despesas da morte daquele, pretende que BAMERINDUS SEGURADORA S/A lhe pague o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais (DPVAT).

O Ministério Público emitiu parecer em desfavor da requerente. Interveio nos autos referida seguradora e negou-se ao pagamento do seguro por não ser Eulinda herdeira legal do falecido, não sendo, pois, parte legítima para postular em juízo. É o breve relatório do caso em questão.

Solicitamos que responda às perguntas a seguir, considerando-se o(a) julgador(a) deste litígio.

1 – Num caso como este qual seria sua decisão?

CONDENAR A SEGURADORA A PAGAR.

.....
.....
.....
.....

2 – Qual é o fundamento jurídico desta decisão? E qual é a sua relevância em relação à justiça?

CONDENAR, PORQUE NÃO É HERDEIRA LEGAL, MAS FILHA DE CRIAÇÃO.

BILHETE

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

3- Na hipótese da não concessão do seguro, como se poderia fazer justiça à requerente?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

4 – Na hipótese da concessão do seguro, como fica a aplicação da lei positiva?

.....
CEDE FRENTE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO
.....
.....
.....
.....

São Miguel do Oeste, de 2010.
Márcio Luiz Crestadori
Juiz de Direito



UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
Rua Oiapoc, 211, CEP 89.900-000 – São Miguel do Oeste-SC
Fone: (49) 3631-1000

FORMULÁRIO DE ENTREVISTA

Senhor (a) Juiz (a):

Pedimos a sua colaboração para após analisar o caso abaixo discriminado responder às perguntas ao final formuladas. Essa entrevista servirá de conteúdo a um projeto de pesquisa desenvolvido na UNOESC.

Alvará Judicial

EULINDA SALETE MOREIRA, em se dizendo filha de criação e herdeira testamentária de Cesário da Silva Moreira, falecido em decorrência de atropelamento de veículo, vítima, pois, de acidente de trânsito, e por haver arcado com as despesas da morte daquele, pretende que BAMERINDUS SEGURADORA S/A lhe pague o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais (DPVAT).

O Ministério Público emitiu parecer em desfavor da requerente. Interveio nos autos referida seguradora e negou-se ao pagamento do seguro por não ser Eulinda herdeira legal do falecido, não sendo, pois, parte legítima para postular em juízo. É o breve relatório do caso em questão.

Solicitamos que responda às perguntas a seguir, considerando-se o(a) julgador(a) deste litígio.

1 - Num caso como este qual seria sua decisão?

Depende de qual qual não aprova do lado do caso. A princípio, julgaria a ação improcedente.

2 - Qual é o fundamento jurídico desta decisão? E qual é a sua relevância em relação à justiça?

A ação não é bem relacionada no rol de beneficiários da lei do seguro obrigatório.

3- Na hipótese da não concessão do seguro, como se poderia fazer justiça à requerente?

Justiça é complicado de se obter, como herdeira testamentária, pois a mesma foi acionada na parte da herança, bem como requerer junto ao inventário o deslinde do correspondente às custas do funeral.

4 - Na hipótese da concessão do seguro, como fica a aplicação da lei positiva?

É para se fundamentar que filha adotiva equi-para-se à biológica, mas em não havendo o processo legal de adoção, tal entendimento por a lei, ainda que a tese referida tenha fundamentado.

São Miguel do Oeste, 02 de novembro 2010.



Juiz de Direito



UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
Rua Oiapoc, 211, CEP 89.900-000 – São Miguel do Oeste-SC
Fone: (49) 3631-1000

FORMULÁRIO DE ENTREVISTA

Senhor (a) Juiz (a):

Pedimos a sua colaboração para após analisar o caso abaixo discriminado responder às perguntas ao final formuladas. Essa entrevista servirá de conteúdo a um projeto de pesquisa desenvolvido na UNOESC.

Alvará Judicial

EULINDA SALETE MOREIRA, em se dizendo filha de criação e herdeira testamentária de Cesário da Silva Moreira, falecido em decorrência de atropelamento de veículo, vítima, pois, de acidente de trânsito, e por haver arcado com as despesas da morte daquele, pretende que BAMERINDUS SEGURADORA S/A lhe pague o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais (DPVAT).

O Ministério Público emitiu parecer em desfavor da requerente. Interveio nos autos referida seguradora e negou-se ao pagamento do seguro por não ser Eulinda herdeira legal do falecido, não sendo, pois, parte legítima para postular em juízo. É o breve relatório do caso em questão.

Solicitamos que responda às perguntas a seguir, considerando-se o(a) julgador(a) deste litígio.

1 – Num caso como este qual seria sua decisão?

1) Não há possibilidade de condenação da seguradora ao pagamento da indenização por meio de meio fidedigno de prova – procedimento de fundação voluntária; 2) É preciso investigar sobre a existência e concordância dos demais herdeiros.

2 – Qual é o fundamento jurídico desta decisão? E qual é a sua relevância em relação à justiça?

1) Processual – o meio é inadequado ao fim perseguido; 2) Material – não se pode tolher o direito de eventual esposa e filhos de Cesário de também receberem a indenização.

Ezequiel Pontes Garcia
JUIZ DE DIREITO

3- Na hipótese da não concessão do seguro, como se poderia fazer justiça à requerente?

A requerente deve propor ação de cobrança contra a seguradora, pelo não ordenado, com participação de todos os herdeiros do 1º de curso na ação. Deve ainda reunir provas de sua condição de herdeira testamentária.

4 - Na hipótese da concessão do seguro, como fica a aplicação da lei positiva?

O seguro só existe por força de lei. A lei precisa ser observada para que os pagamentos sejam realizados. Não há espaço para decisão judicial que no caso concreto ignore a lei positiva, porque é esta que consagra o direito ao seguro obrigatório (DPVAT).

São Miguel do Oeste, 28 de outubro 2010.

Juiz de Direito
Ezequiel Henrique Garcia
JUIZ DE DIREITO