

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS

(BU)

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO
DIREITO PROCESSUAL



03919469

DISSERTAÇÃO SUBMETIDA À FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO PARA A OBTENÇÃO
DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

SÃO PAULO

1994

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO -----	1
2 - INTERPRETAÇÃO, FUNDAMENTAÇÃO E JURISDIÇÃO -----	4
3 - INTERPRETAÇÃO -----	10
3.1 - Métodos interpretativos -----	14
3.1.1 - Método gramatical -----	14
3.1.2 - Método exegético -----	16
3.1.3 - Método histórico -----	18
3.1.4 - Método comparativo -----	18
3.1.5 - Método científico -----	19
3.1.6 - Método sociológico -----	20
3.1.7 - Método teleológico -----	20
3.1.8 - Método tópico-retórico -----	21
4 - FUNDAMENTAÇÃO -----	24
4.1 - Cognição -----	24
4.2 - Elementos -----	28
4.3 - Estrutura -----	32
4.4 - Formas argumentativas -----	34
5 - HISTÓRICO -----	37
5.1 - Direito romano -----	37
5.2 - Direito medieval -----	39
5.3 - Direito moderno -----	41
6 - FUNDAMENTAR: CRIAR OU APLICAR O DIREITO -----	46
6.1 - Chiovenda -----	46
6.2 - Carnelutti -----	47
6.3 - Dinamarco -----	47
6.4 - Greco Filho -----	48
6.5 - Liebman -----	49
6.6 - Olivecrona -----	49
6.7 - Pontes de Miranda -----	50
6.8 - Hassemer -----	51

6.9	- Carrió -----	53
6.10	- Nosso entendimento -----	55
7	- SENTENÇA -----	57
7.1	- Objeto da questão -----	57
7.2	- Questão e lide -----	61
7.3	- Questão e coisa julgada -----	64
7.4	- Instrumentalidade da questão -----	65
7.5	- Imanência entre fato e direito -----	65
7.6	- Questão e argumento -----	70
7.7	- Questão de direito - conceito -----	71
7.8	- Questão de fato -----	76
	7.8.1 - Limitação da prova -----	77
	7.8.2 - ônus da prova -----	79
	7.8.3 - Valoração da prova -----	82
8	- ASPECTOS DO DIREITO PENAL -----	84
8.1	- Incomunicabilidade do indiciado -----	84
8.2	- Prisão preventiva -----	85
8.3	- Sentença de pronúncia -----	87
8.4	- Tribunal do júri -----	92
8.5	- Suspensão condicional -----	93
8.6	- Suspeição -----	93
8.7	- Sentença penal -----	94
9	- ASPECTOS NO MANDADO DE SEGURANÇA -----	95
9.1	- Objeto da fundamentação -----	95
9.2	- Exemplos -----	96
9.3	- Conclusão -----	102
10	- ASPECTOS NOS RECURSOS -----	103
10.1	- Objeto da fundamentação -----	103
10.2	- Embargos de declaração -----	108
11	- NULIDADES -----	109
11.1	- Exemplos -----	109
11.2	- Conclusão -----	114

12 - FUNDAMENTAÇÃO NO PLANO CONSTITUCIONAL -----	116
12.1 - Política e fundamentação -----	116
12.2 - Legalidade -----	118
12.2.1 - Legalidade nas cautelares -----	123
12.2.2 - Legalidade na jurisdição voluntária --	128
12.3 - Separação de poderes -----	129
12.4 - Elaboração legislativa constitucional -----	134
13 - CONCLUSÃO -----	138
14 - RIASSUNTO -----	143
15 - PESQUISA BIBLIOGRÁFICA -----	146
16 - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA -----	154

1 - INTRODUÇÃO

Este estudo cuida de Processo Civil. Hoje, no entanto, mais do que nunca, o estudo do Processo Civil não se limita em suas próprias bases dogmáticas. Assim é que, desde o início desse trabalho, tentou-se traçar a relação entre jurisdição, interpretação e fundamentação. Estes últimos temas normalmente objetos das cadeiras de Filosofia do Direito ou Introdução à Ciência do Direito. Após, passou-se ao exame dos métodos interpretativos e dos respectivos elementos da fundamentação, sua estrutura e as formas argumentativas.

O estudo histórico da fundamentação não se confunde com o estudo da História do Direito. Ao se traçar a relação entre a História do Direito e a fundamentação procurou-se dar o contexto em que a fundamentação é compreendida.

Em seguida houve a necessidade de se estabelecer uma premissa crítica a respeito da criação do direito pela atividade jurisdicional. Algumas posições foram analisadas para que viesse à tona a importância da fundamentação da sentença para alicerçar ou não a criação do direito. Com efeito, o estudo revela a própria essência da fundamentação da sentença enquanto instrumento de juris-

dição.

Dentro do contexto processual, a fundamentação das decisões se insere no estudo da sentença. Durante a fundamentação o juiz analisa as questões de direito e de fato, surtindo os efeitos exclusivamente processuais, como coisa julgada, a eficácia preclusiva da coisa julgada, a relação com o dispositivo, a diferença entre questão e argumento, as nulidades. Quanto às questões de fato, a fundamentação revela a limitação da produção da prova ilícita, a repartição dos ônus quanto à prova, e a respectiva valoração. Quanto às questões de direito, a fundamentação revela a utilização do conceito, reafirmando a textura aberta do direito.

Procurou-se demonstrar que o Direito, quando utiliza o conceito também é uma forma de linguagem.

O estudo da fundamentação da sentença dá oportunidade para análise de muitos aspectos. Analisamos alguns no âmbito penal, onde algumas normas exigem expressamente a fundamentação, seja na incommunicabilidade do indiciado, na prisão preventiva, na sentença de pronúncia ou na decisão do tribunal do júri, na suspensão condicional, suspeição e na própria sentença penal.

Outro aspecto abordado é no mandado de segurança, onde se sedimentou jurisprudencialmente, para nós, a falsa idéia de que a fundamentação da sentença deve ser calcada nas razões de direito deduzidas pela parte, não sendo pertinente nesse caso o brocardo "jura novit curia".

A fundamentação delimita o âmbito, outrossim, dos recursos. Apresentamos pesquisa jurisprudencial sobre o tema.

Quanto ao efeito de nulidade em virtude da inexistência de fundamentação adequada, procurou-se demonstrar através de exemplos jurisprudenciais o que se entende caso a caso por insuficiência da

fundamentação e por fundamentação sucinta.

No plano constitucional, procurou-se abordar a relação entre a fundamentação e a política. No Estado de Direito os princípios mais caros são a legalidade e a separação dos poderes. A fundamentação insere-se aí como forma de atuação legítima de um Poder Judiciário autônomo e independente, desde que agindo de acordo e segundo a lei.

Nesse contexto, volta-se à análise processual constitucional para se perquirir quanto à discricionariedade das medidas cautelares e da atividade de jurisdição voluntária. Qual o grau de vinculação dessa atividade com o ordenamento jurídico e qual o grau de liberdade judicial nessas soluções.

Por fim apresentou-se pesquisa bibliográfica sobre o tema enfrentado, colocando-nos frente à enormidade de indagações e de estudos que a análise da fundamentação das decisões pode oferecer principalmente quanto ao conhecimento filosófico e político, que se desvenda na prática e pelos caminhos do processo civil, em sua dinâmica e em sua unidade.

2 - INTERPRETAÇÃO, FUNDAMENTAÇÃO E JURISDIÇÃO

O conhecimento, que é o ato de tornar um objeto presente à imaginação ou espírito, pode consistir em sensações, percepções ou imagens (conhecimento sensível), ou em idéias e juízos (conhecimento intelectual)¹.

Raciocinar² é a atividade pela qual, da combinação de dois ou mais juízos dados inferimos um outro juízo que deles decorre naturalmente. Subordina-se a um julgamento. O juízo é o coroamento do processo de conhecer³.

¹TELLES, Goffredo da Silva. Tratado da consequência - curso de lógica formal com uma dissertação preliminar sobre o conhecimento humano. 5.ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980. p.7 e 8.

²TELLES, Goffredo da Silva. Tratado da consequência - curso de lógica formal com uma dissertação preliminar sobre o conhecimento humano. 5.ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980. p.39.

³TELLES, Goffredo da Silva. Tratado da consequência - curso de lógica formal com uma dissertação preliminar sobre o conhecimento humano. 5.ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980. p.40.

A interpretação⁴ é uma forma de conhecimento ou de apreensão de idéias, sensações e imagens. é a forma de leitura. A fundamentação é uma operação de raciocínio. Explicita o juízo. é uma forma de escrita. As atividades de interpretação e fundamentação são relacionadas, assim como a leitura e a escrita.

Fundamentar é mostrar as razões pelas quais se chegou à determinado juízo. Para que haja fundamentação necessariamente haverá interpretação. é necessário que haja alguma apreensão da realidade que a transforme em juízo. Na medida em que estes juízos vão sendo explicitados iniciou-se o que se chama de fundamentação. Pode-se dizer que a fundamentação e a interpretação sejam duas vias de direção inversa. Enquanto a interpretação é o fluxo de chegada de uma realidade, a fundamentação é o fluxo de partida dessa realidade em um juízo.

Compete ao Judiciário o exercício da jurisdição. Esta é o poder-dever de o Estado buscar a realização prática das normas "declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é a lei do caso concreto e desenvolvendo medidas para que a determinação da lei seja realmente cumprida"⁵. A jurisdição é entendida como um poder, uma função e uma atividade. Como poder é a expressão da própria sobera-

⁴SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. Hermetica e Aplicação do Direito. 7.ed. Livraria Freitas Bastos, 1961. p.14. Assinala a restrição da idéia que o idioma impõe no significado da palavra interpretação. Os correspondentes "interpretation" e "construction" do idioma inglês também não supõem a abrangência do conceito de aplicações da Hermetica. A palavra "Auslegung", do idioma alemão, segundo o jurista, abrange melhor a idéia. Trata-se do substantivo de onde o verbo é "auslegen": ("etwas auslegen: hinlegen, in die für einen bestimmten Zweck notwendige Lage bringen, ausgebreitet, offen zur Ansicht hinlegen, deuten, erklären", in: Wörterbuch der Deutschen Sprache, Wahrig, 1978). Em outros termos, a palavra em idioma alemão pressupõe um propósito, ou um ato de vontade.

⁵DINAMARCO, Cândido Rangel et al. Teoria Geral do Processo. 4.ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p.13.

nia do Estado exercida pelos seus órgãos competentes que são os juízes, como função é exercida através do processo, e como atividade é considerado o trabalho dos juízes na movimentação do processo⁶.

O exercício da jurisdição, portanto, pressupõe também uma relação jurídica processual, onde a interpretação da lei e do caso concreto irá tomar consistência em uma decisão judicial fundamentada nos fatos concretos e no direito apresentado pelas partes ou simplesmente declarado pelo juiz. O exercício da jurisdição pressupõe interpretação e fundamentação no devido processo legal.

A interpretação é sempre subjetiva. Dependerá de fatores intrínsecos daquele que se propuser a interpretar. A fundamentação, por seu turno, é objetiva, pois aquilo que foi interpretado irá se tornar um conceito.

O objetivo da interpretação da lei e dos fatos e da fundamentação é a solução do pedido, exercido pelo direito de ação. A ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional ou o poder de exigir essa atividade, provocando a jurisdição, a qual por sua vez se desenvolve pelo processo⁷.

No pedido firmar-se-á em hipótese a lide propriamente dita, ou a pretensão resistida, o mérito ou a questão de direito controvertido. Para um mesmo pedido, poderá haver várias soluções em hipótese, seja de procedência ou de improcedência do pedido, dependendo da fundamentação dada e da interpretação fática e jurídica.

A interpretação de um fato e de uma lei na atividade jurisdicional é um itinerário necessário. Consiste na própria leitura da

⁶DINAMARCO, Cândido Rangel et al. Teoria geral do processo. 4.ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p.84.

⁷DINAMARCO, Cândido Rangel et al. Teoria geral do processo. 4.ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p.213.

lei e da observação dos fatos narrados. É ampla e sem limites, depende da forma que o intérprete vê o mundo ao seu redor. É rodeada de fatores psicológicos, políticos, ideológicos e outros.

A fundamentação que decorre daí para uma decisão sobre a questão debatida em juízo vem calcada em termos legais e racionais. Com efeito, a fundamentação é limitada à aplicação da lei de forma racional e acima de tudo justa.

O problema central da dogmática jurídica é a decidibilidade dos conflitos⁸. Esta questão é igualmente central na atividade jurisdicional. A interpretação e a fundamentação obedecem, portanto, a um único fim, a questão da decidibilidade, ou natureza de ser decidido.

A existência de um Estado de Direito impõe ao juiz a necessidade de sua atividade ser guiada pela lei e pela Constituição. A própria lei encarrega-se de estabelecer, quando de sua omissão a um caso concreto, que seriam aplicáveis a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Isto significa que, ainda que não haja a lei, a lei será aplicada para que o juiz possa empregar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito⁹.

A fundamentação, portanto, deve ser estabelecida com base na lei, e apenas em última instância, caso essa lei seja omissa, ou inexistente para regular o caso concreto, é possível que a fundamentação seja calcada na analogia. A analogia seria a aplicação de uma lei ao caso que não prevê expressamente, por serem as situações existentes semelhantes em essência. Essa semelhança, no entanto, é focalizada pelo intérprete. Não existindo uma norma poder-se-ia

⁸FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Ed. Atlas, 1987, p.86.

⁹Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942).

aventar a aplicação dos costumes. De outro lado, nem assim sendo possível a solução do caso, passar-se-ia aos princípios gerais de direito. Inadmissível, no entanto, o "non liquet". É que a finalidade do exercício jurisdicional, repita-se, consiste na decisão dos conflitos.

Pode-se dizer, desde já, que a fundamentação de uma decisão é calcada não só na lei, como também no direito.

A lei se reduz à norma jurídica, enquanto o direito é o sistema jurídico concatenado de forma lógica de suas normas, de seus princípios, dos costumes, dos usos.

Também é a lei que determina a sua própria aplicação de forma coerente e justa, quando condiciona a sua aplicação aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum¹⁰.

A interpretação é um caminho necessário para o exercício da jurisdição. Todo aplicador da lei a interpreta e interpreta também os fatos. A fundamentação não faz parte natural desse exercício. É uma imposição constitucional (artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988) prevista também nas normas processuais (458, II, 131 do Código de Processo Civil). Enquanto a interpretação faz parte do ser, a fundamentação faz parte do dever-ser.

A atividade jurisdicional é essencialmente interpretativa de leis e de fatos, mas é por obrigação legal fundamentada.

A interpretação existe na atividade jurisdicional e na atividade simplesmente investigatória do direito. Pode haver interpretação de um instituto jurídico para que se identifiquem os seus fundamentos, as suas causas históricas os seus desdobramentos. Por outro lado, a interpretação que aqui nos interessa é a que se dá

¹⁰Artigo 5º da lei de Introdução ao Código Civil (decreto 4.567 de 4 de setembro de 1942).

para a identificação dos fatos pertinentes a uma demanda a ser julgada. Uma forma de interpretação não se confunde com a outra¹¹.

A fundamentação existe em função do que será decidido em um caso concreto. Assim, o fato será qualificado de acordo com a sua pertinência ao deslinde da questão.

Pode-se dizer, por fim, que enquanto a interpretação integra o conhecimento, a fundamentação declara o conhecimento desenvolvendo-o em um juízo.

O conceito jurídico é objeto de interpretação. Os fatos também são interpretados, e, nesse sentido, passam a ser conceitos.

A identificação do conceito e aplicação desse conceito ao caso concreto é o ponto fundamental da interpretação e da respectiva fundamentação de uma decisão.

A aplicação do direito no caso concreto se dá pela interpretação do direito e dos fatos. Esta aplicação do direito, como é óbvio, não é privativa do poder judiciário. Todas as pessoas integradas em sociedade aplicam diuturnamente o direito das decisões mais simples às mais complexas. O Estado aplica o direito de forma diferenciada¹². Age no limite que a lei autoriza, enquanto que o indivíduo age no limite que a lei não proíbe.

Conclui-se que a jurisdição é exercida com o fim de decisão dos conflitos. Para tanto tem como pressuposto a interpretação de leis e de fatos. A fundamentação respectiva faz parte do devido processo legal e é elaborada com fulcro na lei.

¹¹BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. Lisboa: Difel, 1989. p.217.

¹²KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Edição de 1949, p.264. "O indivíduo que não age como órgão do Estado pode fazer tudo o que não seja proibido pela norma legal, enquanto o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado pode fazer apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer".

3 - INTERPRETAÇÃO

Não existe uma interpretação verdadeira em si como método.

PAUL RICOER¹ descreve três formas em que a interpretação se dá em termos filosóficos. Na relação entre hermenêutica e o estruturalismo há preocupação com a ciência da linguagem, a lingüística. Como pressuposto dessa ciência a linguagem é um objeto para uma ciência empírica²; não existem termos absolutos, mas relações de dependência mútua; o conjunto de signos deve ser considerado como um sistema fechado³; existe diferença entre o significante e o significado (SAUSSURE) e expressão e conteúdo (HJELMSLEV); haveria a formação de um sistema lingüístico, ou de uma estrutura lingüística que criam a configuração de uma língua.

Como estrutura, a linguagem se materializaria em um discurso. O discurso é existente em um dado momento, enquanto a língua é atemporal. O discurso consiste numa série de escolhas pelas quais certas significações são eleitas e outras excluídas⁴; outro ponto

¹RICOER, Paul. O conflito das interpretações - ensaios de hermenêutica. Ed. Rés, s/d.

²RICOER, Paul. O conflito das interpretações - ensaios de hermenêutica. Ed. Rés, s/d. p.82.

³RICOER, Paul. O conflito das interpretações - ensaios de hermenêutica. Ed. Rés, s/d. p.83.

⁴RICOER, Paul. O conflito das interpretações - ensaios de hermenêutica. Ed. Rés, s/d. p.88.

é o de que alguém fala a alguém, essencial ao ato da comunicação⁵.

O direito considerado como uma forma de comunicação partiria assim de uma interpretação estrutural, com todas as conseqüências de que isso implica.

Como ciência da linguagem do direito, a interpretação jurídica não se daria em termos absolutos, mas haveria dependência recíproca em vários dos seus termos. O conjunto dos signos no mundo jurídico deveria ser considerado dentro de um sistema fechado. Os vários termos jurídicos teriam significado distinto do seu signo de acordo com o contexto. Existiria a formação de um sistema jurídico que seria o próprio direito vigente.

Em segundo plano, o autor analisa a relação entre a hermenêutica e a psicanálise. Partindo do pressuposto da existência do consciente e do inconsciente⁶ o autor pontifica a interpretação filosófica de Freud⁷ com uma proposição de uma questão em que o sujeito não poderia ter uma arqueologia sem ter uma teleologia. Ou, em outras palavras, a interpretação de um determinado objeto teria como pressuposto o fim a que este objeto estaria ligado.

A interpretação filosófica baseada na psicanálise estaria desvirtuada pelo trabalho psíquico do sujeito. Não haveria na verdade fatos, nem observação de fatos na interpretação psicanalítica, mas a interpretação de uma história.

⁵RICQER, Paul. O conflito das interpretações - ensaios de hermenêutica. Ed. Rés, s/d. p.89.

⁶RICQER, Paul. O conflito das interpretações - ensaios de hermenêutica. Ed. Rés, s/d. p.100.

⁷RICQER, Paul. O conflito das interpretações - ensaios de hermenêutica. Ed. Rés, s/d. p.159.

Por fim, o autor analisa a relação da hermenêutica e a fenomenologia. A crítica que ele faz contra a fenomenologia na linguagem é a de que deve ser afastada a intuitividade ambicionada pela fenomenologia de Husserl, posto que a compreensão do sujeito deve ser mediatizada por uma interpretação dos signos em toda a sua equívocidade.

A interpretação, pois, é a descoberta do conceito, do símbolo, ou seja, "toda a estrutura de significação onde um sentido direto, primário, literal, designa por acréscimo um outro sentido indireto, secundário, figurado, que não pode ser apreendido senão através do primeiro"⁸.

Qual seria o papel de uma teoria filosófica da interpretação à atual profiferação de métodos nas ciências humanas. é este o tema central das investigações desse autor. é certo que toda interpretação tem um elemento comum, qual seja, "é a semântica do mostrado-escondido, das expressões de duplo sentido, necessitando uma teoria e uma lógica transcendental do duplo sentido"⁹. RICOER escreve sobre o círculo hermenêutico: a conciliação entre pertença e distanciamento (compreensão-explicação).

Ora, a relação entre interpretação e a fundamentação, faz parte desse círculo hermenêutico traçado como teoria por RICOER. é que a fundamentação nada mais é do que a explicação da interpretação. A teoria da interpretação, naturalmente, é mais abrangente do que a relação entre fundamentação e a interpretação. Aplica-se também à interpretação dos chamados símbolos primários, ou símbolos

⁸"Existence et herméneutique" apud prefácio de COSTA, Miguel Dias. O conflito das interpretações... de Paul Ricoer, p.iii.

⁹Existence det herméneutique "apud" prefácio de COSTA, Miguel Dias. O conflito das interpretações... de Paul Ricoer, p.iv.

religiosos e levará em conta as funções ditas "psíquicas, cósmica, onírica, poética dos símbolos". Dentre os símbolos primários alguns mereceriam a atenção especial dos juristas, tal como a acusação¹⁰, a punição¹¹.

Como conclusão da contribuição de PAUL RICOER ao estudo da fundamentação das decisões poderia ser dito que necessariamente a interpretação depende de bases filosóficas distintas. Há, portanto, distintas formas de interpretar e de fundamentar esta interpretação. Não existe, um método de interpretação como uma verdade absoluta. A única conclusão possível é que o conflito entre interpretações é uma contingência da condição humana.

Em outro sentido, há estudo buscando em termos filosóficos a unidade entre a "verdade absoluta e a experiência humana (através da compreensão), como uma forma própria de hermenêutica¹².

Em termos jurídicos, no entanto, GADAMER estabelece nitidamente a impossibilidade de unidade hermenêutica entre a interpretação científica, e a interpretação que busca uma decisão concreta¹³.

¹⁰"Existence et herméneutique" apud prefácio de COSTA, Miguel Dias. O conflito das interpretações... de Paul Ricoer, p.330.

¹¹"Existence et herméneutique" apud prefácio de COSTA, Miguel Dias. O conflito das interpretações... de Paul Ricoer, p.348.

¹²GADAMER, Hans Georg. Wahrheit und Methode - Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, p. 3, "in verbis": "Die Hermeneutik, die hier entwickelt wird, ist daher etwa eine Methodenlehre der Geisteswissenschaften, sondern der Versuch einer Verständigung über das, was die Geisteswissenschaften über ihr methodisches Selbstbewusstsein hinaus in Wahrheit sind was sie mit dem Ganzen unserer Welterfahrung verbindet.

¹³GADAMER, Hans Georg. Wahrheit und Methode - Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, p.330 e ss.

HABERMAS fundamenta a necessidade de a reflexão hermenêutica dar-se em termos dialéticos, criticando a unidade, preconizada por GADAMER¹⁴, colocada pela autoridade da tradição.

O autor tem o brilho de abordar a questão hermenêutica levando-se em conta a linguagem como legitimação de relações de violência¹⁵, principalmente porque o direito, para nós, também é uma forma de linguagem.

3.1 - Métodos Interpretativos

Colocada a questão da equivocidade da interpretação em termos filosóficos, é natural que em termos mais estritamente jurídicos apresentem-se métodos interpretativos distintos.

WARAT¹⁶ analisa alguns métodos interpretativos:

3.1.1 - Método gramatical

O método gramatical concebe que a lei tenha sentido unívoco e que o intérprete deve descobrir esse sentido e sistematizar a interpretação. Proclama a utilização de estratégias sintáticas de substituição; interpretação por sinonímia.

¹⁴HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica - Para crítica da Hermenêutica de Gadamer. Ed. LMP, 1987. p.24.

¹⁵HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica - Para crítica da Hermenêutica de Gadamer. Ed. LMP, 1987. p.21.

¹⁶WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986.

Modernamente se entende que os usos do método gramatical supõe a remissão a uso acadêmico da linguagem contidos em repertórios oficiais da língua o que caracteriza o recurso de certos padrões culturais.

A interpretação distingue o interior dos signos um comportamento material (significante) e outro conceitual (significado) (tese saussuriana). A interpretação literal estabeleceria um elo segundo a opinião predominante dos lingüistas.

A interpretação pelo método literal ou gramatical é inaceitável para WARAT¹⁷. Pressupõe a interpretação certas teses ontológicas sobre a determinação do significado que aceitam as concepções realistas sobre o sentido dos termos. Essa linha de entendimento deriva de Platão que sustentava que o significado das palavras deveria refletir aquelas características que constituem a essência das coisas, o que - segundo a lógica neo-positivista - compreenderia o conceito expresso no termo. Segundo essa tese, haveria significados verdadeiros na medida em que as palavras pudessem expressar corretamente as qualidades essenciais das coisas que pretendem definir. O método gramatical buscaria o significado jurídico verdadeiro, muitas vezes oculto pela natureza intrinsecamente imprecisa da linguagem e pelas deficiências gramaticais com as quais as normas são formuladas.

O método gramatical é empregado sempre em qualquer interpretação. É um mito, no entanto, sua auto-suficiência, posto que ignora o âmbito ideológico da lei.

¹⁷WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986. p.43.

3.1.2 - Método exegético

Pode-se dizer que o método exegético proporciona um conjunto de critérios ritualizados para que o intérprete possa reconstruir a vontade originária do legislador¹⁸.

O "espírito do legislador" estabelece uma função mítica de uma categoria metafísica que outorga completude ao discurso exegético, recupera dissidências, estabelece a univocidade e a significação jurídica. Proclama a racionalidade e a onipotência do poder legislativo mas nega seus efeitos hegemônicos¹⁹.

A invocação do espírito do legislador apresenta outros aspectos interessantes a se considerar: a afirmação de certos valores sociais. Diferentemente do jusnaturalismo que exalta um direito superior ao Estado, a escola exegética destaca o valor do direito positivo, da legalidade entendida basicamente pelo respeito a lei escrita.

A escola exegética constitui, assim, uma resposta às arbitrariedades do absolutismo monárquico.

O método exegético estabelece uma identificação da norma jurídica com a racionalidade de sua significação e valoração. Assim a legalidade se identifica com justiça, como categoria axiológica do direito. O método exegético não permite a introdução de valores metajurídicos, ou seja, estranhos aos valores contidos no ordena-

¹⁸WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986. p.44.

¹⁹WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986. p.45.

mento jurídico estabelecido pelo legislador. O método exegetico só permite a manutenção e a reprodução dos valores de direito positivo vigente.

A concepção em que se baseiam o método exegetico e o gramatical é de que as leis conformam o universo significativo auto-suficiente do qual se pode inferir por atos de derivação racional as soluções para todo o tipo de conflito jurídico. Fundamentalmente, supõe a figura de um juiz neutro, mecânico, não criativo.

Entre as diretrizes retóricas usadas pela escola exegetica para determinar a vontade do legislador e manter a neutralidade do juiz deve-se destacar os chamados princípios gerais do direito, os aforismos, as máximas e os adágios, com os quais se aparenta uma interpretação da lei dentro do direito positivo, sem sair de suas fronteiras. Os moldes internos, no entanto, se completam com valores ambientais externos aos valores do sistema jurídico estabelecido.

O ato de interpretação para a escola exegetica é um ato de conhecimento e não um ato de vontade. Cultua-se o formalismo e a segurança jurídica muitas vezes em detrimento da equidade.

O método exegetico cumpre sua função mítica, baseada na crença da univocidade das normas legais, ao reduzir a significação (significado em sentido saussuriano) em mero conceito, pelo qual a significação das palavras da lei não traduzem as conotações da realidade jurídica²⁰.

²⁰WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986. p.46.

3.1.3 - Método histórico

O método histórico é uma variação do método exegético, surgido e aplicado em situações históricas distintas e frente a novas categorias conceituais sobre o direito. Ambos têm como fonte de interpretação de lei o direito positivo, mas distintamente concebido e explicado. Para o método exegético o direito é produto da razão, obra perfeita do legislador, imutável e unívoco. Para escola histórica, o direito positivo é produto da história e sofre as mudanças que impõe o tempo²¹.

Para o método histórico, a linguagem natural não transmite uma significação unívoca. Os aspectos sociais não são explicados por seus determinantes, mas são relacionados metafisicamente com o "espírito do povo".

A escola histórica estaria mais preocupada com o conhecimento moral da história do que sua explicação propriamente dita. Poderia ser constatado que as concepções da escola, nascida como reação ao racionalismo de sua época se converteram em ponta de lança do conceitualismo jurídico que culminou com a sistematização de WINDSCHEID, artífice da jurisprudência dos conceitos.

3.1.4 - Método comparativo

Trata-se de uma variação do método exegético. Pugna a elaboração de conceitos jurídicos através de outros direitos (históricos e estrangeiros vigentes). A universalidade pretensa entre os direitos é abstrata e meramente conceitual.

²¹WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986. p.47.

3.1.5 - Método científico

Ligada ao nome de GENY, a escola pretende equilibrar os excessos do racionalismo e as correntes estritamente legalistas e conceitualistas. Entende que, para obtermos segurança na interpretação das regras jurídicas, devemos recorrer a uma filosofia da natureza do homem que revele o mistério de sua existência²².

GENY entende que o direito é uma reconstrução racional estabelecida sobre a base de elementos extraídos da realidade natural e social. Os conceitos intervêm no processo e na reflexão jurídica como meio intelectual para elaboração das descrições e das coisas.

O direito estaria, metodologicamente condenado à inferioridade frente às ciências formais e fáticas, motivo pelo qual é necessário reunir todos os meios capazes de contribuir para superar tais deficiências. A lei não é a única fonte de direito, mas a principal. As outras fontes para ele seriam: a) formais: costumes, jurisprudência, doutrina e tradição; b) não formais: as regras da razão que derivam da natureza humana assim como o conjunto de aspirações humanas desejadas para a organização social.

As fontes não formais conferem ao juiz uma faculdade criadora sobre a base de uma investigação livre que descubra os dados racionais e ideais. A realidade social deve servir não só como meio de interpretação como também fonte de interpretação do próprio direito.

²²WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986. p.51.

A crítica que se faz a GENY é de que ele não adverte que as lacunas que ele detecta no direito positivo não se devem à ausência de uma norma legal aplicável, mas sim à resistência a recorrer a uma disposição normativa que se desaprova axiológica, ideológica e politicamente.

O método científico mostra o caminho para uma leitura ideológica do discurso jurídico e para formação do discurso crítico, mas não a realiza²³.

3.1.6 - Método sociológico

Baseia-se nos métodos utilizados pela sociologia, tais como observação, experimentação e comparação de dados. No campo do direito, substitui o positivismo normativista pelo positivismo sociológico, privilegiando os fatos em relação às normas jurídicas positivas.

3.1.7 - Métodos teleológicos

O principal autor é PHILIP HECK. Afirmam os seus seguidores que o valor da decisão judicial, de uma interpretação de um texto legal, deve ser valorado em relação às conseqüências sociais que produza e aos fins que a orientam. Os valores sociais devem ser medidos segundo uma sociologia empírica.

O padrão ou critério que determine qual interesse social merece ser protegido ou privilegiado é a principal questão. Na prática, o problema resolve-se pelo poder político.

²³WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986. p.54.

3.1.8 - Método tópico-retórico

O principal representante é THEODOR VIEWEG²⁴. A tópica é a metodologia preparada para resolver problemas, situações duvidosas e incertas. Aflora através do raciocínio tópico o caráter político ideológico da atividade decisória²⁵.

VIEHWEG defendia que "a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes. Trata-se tanto de estrutura lógica de argumentação, especialmente da possibilidade duma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática".

É reconhecido que a filosofia do direito tende a reconhecer o caráter tópico retórico do discurso e do raciocínio jurídico. Atribui-se a VIEHWEG e ESSER a dimensão tópica e a PERELMAN a dimensão retórica.

²⁴Sobre o método tópico leia-se a seguinte pesquisa bibliográfica: ALEXY, Robert, Theorie der juristischen Argumentation, 1978; CLEMENT, Ch. Struktur der juristischen Argumentation, 1977; GRÖSCHNER, Dialogik und Jurisprudenz, 1982; FRITJOT, Haft, Juristische Rhetorik, 1978; PERELMAN, Logik und Argumentation, 1979; PODLECH, A. Rechnen und Entscheiden, 1977; SCHREINER, Die Intersubjektivität von Wertungen, 1980; STRUCK, G. Zur Theorie der juristischen Argumentation, 1977; WETERMANN, Argumentationen und Begründungen in der Ethik und Rechtslehre, 1977; Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, RTh Beiheft 1, 1979; DIEDERICHSEN, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW, 1966, p.697 e ss.; HORN, Zur Bedeutung der topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denken, NJW, 1967, p.601 e ss.; KRIELE, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, p.114 e ss.; ZIEPPELIUS, Problemjurisprudenz und topik, NJW, 1967, p.2227 e ss. apud LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, Fundação Calouste Gulbekian, p.179.

²⁵VIEWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência, Ed. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, V.I, Departamento de Imprensa Nacional, Brasília, Distrito Federal, 1979. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr.

CANARIS²⁶, por sua vez, confronta as virtudes e vicissitudes do método tópico com o sistemático.

O sistema tópico, para CANARIS, é insuficiente para a compreensão da validade e da adstringibilidade jurídicas. VIEWEG define a tópica como "pontos de vista de múltipla utilização e aceitáveis em geral, que podem ser a favor ou contra a adequação opinativa e que podem conduzir à verdade".

A lei, para esse sistema, não seria essencial, bastando o "senso comum" sobre a questão, vale, de forma mais ampla, para decidir quanto à política do legislador em escolher o interesse a ser tutelado pela regra jurídica. Ou seja, a tópica funcionaria como uma forma de criação da norma concreta.

As virtudes do sistema tópico seriam as de que poderia ser aplicada especialmente no caso de lacunas legislativas, ou no caso de inexistência de valores legais suficientes para ser induzida a validade daquela norma especificamente ao caso concreto. Também as decisões de equidade, posto que a solução encontrada será individualizada para o caso concreto como mais justa.

Com virtudes e vicissitudes do sistema tópico e o sistemático interpenetram-se complementando-se mutuamente. A estrutura tópica dá nascimento a novos princípios jurídicos.

Tem-se que, em termos jurídicos: as palavras da lei tem elementos heterogêneos de significação que determinam as condições da vida social à qual estamos submetidos. A interpretação tem como essência esta equivocidade de sentidos.

²⁶CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito - Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Introdução e tradução Menezes Cordeiro. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p.243 e ss.

O saber jurídico ou a significação jurídica, é um código regulador de associações significativas, que a partir das palavras da lei pode se efetuar.

Os métodos exegéticos são instrumentos nas mãos do intérprete para adequar e justificar o discurso judicial da fundamentação das decisões.

Nenhum método, conduzirá, por si só, à verdade hermenêutica.

4 - FUNDAMENTAÇÃO

Analisada a importância da interpretação e a respectiva fundamentação no exercício da jurisdição, analisadas alguns aspectos quanto à hermenêutica e os métodos interpretativos, passaremos a analisar a fundamentação. O pressuposto necessário da fundamentação é a cognição como procedimento. A fundamentação tem elementos, estrutura e formas.

4.1 - Cognição

A obrigação da fundamentação da sentença é a garantia de que o poder exercido pelo Judiciário é exercido segundo o princípio da legalidade¹.

A fundamentação é decorrência do princípio geral do Estado de Direito. É difusa a orientação de que o princípio de motivação da sentença judicial seria um princípio de "natural justice", inde-

¹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. Revista dos Tribunais, 1979. p.3, nota 7. O Estado de Direito implica Estado subordinado ao Direito e não que o Direito seja vontade do Estado.

pendente do fato de estar formulado em norma positivada².

BARBOSA MOREIRA³, analisa a cognição e a motivação como bases de um Estado de Direito "A justificativa material está na existência do fundamento e a formal, na exposição, declaração e demonstração do fundamento. Extrai essa colocação da caracterização do Estado de Direito como Estado que justifica".

Quanto ao conteúdo da fundamentação, sendo esta por definição presa ao princípio da legalidade, deverá se ater a uma justificação adequada a um juízo jurídico. Assim, deverá ser justificada a escolha da lei, a escolha da interpretação de tal norma por que se considera a mais apropriada, a escolha das conseqüências que derivam da aplicação daquela norma ao caso concreto. A motivação não pode se resumir a uma enunciação da norma. Deve dar conta sim é da escolha dessa norma, justificando-a.

é válido dizer que a cognição é o pressuposto da fundamentação.

KAZUO WATANABE conceitua a cognição como um "ato de inteligência consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do 'judicium', do julgamento do objeto litigioso do processo"⁴.

²Existe, uma diferença fundamental entre a existência da obrigação de fundamentação da sentença no plano de leis ordinárias e no plano de direito constitucional. No âmbito de direito constitucional a norma se apresenta como garantia fundamental para o controle difuso do exercício jurisdicional. No âmbito de norma ordinária a obrigação de fundamentação está ligada a um instrumento de funcionalidade do processo.

³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito in Temas de Direito Processual, Ed. Saraiva, 1980. p.83.

⁴WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p.50.

A escolha da lei implica, é certo, em escolha dos elementos probatórios, a valoração eficaz dos meios de prova, a reconstrução do fato a ser provado. Não se restringe, evidentemente, à verdade ou falsidade dos fatos, mas sim, à escolha dos fatos relevantes, entre os vários possíveis.

No âmbito da valoração da prova, especial importância tem o princípio do livre convencimento. Se de um lado admite erros, por outro, estará conduzido, sempre por bases racionais de convencimento. São características da fundamentação a racionalidade, a completude e a controlabilidade.

A cognição⁵ é o procedimento que irá estabelecer as bases da fundamentação. O juiz, para conceder a prestação jurisdicional precisa conhecer primeiro das razões (em profundidade, ou apenas superficialmente, ou parcialmente, ou definitivamente, ou em caráter provisório: tudo isso se põe no plano da técnica de utilização da cognição. Depois deverá adotar as providências voltadas à realizações práticas do direito da parte. A cognição dependerá do procedimento previsto pelo legislador processual. A cognição consiste em:

a) técnica processual para conhecer das questões submetidas ao juiz;

b) o problema da realização prática do direito, segundo essa técnica processual.

A cognição se dá em dois planos distintos, o horizontal e o vertical.

No plano horizontal a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo relativos às questões processuais, condições

⁵WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. Revista dos Tribunais, 1987, p.81 e ss.

da ação e mérito. Pode ser plena ou limitada.

No plano vertical a cognição pode ser exauriente - completa, sumária - incompleta, ou rarefeita (na execução).

Exemplos citados por WATANABE⁶.

a) cognição plena ou exauriente: no procedimento ordinário, sumaríssimo, processo especial de pequenas causas;

b) cognição parcial ou exauriente: separação judicial em divórcio, embargos de terceiro, busca e apreensão em alienação fiduciária, títulos cambiários, processos de desapropriação;

c) cognição plena exauriente "secundum eventum probationis": processo de inventário, mandado de segurança, desapropriação (quanto à dúvida sobre o domínio no levantamento do preço);

d) cognição eventual plena ou limitada e exauriente: ação de prestação de contas (havendo contestação a cognição será plena e exauriente);

e) cognição sumária ou superficial: processo de execução.

Após a exemplificação, WATANABE conclui estabelecendo relação entre cognição, procedimento e a cláusula do devido processo legal: "É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferentes de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam as exigências das prestações materiais quanto à natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender as opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que

⁶WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.94.

compõe a cláusula do devido processo legal".

é certo que no processo de cognição sumária, a sentença está fundamentada exclusivamente no âmbito da cognição existente⁷.

4.2 - Elementos

Ao se analisar a fundamentação da sentença no processo civil, é necessário que se estabeleça os elementos da fundamentação.

TARUFFO⁸ posiciona-se quanto à fundamentação como um discurso finito, porque são finitas as proposições que o compõe. Entende ainda que tenha a estrutura fechada, que a torna definitiva e imutável.

Enquanto analisada por parte da semiologia⁹, entende que a fundamentação é um signo que estabelece a relação entre significante e significado.

Sendo um signo, a motivação da sentença situa diversas circunstâncias de interpretação:

a) como signo, estabelece o seu significado sob linguagem ordinária e técnico jurídica por aqueles que demandam em juízo;

⁷Esse fato leva-nos a um estudo interessante quanto à fundamentação da sentença nos processos cambiários. Trata-se do problema da autonomia dos títulos de crédito sob a perspectiva processual. Duas teorias defrontam-se; a de CARNELUTTI e a de ASCARELLI.

CARNELUTTI, in LEZIONE (vol. III, p.243), nega caráter constitutivo da declaração cartular e trata o título de crédito como tão somente um documento de caráter probatório.

ASCARELLI refuta essa idéia. Entende que, se a prova deve ser considerada como uma prova legal absoluta, torna-se inexplicável a possibilidade de oposição; se a prova é relativa, torna-se impossível explicar por que as exceções não podem ser opostas ao terceiro tomador. ASCARELLI entende que a declaração cautelar é o fato constitutivo do direito cautelar, documentada pelo título de crédito (TEORIA GERAL DOS TÍTULOS DE CRÉDITO. Saraiva, 1943, p.73).

⁸TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Cedam Padova, 1975. p.34.

⁹TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Cedam Padova, 1975. p.38.

b) como signo estabelece o seu significado sob linguagem ordinária e técnico jurídica pelo Tribunal em revisão de sentenças;

c) para as pessoas leigas em direito, a motivação estabelece uma única interpretação. Apenas quanto aos critérios éticos políticos, de justiça substancial, equidade, ou solução de um conflito de interesses. Nesse sentido, a sentença é uma significativa sobre o plano de valores.

A fundamentação também tem uma função heurística. Há necessidade de escolha metodológica que coloque em relevo no estudo da motivação da sentença, não só os aspectos jurídicos da decisão, mas também a integração de aspectos não jurídicos e de características metajurídicas.

Este tipo de consideração traz duas linhas básicas¹⁰ para estudo:

a) a motivação como indício;

b) a motivação como signo em senso próprio evidenciando a estrutura lógica da motivação.

O comportamento do juiz constitui-se numa afirmação¹¹. Essa afirmação assenta-se em uma individualização do fato, por uma reconstituição deste fato através da via indutiva e hipotética. Assim, a fundamentação seria um conjunto de fatos significantes.

É necessário partir da premissa de que a motivação da sentença é uma entidade lingüística complexa. Os indícios, que funcionam como fonte de motivação da sentença, relacionam-se ao tipo de situação simbólica instaurada pelo intérprete.

¹⁰TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Cedam, Padova, 1975. p.50.

¹¹TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Cedam, Padova, 1975. p.63

Uma das situações interpretativas é o discurso calcado em juízo de valores, ou segundo critérios metajurídicos, de natureza ética, política, estética.

A fundamentação da sentença reside em dois problemas fundamentais. O primeiro diz respeito à teoria interpretativa e o segundo à atividade do juiz segundo as normas que regulam esta atividade.

A interpretação da motivação da sentença é um símbolo linguístico com significado próprio. Este símbolo revela em substância o juízo de valores do juiz nele contidos. Assim, o significante constitui a formulação de um certo juízo de valores sobre um certo resultado.

Nos problemas menos complexos basta, para motivar, um ponto de vista estritamente lógico formal. Outros problemas podem inspirar aplicação lógico-formais insuficientes, ambíguas, polivalentes. Estes problemas não podem ser resolvidos com a aplicação neutra e objetiva da norma. Devem ser relevados segundo os padrões de senso comum.

Interessa-nos saber, nesse ponto, quando as razões de decidir expressam motivos reais e quando derivam da motivação não inerentes ao processo lógico. Estes motivos não expressos apresentam estrutura lógica também.

As teorias contrárias a um sistema puramente formalista na aplicação da lei também tiveram colaboradores na França (GENY), Alemanha e Itália (CARNELUTTI), à semelhança da "Methodenstreit" germânica.

a) Os sofismas logísticos e antilogísticos

As estruturas lógicas de raciocínio do juiz traduzem o positivismo dogmático "ingênuo", ou seja, formalmente neutro.

O sofisma logístico implica na escolha de um objeto falso e cômodo, pois não leva em consideração vários fatores ilógicos.

b) O papel do logicismo no raciocínio do juiz

A lógica jurídica desenvolve papel importante nas mãos do julgador. Pode-se tratar de lógica do juízo ético, dialético, metodologia hipotética e outros.

c) Distinção entre lógica do juízo e lógica da motivação

A expressão lógica do juiz sugere um "corpus" lógico autônomo unitário e determinado que seja prerrogativa do juiz; por outro lado, sugere a imagem de um único procedimento pelo qual o juiz recorre à lógica. A lógica da motivação é parte da lógica do juiz.

d) Logicidade e valoração no raciocínio do juiz

No contraste entre a doutrina logicista e antilogicista do juízo, ressalta de mais importante a função valorativa do juiz.

Posto isso, é necessário identificar os instrumentos de controle externo, seja jurídico, seja político, seja social.

Nesse sentido, é importante a distinção entre os planos de juízo e da motivação.

Sobre o plano do juízo, o problema dos valores cinde-se em três aspectos principais:

a) a escolha do valor como critério guia da valoração;

b) a valoração como formulação do juízo sobre a base do valor escolhido como critério guia;

c) a colocação do juízo de valor no contexto do raciocínio decisório.

Sobre o plano da motivação, o problema que se deve resolver não é aquele que diz respeito à racionalidade do juízo de valor, mas aquele que diz respeito à sua justificação.

Quanto à justificação há três problemas fundamentais:

a) a justificação da escolha dos valores guias;

b) a justificação do juízo de valor;

c) as justificativas das conseqüências que o juízo traz, no fim da decisão, no juízo de valores.

4.3 - Estrutura

a) A teoria do silogismo judicial

Trata-se da orientação sistemático dedutiva de matriz jurídico-positiva. A estrutura do juízo em um silogismo pelo qual a premissa maior é a lei e a premissa menor é a situação de fato¹².

No silogismo judiciário, a premissa maior resultaria da interpretação que facultaria a regra aplicável (por exemplo, os contratos devem ser cumpridos), a premissa menor, da subsunção de certos fatos considerados relevantes em determinado conceito jurídico (por exemplo, as declarações feitas por A e B correspondem a um contrato) e a solução, da própria conclusão do silogismo (por exem-

¹²TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Ed. Cedam, Padova, 1975. p.150. Capítulo IV sobre as teorias do juízo e da motivação, com bibliografia.

plo, A e B devem cumprir o contrato que celebraram)¹³.

Contra a teoria do silogismo, TARUFFO escreve que ela nega a natureza lógico-racional da atividade judicial e que não exprimiria a complexidade da atividade criativa do juiz¹⁴.

Traça em seguida os limites da teoria silogística, posto que o modelo lógico não distingue entre a atividade judicial e o raciocínio de justificativa que vem expresso na motivação¹⁵.

TARUFFO demonstra o emprego da teoria silogística pelos juízes que a utilizam, escamoteando outros fatores e formas de raciocínio conjuntamente dentro da estrutura silogística¹⁶.

Passa em seguida a expor as implicações ideológicas da utilização da teoria silogística. Primeiro, estabelece que a teoria implica em uma atividade cognoscitiva do juiz e não ato de vontade¹⁷.

Parte ainda do pressuposto de que o sistema jurídico é um sistema fechado e completo¹⁸. Estabelece ainda, como consequência, a

¹³Como se vê, a chave do processo não reside na conclusão - sempre automática - nem na formação da premissa maior; ela está, pelo contrário, na premissa menor, mais precisamente na subsunção.

¹⁴TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Ed. Cedam Padova, 1975. p.152. Capítulo IV sobre as teorias do juízo e da motivação.

¹⁵TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Ed. Cedam Padova, 1975. p.155-156.

¹⁶TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Ed. Cedam Padova, 1975. p.157-161.

¹⁷TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Ed. Cedam Padova, 1975. p.163 - nota 28.

¹⁸TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Ed. Cedam Padova, 1975. p.163 - nota 30, p.165 - nota 33.

suposta existência de um juiz neutro¹⁹.

4.4 - Formas argumentativas

Analisando as concepções funcionais, teleológicas, e sociológicas do direito, PERELMAN²⁰ menciona treze tipos de argumentos que permitem fundamentar a decisão. Estes argumentos concernem à substância e à matéria do raciocínio jurídico.

O argumento "a contrário": é um procedimento discursivo pelo qual dada uma determinada proposição se infere que o sujeito ou a qualificação jurídica não se aplica ao caso não apontado. Por exemplo, se dissermos que os homens serão submetidos ao serviço militar, se infere a contrário que as mulheres não estarão obrigadas ao serviço militar.

O argumento "a fortiori": é um procedimento discursivo pelo qual dado uma proposição normativa que afirma uma obrigação ou qualificação normativa de um sujeito, se conclui que com maior razão essa afirmação se aplicaria a uma prescrição normativa que abrangeria a primeira. Por exemplo, é proibido ferir. Com mais razão é proibido matar.

¹⁹TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Ed. Cedam Padova, 1975. p.165 - nota 34.

"La funzione ideologica dell'immagine deduttiva della motivazione si rivela poi anche considerando il problema dal punto de vista dell'esigenza, cui la motivazione risponde, di consentire il controllo esterno ulla validità della decisione. Una motivazione in cui domina l'elemento logico formale non consente, evidentemente, altro che un controllo de coerenza logico formale, che investe solo la validità delle operazioni deduttive in cui il giudice articola la própria dimostrazione"

²⁰PERELMAN, Chain. La logica jurídica y la nueva retorica. Trad. Luis Díez Picazo. Editorial Civitas S.A., 1988, p.77. Citando TARELLO, O. Sur la speceficité du raisonnement juridique - Die juristische argumentation, Archiv fuer Rechts und Sozialphilosophie, 1974.

O argumento "a completudine": é um procedimento discursivo pelo qual se abstrai a validade e existência de uma norma aplicável a um caso que especificamente não cuida, por entender-se que o sistema jurídico é completo e não admite lacunas. O argumento parte de uma concepção que o sistema jurídico é completo.

O argumento "a coherentia": é um procedimento discursivo que parte da idéia que o legislador razoável não pode regular a mesma situação de forma incompatível. Assim, as normas que provocam antinomia são rejeitadas.

O argumento psicológico: trata-se de buscar a vontade do legislador através dos seus trabalhos preparatórios.

O argumento histórico: presume a continuidade e supõe o conservadorismo do legislador.

O argumento apagógico ou de redução ao absurdo: trata de uma redução ao absurdo para inadmitir que a lei traga conseqüências ilógicas ou absurdas.

O argumento teleológico: concerne ao espírito e a finalidade da lei.

O argumento econômico: presume que o legislador não utiliza palavras supérfluas.

O argumento "ab exemplo": permite interpretar a lei segundo os precedentes, conforme uma decisão aceita geralmente.

O argumento sistemático: parte da hipótese de que o direito é algo ordenado e que suas diferentes partes constituem um sistema, cujos elementos podem ser interpretados segundo um contexto em que se insiram.

O argumento naturalista: importa na inaplicabilidade de uma lei que seja contrária a própria natureza da coisa²¹.

Como conclusão tem-se que, segundo J. ESSER²², o estilo das motivações têm manifestamente um alcance secundário em relação às considerações que fazem com que uma decisão seja a mais justa e conforme o direito.

²¹Na literatura nacional confronte-se MENDES NETO, João. Rui Barbosa e a Lógica Jurídica. 2.ed. Saraiva, 1949, p.73 e ss. Citando, argumento de analogia, "a posteriori", "a contrário", "ab absurdo", "ab inutile sensu", "a rubrica", "pro subjecta materia", argumentos de autoridade.

²²ESSER, Joseph. Vorverstaednis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt: Ed. Athenaum Verlag, 1970. p.7. Apud PERELMAN, Chain. La logica jurídica y la Nueva Retórica, Madrid: Civitas, 1979.

5 - HISTÓRICO

Para que se trate do tema da fundamentação no processo, faz-se necessário um breve panorama das características do direito e sua aplicação em várias épocas.

Não se trata aqui, à evidência, de um histórico do direito, mas sim de um esboço da forma de pensar o direito. O estudo da motivação da sentença depende da concepção que se tem sobre o direito, e o método de sua aplicação.

5.1 - Direito romano

O Direito Romano¹ tinha como método a ampliação de um caso para que se pudesse a partir daí estabelecer uma norma geral.

Na Roma Antiga, a aplicação do Direito dava-se também pelos pretores a quem cabia o "jus edicendi": por meio de "editos" declaravam como seria a justiça administrada no ano futuro². Não nos de-

¹FERRAZ, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2.ed. Ed. Atlas, 1980. p.18 e ss.).

²SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. Hermenêutica e aplicação do direito. 7.ed. Ed. Livraria Freitas Bastos S.A. 1961. p.222, citando DEGNI).

teremos nessa atividade jurisdicional, mas sim na aplicação do direito no que tange a subsunção.

Ainda que não haja bases seguras para se afirmar a existência ou inexistência da fundamentação no processo romano, estudos há a respeito da cognição no processo romano³. é possível falar-se em fundamentação dos fatos objetos dessa cognição. Não havendo cognição, é impossível aventar-se fundamentação, posto que esta tem como pressuposto alguma cognição.

O período "ordo iudiciorum privatorum" caracteriza-se, em linhas gerais, pela atividade privada da jurisdição. A sentença compunha a lide mas não possibilitava a execução coativa⁴. O efeito da sentença era o de fazer surtir uma nova obrigação. A natureza privada da sentença emprestava-lhe a natureza de um parecer.

O período "cognitiones extra ordinem" caracteriza-se na atividade estatal da jurisdição. Foi nessa fase que se instaurou a necessidade de citar o devedor em juízo para ouvir-lhe as razões⁵. Assim, havia cognição dos fatos juridicamente relevantes que influenciariam na solução da lide.

CELSO NEVES⁶ lembra que na última fase da evolução do processo civil romano se concebe a admissão de recurso a órgão hierarquicamente superior em procedimento predominantemente escrito, com sujeição de regras na apreciação da prova, donde se conclui que,

³LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952.

⁴LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. p.18.

⁵LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. p.27.

⁶NEVES, Celso. Apostilas de Direito Processual Civil II. Pós-Graduação, 1º semestre de 1989 - USP - Retrospecto Histórico) (não publicado).

nesse sentido, a fundamentação era pertinente.

Não se pode afirmar ou infirmar, no entanto, com segurança que as sentenças no Direito Romano seriam motivadas⁷.

5.2 - Direito medieval

O direito intermédio com a queda do império do ocidente e ascensão de uma civilização mais primitiva do que a romana, modificou as características quanto à cognição existente no Direito Romano. A solução da lide dava-se imeditamente com o emprego da força⁸. A cognição era mero acidente em algumas fases do processo, após a execução. Logo, não haveria fundamentação, nem mesmo haveria algum controle jurisdicional de segundo grau quanto às decisões.

O processo comum italiano, desenvolvendo-se no contexto das comunas medievais italianas, estabeleceu um ponto de equilíbrio entre a cognição e a execução dos julgados. A execução deveria proceder a uma fase cognitiva⁹. O processo comum alemão recebeu a influência do processo italiano¹⁰.

Os glosadores são responsáveis, a partir do século XI, pelo início de um estudo dogmático do direito. Os textos de Justiniano foram tomados como argumentos de autoridade. Os estudiosos desses

⁷CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. SAUVEL, Tony. Histoire du jugement motivé, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, vol. 61, 1955, apud Motivação da sentença do processo civil, Ed. Saraiva, 1987, p.33).

⁸LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. p.38.

⁹LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. p.61.

¹⁰LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. p.85.

textos procuravam harmonizá-los, procurando as relações e distensões entre eles. A característica desse estudo é a exegese de seus propósitos e a forma dialético-retórica. Esse confronto entre textos era também um confronto entre a autoridade e a razão. Diferente do modelo atual onde o confronto da dogmática se estabelece entre a vontade e a razão. Vontade esta seja da comunidade, seja do soberano¹¹.

O direito medieval seria contrário à motivação racional dos julgamentos. O princípio da motivação é manifestamente jungido à transparência do exercício do poder, transparência esta inexistente na Idade Média.

Os jusnaturalistas da era moderna foram responsáveis, a partir do século XVI, por uma sistematização que não existia entre os glosadores de forma completa. A característica básica dessa contribuição é a logicidade e dedutibilidade de um sistema fechado. Compreendendo-se o Direito como um sistema, ou seja, um conjunto de elementos de um todo coordenado entre si, que pressupõe um nexos de verdade, as ilações aos casos concretos decorrem naturalmente desse sistema que esgota a fonte desses raciocínios¹².

A escola histórica, a partir do século XIX, teve o mérito de trazer o caráter científico do Direito. Havia preocupação em buscar o contexto de cada época para cada um dos princípios da ciência jurídica. Também o resgate do direito romano se dava segundo a aplicação utilizável no presente.

¹¹FERRAZ, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito, 2.ed. Ed. Atlas, p.20.

¹²FERRAZ, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito, 2.ed. Ed. Atlas, p.20.

Para TARUFFO¹³ o princípio de obrigação da fundamentação se fixa no ordenamento processual moderno a partir da metade do século XVIII. Existem, é verdade, indícios de que a obrigação de motivação é anterior. Na metade do século do ano de 1700, o "Codex Fridericianus Marchicus", juntamente com a lei francesa de 1790 e o artigo 208 da Constituição do ano III, obrigam de forma positivada à obrigação de fundamentação das decisões judiciais.

5.3 - Direito moderno

A positivação de uma norma que obriga à fundamentação decorre, naturalmente, de uma racionalização das instituições jurídicas e de uma substituição do "Ancièn Regime" por uma organização judiciária mais transparente e mais simples. A motivação, assim, de uma praxe torna-se uma regra jurídica e de uma regra jurídica passa a um princípio geral de racionalização da administração da justiça.

Não se trataria de um fenômeno jurídico unitário, mas de uma racionalização exigida por todo o sistema que se manifestou de várias outras formas. Relacionam-se à fundamentação da sentença a partir desse momento histórico, também, uma centralização da magistratura. Ou seja, a magistratura racionalizou-se de forma funcional e burocrática do despostismo esclarecido, e a motivação era o instrumento de conexão entre a sentença e a impugnação. Com a existência de um juízo superior, ou uma magistratura de segundo grau, no âmbito da organização judiciária, poder-se-ia conhecer as razões adotadas em primeiro grau.

¹³TARUFFO, Michelle. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. (não publicado)

Também com as idéias democráticas do Iluminismo e da Revolução Francesa, a motivação das decisões judiciais fixou-se como uma garantia individual. A fundamentação garantiria o controle externo pelo povo sobre o modo pelo qual os juízes exercitam o poder jurisdicional.

Esse controle é difuso e se funda na legalidade da decisão. Vinculado à fundamentação estaria o princípio da publicidade das decisões. A origem do princípio da publicidade já estava registrado na lei de organização judiciária francesa de 1790, e na Constituição Francesa da época revolucionária. Na Itália, o fenômeno derivou-se do exemplo francês, na mesma época¹⁴.

A publicidade da decisão não foi considerada como princípio inerente à fundamentação desde do início. A razão disso foi histórica. A fundamentação nas sentenças tedescas era considerada como um instrumento endo-processual¹⁵. Assim, sob influência dessa natureza, a publicidade passou a ser considerada como princípio inerente à fundamentação em um momento posterior.

O positivismo jurídico, a partir do século XIX, no contexto do positivismo filosófico, tinha conotação de conformação de fenômenos por causas sociológicas¹⁶. Apresentava-se sob diversas facetas, ora sob forma de dogmática jurídica como ciência positiva da norma, ora como sociologia, ora como psicologia da vida do direito.

¹⁴TARUFFO, Michelle. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. (não publicado)

¹⁵Ainda hoje há influências no Código de Processo Civil Alemão dessa natureza ao dispor sobre a possibilidade de fundamentação reduzida nos casos onde não haja impugnação, "abgekuerzte Urteil" e em nosso código art. 459 "in fine".

¹⁶FERRAZ, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito, 2.ed. Atlas, p.34.

Tinha caráter sistemático e fechado, ou seja, não se admitia a existência de lacunas, por definição. A ciência, assim, cria o dogma da subsunção, pelo qual o raciocínio se caracterizaria pelo estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a norma legal genérica, e de uma premissa menor, que conteria o caso concreto. A conclusão seria o juízo concreto.

O século XX revela-se dividido entre concepções que, de um lado, aperfeiçoam o caráter rígido de sistema pandectista, como por exemplo HANS KELSEN, e de outro, tratam a ciência do direito como uma realidade empírica, fundamentando-a na sociologia.

Pode-se falar, em termos amplos, de duas correntes que têm efeito concreto no aspecto da fundamentação da sentença. De um lado, uma corrente presa as regras do pensamento e, de outra, suscetível ao fluxo renovador de outras disciplinas.

É patente que as obras sobre hermenêutica na literatura pátria procuram estabelecer o ponto de equilíbrio entre várias correntes que sistematizam a doutrina hermenêutica "aceita pela maioria dos juristas contemporâneos"¹⁷.

As diversas correntes refletem uma contingência histórica.

CAPPELLETTI¹⁸ leciona que com o crescimento do Estado em geral, este passou a intervir em todos os domínios, revelando uma

¹⁷SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos, in: Hermenêutica e aplicação do direito. Ed. Freitas Bastos, 1961, p.XI, Introdução, ao se manifestar "in verbis": "Como prefiro realizar obra de utilidade prática, expus as doutrinas avançadas, porém adotei, em cada especialidade, a definitivamente, vitoriosa, a medianeira entre as estreitezas do passado e as audácias do futuro. Nas linhas gerais, fui muito além da Dogmática Tradicional; passei pela Escola Histórica; detive-me na órbita luminosa e segura do Evolucionismo Teleológico. Descrevi apenas, em rápida síntese, o esforço de EHRlich e GENY, assim como a bravura semi-revolucionária de KANTOROWICZ e STAMMLER."

¹⁸CAPPELLETTI, Mauro. Juizes legisladores? Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1993. p.34.

transformação do papel da magistratura, e conseqüentemente da aplicação da lei.

O Estado, no âmbito executivo, se caracterizaria pela sua influência em financiar subsídios, remover as barreiras sociais e econômicas, promover e realizar os programas sociais. No âmbito legislativo, proliferariam as leis de aspecto intervencionista e de atribuição de direitos sociais. Por sua vez, o judiciário passaria a ter o papel de atribuir efeito à legislação programática.

Diante da tarefa renovada, o judiciário enfrenta duas escolhas: 1) permanecer fiel à concepção tradicional do século XIX que traça os limites da função jurisdicional, ou 2) elevar-se ao nível dos outros poderes. A primeira concepção diz respeito à idéia de que ao judiciário caberia exclusivamente as funções "protetoras" e "repressivas", não caberia ao judiciário a função de atribuição de direitos sociais.

A fundamentação e a interpretação respectivas das normas legais têm relação imediata com a forma em que a magistratura se coloca como poder estatal.

A partir de 1900, houve a tendência progressiva de generalizar-se a obrigação de fundamentação, seja em forma de princípio como na Alemanha, seja em forma de regra específica (artigo 142 do Código do Processo Civil francês)¹⁹.

Foi após a Segunda Grande Guerra que as Constituições Européias trouxeram a obrigação da fundamentação das decisões judiciais com princípios essenciais à administração da justiça, à existência de um Estado de Direito, e como direito fundamental da pes-

¹⁹TARUFFO, Michelle. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. (não publicado)

soa humana²⁰.

No direito brasileiro existia formulação doutrinária e legal da obrigatoriedade da motivação da sentença²¹.

Foi com a promulgação da Constituição de 1988 que, no Brasil, a obrigatoriedade da fundamentação da sentença foi elevada a norma Constitucional e, como corolário, a direito individual da pessoa humana, no artigo 93, inciso IX, juntamente com a publicidade relativa de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário. Também as decisões administrativas dos tribunais têm obrigatoriedade de motivação (artigo 93, inciso X, da Constituição Federal).

No âmbito do Direito Processual a obrigatoriedade vem traçada no artigos 458, inciso II, 131 do Código de Processo Civil.

²⁰Constituições do Haiti, art. 120, México art. 14, Peru, art. 227, Bélgica art. 97, Colômbia, art. 1639.

²¹CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. Ed. Saraiva, 1987. p.55, especialmente à remissão ao sistema processual filipino, livro 3º, título 66, parágrafo 7º, Regulamento nº 737, artigo 232, Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul, artigo 499, Código de Processo Civil do Espírito Santo, artigo 259, Código de Processo Civil do Distrito Federal de 1924, artigo 273, Código de Processo Civil do Rio de Janeiro, artigo 1355, Código de Processo Civil do Maranhão, artigo 322, Consolidação das Leis da Justiça Federal, artigo 255, parágrafo terceiro, Código de Processo Civil de Minas Gerais, artigo 382, Código de Processo Civil de Pernambuco, artigo 388, com cominação de nulidade Código de Processo Civil de São Paulo, Paraná e Santa Catarina, respectivamente, artigos 333, 231, 794; Código de Processo Civil de 1939, artigo 280).

6 - FUNDAMENTAR: CRIAR OU APLICAR O DIREITO

O Estudo da Fundamentação das decisões judiciais traz, na análise de sua amplitude, a interrogação quanto à "criação do direito" ou "aplicação do direito" na atividade jurisdicional.

6.1 - Chiovenda

Para CHIOVENDA o ordenamento jurídico cinde-se em direito material e direito processual. Trata-se da teoria dualista do ordenamento jurídico, segundo a qual o processo visa à aplicação da vontade concreta da lei. Não haveria, nesse sentir, portanto, qualquer atividade criadora do juiz na formação das regras concretas, o direito subjetivo e a obrigação preexistem a ele¹.

¹CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. 1, Ed. Saraiva, p.34.

6.2 - Carnelutti

CARNELUTTI², por sua vez, com base na teoria unitária, é quem defende que o direito objetivo, ou direito positivado, não teria condições de abranger todos os conflitos de interesses, sendo para tanto necessária uma participação do direito processual na criação de direitos subjetivos e de obrigações, as quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. Sobre a atividade criadora, outros autores manifestam-se positivamente³.

6.3 - Dinamarco

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO manifesta-se acerca das teorias dizendo que: "Reafirma-se que o sistema processual não é teleologicamente predisposto à criação de situações jurídicas novas (teoria dualista do ordenamento jurídico), muito embora seja inegável o elevado grau de participação do juiz na determinação da vontade do direito em cada caso concreto; ao juiz não é lícito trazer para as decisões as suas preferências pessoais, senão canalizar os sentimentos da nação e, mediante sua sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas (v. n. 28.3 e 29); desvios das decisões que se afastem da real vontade do direito podem ser devidos a erros e arbitrariedades do juiz ou à conduta das próprias partes (n. 28.4) mas a sua ocorrência situa-se no campo dos fenômenos e não

²CARNELUTTI, Lezione de Diritto Processuale Civile. Vol. II, p.27.

³Sobre a atividade criadora do juiz: CALAMANDREI, "Instituições de Derecho Processual Civil". Vol. I, § 25. p.200 e 202. LIEBMAN, "Eficácia e autoridade" da coisa julgada, nota 20, p.22.

infirmar a assertiva, aqui reiterada, de que ao juiz não compete a criação do direito do caso concreto (v. também n. 28.5). Afastando radicalismos, vê-se que, no entanto, ocorrem diferenças entre as espécies de processos, quanto aos seus escopos específicos -, havendo peculiaridades consideráveis nas sentenças constitutivas, nas de jurisdição voluntária em geral e nos julgamentos pelo júri popular; essas peculiaridades não são suficientes, contudo, para sustentar a teoria unitária do ordenamento jurídico (v. 28.2)⁴.

Reconhece o autor expressamente que o juiz possa "extrapolar" os lindes da lei e dos valores que o clima axiológico da sociedade projeta sobre os fatos em exame, quando ele traz os seus sentimentos e preferências pessoais e os projeta sobre o julgamento que em nome do Estado é chamado a fazer, ele poderá estar criando realmente, mas isso não significa que criar seja sua função institucionalizada"⁵

6.4 - Greco Filho

VICENTE GRECO FILHO⁶ entende que o direito para "a sua existência, não depende da efetivação da coação. A característica do direito é a sua coercibilidade, isto é, a previsão de sanção, da coação com ameaça, e não a coercitividade, que vincularia a própria formação do direito à sua violação e à imposição ao uso da força. O direito já é pronto e acabado quando normativiza uma conduta em re-

⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p.448.

⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p.278.

⁶GRECO FILHO, Vicente. Manual do Processo Penal, Ed. Saraiva, 1991. p.14.

lação à qual se comina uma sanção vigente (existente logicamente no ordenamento jurídico) e eficaz (correspondente a um complexo social ou a relações intersubjetivas), e no momento em que ocorre o fato fundante de uma relação jurídica".

Daí filiar-se à teoria dualista, por entender que o direito existiria pela simples existência da norma concreta e que a atividade judicial simplesmente reconhece o direito já concretizado.

6.5 - Liebman

ENRICO TULLIO LIEBMAN⁷ entende que a questão criativa dos juízes sob dois ângulos. Quanto ao aspecto sociológico, político, o ato jurisdicional "acrescenta" algo que não está na lei. Quanto ao aspecto estritamente jurídico "o pronunciamento do juiz consiste exclusivamente em tornar explícito, manifesto e concreto aquilo que já estava contido na formulação do preceito legislativo". Mas em contraponto adita: "Naturalmente tudo isto não impede a jurisprudência de orientar a interpretação da lei, adaptando-a, quando é necessário, às variáveis exigências da sociedade, da economia e dos costumes".

6.6 - Olivecrona

OLIVECRONA⁸ coloca a questão em termos de "expressões realizativas". A aplicação do direito, tanto por parte do juiz como

⁷LIEBMAN, Enrico Tulio. A força Criativa da Jurisprudência e os Limites Impostos pelo Texto da Lei. Tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim Pinto, Revista de Processo 43/57 e ss.

⁸OLIVECRONA, Karl. Lenguaje jurídica y realidad. Centro Editor de América Latina, 1958, p.38. Expressão realizativa, literalmente "performatives utterances".

por parte de qualquer aplicador, e todos somos aplicadores do direito, reduz-se a uma questão unitária ou seja, o direito existe desde que aplicado ao caso concreto. A lei, nessa perspectiva, existiria enquanto símbolo lingüístico do aplicador do direito.

Nesse sentido, a questão ideológica de neutralidade estaria fora da discussão entre criação ou aplicação do direito. A aplicação do direito seria sempre integrativa a um caso concreto e nunca a uma situação abstrata.

Daí defender a pertinência da teoria unitária, na medida em que direito e processo perfazem uma unidade.

6.7 - Pontes de Miranda

PONTES DE MIRANDA⁹ menciona que a lei seria as estacas pelas quais se passa o arame que é a interpretação da lei ao caso concreto. A alusão demonstra que a cerca se constitui de arame e estacas e não só de um ou de outro. O direito seria a lei e a respectiva aplicação. Não haveria, pois, a cisão entre direito processual e material.

A aplicação estaria exclusivamente ligada dentro de uma visão tridimensional do direito que se estabelece como MIGUEL REALE se posiciona, entre o fato, valor e norma. O direito, pois, não seria a norma imaginada de forma estanque, nem bem os fatos, juridicamente relevantes, nem mesmo o valor dado a estes fatos, ou a esta norma.

⁹PONTES DE MIRANDA, Comentários do código de processo civil, Ed. José Bushatsky, 1974, p.36.

6.8 - Hassemer

WINFRIED HASSEMER¹⁰ coloca em cheque a metodologia de abordagem da polaridade entre norma legal de um lado e sentença judicial de outro. Questiona o que se chama de vinculação do juiz a uma determinada codificação.

A idéia de que a sentença esteja vinculada à lei (teoria da subsunção) é tida como superada pelo autor que reconhece que o juiz efetivamente "cria o direito". Há o "reconhecimento de que a lei codificada não tem condições de determinar de forma completa, ao menos faticamente, a sentença judicial".

Em termos interpretativos, o autor reconhece a preponderância da codificação sobre a sentença judicial, mas estabelece que na lei há significados de conceitos legais consistentes, com núcleo conceitual, e outros mais inconsistentes, com auréola conceitual.

Realça a importância da codificação como fator de segurança e certeza do direito.

Demonstra que junto à codificação, a sistematização do conhecimento jurídico dirigiu-se ao ordenamento segundo os fatos e nesse mesmo sentido encaminhou-se a sistematização da jurisprudência.

A legitimação da sentença deriva, no sistema codificado, da legitimação da lei que a suporta. Não é necessário, nesse caso, socorrer-se de princípios de direito fundamentais. O problema decorre quando o juiz passa a não aplicar a norma e usar os princípios de direito para justificar determinada decisão. "Ocorrendo tal fenôme-

¹⁰HASSEMER, Winfried. "O sistema do direito e a codificação a vinculação do juiz à lei". AJURIS, nº 36, Ano XIII, p.195, março 1986.

no, desaparece o encurtamento do processo de legitimação do conteúdo da sentença judicial desejado pela norma codificada e a correção e certeza da sentença voltam a ser necessariamente, demonstrados pela invocação de princípios de direito fundamentais, caso inexistir outra norma codificada sobre a qual o resultado da sentença poder ser baseado"¹¹.

Dessa forma o direito poderá se modificar para atender às contingências do sistema.

A liberdade do juiz tem basicamente dois aspectos: o primeiro no que tange às alternativas decisórias; o segundo quanto aos argumentos, ou até mesmo as formas de argumentação.

A par da vinculação com a lei deve ser entendido o princípio de autonomia e independência do juiz.

Por independência, entende-se também o poder de manipular o sentido da lei através de cânones interpretativos, afastar-se da jurisprudência sumulada ou da dogmática.

O autor estabelece a distinção entre RECHTSFINDUNG e RECHTSFERTIGUNG - encontrar o direito e argumentar o direito. E assim passa a separar os fatores que condicionam um determinado resultado de uma sentença, das condições que são importantes para a explicitação e legitimação deste resultado.

¹¹HASSEMER, Winfried. "O sistema do direito e a codificação a vinculação do juiz à lei". AJURIS, nº 36, Ano XIII, p.181-197, março 1986.

6.9 - Carrió

GENARO CARRIÓ¹², critica a discussão que há muito tem ocupado o campo das reflexões dos juristas teria na Europa Continental e no Sistema da "Common Law".

A proposição "os juizes criam direito" teria significado ambíguo.

Qual o significado da palavra criar e no que consistiria a criação do direito? Criar implica uma atividade essencial à atividade jurídica, ou apenas aparece acidentalmente em tal ou qual facto?

A mais polémica das discussões, no entanto, parece corresponder à identificação do que exatamente é direito, que tanto pode dizer respeito às normas gerais sancionadas pelo legislador, como pode dizer respeito às normas gerais, legislativas ou não, impostas pelo poder público, incluídos os juizes.

O direito pode dizer respeito a normas individuais estas que não são uma mera dedução a partir daquelas normas gerais.

Assim, a questão se reduziria a alguns enunciados tais como:

1) O juiz, dada certas circunstâncias, elabora normas gerais.

2) O juiz sempre dita sentenças.

3) Em certas circunstâncias, os juizes ditam sentenças que não são o resultado de uma mera dedução a partir de normas gerais preexistentes.

¹²CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, p.106 e ss.

A proposição 1 reconhece como fonte autônoma de criação de direito.

A proposição 2 não significa nada quanto à questão de criação de direito.

A proposição 3 não suscita nada quanto à questão de criação de direito, desde que haja acordo sobre o significado de dedução a partir de normas gerais.

A ambigüidade da proposição de que os juizes criariam o direito não pode ser compreendida como uma disputa verbal, nem como uma disputa em torno da atividade dos juizes.

Carrió, usando a terminologia de CHARLES STEVENSON¹³, conceitua a disputa como um "desacordo de atitude". Esse "desacordo de atitude" versa dois aspectos: o que deveriam fazer os juizes e o que deveriam fazer os juristas ao teorizar acerca da atividade jurisdicional. Para quem acha que os juizes realmente criam o direito importaria que os juizes empunhassem com todo o vigor a sua importante função os juristas, por sua vez, deveriam se preocupar menos com a teoria das normas jurídicas e se preocupar mais com os fatos e problemas concretos.

A negação da proposição de que os juizes criam direito implicaria na atitude inversa. Os juizes teriam uma função "burocrática" de "aplicação" do direito, e os juristas deveriam se preocupar mais com os aspectos formais da teoria das normas jurídicas.

¹³STEVENSON, Charles L. Ethics and language. Yale University Press, cap. I) apud Notas sobre "Derecho y Lenguaje" de Genaro Carrió, p.109.

6.10 - Nosso entendimento

A questão de "criação" ou "aplicação" do direito é essencial a atividade jurisdicional, logo, os elementos que constituem a função jurisdicional, devem estar presentes em todos os atos da função, sob pena de não serem elementos, mas acidentes, e, como tais, não definiriam a função jurisdicional.

Existe uma preocupação generalizada em se estabelecer a distinção entre aplicação do direito e criação do direito¹⁴.

A teoria dualista, ao vedar a concepção de qualquer atividade criadora jurisdicional, parte de uma premissa metodológica de que existiriam dois momentos estanques entre a lei interpretada e a fundamentação aplicada desta lei. Isto não ocorreria, em nosso entendimento.

Pensar que a solução de aplicação da lei é uma aplicação dualista, da vontade concreta da lei significa, em outras palavras, que dados os fatos, a decisão para o caso seria invariavelmente a mesma, porque a lei abrangeria esses fatos de forma exaustiva - Isto não seria verdadeiro. A atividade jurisdicional não é autômata. Pensar em termos de uma teoria dualista implica ainda metodologicamente na existência, por princípio, de um juiz desvinculado à realidade social em que ele está inserido.

O direito se dá na medida da existência do fato, da norma e a respectiva valoração (MIGUEL REALE). A valoração se dá, no exercício da jurisdição.

¹⁴Sobre essa preocupação leia-se Juízes Legisladores? CAPPELLETTI, Mauro tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1993. p.20.

Concluimos, que o direito seria uma forma de linguagem. (É este o primeiro ponto que gostaríamos de fixar como premissa de toda a nossa linha de pensamento no decorrer dessa dissertação). Como forma de linguagem, a questão de criação ou não de direito é uma questão secundária. é irrelevante o desacordo de atitudes. A "fundamentação adequada" supriria como linguagem justificada, a "criação" ou "aplicação" do direito, porque este é sempre calcada em termos legais e racionais, dispondo, dentro do sistema jurídico.

Assim, é pertinente concluir que o direito existe apenas quando exercido (integração de norma, valor e fato).

O exercício do direito é o exercício da jurisdição (evidentemente há exercício do direito por ente não estatal, do que ora não se trata. Daí a realidade e pertinência da teoria unitária.

7 - SENTENÇA

7.1 - Objeto da questão

A sentença é o ato processual pelo qual o juiz põe fim ao processo decidindo ou não o mérito da causa (artigo 162, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil). Esgota neste ato a atividade do juiz no processo (artigo 463 do Código de Processo Civil).

Podem ser terminativas ou extintivas. Terminativas são as que põem fim ao processo sem julgamento do mérito (acolhem exceções de coisa julgada, litispendência, reconhece a ilegitimidade da parte ou ausência de algum pressuposto processual). São extintivas as que decidem relação de direito substancial posta em juízo.

Diz-se que a atividade judicial opera-se em dois planos: "um é o exame da norma como vontade da lei (questão de direito), e outro dos fatos que transformaram em concreta a vontade da lei (questão de fato)¹.

¹BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito. Vol. 1, Ed. Saraiva, 1972, p.62.

Podemos resumir com BARBOSA MOREIRA² que a motivação de direito consistiria na qualificação jurídica dos fatos, na determinação da regra de direito aplicável, no controle de validade ou de constitucionalidade dessa regra, na interpretação da regra.

Quanto à qualificação jurídica dos fatos acrescenta que caberia ao juiz a identificação do conceito jurídico, a valoração filosófica moral, ideológica e política, quase sempre implícita.

Quanto às questões de fato caberia motivar a apreciação das provas, a repartição dos ônus de prova, a existência de fatos notórios e de regras de experiência.

A doutrina tende a ver a formação da sentença como a formação de um silogismo³, onde a premissa menor corresponderia aos fatos e a premissa maior corresponderia ao direito aplicável a estes fatos. A sentença seria um juízo lógico sob a forma de um silogismo contendo a premissa menor, a premissa maior e a conclusão.

Estamos com MICHELLE TARUFFO quando este se posiciona que a questão de fato e questão de direito não há de ser analisada sob a concepção silogística⁴.

²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le Raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel. Relatório enviado ao Relator Geral do Tema, para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (não publicado), p.23.

³BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito. Vol. 1, Ed. Saraiva, 1972, p.62-63; SANTOS, Moacyr Amaral, in: Comentários ao Código de Processo Civil. Forense, 1986. p.395; SILVA, Ovídio Batista da. In: Curso de Processo Civil. Fabris, p.198. GUASPE, Jaime. Juez y Hechos, p.12; CARNELUTTI, Studi, vol. I, p.371; STEIN, Das Private Wissen des Richters, p.11; MARTY, La Distinction du Fait et du Droit, p.158 e ss. Na doutrina estrangeira, apud BUZAID, Alfredo, in: Estudos de Direito, Ed. Saraiva, p.191, nota 12.

⁴TARUFFO, Michelle. La Motivazione Della Sentenza Civile, Cedam Padova, 1975. p.502 nesses termos: "Nessuna delle due impostazioni appare soddisfacente, per ragioni che verranno subito chiarite, il problema richiede però alcune precisazioni preliminari in ordine alla "vexata questio" dei reporti tra fatto e diritto. Va detto anzitutto che la questione non può essere correttamente posta nei termini, tipici della concezione sillogistica de fiudizio, della contraposizione tra premissa maggiore e premissa minore del sillogismo giudiziale). Também nesse sentido, SICHES, Luís Recaséns. Nueva filosofia de la interpretacion del derecho. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 1956. p.36.

Creemos que não se pode falar em uma questão de fato que não tenha relevância para uma questão de direito a que se remete, nem a recíproca deixa de ser verdadeira⁵.

Reconhecemos, outrossim, principalmente quanto às limitações impostas pela conceituação entre questões de fato e questão de direito, ser indispensável a utilização dos termos respectivos⁶.

É válido dizer que a sentença é a aplicação da lei ao caso concreto. Formalmente a lei, norma geral e abstrata (premissa maior) é subsumida ao fato concreto (premissa menor) resultando a conclusão de um processo silogístico ou um juízo de valor⁷. A fundamentação tem esse aspecto formal, mas não é verdadeiro que sempre o dispositivo resulte de um processo silogístico simples. É que a decisão judicial é ato humano no qual interferem na condução do juízo uma série de outros fatores: psicológicos, políticos, ideológicos.

Segundo CALAMANDREI, a motivação não é a narração lógica psicológica do processo que conduziu o juiz à decisão, mas a apologia que o juiz elabora "a posteriori", da própria decisão⁸. Também

STARUFFO, Michelle. La Motivazione Della Sentenza Civile, Cedam Padova, 1975. p.504 e ss.

⁶Nesse sentido, e de acordo com o sistema processual italiano, também se posiciona TARUFFO, Michelle. La Motivazione Della Sentenza Civile, Cedam Padova, 1975. p.504.

⁷TELLES, Gofredo da Silva. Tratado da consequência. 5.ed. J. Bus-hatsky, 1980, p.219, "in verbis": "O processo silogístico, pois, consiste essencialmente inferir ou deduzir uma proposição de um antecedente, que faz ver (em um terceiro termo) a razão ou o meio pelo qual os dois termos dessa proposição devem ser unidos um a outro", citando MARITAIN, Jacques, Elements de Philosophie, Petite Logique, nº 69, p.207. 11.ed.

⁸Extraído de uma série de conferências ditadas por PIERO CALAMANDREI na Universidade Nacional Autônoma do México em 1952, cujos textos foram reunidos no volume com o título de Processo e Democracia - Pádua, 1952, onde o mestre abordava as principais fases do processo civil na forma em que se desenvolvem na realidade, que deforma, modifica e até mesmo substitui a disciplina imposta pela lei, segundo exigências práticas de costumes e de oportunidade.

CARNELUTTI escreveu: "O julgamento vem primeiro o raciocínio depois"⁹. LIEBMAN¹⁰ diz: "As leis processuais são recriadas e transformadas pelas pessoas que as transformam em atos processuais concretos, ou seja, poder-se-ia até dizer que pelas personagens que as representam e as interpretam no palco judiciário".

A sentença descreve a reconstrução dos fatos ocorridos, qualifica juridicamente estes fatos, interpreta o direito, aplicando-o aos fatos, fase esta que PALERMO denomina de "crítica do direito". Tais atividades são a interação recíproca da norma ao fato¹¹. A tarefa da fundamentação será a de identificar todos os fatos relevantes juridicamente para a solução da lide. A qualificação jurídica não se faz apenas com a norma que irá ser aplicada ao caso concreto, mas com todo o sistema jurídico.

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹², o dispositivo é a "síntese dialética resultante do confronto entre teses e antíteses colocadas pelas partes mediante a sua participação contraditória no processo". Mas, ainda nesse sentido, o juízo formado, a síntese, é extraída não apenas do confronto de provas e alegações entre os protagonistas, mas do próprio sistema jurídico como um todo.

⁹CARNELUTTI, Diritto e processo, Nápoles, 1958, p.215.

¹⁰LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença, Revista de Processo nº 29, p.79.

¹¹PALERMO, Antonio. Il processo di formazione della sentenza civile, Milão: Giuffrè, 1956. p.48. Apud DINAMARCO, Cândido Rangel. O Conceito de Mérito em Processo Civil, Revista de Processo 34/20.

¹²DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. Revista de Processo nº 34/20, p.26

7.2 - Questão e lide

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹³, contrapõe o conceito de lide de CARNELUTTI às críticas de LIEBMAN. Este entende que a lide, como conflito de interesses, reduziria o conceito meramente sob o enfoque sociológico. Sob o aspecto jurídico "esse conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo, representa o seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja, o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz"¹⁴.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO reconhece a inadequação da colocação da lide como "pólo metodológico na teoria do processo". É que o dispositivo não decorre exclusivamente do conflito entre pedidos de autor e réu, mas sim, diferentemente, do próprio sistema. Justifica-se, portanto, seu inconformismo, posto que entende que as hipóteses de revelia e o reconhecimento do pedido (artigos 319 e 269 do Código de Processo Civil, inciso II), não foram satisfatoriamente explicadas sob esse prisma metodológico. Em ambos os casos, poder-se-ia supor erroneamente que não haveria objeto do processo, posto que não há antítese à tese deduzida, quando obviamente há o referido objeto decorrente necessariamente do ordenamento jurídico¹⁵.

¹³DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. Revista de Processo 34/20.

¹⁴LIEBMAN. Enrico Tullio, in O despacho saneador e o julgamento de mérito, nº 8, p.7, 9, 114 e ss. apud DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. Revista de Processo, p.33.

¹⁵A jurisprudência endossa a tese conforme se depreende da ementa transcrita, com parcial fundamentação, do acórdão deste. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, publicado na

CARNELUTTI elaborou o conceito de questão como "dúvida quanto a uma razão", não se confundindo com a lide, a que é o "conflito de interesses". Ponto é o fundamento da demanda ou defesa que seja incontroverso, não havendo discussão a seu respeito. Havendo discussão, o ponto será conceituado como questão¹⁶.

As questões ou pontos duvidosos podem ser quanto ao fato ou quanto ao direito. Será de fato se houver dúvida quanto à existência do fato, será de direito se a dúvida disser respeito à aplicação de norma ao caso concreto, interpretação de textos ou escolha de normas hierárquicas.

As questões, ainda, podem ser processuais ou substanciais, conforme digam respeito às condições da ação ou situações do pro-

 JTACSP nº 100/297 Lex., nestes termos: "Locação Comercial - Renovatória de alugueres - Revelia - Fixação de plano de novo aluguel, nos termos da oferta - Inexistência de Perícia especializada - Inadmissibilidade - A confissão ficta não supre - nem poderia suprir - a falta de acordo das partes e nem prova especializada, quando essencial esta". Na ação renovatória, quando ocorre a revelia, não pode o juiz, pura e simplesmente, aceitar a oferta do preço da locação, sob o fundamento de que ocorreu a confissão ficta, eis que, mesmo silente o réu, o objeto da ação acertamento de aluguel, só poderia ser possível com a produção de prova especializada, isto é, da perícia". RT 618/142 "Locação - revisional de aluguel revelia - impossibilidade de aplicação dos seus efeitos - prova pericial indispensável - necessidade de avaliação para o correto arbitramento do valor locatício. Em ação revisional de aluguel é indispensável a realização da prova pericial, apesar da revelia do réu. Impõe-se a avaliação para possibilitar correto arbitramento do valor locatício".

E mais: RTJ 115/1227 e RJTJESP - Lex 106/234. Na doutrina: ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol. II, p.191 e 192, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982; GIANESI, Rita. Da Revelia no Processo Civil Brasileiro, p.74 a 78, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977; CALMON DE PASSOS. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III, p.468 a 473, Forense, Rio de Janeiro, 1979, 1979; PIMENTEL, Wellington Moreira. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, p.334 a 336, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979. Definem a relatividade da presunção de veracidade no caso de revelia.

¹⁶MENESTRINA, La Prejudiciale nel Processo Civile, Milão, Giuffré, 1963. Nº 30 e 31, p.137 e ss. apud DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, Revista de Processo, p.25.

cesso, de um lado, ou digam respeito a algum dos aspectos materiais da demanda.

As questões não serão rediscutidas no mesmo processo. Quanto a estas opera-se a "eficácia preclusiva da coisa julgada" (artigo 474 do CPC). Podem, por outro lado, ser discutidas em outro processo, desde que não estejam presentes as mesmas partes, causa de pedir e pedido.

Existem questões de mérito no processo de conhecimento, no processo cautelar e no executivo.

COUTURE lembrou alhures¹⁷ esquematicamente a relação entre causa de pedir e fundamentação da sentença, dispositivo e pedido. A causa de pedir é a própria fundamentação da sentença de procedência do pedido. Esse esquema, no entanto, é meramente pedagógico.

CELSO NEVES¹⁸ entende que as questões processuais são as condições da ação ou pressupostos processuais e o suposto processual ou direito de ação. Além das questões processuais, há as questões de mérito, as quais formarão, juntamente com as demais, assim que resolvidas, os fundamentos da decisão.

Sob o ponto de vista prático, o juiz deverá conhecer primeiramente a análise dos pressupostos processuais. Superada essa fase, examinará se concorrem os requisitos de admissibilidade do pedido, referente às condições da ação. Posteriormente ingressará no mérito, declarando se procede ou não o pedido¹⁹.

¹⁷COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, De Palma, 1977, p.253 e ss.

¹⁸NEVES, Celso. Binômio trinômio ou quadrinômio. Revista dos Tribunais, 517/11.

¹⁹BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito, Ed. Saraiva, p.7

7.3 - Questão e coisa julgada

Não fazem coisa julgada, em nosso sistema processual, os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, bem como a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença, a teor do artigo 469 do Código de Processo Civil. É certo que a doutrina entende que as questões no âmbito da causa de pedir também se tornam imutáveis quando integram no fato constitutivo do pedido²⁰. É que a fundamentação não pode ser considerada no sentido meramente formal²¹, mas alcança a coisa julgada as questões que reconstroem a causa de pedir²².

As questões de mérito não se confundem com o mérito. O mérito, após decidido, projeta eficácia para fora do processo e obtém a autoridade da coisa julgada. As questões de mérito, por sua vez, são analisadas na fundamentação e não surtem efeito de autoridade de coisa julgada material (artigo 469, inciso I e II).

²⁰ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, vol.3, p.238, Ed. Saraiva, 1974. "As questões que se situam no âmbito da causa de pedir igualmente tornam-se imutáveis no tocante à solução que lhes deu o julgamento, quando essas questões se integram no fato constitutivo do pedido: a propriedade na ação para reivindicatória, a existência do vício de vontade para anular negócio jurídico, o inadimplemento do devedor na ação de resolução do contrato, etc.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. Limites Objetivos da Coisa Julgada, p.164. Ed. Bushatsky, 1977. "Parte dispositiva da sentença deve ser entendida em sentido substancial e não apenas em sentido formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes".

²² CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, volume I, 1942. p.564. "Semelhante exclusão dos motivos da sentença da coisa julgada, não há que entender-se no sentido formalístico, de que só passe em julgado o que está escrito no dispositivo da sentença: porque ao contrário, para determinar o alcance da coisa julgada, é, pelo qual, necessário remontar aos motivos para identificar a ação com a indagação da 'causa petendi'".

7.4 - Instrumentalidade da questão

Os motivos não constituem coisa julgada na "civil law" mas são de altíssima relevância para a interpretação do "decisum". A causa de pedir determina, com certa limitação a extensão da tutela jurisdicional. Isto não ocorreria no sistema da "common law".

Em perspectiva mais abrangente, a instrumentalidade da motivação no confronto da motivação pode ser vista em dois aspectos: a) típica mas não exclusiva do sistema da "civil law", se além ao uso da motivação como interpretação do "decisum"; b) típica mas não exclusiva dos sistemas da "common law", se além ao uso da motivação para a determinação da "ratio decidendi" como princípio vinculante segundo a "stare decisis"²³.

7.5 - Imanência entre fato e direito

As questões, portanto, repita-se, não nascem exclusivamente do que foi alegado ou trazido aos autos. Figura-se, à vista disso, como problema metodológico, a distinção que se pode fazer sobre questão de fato e questão de direito, para que se identifiquem a interação entre elas de forma a se estabelecer o que pode ser conhecido pelo juiz e o que não poderia ser conhecido.

CASTANHEIRA NEVES²⁴ propõe demonstrar a relação de imanência que existe entre o direito e o pensamento jurídico. Assim, po-

²³TARUFFO, Michele. Motivazione della Sentenza Civile, p.82-96, citando GORLA, "La Struttura della Decisione giudiziale nell diritto italiano e nella "common law" e outros.

²⁴CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Questão de Fato e Questão de Direito ou Problema Metodológico da Juridicidade - Ensaio de uma reposição crítica. Volume I, A Crise, Coimbra: Livraria Almedina, 1967. (Introdução).

de-se dizer que não existiriam questões de direito identificáveis independente de questões de fato. Por sua vez, as questões de fato teriam relevância se dependentes de questões de direito. A discriminação entre questão de fato e questão de direito teria base metodológica. "Discriminar as duas questões é explicitar a problemática da validade que suscita".

Assim, também a subsunção é uma escolha seletiva da questão de fato ou questão de direito por quem irá fundamentar a decisão²⁵.

Também JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA entende que a análise entre as questões de fato e as questões de direito é dialética²⁶.

é o juiz quem elege as questões de direito.

Alegada a natureza da relação jurídica pelas partes, o juiz não está obrigado a considerá-la a fim de sentenciar. é que impera o entendimento do antigo brocardo: "da mihi factum dabo tibi ius". Há quem defenda que esse princípio exclui o direito constitucional de ampla defesa, uma vez que a possibilidade de qualificar juridicamente seria exclusiva do Juiz²⁷. Não nos parece correto esse entendimento. A ampla defesa refere-se à possibilidade de produção de prova relativa a fatos e não à imposição de teses jurídicas. O objetivo da tutela jurisdicional seria desvirtuado, pois, ao invés de solucionar o caso concreto, qualquer que seja a natureza do direito pleiteado, o juiz ficaria adstrito a escolher as teses jurídicas expostas pelas partes. A possibilidade que o juiz tem de aplicar a

²⁵CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Questão de Fato e Questão de Direito ou Problema Metodológico da Juridicidade - Ensaio de uma reposição crítica. Volume I, A Crise, Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p.119, § 7º, citando bibliografia a respeito.

²⁶BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel. Relatório enviado ao Relator Geral do Tema, para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (não publicado), p.13.

²⁷TROCKER, Nicoló. Processo Civile e Costituzionale: Problem di Diritto Tedesco e Italiano, Dott. Giuffré, 1974, p.640.

tese jurídica que lhe aprouver relaciona-se de alguma forma com a autonomia e com a independência do magistrado frente à causa. O juiz tem capacidade técnica, a princípio, para solucionar as questões a ele submetidas aplicando o direito ao caso concreto independentemente dos fundamentos jurídicos alegados pelas partes. Daí a verdade do brocardo "iura novit curia".

O juiz analisará a causa de pedir narrada.

A causa de pedir constitui-se dos fatos e dos fundamentos jurídicos da pretensão do autor. Da exposição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido deverá decorrer claramente a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação para agir. O artigo 282, inciso III, do Código de Processo Civil estabelece uma causa remota "fundamentum actionis remotum", e uma causa próxima, "fundamentum actionis proximum". Fato, nesse artigo, significa: fato constitutivo do direito, ou fato constitutivo da ação. Fundamento jurídico do pedido é entendido pela declaração da "natureza do direito pleiteado"²⁸.

A causa de pedir pode ser analisada, também, segundo os seus elementos. O primeiro elemento diz respeito à afirmação da existência de um fato que constitui uma relação jurídica, por exemplo, propriedade, compra e venda e mútuo. O segundo elemento diz respeito à existência do fato particular que no âmbito daquela relação jurídica dá origem ao direito particular invocado. O terceiro elemento diz respeito à afirmação da existência do fato de que decorre o interesse de agir, por exemplo, o inadimplemento. A causa de pedir diferencia conforme a natureza da ação. Nas ações de condenação importam dois elementos: a) nos casos onde há diversas

²⁸SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 2ª volume, 6.ed. Saraiva, 1981. p.129-130.

prestações devidas com o mesmo conteúdo, releva e basta diferenciar uma prestação de outra; b) nos casos em que de um mesmo objeto se possa extrair diversas utilidades, basta examinar a utilidade reclamada. Quanto aos direitos absolutos, como nas ações reais ou de personalidade, basta a afirmação da relação jurídica que deu origem à demanda. Não é necessário afirmar o fato que constituiu o direito. Quando se tratar de direitos obrigacionais, é necessário mencionar o fato constitutivo de que proveio a relação jurídica, não bastando a indicação pura e simples da relação jurídica ameaçada²⁹.

Como bem lembra BOTELHO DE MESQUITA³⁰, as teorias da substanciação e da individuação não são colocadas em pauta senão como mero academicismo, cedendo lugar à natureza do direito invocado para se identificar o conteúdo da causa de pedir.

Então qual seria a razão de as partes alegarem os fundamentos jurídicos do pedido? A atividade das partes amplia o poder de valoração do magistrado e facilita a formação de um juízo mais aberto e ponderado³¹.

Desde a petição inicial o autor qualifica os fatos, e, posteriormente o réu defende-se (exceção, reconvenção e contestação) deduzindo os fatos e as razões de direito pelas quais o pedido não

²⁹CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Volume I, p.496-503.

³⁰BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio. Conteúdo da causa de pedir. Revista dos Tribunais, nº 564/41. Em síntese, na individuação: a causa de pedir seria constituída pela relação jurídica afirmada pelo autor de tal sorte que a mudança nos fatos constitutivos operada no curso do processo não implicaria alteração da demanda. Na teoria da substanciação, por sua vez, a causa de pedir seria constituída pelo fato ou complexo de fatos aptos a suportar e dar causa à pretensão do autor; de tal forma que qualquer alteração destes fatos no curso da demanda importaria em mudança de ação.

³¹TROCKER, Nicoló. Op.cit., p.645, citando ainda ARNDT, Die Verfassungs beschwerde wegen Verletzt des Rechtlichen Gehörs, in Neue Juristische Wochenschrift, 1959, p.65. Com referência ainda a BAUMAN e FEZER, Beschleunigung des Zivilprocess, Recht und Staat, Heft 390/391.

poderia subsistir.

Por fim, encerrada a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, a teor do artigo 454 do Código de Processo Civil. Nesta fase, há oportunidade de as partes postularem pela procedência ou improcedência do pedido, analisando os fatos e atribuindo-lhes a natureza jurídica, ou seja, fundamentando juridicamente o pedido³².

Quanto ao fato constitutivo, diz-se indevidamente que poderia ser determinado simplesmente pela capacidade que este fato tem de extinguir, modificar ou criar direitos. Assim, vários fatos agrupados em categorias desta ou daquela relação jurídica formariam apenas uma "causa petendi". Por exemplo, a categoria jurídica do vício de consentimento reuniria diversos fatos, tais como: dolo, erro, simulação, que seriam considerados indistintamente desde que tendentes a anular um negócio jurídico.

Mais correto é dizer que os fatos devem ser considerados autonomamente, tantos quantos possam servir de fundamento de uma ação³³. É que a indeterminação do fato conduz invariavelmente ao

³²O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que é nula a sentença na qual o magistrado não deu oportunidade às partes para alegações após a instrução da causa, aludida pelo artigo 454 do Código de Processo Civil. É certo que em virtude de má praxe do meio judicial, muitas vezes, os debates no encerramento da instrução constituem-se mera formalidade, não sendo postulado nenhum argumento novo pelos advogados que tratam de reiterar as alegações expendidas anteriormente (incompreensivamente os debates em Segunda Instância não são menosprezados). Nesses casos é razoável o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência que, sob a alegação de não haver prejuízo, dispensam a realização dos debates. Entendem alguns que se trataria de nulidade relativa do processo, considerando sanada se não for alegada na primeira oportunidade.

³³MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, volume III, Forense, 1959, p.70-72. "Nas ações constitutivas, o bem jurídico pedido é a modificação de uma situação jurídica anterior. Não basta aqui, o identificar tão-só

cerceamento de defesa e possibilita a fluidez e alteração da causa de pedir.

A causa de pedir constitui-se de fatos narrados com precisão que conduzam no mundo jurídico à tutela jurisdicional pleiteada pelo autor. Devem ser precisos, porquanto a imutabilidade ou fluidez dos fatos essenciais conduziriam à indeterminação da própria demanda, com a conseqüente impossibilidade de defesa quanto aos fatos alegados.

7.6 - Questão e argumento

Questão não se confunde com argumento.

O juiz ao fundamentar uma decisão não é obrigado a responder a todos os argumentos, desde que o dispositivo esteja calcado de forma segura em uma fundamentação suficiente³⁴.

o efeito que se pretende obter do julgado, para a individualização da ação. Importante e fundamental em tais ações, é o fato de que deriva a criação, extinção ou modificação da situação jurídica. Se diversos fatos existirem que possam servir de fundamento a uma ação constitutiva tendente ao mesmo fim tantos pedidos se formarão conforme for alegado cada um desses fatos".

"Em contrário a essa orientação, sustentam alguns que os vícios de um ato podem ser divididos ou agrupados em classes ou categorias, formando cada uma a "causa petendi" da pretensão. Os vícios de consentimento constituiriam uma classe pelo que a ação proposta com fundamento no dolo teria a mesma causa que a proposta com fundamento na simulação, desde que ambas se destinassem a anular o mesmo negócio jurídico. Outra classe seria "v.g.", a dos casos de incapacidade (interdição, menoridade, consentimento uxório).

Tal doutrina está hoje repelida. Cada vício invocado é uma nova causa de pedir, como ensinaram GLASSON, MOREL e TISSIER.

Por sua vez, pondera JORGE AMERICANO com muito acerto: "A doutrina da classificação dos vícios em grupos ou categorias atribui caráter geral a uma causa especial e desnatura por completo a substância da demanda" Op.cit., p.210-211.

³⁴ALVIM, Arruda. Sentença no Processo Civil - As Diversas Formas de Terminação do Processo. Revista de Processo, nº 2, p.13 e ss.

A fundamentação da sentença tem relação com a causa de pedir, como visto, e com a exceção oposta pelo réu. Isto não significa, no entanto, que o juiz ao proferir uma sentença deve responder a cada um dos argumentos expendidos pelo réu³⁵.

A fundamentação deve ater-se ao caso concreto, analisando as questões que levariam à procedência ou improcedência do pedido. As questões que devem ser resolvidas não são argumentos, mas pontos fáticos ou jurídicos controvertidos³⁶.

7.7 - Questão de direito - conceito³⁷

Vimos que o juiz ao fundamentar a sua decisão irá identi-

³⁵Revista dos Tribunais 612/121.

³⁶Revista Trimestral de Jurisprudência do Estado de São Paulo 49/130. Ari Pargendler, 1ª turma, p.22.689. Acórdão 89.04 0036-9-SC relator. Questão "Se a sentença deixa de apreciar questão relevante suscitada na contestação, deve ser anulada. Anulação de sentença para que o MM Juiz "a quo" prolate outra decidindo sobre a arguição de litispendência".

³⁷Sobre conceito jurídico anote-se a seguinte pesquisa bibliográfica:
 AUSTIN, J.L. How to do Things with Words. Oxford, 1962. BENTHAM. Theory of Fictions. Bentham's Theory of Fictions. CARRIÓ, Genaro. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires, 1965. HART, H.L.A. Definition and Theory in Jurisprudence. Tradução de Genaro Carrió, in "Definición y Teoría en la Ciencia Jurídica". HOHFELD, W.N. Fundamental Legal Conceptions. Tradução: "Conceptos Jurídicos Fundamentales". MACDONALD, M. The Language of Political Theory. OLIVECRONA, K. Law as Fact. OPPENHEIM. An Outline of Logical Analyses on Law. ROSS, Alf. On law and Justice. Tradução: "Sobre el Derecho y la Justicia", "Definition in Legal Lenguaje". WROBLEWSKY, J. Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation. SOUZA, Antonio Francisco de. "Os conceitos jurídicos legais indeterminados no direito administrativo alemão", Revista de Direito Público 166, 1986, p.276. COSTA, Regina Helena. "Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa", Revista de Direito Público 95/123, que defende a distinção entre discricionariedade e interpretação. GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. Ed. Revistas dos

car as questões de direito segundo as quais identificará os pontos controvertidos que decidirá.

As questões de direito muitas vezes identificam-se com a formulação de conceitos jurídicos.

É certo dizer que o conceito "traduz por definição uma redução simplificativa da realidade sobre a qual ele foi confeccionado. Passar do conceito para a realidade sempre mais rica, além de traduzir uma inversão metodológica implicaria de modo necessário, o complemento do conceito com elementos estranhos às proposições conceptualizadas, e como tal, estranhos à fundamentação e à demonstração"³⁸.

Existe uma distinção, por exemplo, do conceito de propriedade com o fato ou direito de propriedade, em uma realidade objetiva de propriedade. Existe distinção entre o que se entende por "direito subjetivo", e o que corresponde efetivamente à direito subjetivo em uma realidade fática. A dificuldade aumenta ao se tratar de conceitos jurídicos indeterminados, como o que ocorre na identificação de expressões tais como "mulher honesta", "função social", "abuso de poder econômico", "desenvolvimento nacional", "promoção de bem de todos" etc.

Os representantes da escola do positivismo fático, entre eles, ALF ROSS, OLIVECRONA e FELIX COHEN reconhecem como o principal problema do direito o dualismo entre a realidade e a validade.

Tribunais, p.61. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Regras e Experiências e Conceitos Jurídicos Indeterminados". Revista Forense, 261. WARAT, Luis Alberto e MARTINS, Antonio Anselmo. Lenguaje y Definición Jurídica. El Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales. Buenos Ayres, 1973.

³⁸CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Introdução ao livro Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, CANARIS, Claus Wilhelm. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, p.103.

Com efeito, os conceitos ou a interpretação que se tem sobre esses conceitos encontram-se em um discurso jurídico incorporado pela fundamentação da sentença em que a única eficácia prática é a possibilidade de execução do julgado. Para os representantes desta Escola, as normas jurídicas seriam meros enunciados metafísicos. No plano jurídico, somente as sentenças judiciais possuíam correspondência empírica.

O professor da Universidade de Copenhague, ALF ROSS, demonstra aspectos lingüísticos do direito, ao analisar os conceitos de "dever", e "direito subjetivo", "propriedade", etc. O mesmo raciocínio pode ser usado para qualquer conceito jurídico.

Em uma ilha do pacífico habitava uma tribo de aborígenes, mais primitivos que se tem notícia. Um antropólogo que conviveu com os habitantes dessa ilha relatou que eles acreditavam que se uma pessoa tivesse comido a comida do chefe, ou estivesse com sua sogra, ou tivesse matado um animal totem teriam tornado "tû-tû", e por isso deveria se submeter a uma cerimônia de purificação.

O jurista ressalta desse fato que a palavra traduz ausência de significado, mas tem função de desempenhar a descrição e a prescrição, ou seja, mais especificamente, expressar ordens ou regras e fazer afirmações sobre fatos.

Com efeito, independentemente do significado de "tû-tû", verificado um determinado fato no entender da tribo como tabu, fica a pessoa que o cometeu submetido a outro fato (ritual de purificação).

A linguagem jurídica segundo ALF ROSS³⁹ está alcunhada de uma terminologia da espécie de "tû-tû". Frases como: 1) se se cele-

³⁹ROSS, Alf. Tû-Tû. Trad. Genaro Carrió. Ed. Harvard Law Review Association, p.22.

bra um empréstimo se origina um crédito; 2) se existe um crédito a importância relativa a ele deve ser paga na data do seu vencimento. Esta é uma maneira indireta de se dizer que se acorda um empréstimo, essa importância deve ser paga no dia do vencimento.

O crédito é mencionado em 1 e 2, mas não o é na última proposição. "Crédito" é uma palavra desprovida totalmente de referência semântica, tal como "tû-tû".

Conclui assim o autor escandinavo que não podemos negar totalmente que esta terminologia está associada à idéia mais ou menos indefinida de que um direito subjetivo é um poder de natureza incorpórea, uma espécie de domínio interno e invisível sobre o objeto do direito subjetivo, um poder que só se exterioriza com o exercício da força (sentença e execução) mediante o qual o uso e o gozo fático e aparente do direito subjetivo tem lugar, sem se confundir com a exteriorização. Assim, é de se admitir que nossa terminologia e nossas idéias apresentam considerável semelhança estrutural como o pensamento mágico primitivo sobre a invocação de poderes sobrenaturais que por sua vez são convertidos em efeitos fáticos. Não podemos descartar a possibilidade de que esta semelhança esteja enraizada e uma tradição que ligada à linguagem e ao poder que esta tem sobre o pensamento seja um legado do início de nossa civilização⁴⁰.

O dispositivo da sentença é a integração do direito a um caso concreto. Quando existe um pedido exercitado pelo direito de ação, o juiz aplicará a lei ao caso concreto. Para tanto, ele analisará os fatos envolvidos e interpretará a lei aplicável àquele caso.

⁴⁰Nesse sentido ROSS aponta HAGERSTRÖM, Axel, que têm estudo sobre a origem mágica das concepções jurídicas romanas Der romische Obligationsbegriff, 1927.

Assim, as questões de direito, porventura analisadas, segundo a escola do Realismo Fático, podem suficientemente comportar o vazio semântico que identifica Alf Ross na linguagem jurídica.

O estudo do conceito no âmbito do direito demonstra a sua textura aberta. O direito divide-se em categorias conceituais, sejam legislativas, sejam jurisprudenciais. Os cânones interpretativos não eliminam as incertezas dos conceitos, porque eles próprios são regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que exigem interpretação⁴¹.

É nesse contexto quanto ao conceito e a função que o conceito tem na formulação da questão de direito, que concluímos com ADA PELEGRINI GRINOVER e MICHELE TARUFFO quanto ao conteúdo da motivação, no que tange às questões de direito.

As questões de direito devem compreender na motivação um enunciado das escolhas do juiz com relação à individuação das normas aplicáveis; às conseqüências jurídicas das normas aplicáveis decorrentes; os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados⁴².

A solução das questões de direito implica a indicação do conceito aplicável e a congruência destes conceitos à decisão obtida. Isto não significa que o caminho é a elaboração do conceito jurídico com a conseqüente relação que esse conceito possa conduzir, mas sim que a motivação da sentença implica uma estrutura unitária, em que a realidade do conceito e a decorrência jurídica desse conceito ocorrem em um mesmo momento ou ato de vontade.

⁴¹HART, H.L. O Conceito de Direito. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. p.137.

⁴²GRINOVER, Ada Pelegrini. O Controle do Raciocínio Judicial pelos Tribunais Superiores Brasileiros. Revista Ajuris nº 50, p.8 e 9; TARUFFO, Michele. La Motivazione della Sentenza Civile, Pádua: Cedam, 1975. p.222 e ss., p.467, citado no texto em referência.

ADA PELEGRINI GRINOVER⁴³ adita nesse entendimento que a falta de motivação pode consistir: 1º) na omissão das razões de convencimento; 2º) em erro lógico jurídico de modo que as premissas de que se extraiu a decisão possam ser extraídas dos conceitos elaborados ao longo do discurso jurídico, ao que chama de motivação intrínseca; ou, 3º) na omissão do fato decisivo para o juízo, ao que chama de motivação extrínseca.

Tratamos aqui do item 2, ou da motivação intrínseca, ou seja, ao termo "tû-tû", como denomina ROSS. É necessário que haja uma identificação explícita do conceito jurídico com as consequências que decorrem daí.

7.8 - Questão de Fato⁴⁴

É exato dizer que: "a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém"⁴⁵. É aquilo que atesta a veracidade de algum fato ao convencimento do juiz. Também pode ser compreendida no sentido da atividade empreendida pelo juiz, bem como o resultado dessa atividade.

⁴³GRINOVER, Ada Pelegrini. O Controle do Raciocínio Judicial pelos Tribunais Superiores Brasileiros. Revista Ajuris nº 50, p.10.

⁴⁴Sobre a prova leia-se a seguinte bibliografia: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O Juiz e a Prova". Revista de Processo 35/178. BUZAID, Alfredo. "Processo e verdade no Direito Brasileiro". Revista de Processo 47/92.

Sobre o ônus da prova:

BUZAID, Alfredo. "O ônus da prova" in: Estudos de Direito. São Paulo: Saraiva, 1972. MICHELE, Gian Antonio. L'Onere della Prova. Pádua: Cedam, 1966. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. Temas de Direito Processual. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1980. JARDIM, Afrânio da Silva. "O ônus da prova na ação penal condenatória". Revista de Processo 47/259. MALUF, Carlos Alberto Dabus. "As presunções na teoria da prova". Revista de Processo 24/62.

⁴⁵GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 2º volume, São Paulo: Ed. Saraiva, 1985, p.168.

O estudo da fundamentação da sentença coloca em relevo o estudo da prova nos seguintes planos: Primeiro, quanto à limitação da produção da prova pelas partes; no segundo plano quanto ao ônus da produção de provas; no terceiro plano, quanto à valoração das provas.

Evidentemente para o empreendimento desse estudo, coloca-se a questão da cognição, analisada anteriormente, como pressuposto lógico decorrente do sistema legal⁴⁶.

7.8.1 - Limitação da prova

Quanto à limitação da produção da prova, o estudo se insere no dilema do equilíbrio entre o direito e garantia individual à privacidade e à intimidade, de um lado, e a hegemonia do interesse público de outro. A Constituição Federal eleva à garantia individual da pessoa humana a inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos, no artigo 5º, inciso LVI. Com o mesmo fundamento, estabelece a Constituição Federal, no inciso XII, que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁴⁶Assim é que dependentemente do procedimento a produção de prova é a correspectiva cognição do processo será plena ou exauriente, parcial e exauriente, plena e exauriente, "secundum eventum probationem", eventual, plena ou limitada e exauriente, sumária ou superficial, conforme classificação elaborada por WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p.83-91.

BARBOSA MOREIRA diz que: "O direito à preservação da intimidade sujeita-se ao sacrifício na medida em que a sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos que se tem primariamente em vista. Nessa medida, o ordenamento o tolera ou mesmo o impõe; além dela, não. Cumpre observar um critério de proporcionalidade com o auxílio do qual se possa estabelecer adequado "sistema de limites" à atuação das normas suscetíveis de pôr em xeque a integridade da esfera íntima de alguém participante ou não do processo"⁴⁷.

ADA PELEGRINI GRINOVER ao analisar o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações (artigo 159, parágrafo 9º), anteriormente à Constituição Federal de 1988, posicionava-se no sentido de que os limites legais encontravam-se expressos no Código Brasileiro de Telecomunicações, citando expressamente as alíneas "e" do artigo 57⁴⁸. Donde se conclui que o sistema de limites a que se refere BARBOSA MOREIRA constitui-se da conjugação da permissividade legal ao arbítrio judicial que conclua qual entre os dois valores - privacidade ou interesse público - deverá prevalecer no caso concreto.

Nessa ordem de idéias, também se insere o sigilo bancário instituído na lei 4.595 de 31.12.64, artigo 38, parágrafo primeiro e sétimo, conjugado com o artigo 144 do Código Civil, o qual desobriga a pessoa a depor sobre fatos a cujo respeito deva guardar segredo por estado ou profissão, em reforço ao artigo 154 do Código Penal que considera crime a revelação de tal segredo.

⁴⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade, in: Temas de Direito Processual, 2ª série, São Paulo, 1980. p.9 e 10.

⁴⁸Ementa do acórdão publicado no DJU 5.6.87, p.11112.

Quanto à limitação da produção de prova, portanto, o sistema legal permite no processo o prudente arbítrio judicial de qual valor merece relevo, dependendo do caso em concreto⁴⁹.

É importante ressaltar que a limitação da produção da prova decorra de lei e do arbítrio judicial motivado. Isto porque imperam na análise o princípio de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei, bem como ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal.

A fundamentação da decisão judicial nesse contexto deve ser acompanhada de uma análise cuidadosa pertinente à situação de fato, caso a caso, em caráter excepcional⁵⁰.

7.8.2 - Ônus da prova

O ônus da prova é um problema da aplicação do direito e, portanto, um problema ligado à fundamentação da decisão judicial. Diz-se, portanto, do ônus objetivo da prova onde cabe somente ao juiz o interesse pelo que foi demonstrado e não quem demonstrou. O juiz não deve entrar no exame das incertezas da prova ou do encargo de as partes provarem, posto que este ônus objetivo da prova é um

⁴⁹Merece reflexão solução "de lege ferenda" modificando os artigos 144 do Código Civil e 154 do Código Penal, no que pertine a cargos públicos, visando à publicização das contas bancárias independentemente do processo, conforme se infere de artigo publicado no Estado de S. Paulo, 9.12.93, de autoria de Aloísio de Toledo César.

⁵⁰Cf. a respeito as ponderações de CONSO, Giovane. "I Limiti Delle Intercettazione Telefoniche", Archivio Penale, Roma, 1972, v.28, p.356; CIOLD, Vitorio Di e MUCCIO, Pietro Di. L'Intercettazione Telefonica e il Diritto Alla Riservatezza, Milão: Giuffré, 1974, p.45, apud JESUS, Damasio de. Código de Processo Penal Comentado, 8.ed. Saraiva, 1990, p.493; GRINOVER, Ada Pelegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, citando GREVI, Vitorio, indica inclusive o "iter" lógico que a motivação deveria obedecer.

momento da valoração, cabível no termo que põe fim à atividade jurisdicional - a sentença.

Quanto ao ônus objetivo da prova cabe colocar como pressuposto à decisão a relação entre verdade e certeza para a atividade jurisdicional. Daí ser tendência reconhecida pela doutrina a mitigação dos efeitos da revelia e dos efeitos das presunções e indícios. Com efeito, um juízo de certeza absoluta, ou segurança máxima dos pressupostos da decisão, implicaria procrastinação do feito. Por sua vez, um juízo de probabilidade ou verossimilhança implica, com grau de segurança menor, em um procedimento mais expedito. É certo que o ponto de equilíbrio entre a verdade e certeza de uma decisão é condicionada precipuamente pelo rito, mas verdade também que os aspectos dessa relação se encontram na valoração e na direção de qualquer processo.

O ônus subjetivo da prova não está ligado a uma idéia de obrigação de produção de prova. A regra é de que, a quem alega incumbe a prova do fato alegado. Na defesa, a quem apresenta fato modificado, extintivo ou impeditivo do direito do autor incumbe a prova do fato. Na ausência da produção de prova pela parte a quem interessa existe a sanção, que consiste na sucumbência.

CARNELUTTI⁵¹ resume o instituto do ônus da prova na proibição ao juiz de procurar por si a prova, que não seja subministrada pelas partes; b) na distribuição, entre elas do risco da prova frustrada, ou, em outras palavras, na incerteza dos fatos.

Principalmente no âmbito do processo penal, não se admite posição passiva do juiz frente à produção de provas. Também quanto

⁵¹CARNELUTTI. Sistema, I, p.424 e ss., citado por BUZAID, Alfredo. O ônus da Prova in Estudos de Direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 1972, p.73.

ao processo civil, a tendência de se considerar o Estado interessado no cumprimento pelo processo de sua função sócio-político-jurídica de garantia dos direitos e garantia ao ordenamento jurídico justo impõe o dever-poder na direção do processo de produzir as provas que forem pertinentes, dada a realidade específica do caso.

Quanto à repartição na produção de prova, os aspectos jungidos às presunções e aos indícios revelam, na verdade, a inversão dos ônus da produção de provas, no momento valorativo. A presunção diz-se que de um fato geral, que ordinariamente ocorre, extrai-se uma ilação a um caso particular. O que ocorre na realidade é que o fato que não corresponde à presunção deve ser provado por aquele a quem a beneficia. Quanto aos indícios, de uma situação particular infere-se um fato geral que ordinariamente ocorre. Também nesse caso o ônus da prova é invertido.

Outro aspecto do ônus da prova diz respeito à produção de prova quanto aos fatos negativos. A prova do fato negativo é a prova de que o fato não ocorreu. Por exemplo, uma pessoa não pode provar que não estava em determinado local quando da prática de algum fato delituoso, mas poderia provar que estavam em um outro local (álibi). O fato de não estar em um determinado local é um fato negativo, mas o fato de estar em outro local no mesmo momento trata-se de um fato positivo, que poderia em tese ser provado. O fato modificativo, extintivo, ou impeditivo do direito pode ser um fato negativo, recaindo o ônus ao réu. Também quanto a este aspecto devido à dificuldade da produção dessa prova há a mitigação prática quanto à sua produção.

Em conclusão, pelo princípio da persuasão racional de livre apreciação das provas produzidas, caberá no momento da fundamentação, atendendo aos fatos e as circunstâncias existentes nos autos a

demonstração das razões do convencimento das questões de fato. O sistema, dessa forma, permitirá maleabilidade de caso a caso influir na produção da prova, ou mitigar o ônus da produção das provas, seja por meio de demonstração de indícios e presunções legais ou a critério judicial, seja na mitigação dos efeitos da revelia, seja na aplicação de fatos notórios ou principalmente na aplicação de regras de experiência.

7.8.3 - Valoração da prova

A valoração da prova é uma forma de qualificação jurídica do fato, intimamente ligada à análise das alegações, à seletividade dos fatos importantes a apreciação das provas produzidas e do processo de reconstrução dos fatos.

Quanto à valoração, é importante sublinhar os aspectos na fundamentação quanto ao mesmo fato em um mesmo processo analisado perante o primeiro e o segundo graus. Como ensina BARBOSA MOREIRA⁵², principalmente quanto à valoração de alegações de testemunhas, a prova traduz "vazio lógico", pois o mesmo fato pode fundamentar valorações distintas, até mesmo opostas.

"A distinção entre questão de facto e questão de direito perpassa todo o Direito Processual; o princípio dispositivo pressupõe especificamente esta distinção. O juiz julga sobre a "questão de facto" com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da

⁵²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel. Relatório enviado ao Relator Geral do Tema, para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (não publicado), p.19.

lei, que tem de conseguir por si "jura novit curia". Só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fácticos são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judiciais"⁵³.

De qualquer forma, a valoração da prova fecha o ciclo dialético de pertinência entre as questões de fato e questões de direito, demonstrando não haver distinção em essência entre uma e outra, mas mero critério lógico de persuasão racional de uma estrutura unitária de sentido que é a sentença e a respectiva fundamentação.

⁵³LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.370-371.

8 - ASPECTOS DO DIREITO PENAL

O processo penal visa à "realizabilidade da pretensão punitiva derivada de um delito, através da utilização da garantia jurisdicional"¹. O exercício da jurisdição implica a necessidade constitucional do dever de motivar as decisões judiciais, inserido no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

A fundamentação no processo penal é exigida em diversos dispositivos legais.

8.1 - A incomunicabilidade do indiciado

Dispõe o artigo 21 do Código do Processo Penal: "A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do juiz, a re-

¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 5.ed. Bauru: Ed. Jalovi, 1979, vol. 1, p.29.

querimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil".

O Estado tem o direito-dever de assegurar a ordem pública, valendo-se do inquérito policial para apurar fatos criminosos. Para que essa atividade possa ter êxito é necessário às vezes que o indiciado não se comunique, após sua prisão, com elementos que possam criar qualquer tipo de embaraço às investigações. A lei processual estabelece prazo de três dias de incomunicabilidade, mesmo assim a imposição desse prazo deve ser devidamente fundamentada².

A incomunicabilidade portanto é sempre fundamentada, não extensiva aos advogados e de três dias apenas.

8.2 - Prisão preventiva

Dispõe o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal: "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos crimes de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". Dispõe o art. 315 do Código de Processo Penal: "O despacho

²O tribunal de Justiça do Mato Grosso, nos autos nº 236/78, em julgamento de 2.8.1978 (RT/531/367), onde foi relator RIBEIRO TRAVASSOS, entendeu que "a incomunicabilidade de presos não é extensiva a advogado no exercício de sua função. A ofensa aos preceitos contidos no artigo 10 da lei processual motiva ilegalidade sanável via "Habeas Corpus". Merece ser cassado o despacho que não vem fundamentado em suporte legal". Além disso, não se incluem os advogados, cuja atividade é indispensável à administração da Justiça, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal. Caso sejam ameaçadas a ordem pública ou a paz social por grave e iminente instabilidade institucional ou em virtude de calamidade a legitimar a decretação do Estado de Defesa pelo Presidente da República, também fica vedada a incomunicabilidade do preso, nos termos do artigo 136, § 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado".

A prisão preventiva cumpre sua função cautelar, exclusivamente se devidamente fundamentada em dados de fato que a autorizem³.

³⁰ Tribunal de Alçada Criminal, nos autos de Habeas Corpus nº 84.622, julgado em 29.6.78, entendeu que "a jurisprudência dos tribunais pátrios tem reconhecido a validade do decreto de custódia preventiva que encampa fundamentos pedidos de prisão formulados pela autoridade policial ou promotor público" (ementa). O relator desse acórdão foi SILVA LEME. A melhor jurisprudência diverge desse entendimento. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Habeas Corpus nº 140.230, julgado em 21.8.79 (RT 535/262) entendeu que: "A fundamentação há de ser própria da decisão que decreta a prisão, pois somente assim evidenciada ficará a imprescindível relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado punido na lei penal". As Câmaras Conjuntas Criminais anularam a decisão do juiz, neste caso, que simplesmente se reportava "ao conjunto probatório, nos termos da cota do Ministério Público de fls.". O acórdão, ainda remonta o descaso dos doutrinadores na espécie que se dividem no entendimento de ser o procedimento analisado legítimo ou não (por todos confr. BASILEU GARCIA, vol. III, p.178).

O Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus nº 90.439, julgado em 28 de março de 1967, relatado por ADRIANO MARREY, pondera ensinamentos conclusivos: "Para decretação da prisão preventiva exige-se a prova da existência do crime, além de indícios suficientes da autoria. Como na pronúncia é mister a prova do fato punível ou "corpus delicti", que na apropriação indébita por desvio de numerário resulta do exame contábil". O acórdão traz o ensinamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES.

Considerações de ordem pessoal não servem para fundamentar a prisão preventiva (RT 495/284).

RTJ 128/147 - "HC Custódia preventiva. Decreto carente de fundamentação. Remissão à denúncia. A remissão aos argumentos expendidos na denúncia é válida quando ali se encontrem fundamentos subsistentes à medida cautelar. Ausente esta base justificativa na peça acusatória não há como manter a prisão preventiva".

Recurso de Habeas Corpus nº 45.950 - SP (Segunda Turma) relator FRANCISCO REZEK, recorrente Maurício Bechara, recorrido Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

p.149 - "O magistrado recebendo a denúncia, valeu-se dos argumentos da promotoria para determinar a medida constritiva.

O Supremo já terá, é certo, consentido nesta remissão quando analisando a peça acusatória, ali se consiga situar, de modo límpido e preciso, os elementos que digam da necessidade da cautela proposta. O caso em exame, todavia, não recolhe o benefício deste entendimento (...) (TRANSCRIÇÃO DA JUSTIFICATIVA APRESENTADA PELA PROMOTORIA PAULISTA) "Nada, aqui, faz ver imperiosa relevância na medida, no que concerne ao recorrente: além de valer-se do comum - e de resto desaconselhável expediente de citar expres-

Outro aspecto a ser analisado é o de se considerar se a fundamentação suplementar sana a nulidade da decretação de prisão preventiva depois de produzidos os seus efeitos⁴.

8.3 - Sentença de pronúncia

Dispõe o art. 408 do Código de Processo Penal: "Se o Juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos de seu convencimento.

Parágrafo primeiro - Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu,

sões do CPP, há menção de forte clamor público que adveio da repercussão do crime.

RTJ 128/167 - Rec Habeas Corpus nº 66.139 - RJ (segunda Turma relator FRANCISCO REZEK, recorrente: Rozendo Ribeiro da Silva, Recorrido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

Habeas Corpus - Despacho de custódia preventiva desfundamentado. Mera invocação de preceitos legais relativos à prisão preventiva não fundamenta o despacho, conforme reclama o artigo 315 do CPP. Posterior fundamentação, não tem a virtude de sanar o vício.

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, no recurso extraordinário nº 70.955 - RS, relatado por BILAC PINTO, em 3 de maio de 1971 (RTJ 59/31) entende que não é sanável a nulidade, respaldado em outros acórdãos nesse sentido (RTJ 44/84 e RTJ 93/582). Neste último, julgamento de 11 de março de 1980, da lavra de RAFAEL MAYER, lê-se "in verbis": "A fundamentação que exige um decreto de prisão preventiva, pela gravidade de suas implicações para com a garantia básica da liberdade individual, não se pode cingir a repetições formais abstratas de conceitos legais pertinentes. É preciso que se diga "in concreto", mesmo concisa e laconicamente, mas com objetividade de ocorrência dos pressupostos que indiquem a necessidade da medida ou dos elementos processuais suficientes a um juízo provisório sobre a existência do crime e indícios de autoria". Mais adiante conclui pelo vício insanável da fundamentação suplementar, pois a restrição preventiva da liberdade já operara os seus efeitos.

Esse entendimento não foi unânime na jurisprudência. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Habeas Corpus nº 140.177, julgado em 11 de julho de 1979, onde foi relator ADALBERTO SPAGNUOLO, entendeu que seria sanável, "a posteriori" a omissão da fundamentação (RT 534/303).

mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura".

Ao se analisar a motivação da sentença de pronúncia, torna-se necessário saber qual o exata natureza dessa sentença. JOSÉ FREDERICO MARQUES⁵ diz que: "A sentença de pronúncia não é decisão de mérito, e sim de caráter estritamente processual" e JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA⁶ ensina: "A pronúncia é um juízo de acusação, operação jurisdicional diversa do juízo da causa. Não declara que o ato analisado é possível de punição, mas decide, no caso, da legitimidade de se instaurar ação penal assentando sobre elementos probatórios comuns aos do futuro e possível julgamento criminal propriamente dito, a pronúncia não lhe esgota nem lhe diminui todavia o conteúdo. Não determina o fundamento condenatório ou absolutória, mas apenas o fundamento acusatório. Suas premissas são como o juízo da causa, a lei e o fato concreto, mas enquanto a lei que este aplica exprime o direito de punir, a pronúncia declara tão-só, o direito de acusar; e ao passo que o fato sobre que recai o juízo da causa é o pretense crime ou contravenção, o fato que a pronúncia aprecia é a existência de prova do pretense crime ou contravenção quanto baste para justificar uma ação penal".

Divergem PONTES DE MIRANDA e JOSÉ FREDERICO MARQUES quanto à natureza processual da sentença de pronúncia. Para este não há falar-se de sentença de mérito, pois a lei processual incide tão-só para produzir efeitos processuais. Mas reconhece que é necessário

⁵MARQUES, José Frederico. A Instituição do Júri. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. I, p.288.

⁶ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Ação Penal, Análises e Confrontos, 1963. p.101.

se admitir a existência do fato delituoso para que o réu seja pronunciado. Há, portanto, prova de questões de fato que serão subsumidas no preceito sumário de norma penal incriminadora. Para PONTES DE MIRANDA⁷, há sentença de mérito pois que "decide sobre o que se observou e supõe "tenha incidido a regra de direito material".

A sentença de pronúncia é declaratória, a teor do artigo 408, § 1º, e produz os efeitos secundários dos artigos 127, 373, inciso II, e 378, todos do Código do Processo Penal. A pronúncia não produz o efeitos da "res judicata". Produz efeitos meramente processuais. Os efeitos preclusivos referem-se ao juízo de admissão de acusação. Os fundamentos da pronúncia não são cobertos pela preclusão. Não produz tampouco efeitos civis.

A impronúncia é sentença declaratória também da não procedência da denúncia, uma vez que não se provou a existência do fato delituoso, ou porque se não firmou de maneira convincente a probabilidade de ser o réu o autor do crime⁸. Na sentença de absolvição sumária o juiz declara improcedente a denúncia, por não subsistir a pretensão punitiva⁹.

A divergência de haver ou não uma sentença de mérito não é uma discussão acadêmica meramente. Há reflexos de ordem prática e quanto à fundamentação dessa sentença. Há exame de mérito se houver cognição exauriente dos fatos à norma penal aplicável, independente dos efeitos processuais dessa sentença declaratória. Há juízo de admissibilidade, ou talvez cognição parcial, se não houver subsunção da matéria de fato à norma penal aplicável. A fundamentação em

⁷PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição Federal de 1946, ed. 1960, p.138.

⁸PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição Federal de 1946, ed. 1960, p.235.

⁹PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição Federal de 1946, ed. 1960, p.242.

um e em outro caso será diversa. Se houver exame de mérito, na dúvida não se pronunciaria, pois em dúvida há militância em favor do réu. A jurisprudência, no entanto, é do entendimento de que, havendo dúvida, pronuncia-se¹⁰.

Ainda assim, somos da opinião de que razão assiste a PONTES DE MIRANDA, ao dizer que existe mérito na sentença declaratória da pronúncia, pois a) há cognição exauriente do fato para subsumi-lo ou não na norma penal do direito material, b) não se pode definir a sentença de pronúncia quanto ao mérito, em virtude dos efeitos processuais que disso decorre. Além disso, a fundamentação da sentença de pronúncia em nada difere da fundamentação de sentença condenatória. Apenas os dispositivos são diferentes, no primeiro para se levar à júri, e no segundo caso para se condenar.

Quanto à motivação da sentença, é possível conhecer-se de circunstâncias agravantes ou atenuantes na sentença de pronúncia. Há, no entanto, entendimento contrário¹¹.

¹⁰Nesse sentido, leiam-se as Revistas dos Tribunais nº 523/377, 503/328, 522/361, 518/393, 500/302, 584/319 e RTJ 63/476.

¹¹Circunstâncias "objetivas (ou reais) são as que se relacionam com os modos e meios de realização da infração penal, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades da vítima (código penal italiano, art. 70, nº 1). Circunstâncias subjetivas (ou pessoais) são as que só dizem respeito à pessoa do agente, sem qualquer relação com a materialidade do crime, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com o ofendido (código penal italiano, art. 70, nº 2) "(...)" As circunstâncias legais genéricas podem ser: a) agravantes: previstas nos art. 61 e 62; b) as atenuantes: previstas no art. 65; c) causas de aumento ou de diminuição da pena. As circunstâncias legais específicas ou especiais, previstas na parte especial do código penal, podem ser: a) qualificadoras (ex. arts. 121, § 2º; 155, § 3º etc; b) causas de aumento ou diminuição de pena (ex. arts. 121, § 1º e 4º; 129, § 4º, 141, III; 155, § 1º etc)." (in: Direito Penal, vol. I, p. 482-483, JESUS, Damásio).

Parte da jurisprudência entende que: "Se permitido fosse ao juiz na pronúncia aludir a circunstância agravantes ou atenuantes, causas especiais de aumento ou diminuição de pena etc, estar-se-ia invadindo atribuições privativa dos jurados aos quais serão formulados quesitos atinentes a tais circunstâncias que podem ou não ter sido mencionadas na denúncia ou virem articuladas no libelo, ou até mesmo resultarem dos debates. Também circunstâncias atenuantes não poderão ser consideradas (RT 602/340, relator MARINO FALCÃO, julgado em 13 de agosto de 1984 pelo Tribunal de Justiça. Nesse sentido também o acórdão prolatado pelo mesmo Tribunal, da lavra de DALMO NOGUEIRA, julgado em 29 de novembro de 1976, por votação unânime (RT 494/322): "A pronúncia,

Quanto à sentença de pronúncia, cabe, por fim, a fundamentação da sentença a análise da culpa ou dolo. A culpabilidade, no campo meramente processual, recebe incidência valorativa, a teor dos artigos 386, V, e 411 do Código de Processo Civil. São seus elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. O juízo negativo da presença do tipo impede a instauração da instância penal (art. 28 e 43, inciso I do CPP). A persecução penal efetuada, ausente os elementos do tipo, configura-se constrangimento ilegal, sanável por meio do "habeas corpus", fundamentado na ausência de justa causa (648, I do CPP). O dolo e a culpa devem vir descritos na denúncia ou na queixa, pois integram o fato típico.

O juiz tem quatro opções para solucionar a lide da instauração do processo penal no procedimento do júri, devendo analisar em sua fundamentação a existência do dolo ou da culpa. Poderá pro-

 não obstante seja juízo provisório o juízo de admissibilidade de acusação deve examinar e decidir exclusivamente o que foi pleiteado pela denúncia. As qualificadoras se integram na definição jurídica do crime. São elas que caracterizam o tipo a ser julgado a final".

Em sentido oposto, o Tribunal de Justiça - Seção Criminal da Segunda Câmara, julgado em 11 de junho de 1984, da lavra de REZENDA JUNQUEIRA (RT 598/323) entendeu que: deveria ser rejeitada a arguição de nulidade da decisão que tivesse admitido circunstância qualificadora. A ementa do julgado é a seguinte: O art. 408, § 1º, do CPP dispõe que na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu". Logo ele não fica adstrito ao tipo inicialmente escolhido pelo promotor. O Supremo Tribunal Federal (RTJ 106/142) por sua primeira turma, em acórdão da lavra de SOARES MUNHOZ, julgado em 4 de março de 1983, entendeu que "é possível o reconhecimento na pronúncia de qualificadora não capitulada na denúncia. Aplicação do artigo 408, § 4º e 416 do CPP e não incidência do art. 384, § único do mesmo código". Nesse sentido ainda acórdão relatado pelo ministro LEITÃO DE ABREU (RTJ 93/560).

Leiam-se ainda os acórdãos que, quanto à fundamentação da sentença de pronúncia determinam que não deverá a sentença se referir ao concurso formal (RT 456/389, 492/30, 602/340). Não se deverá ainda se referir sobre a existência de crime continuado (RT 456/389, 492/303, 602/340).

nunciar o réu (art. 408 do CPP); decidir pela impronúncia (art. 409), ou absolvição sumária (art. 411 do CPP); desclassificação para outro crime, fora da competência do júri (art. 410 do CPP). A impronúncia tem lugar quando verificado a inexistência de fato típico, posto que a inexistência de outros componentes da infração (a antijuridicidade e a culpabilidade) enseja o ato jurisdicional da absolvição sumária de instância. Enquanto a absolvição sumária enseja, com a fluência do prazo, a coisa julgada, a improcedência decorrente da impronúncia não produz coisa julgada (art. 409, § único)¹².

8.4 - A sentença do tribunal do júri

Dispõe o art. 493 do Código de Processo Penal: "A sentença será fundamentada, salvo quanto às conclusões que resultarem das respostas aos quesitos, e lida pelo juiz, de público, antes de encerrada a sessão de julgamento"¹³.

¹²Quanto ao recurso, a impronúncia não prevê o recurso "ex officio", apenas o voluntário, 586 do CPP. A absolvição sumária prevê recurso "ex officio" (411 do CPP).

Haverá desclassificação própria ou imprópria, a desclassificação imprópria "entrega ao juiz presidente condições para julgar dentro da esfera do juiz singular, mas condicionado à definição de um crime fixado pelos jurados" (MARQUES PORTO). Nesse caso devem ser votadas as atenuantes obrigatórias. O juiz presidente fica adstrito à definição jurídica formulada pelos jurados. Se houver desclassificação para crime culposo, não cabe a improcedência da pretensão punitiva sob o ângulo do fato típico, negando-se a culpa.

¹³ADRIANO MARREY arrola os seguintes aspectos tecidos pela jurisprudência: "Em se tratando de decisão do Júri, o juiz, ao lavrar a sentença, apenas se reporta à resposta dos jurados, dispensada a exposição sucinta da acusação e da defesa. Está tão somente a fundamentar suas conclusões quando estas não resultarem das respostas dos jurados (RT 422/101). E ainda: "A exigência da fundamentação contida no art. 381, III do CPP, somente será observável na parte de graduação da pena. O juiz não poderá impô-la sem a indicação de como a individualizou. Concede-se "habeas corpus"

8.5 - Suspensão condicional

Dispõe o art. 697 do Código de Processo Penal: "O juiz ou tribunal, na decisão que aplicar pena privativa de liberdade não superior a dois anos, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer conceda quer a denegue".

Os requisitos da suspensão condicional da pena podem ser objetivos ou subjetivos. Os de natureza objetiva se encontram no "caput" e no § 2º: dizem respeito à qualidade e quantidade da pena; os de ordem subjetiva estão previstos nos incisos da disposição (art. 77 e incisos do Código Penal) e referem-se aos antecedentes judiciais e qualidades pessoais do réu¹⁴.

Aos requisitos de ordem subjetiva, principalmente, devem os juízes atenção aos elementos autorizadores constantes dos autos.

8.6 - Suspeição

Dispõe o art. 97 do Código de Processo Penal: "O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimada as partes"¹⁵.

para declarar a nulidade da sentença e para que outra seja proferida com respeito aos ditames legais" STF, relator DJACI FALCÃO (RTJ 50/95).

¹⁴JESUS, Damásio de. Direito Penal, Saraiva, vol.1, p.535.

¹⁵Leia-se a respeito Revista dos Tribunais, 519/364.

8.7 - Sentença penal

Dispõe o Código de Processo Penal no art. 381: "A sentença conterá: III - A indicação dos motivos de fato e de direito em que se funda a decisão; IV - A indicação dos artigos de lei aplicados.

9 - ASPECTOS NO MANDADO DE SEGURANÇA

9.1 - Objeto da fundamentação

Mandado de segurança é o "meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sem quais forem as funções que exerça (Constituição Federal da República, artigo 5º, XIX e XX - Lei 1.533/51, artigo 1º)¹.

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua

¹MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e "habeas Data". 14.ed. Malheiros Editores, p.3.

aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais"².

O objeto deste estudo é a análise se o direito invocado para a concessão ou denegação do mandado de segurança deve ser aquela alegada pela parte, ou, diferentemente, pode ser aplicado independentemente de alegação da parte. Esse direito será objeto da fundamentação da denegação ou concessão da ordem no mandado de segurança.

9.2 - Exemplos

A doutrina manifesta-se no seguinte sentido³: "Alteração dos fundamentos - Não pode o impetrante, nem o juiz alterar os fundamentos do pedido na inicial, pois que "no mandado de segurança, a violação da norma jurídica é o próprio fato que legitima a impetração", como já decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo em duas oportunidades e também apelação cível 10.152-2, julgada em 23 de abril de 1981. E compreende-se facilmente essa orientação jurisprudencial, porque no "mandamus" não são os fatos que estão em litígio, mas sim a legalidade do ato da autoridade coatora perante o direito líquido e certo do impetrante. Por isso é que a lide fica vinculada aos próprios fundamentos jurídicos da impetração, não sendo admitido ao juiz apresentar outros fundamentos para conceder

²MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e "habeas Data". 14.ed. Malheiros Editores, p.13-14.

³MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e "habeas Data". 14.ed. Malheiros Editores, p.13-14.

ou denegar a segurança".

A jurisprudência é assente na tese de que é inaplicável o princípio "jura novit curia" no mandado de segurança. Em outras palavras, o magistrado ao decidir não poderá aplicar outro direito senão o alegado pela parte para denegar ou conceder o mandado de segurança.

a) A Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, volume 107/73 traz a seguinte ementa: "mandado de segurança - pedido - alteração dos fundamentos jurídicos inadmissibilidade - inaplicabilidade do princípio "iura novit curia"."

Trata-se de mandado de segurança sob o fundamento de que a declaração de nulidade de contrato de concessão de uso de bem público por ato de prefeito municipal seria ilegal porque a ocupação resultaria de locação.

A sentença admitiu a impossibilidade de locação de bem público e a falta de autorização legislativa para a concessão, mas concedeu a ordem sob o fundamento que não foi alegado pela impetrante, qual seja, a impossibilidade de anulação do ato sem prévia defesa.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso para cassar a segurança, posto que em mandado de segurança não seria possível a alteração dos fundamentos jurídicos da impetração. Cita como precedentes RTJ 63/784 e RJTJSP83/314, LEX 43/137, 68/286 que serão analisados a seguir.

Neste caso, efetivamente, houve alteração dos fundamentos e respectiva fundamentação da decisão, a segurança foi cassada.

b) Na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo Lex 68/286 traz a seguinte ementa: mandado de segurança - pedido - alteração - no curso da lide a inicial não pode ser am-

pliada ou alterada nem mesmo tendo em vista o adminículo de novos documentos probantes, nem tendo por fundamento a informação da autoridade ou parecer do ministério público - segurança concedida para esse fim.

Trata-se de mandado de segurança contra ato judicial visando à cassação de medida liminar concedida à assistente na segurança impetrada pela autora e outras contra ato de autoridade. As impetrantes requeriam a inscrição no concurso de remoção, por união de cônjuges e obtiveram a liminar para esse fim.

Nessa fase a assistente aderiu ao proceso junto à autoridade supostamente coatora para pedir a preferência de escolha, porquanto já obtivera o deferimento administrativamente de sua inscrição.

Na verdade, o objeto do litígio da impetrante visando à preferência da escolha é autônomo e independente, não se tratando de assistência, portanto. O Tribunal de Justiça reconheceu a impossibilidade de ampliação do fundamento, aduzindo em subsídio precedentes no Supremo Tribunal Federal (RE 71.791, ac. 15/8/72; RE 71.796, ac. 11/11/71; RE 71/797, ac. 29/2/72; RE 73.800, ac. 18/2/72.)

Neste caso não houve alteração do direito alegado em juízo mas superveniência do direito autônomo e independente, além de pedido distinto e mais amplo do primitivamente formulado.

A segurança foi concedida, portanto, para cassar os efeitos da liminar que concedia direito à preferência de escolha na vaga por parte da suposta assistente. Este caso serviu para indicação de precedentes quanto à tese de impossibilidade de alteração do fundamento jurídico pelo magistrado. Mas não diz respeito ao assunto, posto que aqui se trata de outro pedido, autônomo, independente e

mais amplo.

c) A Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Lex 114/180 traz a seguinte ementa: "mandado de segurança - objetivo - alteração dos fundamentos jurídicos inadmissibilidade - inaplicabilidade do princípio "iura novit curia"."

Trata-se de mandado de segurança visando à obtenção de cancelamento de portaria que determinou a apreensão de carteira de habilitação, à vista de envolvimento do impetrante em acidente culposo. O fundamento jurídico é o descabimento da pena, a qual deveria resultar exclusivamente de apuração no juízo criminal.

Na apelação, o impetrante alterou o fundamento jurídico da impetração alegando que no procedimento administrativo não teria sido facultado a ele ampla produção de provas.

A segurança foi denegada por entender-se que, entre outros motivos, não cabe a concessão em mandado de segurança com alteração da fundamentação de direito que o embasar. Como precedentes o Tribunal de Justiça apontou RTJ 63/784, RJTJSP ed. Lex 45/137, 68/286.

Neste caso realmente houve alteração dos fundamentos jurídicos mas os precedentes não animam o entendimento do tribunal, como se viu.

d) A Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, volume 45/137 traz a seguinte ementa: mandado de segurança - "causa petendi" - concessão com alteração da fundamentação de direito - inadmissibilidade.

Trata-se de mandado de segurança visando à desconstituição de remanejamento de funcionário público. O fundamento do pedido seria a violação da Lei 10.261, de 1968, pois na escola para onde foi designado não consta a lotação do cargo do impetrante.

O magistrado de primeiro grau desconsiderou à fundamentação do impetrante, mas concedeu a segurança. Para assim decidir, admitiu ter alterado a fundamentação de direito da impetração pela aplicação da regra "iura novit curia".

"O que for deduzido como "quaestio juris", pelo impetrante, constitui a própria causa petendi, ou seja, a razão do direito subjetivo violado."

"Conceder o "petitum", alterada a fundamentação de direito, implicaria em concessão de segurança "ex officio", ou seja, não pela violação do direito subjetivo alegando (direito condicionado à norma legal afrontada pela autoridade coatora), mas por infringência legal não cogitada pelo impetrante".

Neste caso não houve alteração dos fundamentos. Ora, a concessão de segurança de ofício diz respeito ao pedido e não ao fundamento jurídico do pedido.

e) Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 85/34 traz a seguinte ementa: mandado de segurança. Seu deferimento, pelo acórdão, por fundamento não invocado na inicial e nem nas razões de apelação. Afronta ao princípio inscrito no artigo 515 do Código de Processo Civil. Recurso extraordinário conhecido e provido, cassando-se a segurança.

Trata-se de mandado de segurança visando à abstenção de cobrança de imposto de produto sob alíquota zero.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu o fundamento jurídico da impetrante e adotou uma segunda fundamentação:

"Em recurso extraordinário, a impetrante aduziu que: "O v. acórdão recorrido ao conceder a segurança por fundamento não invocado pela impetrante, qual seja, o da equivalência de tratamento tributário entre o alho de origem nacional e o de procedência es-

trangeira, violou a regra contida no artigo 515 do Código de Processo Civil.

O Supremo Tribunal, após reconhecer que o fundamento do tribunal seria procedente, rejeitou-o porque não foi invocado pelo impetrante. "Se o apelo devolve ao tribunal o conhecimento da questão suscitada, devolve-a, porém, nos termos do fundamento invocado. Ampliando o efeito devolutivo da apelação o Tribunal a que afrontou a regra inscrita no artigo 515 do Código do Processo Civil".

Neste caso não houve reserva quanto a alteração do fundamento jurídico da ação mas exclusivamente quanto à proibição do disposto no artigo 515 do Código de Processo Civil, o qual determina que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Logo, a matéria não impugnada não poderá ser apreciada.

f) A Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 63/784 traz a seguinte ementa: imposto da importação; 1) mandado de segurança. No curso da lide não pode o pedido ser ampliado ou alterado, nem tendo em vista o adminículo de novos documentos probantes, nem tendo por fundamento a informação da autoridade ou o parecer do representante do Ministério Público.

No Recurso Extraordinário, a recorrida juntou documentos, com os quais pretendia provar achar-se motivado o ato impugnado no mandado de segurança. Quanto a esse fato o Ministro Barros Monteiro fundamentou com outros julgados (RE 71.790 e 71.800, publicado no DJU de 3.12.71, p.6881 onde ficou consignado a mesma ementa do recurso extraordinário objeto de publicação em análise do item "e".

9.3 - Conclusão

Em conclusão, os casos trazidos demonstram em suas ementas a impossibilidade de uso de motivação, que não seja a qualificação jurídica trazida pelo impetrante.

Quase todos os acórdãos trazem como fundamento precedente do Supremo Tribunal Federal, inadmitindo a possibilidade de mudança da qualificação jurídica dos fatos. Ocorre que a análise do acórdão precedente em concreto demonstra que a mais alta corte decidiu sobre a aplicação do artigo 515 do Código de Processo Civil e não sobre alteração do fundamento jurídico em mandado de segurança.

Alguns dos acórdãos, como demonstrado, confunde em concreto a possibilidade de mudança do pedido, e a possibilidade de mudança da qualificação jurídica do pedido.

Entendemos, salvo melhor juízo, que é possível ao magistrado a aplicação do princípio "iura novit curia", aplicando ao fato concreto o direito que entende cabível, independentemente de este direito ser alegado pela parte contrária. Não colhe o argumento que no mandado de segurança o objeto da impetração seria a violação do direito e, como corolário, haveria impossibilidade de mudança dessa causa de pedir. Deve-se distinguir as questões de fato das questões de direito. Os fatos não podem ser alterados, mas quanto à qualificação de direito relativa ao fato narrado, esta pode. Não se confunde obviamente com mudança do pedido, posto que para cada pedido há uma ação distinta. A se considerar o mandado de segurança como ação, deve-se entender que é possível a aplicação do princípio "iura novit curia", posto que, quanto a este aspecto, em essência, o mandado de segurança em nada difere das outras ações em geral.

10 - ASPECTOS NOS RECURSOS

10.1 - Objeto da fundamentação

O recurso é o ato processual pelo qual a parte interessada, no mesmo processo, colima reforma, invalidação, esclarecimento ou integração de uma decisão judicial¹.

O recurso poderá ser desvinculado ou vinculado². No primeiro, a fundamentação é livre. É o caso da apelação ou recurso ordinário, porquanto a parte elege a matéria que será examinada pelo tribunal superior. No segundo, o fundamento do recurso é vinculado aos casos de cabimento dos recursos. É o caso dos recursos especiais "lato sensu", de que são exemplos o recurso especial propriamente dito e o recurso extraordinário.

¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro. Ed. Forense, 1981, p.265; GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, p.245.

²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro. Volume 5, Ed. Forense, 1981, p.247

Em ambos os tipos de recursos, a parte deverá atacar a fundamentação da decisão³.

³Nesse sentido leiam-se as ementas:

a) Processual Civil. Agravo Regimental. Agravo que não ataca todos os fundamentos da decisão agravada. Desprovimento.

- Deixando o agravante de refutar as razões que levaram ao desprovimento do agravo de instrumento, o "decisum" subsiste na íntegra pelos seus próprios fundamentos.

- Agravo regimental desprovido.

(publicado no DJU de 8/11/1993, nº 212, Seção I, p.23530)

b) Agravo Regimental. Ausência de ataque à fundamentação do despacho que negou seguimento ao agravo.

é de negar-se provimento ao agravo regimental quando a fundamentação do despacho impugnado nele não é atacada.

Jurisprudência de Corte.

(publicado no DJU de 22/10/1993, nº 202 Seção I, p.22255)

c) Processual. Recurso Especial. Fundamentos não atacados. Conhecimento.

Não se conhece de recurso especial que não ataca o acórdão em todos os seus fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Milton Pereira, César Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 22 de setembro de 1993 (data de julgamento).

(publicado no DJU de 18/10/1993, nº 198, Seção I, p.21841)

d) O agravo de instrumento para poder lograr êxito deve, obrigatoriamente, trazer razões direcionadas contra a decisão agravada. Esta exigência tem por escopo saber-se o porquê da irresignação veiculada; onde houve erro no ato judicial testilhado e os motivos para infirmá-lo.

Esta tem sido a orientação deste Tribunal. Senão, vejam-se os arestos abaixo, "in verbis":

"PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO AGRAVADA INATACADA. DESPROVIMENTO.

- Nega-se provimento ao agravo regimental, se permanece incólume a fundamentação da decisão objurgada.

- Agravo a que se nega provimento, por unanimidade."

(AgRg no Ag nº 35.949-3/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJ de 04.10.93)

"AGRAVO REGIMENTAL. é de negar-se provimento ao agravo regimental se os termos da decisão agravada permaneceram incólumes."

(AgRg no Ag nº 38.852-2/SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, in DJ 04.10.93)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL INÉPCIA.

- é inepta a petição de agravo em que não são atacados os fundamentos da decisão agravada, que, assim, persistem."

(AgRg em Ag nº 37.066-0/SP, Rel. Min. Dias Trindade, in DJ de 04.10.93)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

- Sem ataque às razões da decisão agravada, permanece incólume a decisão do Tribunal "a quo", preservada pelo despacho que inadmitiu o recurso especial.

é sabido que os recursos, quanto ao efeito devolutivo, estabelecem extensão e profundidade. A extensão seria a delimitação do que se submete para o tribunal superior. É dada pelas partes, não podendo o grau superior imiscuir-se em extensão não submetida. Dela decorre a impossibilidade de inovar, invocando novos fatos ou na causa de pedir; é a limitação cognitiva do Tribunal. A profundidade é estabelecida pelo próprio Tribunal. Trata-se da própria qualificação jurídica dada aos fatos. Esta é ilimitada.

é defeso ao Tribunal apreciar questões de fato não apreciadas pelo juízo inferior, salvo se a parte provar força maior, nos termos do artigo 517 do Código de Processo Civil.

Assim, em correlação ao estudo do recurso, é possível falar-se que a fundamentação pode ser delimitada quanto à extensão e ilimitada quanto à profundidade.

- Agravo Regimental improvido."

(AgRg em Ag nº 35.442-2/SP, Rel. Min. José Cândido, in DJ 04.10.93)

Entretantes, no vertente caso, isto não foi feito.

Dessarte, à míngua do cumprimento da exigência do inciso II, do art. 523, do CPC, com esteio no inciso I, do art. 254, do RISTJ, nego provimento ao recurso.

Volvam os autos à origem.

Publique-se.

Brasília, 15 de outubro de 1993

(publicado no DJU de 20/10/1993, nº 200, Seção I, p.22083)

e) Denúnciação da lide. Determinação de nova citação da litisdenunciada. Fundamento do acórdão recorrido não impugnado.

Julgado que, por cautela, determinou a nova citação da denunciada, aduzindo, entre outros motivos, a circunstância de não ter ela figurado como recorrida no agravo de instrumento. Impossibilidade de ocasionar-se gravame à parte, a quem não se propiciou oportunidade para contrariar o recurso. Aplicação, de resto, da Súmula nº 283-STF.

Recurso especial não conhecido.

(publicado no DJU de 08/11/1993, nº 212, Seção I, p.23564)

f) Processual civil. Recurso especial. Fundamentos suficientes não atacados.

Prevalece o acórdão que, tendo mais de um fundamento suficiente, é impugnado por outro que, embora devolvido, não foi considerado.

(publicado no DJU de 08/11/1993, nº 212, Seção I, p.23567)

Nos Tribunais, a fundamentação de um acórdão pode ser distinta da de outro juiz, dando ensejo que dois ou mais juízes de segundo grau exponham a fundamentação própria em separado, em declaração de voto. Assim é que as fundamentações ou motivações podem ser cumulativas ou alternativas, também na classificação de BARBOSA MOREIRA⁴.

O objeto do fundamento do recurso extraordinário é o previsto na Constituição Federal no artigo 103, inciso III, letras a, b, e c. Nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válido lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição Federal.

Em recurso especial (104, III, a, b e c da Constituição Federal) cabe contra as causas decididas em única instância pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal ou Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência, julgar válida lei federal ou negar-lhes vigência, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Se apenas um dos fundamentos for suficiente para manter a decisão, não cabe o recurso, seja especial, seja extraordinário, ou ordinários.⁵

⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel. Relatório enviado ao Relator Geral do Tema, para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (não publicado), p.28.

⁵ a) Recurso especial. Acórdão que decide questão apoiado em fundamento constitucional e infraconstitucional. Recurso Extraordinário inadmitido sem agravo para o STF. Trânsito em julgado do fundamento constitucional. Inadmissibilidade do Especial.

Evidentemente o acórdão deverá estar fundamentado no que diz respeito ao permissivo dos recursos a que alude. Caso contrário, é necessário que a matéria seja pré-questionada, ou seja, que o fundamento do acórdão venha a ser debatido no juízo inferior.

 - Não interposto agravo de instrumento da decisão denegatória do extraordinário, ocorre o trânsito em julgado do fundamento constitucional adotado pelo acórdão recorrido, suficiente, por si só, para mantê-lo, hipótese em que perde a especial eficácia, pois não pode, mesmo que provido, reformar o julgado recorrido, donde a sua inadmissibilidade.

(publicado no DJU de 08/11/1993, nº 212, Seção I, p.23547)

- b) Embargos de divergência. Acórdão com duplo fundamento. Questão constitucional não atacada em recurso especial. Não conhecimento deste.

Transitando em julgado o fundamento constitucional do acórdão recorrido, suficiente por si só para mantê-lo, não se conhece do recurso especial interposto.

Recebimento dos embargos de divergência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Peçanha Martins, Gomes de Barros, Milton Pereira, César Rocha, José de Jesus e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Brasília, 14 de setembro de 1993 (data do julgamento).

(publicado no DJU de 04/10/1993, nº 198, Seção I, p.20489)

- c) Cuida-se de RE, contra acórdão que, pra não conhecer de recurso especial, reputou transitada em julgado a decisão recorrida, porque o seu fundamento constitucional suficiente fora objeto de recurso extraordinário definitivamente indeferido.

Incensurável o acórdão recorrido e correto também o despacho agravado, que, na mesma linha, não admitiu o recurso extraordinário da decisão tomada no recurso especial.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal firmou-se no mesmo sentido: por isso, ao julgar, em 2.9.93, o Ag (AgRg) 145.589, de que fui relator, assentou o plenário da Corte que é inadmissível o RE interposto de decisão do STJ em recurso especial, quando a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau, de modo a constituir fundamento suficiente da decisão da causa.

Não se contesta - acentuou-se, então - que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.

Nesse sentido, as súmulas 282, 317 e 356 do Supremo Tribunal Federal, posto que os tribunais superiores não são uma terceira instância, mas tribunais especiais que têm como finalidade, na medida do cabimento dos respectivos recursos, proteger a jurisprudência nacional e prevenir conflito entre Estado e autoridade federal acerca de validade de tratado ou de lei federal, centralizando a decisão sobre a interpretação de lei federal e Constituição⁶.

10.2 - Embargos de declaração

Não há falar-se em pré-questionamento por meio de embargos de declaração se a matéria objeto a cabimento dos recursos não vinha sendo debatida antes.

Nos embargos de declaração, a questão da fundamentação da sentença se impõe em virtude da omissão quanto ao ponto em que deveria pronunciar-se.

Logo, não haveria fundamentação da sentença a ser suprida primeiro grau, se há inexistência de debate da questão objeto de cabimento do recurso.

Evidentemente, para sanar a omissão, é necessário que as partes hajam requerido o pronunciamento judicial sobre ponto objeto do cabimento dos recursos especiais desde o primeiro grau de jurisdição, ou, mais tardar, em fase de recurso ordinário (apelação). Caso não haja o requerimento aludido não há falar-se em omissão.

Ademais, a hipótese que é a do caso - em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa -, antes que a preclusão da matéria, é a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial.

Desse modo, inviável o RE, Rego seguimento ao agravo.

Brasília, 8 de outubro de 1993.

(publicado no DJU de 22/10/1993, nº 202, Seção I, p.22285)

⁶Cf. no sentido do texto entendimento de ALFREDO BUZAID in RTJ 109/299.

11 - NULIDADES

11.1 - Exemplos

A ausência de fundamentação conduz invariavelmente à nulidade absoluta da decisão judicial.

Segundo o escólio da ADA PELEGRINI GRINOVER¹ seria a omissão das razões de convencimento. Deixe-se de lado nessa abordagem o "erro lógico jurídico das premissas" - motivação intrínseca da questão de direito, e a "omissão de fato decisivo" - motivação extrínseca, da questão de fato. Estas análises, que são também parte do conteúdo da motivação, já foram feitas quando da abordagem de questões de fato e de questões de direito.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI² estabelece, anteriormente à Constituição Federal de 1988, distinção entre a fundamentação da sentença e a fundamentação da decisão interlocutória, pugnando a sanção de nulidade absoluta quanto à primeira e, quanto à segunda,

¹GRINOVER, Ada Pelegrini. Controle do Raciocínio Judicial pelos Tribunais Superiores, Ajuris nº 50, p.8 e 9.

²CRUZ E TUCCI, José Rogério. A Motivação da Sentença no Processo Civil, Ed. Saraiva, 1987. p.142 e 143.

anulidade relativa, dependendo da existência de do prejuízo. Ambas nulidades dependem de decretação judicial.

A elevação do princípio da fundamentação das decisões judiciais como direito subjetivo público constitucional extingue, em nosso entendimento, a diferença existente entre a sanção de nulidade das duas motivações, mesmo porque a nulidade relativa jamais é cominada pela lei, muito menos pela Constituição Federal.

CRUZ E TUCCI apresenta a seguinte pesquisa na jurisprudência. E podem ser decretadas de ofício³. NEGRÃO apresenta a seguinte pesquisa⁴.

³Ac. da 4ª Cãm. do 2º TACSP, no julg. da Ap. 171.501-7, Rel. Ferreira Conti, em 9-10-1984, JTACSP, Lex, 90:387; Ac. da 5ª CCivil do TJSP, no julg. da Ap. 57.459-1, Rel. Silva Costa, em 28-3-1985, RT, 600:102; Ac. da 1ª CCivil do TJSP, no julg. da Ap. 16.63-1, Rel. Valentim Silva, em 11-5-1982, RT, 562:111; Ac. da 4ª CCivil do TJSP, no julg. da Ap. 268.637, Rel. Tomaz Rodrigues, em 12-7-1979, RT, 535:111; Ac. da 4ª CCivil do TJSP, no julg. da Ap. 248.386, Rel. Flávio Torres, em 18-3-1976, RT, 498:108; Ac. da 4ª CCivil do TJSP, no julg. da Ap. 55.826-1, Rel. Freitas Camargo, em 21-3-1985, RJTJSP, 95:219; Ac. da 2ª CCivil do TJSP, no julg. da Ap. 264.298, Rel. Batalha de Camargo, em 20-9-1977, RJTJSP, 48.146. Ac. da 5ª Cãm do 2º TACSP, no julg. dos EI 148.655, Rel. Isidoro Carmona, em 5-10-1983, JTACSP, Lex, 87:313; Ac. da 4ª Cãm. do 1º TACSP, no julg. da Ap. 326.047, Rel. Benini Cabral, em 15-8-1984, JTACSP, Lex, 92:179; Ac. da 2ª CCivil do TJSC, no julg. da Ap. 9.856, Rel. Tycho Brahe, em 1º-11-1974; e c. da 4ª CCivil do TJRS, no julg. da Ap. 26.055, Rel. Hermann de Carvalho Roenick, em 5-5-1976, in Athos G. Carneiro, O novo Código de Processo nos Tribunais do RS e SC, cit., v. 2, respectivamente, p.395 e 398; Ac. da 5ª CCivil do TJRJ, no julg. da Ap. 10.852, Rel. Barbosa Moreira, em 4-3-1980, JCPC, 7:424; Ac. do TAPR, no julg. da Ap. 515/78, Rel. Osiris Fontoura, em 20-7-1978, RT, 531-240; Ac. da 1ª Cãm. do TJMG, no julg. da Ap. 43.015, Rel. Geraldo Henriques, em 10-10-1977, RT, 511:247; Ac. da 1ª Cãm. do 1º TACSP, no julg. da Ap. 327.984, Rel. Silveira Netto, em 28-8-1984, JTACSP, Lex, 97:174: "Pouco importa que as partes não tenham se manifestado ou reclamado (por meio de recurso ou outro adequado), com relação à matéria agora apontada, de vez que a nulidade é da categoria das insanáveis e que pode (e deve) ser reconhecida e declarada de ofício". Apud CRUZ E TUCCI, José Rogério. A Motivação da Sentença no Processo Civil, Ed. Saraiva, 1987. p.140-142.

⁴Cf. Ac. da 2ª Cãm. do 2º TACSP, no julg. da Ap. 146.445, Rel. Franciulli Netto, em 28-6-1982, JTACSP, Saraiva, 77:310: "é nula a decisão omissa sobre ponto fundamental da demanda. é que, se não

Outros exemplos colhidos para confronto⁵.

A omissão de dispositivo penal violado implica também a nu-

houve decisão sobre ponto fundamental da demanda, não há impugnação recursal válida e eficaz e sem impugnação não há devolução a instância superior, sob pena de suprimir um grau de jurisdição"; Ac. da 4ª Câ. do 2º TACSP no julg. da Ap. 166.005, Rel. Cunha de Abreu, em 20-12-1983, JTACSP, Lex, 88:351; Ac. da 5ª Câ. do 1º TACSP, no julg. da Ap. 315.870, Rel. Ruy Camilo, em 1º-2-1984, JTACSP, Lex, 87:183; Ac. da 2ª Câ. do 1º TACSP, no julg. do AI 342.058, Rel. Sena Rebouças, em 5-6-1985, ITACSP, Lex, 94:173; Ac. da 5ª Câ. do 2º TACSP, no julg. da Ap. 91.886, Rel. Edgard de Souza, em 5-9-1979, RT, 533:154; Ac. do TJMG, no julg. da Ap. 42.465, Rel. Hélio Costa, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, Código de Processo Civil anotado, cit., nota ao art. 458; Ac. da 2ª CCivil do TARS, no julg. da Ap. 12.729, Rel. Athos G. Carneiro, em 8-6-1976, in Athos G. Carneiro, O novo Código de Processo Civil nos tribunais do RS e SC, cit., v.2, p.392.

Nulidade de sentença não fundamentada: RJTJESP 34/73, 48/244, 49/30, 62/267; JTA 90/319; Bol AASP 1026/150, 1031/177; RTFR 117/340, 128/195; RJTJESP 107/227; JTA 60/254; 89/398; 92/331; RTJ 94/201.

Validade de sentença fundamentada sucintamente: RTFR 125/165, 125/249; RT 594/109; RJTJESP 61/42, 62/184; JTA 60/274, 98/118, 99/304; RJTESP 09/255.

Sentença fundamentada de forma deficiente: RT 612/121, 599/76; JTA 59/213; RJTJESP 94/241; RP 4/406 em 191. RTJ 95/312; JTA 34/317; RTJ 79/640; RT 620/144; RP 1/206 em 97 e 98; 6/326 em 183; RP 5/375 em 189. Apud NEGRÃO, THEOTONIO Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 24 Ed. 1991.

⁵Processo Civil - Acórdão não fundamentado - nulidade - arts. 131, 165 e 458 do CPC - art. 93 IX da Constituição Federal.

A exposição clara dos fundamentos constitui requisito dos acórdãos e sentenças. Por isto, é nulo o acórdão carente de fundamentação. Publicada no DJU de 25/11/1991 - seção I, p.17.043.

RTJ 79/640

"Prova testemunhal - Indeferimento motivado importa cerceamento de defesa. Nulidade do processo. Recurso conhecido e provido.

Recurso Extraordinário nº 84.686 RJ

Primeira Turma

relator Ministro Cunha Peixoto

recorrente Gilberto Nunes

recorrida Zelia Salles Smith

"A representação é regular. Concorre o legítimo interesse econômico. Processo em ordem, sendo desnecessárias outras provas".

"A questão, para ser esclarecida não demanda prova oral que fica indeferida".

"Sentença-requisitos-fundamentação contida em frase genérica - Defesa não consignada nulidade decretada".

Concordata - restituição de mercadorias - sentença que não resume a defesa, nem aborda ou discute questões e diligências suscitadas ou reclamadas - fundamentação contida em frase genérica - nulidade decretada.

 Ap. Civil 262.642- SP - Ap: Alô Modas Ltda. em concordata e
 Confecções Moderna Ltda. RJTJESP 49/130.

"Sentença - Nulidade - Fundamentação Omissa - Inobservância
 do art. 458 do CPC.

Nula é a sentença cuja fundamentação se mostra deficiente,
 considerando-se tal omissão a respeito de questões relevantes que
 exsurgem do contraditório.

Ap. sum. 166.005. 4ª Câmara
 relator Cunha de Abreu j. 10.12.83
 2ª TACSP

"Não logrou o réu demonstrar a inexatidão do crédito cobra-
 do. Os documentos acostados à inicial e a prova oral, demonstram
 que realmente deve o réu, em razão da fiança prestrada, o saldo do
 aludido acordo, além das contas telefônicas. Diante do quadro pro-
 batório impõe-se acolhimento do pedido".

"Limitou-se o digno magistrado a expender sua opinião, mas
 não sentença, obediente à lei (art. 458 e seus incisos)", p.399.

No mesmo sentido:

Ap. Sim. 114.828 - 9ª Câmara rel. Marcelo Motta j. 18.4.81;
 JTA 60/254, 60/274. Ap. Sim. 69.877, 3ª Câmara rel. Aloisio Braga
 j. 2.5.78.

RT 600/163-64-65

Sentença - Nulidade - pedido desdobrado em dois fundamentos
 - Decisão que aprecia apenas um deles - Inadmissibilidade - Retor-
 no dos autos ao juízo de origem - Embargos rejeitados.

Ementa oficial: Ato administrativo. Ação de nulidade do
 processo de tombamento de propriedade imobiliária pelo seu valor
 artístico e interesse paisagístico. Pedido desdobrado em dois fun-
 damentos. Sentença que acolhe um dos fundamentos reformada pelo
 Tribunal. Retorno dos autos ao juízo de origem para a decisão so-
 bre o segundo fundamento sustentado no mérito do pedido, que inda-
 ga sobre os motivos e as justificações da causa do ato administra-
 tivo. Decide com acerto o Tribunal, que após rejeitar os fundamen-
 tos preliminares de nulidade das formalidades do ato administrati-
 vo, determina o retorno dos autos ao juízo de origem, para a deci-
 são dos fundamentos sobre o "meritum causae" que levou a Adminis-
 tração Pública a reconhecer o valor artístico e interesse paisa-
 gístico da propriedade tombada. Embargos rejeitados.

Em Infing 45.84 - 2ª Gr. Cs. - j. 28.2.85 - relator Des.
 Negi Calixto. Publicada no DJU de novembro de 1985, p.163.

RT 595/127

Sentença - Nulidade - Falta de apreciação de preliminar
 suscitada - Infração do art. 458, II e III, do CPC.

Nula é a sentença proferida sem o necessário exame de pre-
 liminar levantada na contestação uma vez que infringe os requisitos
 dos nº II e III do art. 458 do CPC, sendo desnecessárias conside-
 rações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dessa anulação.

Ap. 20.425-2 - Capital - 16ª C. - j. 30.5.36 - rel. Des.
 Alvaro Lazzarini. Publicada no DJU de maio de 1985, p.127.

RT - 580/255

Sentença - Preliminares rejeitadas sem fundamentação - Nu-
 lidade.

Ementa oficial: Sentença. Preliminares argüidas. Rejeição
 pelo juiz sem fundamentação. Nulidade que se decreta. Não pode o
 juiz, na sentença, rejeitar, em bloco e sem qualquer fundamenta-
 ção, em preliminares argüidas por um dos demandantes, ao suporte
 de que todas elas foram bem rechaçadas pela parte contrária. E nem

lidade da sentença⁶.

A falta de apreciação de nulidades alegadas pela defesa gera a nulidade da sentença⁷.

 poderá o tribunal pronunciar-se sobre elas antes do juiz, pena de suprimir a instância.

TJBA - Ap. 163/85 - Riachão do Jacuipe - 1ª C. - j. 16.8.83
 - rel. Des. Paulo Furtado - v.u. Publicada no DJU de 5/2/1984, p.255.

EMENTA

Processo Civil - Sentença proferida com abstração dos termos em que foi deduzida a lide - Nulidade.

1) Nula é a sentença que, afastando-se da controvérsia, fez abstração dos termos em que foi deduzida a lide (C.P.C., art. 458, I e II).

2) Apelação provida.

3) Sentença anulada. Publicada no DJU de 25/11/1993, nº 203, Seção II, p.45.087

EMENTA

Processo Civil. Agravo de Instrumento

1. Presente o interesse da justiça, que se consubstancia na satisfação do crédito do Exequente, único objetivo da prestação jurisdicional, é dever do Juiz requisitar às repartições públicas as certidões requeridas e necessárias para provar as alegações das partes (parágrafo único do art. 198 do CTN). O indeferimento deve ser motivado.

2. Agravo provido. Publicada no DJU de 17/11/1993, nº 218, Seção II, p.49.172

RTJ 73/220 - RE 77.792 - 1ª Turma, do STF, j. 15.10.74 - motivação imperfeita mas não anulada.

RTJ 67/745 RE 72.130 - 1ª Turma STF j. 11.9.73 - motivação que acata relatório da sentença tida como aceita e válida.

RTJ 119/1321 RE 110.383 - 1ª Turma do STF j. 23.9.83 - omissão de questão essencial invalida a sentença

RTJ 87/222 RE 85.855 - 2ª turma STF j. 6.6.78.

RTJ 86/691 RE 87.855 - 2ª Turma STF j. 25.10.77 quanto à qualificação jurídica dos fatos.

RTJ 72/472 RE 78.036 Tribunal Pleno STF j. 2.10.74.

RTJ 88/121 RE 72.364 1ª Turma j. 22.8.78 - hipóteses onde o vício de motivação é tido como negativa de lei federal.

⁶Nesse sentido: RT 590/364 e 593/369).

⁷Nesse sentido: RT 564/359, 591/331 e 592/326. Fatos admitidos para condenação não descritos pela denúncia gera a nulidade da sentença.

RTJ 128/113 - Habeas Corpus - Alegação de falta de fundamentação do decreto de custódia preventiva, sua improcedência (...)

RTJ 128/131 - Habeas Corpus - Alegação de nulidade da sentença e, conseqüentemente, do acórdão confirmatório, porque: a) cerceou a defesa do paciente ao indeferir prova pericial (...); b) não fez exposição sucinta da acusação e da defesa; c) não indicou os motivos de fato e de direito em que se fundou, alegações repelidas.

Há acórdãos entendendo pela admissibilidade de questão implícita:⁸

11.2 - Conclusão

Em conclusão, a decisão sem fundamentação é nula. Apenas o amadurecimento da doutrina e da jurisprudência irá delimitar a ex-

Só a falta de fundamentação da sentença condenatória importa em sua nulidade. Não assim a motivação imperfeita ou concisa, como vem proclamando o Excelso Pretório (HC 54.544 - SP, Plenário j. em 18 de julho de 1976, relator Ministro THOMPSON FLORES, DJ de 10.9.1976, p.7.833 e RHC 59.420 - RS - 1ª Turma em 10 de novembro de 1981, relator Ministro RAFAEL MAYER, DJ 4.12.1981, p.12.318.

RTJ 128/141 - HC 65.937 CE/1ª Turma "Improcedência das razões relativas às nulidades processuais (falta de notificação prévia do acusado, prova obtida por meio ilícito, cerceamento de defesa; omissão de exame de preliminar por parte do acórdão; falta de fundamentação e julgamento com base em documentos inexistentes aos autos. HC indeferido.

p.146 - parágrafo quarto. "Igualmente improcede a alegação de nulidade do acórdão por omissão do exame da preliminar de inépcia da denúncia arguida pela defesa.

Com efeito, se a decisão condenatória é omissa quanto ao exame de uma preliminar, tem a parte para supri-la recurso adequado que é de embargos de declaração, que no caso, não foram interpostos.

Ademais, é indiscutível que, no caso, implicitamente foi rejeitada a preliminar de inépcia da denúncia, uma vez que tanto era ela apta que a defesa pôde exercitar-se plenamente, tendo, inclusive, obtido a adesão de vários votos vencidos, sendo que nenhum deles alegou inépcia da denúncia, ou teve qualquer dificuldade na exata compreensão da acusação.

Improcede, também a alegação de falta de fundamentação do acórdão condenatório quanto à existência do dolo. Com efeito, o acórdão em causa examinou, longamente, os fatos e as provas, e, com base nisso, concluiu".

⁸RTJSP 41/174

O juiz deixou de analisar preliminar de carência de ação ordinária de indenização e prescrição. Isto porque entendeu correta a propositura daquela ação. É que a garantia de um ano afastava a ação redibitória ou "quanti minoris".

RTJ 83/859

Nessa sentença ao julgar o mérito reconheceu a tempestividade do prazo de mandado de segurança, arguida em preliminar..

RTJ 76/177

Ambos, ação e reconvenção, tinham como fundamento injúria grave. Ao dar pela procedência de um, o juiz entendeu implicitamente a inexistência de outro.

tensão do conceito de "fundamentação deficiente" e "sucinta", conceitos que implicam respectivamente a nulidade ou validade da decisão.

Os casos de motivação implícita são exceções à completitude da fundamentação, justificáveis, apenas, diante da obviedade da impertinência das questões.

12 - FUNDAMENTAÇÃO NO PLANO CONSTITUCIONAL

12.1 - Política e fundamentação

A jurisdição é uma das formas do exercício do poder estatal. A concepção de que o estudo do processo civil pudesse se dar dentro dos limites de sua própria dogmática há muito foi repudiada. É certo dizer que a "Justiça é parte integrante da política"¹.

Sendo a jurisdição o exercício de poder político não se pode negar que a "relação dialética entre o Estado, a sociedade civil e a instância econômica da produção traduz um jogo objetivo de feições aparentes e ilusórias onde se reflete o mascaramento das relações reais de dominação econômica e política, o disfarce caracterizado fundamentalmente pela distinção do privado frente ao público e

¹Cf. a respeito por todos CÂNDIDO RANGEL DINAMARGO in A instrumentalidade do processo. Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.113, 137 e 161; Quanto à impossibilidade metodológica e filosófica de se traçar a conexão entre justiça e política leia-se DAMASKA, Mirlan. The Faces of Justice and State Authority - a comparative approach to legal process. Yale University Press New Haven and London, 1979, p.15.

pela neutralidade e estrutura impessoal de um poder superior fetichizado"².

Nesse sentido, "a questão hermenêutica deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma - com sua carga lógica, histórica, sistemática, teleológica e valorativa - para tornar-se um 'problema de conformação política dos fatos', isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico"³. O judiciário não é um poder totalmente neutro, totalmente soberano, totalmente independente. Sofre influxo político no sentido de se posicionar ideologicamente a respeito dos fins do Estado e em virtude disto esta questão precisa ser melhor problematizada.

As relações entre os diversos atores sociais são condicionadas pela Constituição Federal⁴.

A Constituição fixa as linhas fundamentais do Direito Processual. Estrutura os órgãos jurisdicionais, determinam-lhe a competência e traça princípios. Fixa a própria forma de atuação da Justiça⁵.

²ALVES, Alaor Café. Estado e ideologia. p.290.

³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Ed. Atlas, 1990, p.13.

⁴"A constituição corresponde à concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um certo Estado. Finalmente, de acordo com um significado ainda mais restrito, a constituição pode ser vista como uma espécie de contrato entre governantes e governados, por intermédio do qual aqueles têm seus poderes limitados a estas certas liberdades juridicamente asseguradas". FARRIA, José Eduardo. Poder e legitimidade. Ed. Perspectiva, 1978, p.48.

⁵Cf. DAMASKA, Mirlan. The Faces of Justice and State Authority - A Comparative Approach to Legal Process, p.1-15 - Yale University Press New Haven and London, 1979. O autor estabelece linhas de confrontação entre o direito iugoslavo com o direito anglo-americano. Nesse trabalho, caracteriza dois sistemas de processo, segundo a forma de governo: o sistema estabelecido pela paridade de armas entre os confrontantes e o sistema inquisitorial, tradução livre de "adversarial and inquisitorial systems".

O autor também sugere um estudo do processo em comparação com a organização sócio-econômica do Estado. Isto porque o sistema legal é produto da organização sócio-econômica.

Ao estabelecer a fundamentação como princípio constitucional estabelece a transparência da atuação do Estado de Direito.

Daí a fundamentação da sentença ser o meio eficaz para que se verifique e se desmascare os reais interesses subjacentes à aplicação da lei.

Os motivos da sentença tem suma importância. É inaceitável o exercício do poder arbitrário. Isto significa que o exercício da soberania do Estado, através da jurisdição necessariamente deve ser estabelecido em termos legais e racionais⁶.

Um segundo aspecto da importância da fundamentação é a de constituir o mecanismo de controle para revisão judicial em segunda instância. O controle dos atos jurisdicionais se dá através da análise da fundamentação das decisões pelos órgãos com competência legal para rever as decisões de primeira instância. A análise da fundamentação se dará pela correta apreciação da prova, sejam dos depoimentos, dos documentos, das perícias ou outras provas quaisquer contidas nos autos que, necessariamente, devem guardar relação de apoio com a fundamentação expendida pelo órgão julgador.

O controle se dá, outrossim, pela própria transparência das decisões à opinião pública.

12.2 - Legalidade

Não há falar-se em fundamentação da sentença sem traçar a sua estreita relação com o princípio da legalidade. O princípio in-

Estas são as bases para o autor traçar um esquema unitário onde une modelos autoritários com modelos mais democráticos, para identificar várias formas de processo em um mesmo estado moderno, estabelecendo distinções entre o processo penal e o civil, continental e anglo-americano.

⁶WEBER, Max. A política como vocação, p.57.

sere-se no modelo liberal como direito individual.

O princípio da fundamentação da sentença no processo é uma das formas pelas quais o princípio da legalidade rege o Estado de Direito. Ora, se Estado de Direito consiste na subordinação do Estado à lei, é natural que o Poder Judiciário ao exercer a jurisdição o faça exclusivamente por força da lei.

O princípio da legalidade é direito individual insuprimível inserto atualmente no artigo 5º inciso II, da Constituição Federal e como tal é exercido contra o Estado⁷.

Em outros termos, o princípio da legalidade é a própria vinculação do Estado à lei. Logo, também da atividade jurisdicional.

CANOTILHO⁸ ao analisar o regime de direitos, liberdades e garantias, realiza estudo sobre a vinculação entre entidades públicas à lei, seja o legislador no que tange à Constituição Federal, seja do administrador⁹, seja do poder judicial.

⁷Na Constituição anterior, art. 153, § 2º, que corresponde ao art. 179, 1º, da Constituição de 1824; ao art. 72, § 1º da Constituição de 1891; ao art. 113, inciso 2, da Constituição de 1934; ao art. 141, § 2º da Constituição de 1946.

⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p.591 e ss.

⁹A discussão no âmbito de aplicação da lei em face de norma constitucional pelo Poder Executivo tem aspectos distintos (nesse sentido BARROSO, Luís Roberto Barroso. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 2.ed. Ed. Renovar, p.322 e ss.; citando POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, p.120 e ss.; defendem a aplicação da Constituição caso o poder executivo entender as leis inconstitucionais (à vista da afronta do princípio da separação dos poderes).

Ocorre que, em nosso entendimento, o afastamento da lei pelo executivo não se justifica quanto à aplicação do princípio de separação dos poderes, pois não é um dogma que tenha vida própria, tem sentido e deve ser respeitado exclusivamente na medida em que resguarde os direitos e garantias individuais nesse sentido CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e Motivação do Ato Administrativo. Ed. Revista dos Tribunais, 1979. p.190.

Considera¹⁰ que na aplicação de lei em conflito com os direitos fundamentais, deve prevalecer este àquele. Defende ainda o dever de "desaplicação da lei", caso viole direitos ou garantias fundamentais¹¹.

O raciocínio quanto ao princípio da legalidade, nesse sentido, revela a "discrecionarietà" na aplicação da lei cabível ao caso concreto, colocando no vértice da aplicação a legalidade constitucional que envolve os direitos e garantias fundamentais.

A margem de dúvida na aplicação da lei se dá na medida do desgaste do princípio da legalidade. MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹² estabelece três ordens de idéias quanto ao desgaste do princípio, a saber: a) de ordem filosófica, o princípio da legalidade nasceu de uma concepção de justiça que deveria ser declarada pelo poder legislativo. Este não mais "declarava as normas, para transformar-se no poder que faz as normas". Haveria, portanto, a desvinculação entre lei e justiça; b) de ordem política¹³ a lei passa a ser a vontade da maioria parlamentar, em um contexto de interesses circunstanciais; c) ordem operacional, o Estado assume novos papéis de interventor no domínio econômico para prover a todos bens materiais e a felicidade através da lei¹⁴.

¹⁰-----
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p.598.

¹¹Para uma visão de contexto histórico (italiano) entre uma a legalidade concebida em resistência à intromissão do poder executivo e em defesa das liberdades individuais e a passagem dessa concepção positivista para o uso contrário leia-se BOBBIO, Norberto. El Problema del Positivismo Jurídico. Buenos Aires: Eudeba, 1965, p.8 e 9.

¹²FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Princípio da Legalidade, Revista da Procuradoria Geral do Estado, v.10, p.9 a 20, junho de 1977, p.9.

¹³FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Princípio da Legalidade, Revista da Procuradoria Geral do Estado, v.10, p.9 a 20, junho de 1977, p.16.

¹⁴Não analisarei o aspecto de legitimidade da legalidade como recurso dialético para mudança da lei reportando-me ao trabalho de GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceito e Normas Jurídicas, p.38 e ss.

Assim, podemos concluir que se é certo que a jurisdição é vinculada ao princípio da legalidade, não menos certo é que o princípio da legalidade encontra-se em xeque. Fortalece-se, no entanto, na aplicação dos direitos e garantias individuais constitucionais.

O tratamento do tema da fundamentação calcada em aspectos legais e racionais invoca a preocupação da vinculação do poder jurisdicional à lei. A fundamentação, nesse sentido, será o elo de imanência da aplicação da lei ao caso concreto.

O poder jurisdicional é vinculado à lei. Essa vinculação obedece em último grau exclusivamente à Constituição Federal ao estabelecer as garantias e direitos individuais. Assim, é certo que existe margem de aplicação à lei cabível ao caso concreto, em caso de conflito entre várias leis pertinentes em hipótese.

Qual é o espectro dessa "liberdade" de aplicação da lei é o tema em que tentaremos traçar algumas considerações.

Fundamentação da sentença se dá em termos de atos jurisdicionais e atos administrativos (jurisdição voluntária).

No âmbito dos atos administrativos, a relação entre vinculação da lei e discricionariedade na aplicação da lei, vem calcado no estudo do poder vinculado ou discricionário, como melhor explica HELY LOPES MEIRELLES¹⁵. Delimitam ainda o conceito de desvinculariedade e vinculação SEABRA FAGUNDES¹⁶ e CRETELLA JUNIOR¹⁷.

¹⁵MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 18.ed. Ed. Malheiros, p.151).

¹⁶SEABRA FAGUNDES analisa a questão da discricionariedade nos seguintes termos: "A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. O que a distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei enseja ao executor no exercício, e não na liberação da lei. Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa à lei, em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade e forma,

Ora, sendo a decisão jurisdicional um ato administrativo "lato sensu" considerado - definido assim porque emanado do poder estatal, é possível, em nosso entendimento, a utilização de estudo da discricionariedade ou vinculação do ato administrativo para efeito de se identificar o grau de liberdade e a natureza dessa liberdade no ato judicial¹⁸.

É fácil concluir que, sob o prisma metodológico do direito administrativo, os atos jurisdicionais são atos vinculados, pois calcados no dogma da subsunção pelo qual o juiz exclusivamente aplica a lei ao caso concreto.

Ponderando-se uma função criativa na atividade jurisdicional pode-se notar claramente que, ainda que jungido à lei, tem o

 ao praticar o ato discricionário é livre (dentro de opções que a própria lei prevê quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência e do objeto (conteúdo). Entre praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo (por exemplo advertir apenas ou proibir) ela é discricionária. Porém, no que concerne à competência à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, inserto na Revista de Direito Administrativo 14/52).

¹⁷Vinculado ou predeterminado é o ato concretizado "pela vontade condicionada ou ativa da Administração, obrigada a manifestar-se positivamente desde que se preencham determinados requisitos fixados "a priori" pela lei. Discricionário é o ato no qual "a manifestação concreta e unilateral da vontade da administração, que fundamenta em regra objetiva de direito que legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência". CRETELA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, 1966, v. 2, p.100).

¹⁸Cf. sobre diferença de ato administrativo e sentença MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 4.ed. Ed. Malheiros Editores, p.174 ao estabelecer que o que distinguiria a sentença do ato administrativo nos seguintes termos: "sujeita-se (o ato administrativo exclusivamente) a exame de legitimidade por órgão jurisdicional. Vale dizer, não possui definitividade perante o Direito, uma vez que pode ser infirmada por força de decisão emitida pelo Poder Estatal que disponha de competência jurisdicional: entre nós o Poder Judiciário. Com isto diferencia-se o ato administrativo da sentença". Ora, como se explica, portanto, existência de mandado de segurança contra ato jurisdicional, ainda que excepcionalmente.

juia o poder de conformação jurídica dos fatos entre várias possíveis em um critério muito semelhante à oportunidade e à conveniência que a função social e as exigências do bem comum determinam na aplicação da lei (art. 5º da lei de introdução ao Código Civil).

A classificação dos atos jurídicos entre vinculados e discricionários, própria do Direito Administrativo, sofre para oferecer soluções até mesmo no estudo de Direito Administrativo¹⁹.

O estudo da vinculação ou da discricionariedade do ato judicial tem por escopo a identificação de dois fenômenos processuais que interessam ao estudo da fundamentação da sentença. O primeiro diz respeito à discricionariedade ou vinculação do poder jurisdicional cautelar. O segundo diz respeito à discricionariedade ou vinculação nos processos de jurisdição voluntária.

A fundamentação da decisão demonstrará o elo de ligação entre o provimento jurisdicional e a lei, ou demonstrará a conveniência e oportunidade da decisão judicial, dependendo de como conceba a princípio da legalidade na atividade jurisdicional.

12.2.1 - Discricionariedade ou vinculação no poder cautelar

Doutrina autorizada manifesta-se sobre a "discricionariedade" dos atos judiciais cautelares nesses termos: "no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias

¹⁹POMPEU, Cid Tomanik. "Natureza Jurídica da Autorização", Revista de Direito Administrativo 142, outubro e dezembro de 1980, textualmente após identificar vários conceitos sobre o tema na doutrina estrangeira e pátria: "No que concerne à vinculação do ato à lei, os autores não apresentam ponto de vista uniforme. De fato, aqueles que dão ao vocábulo sentido amplo, abrangendo os demais atos permissivos ou autorizativos, conferem à autorização caráter vinculado ou discricionário, segundo a espécie adotada: se for licença, o ato autorizativo será vinculado, se for permissão, ou autorização em sentido estrito, será discricionário.

que julgar adequadas para evitar dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do Estado de Direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do "imperium", decretava as "interdicta"²⁰.

A discricionariedade aludida acresce no que tange à possibilidade de conhecimento de ofício da medida cautelar²¹. As medidas cautelares, quanto à sua natureza podem ser classificadas em medidas administrativas e medidas jurisdicionais, segundo GALENO LACERDA. As primeiras não são definidas por uma lide, ou pretensão resistida. As segundas têm como essência a lide em sua definição.

é como ato administrativo que pode ser entendido o poder que o magistrado tem de decretar medidas cautelares de ofício. é no dizer de GALENO LACERDA²², autêntico poder de polícia atribuído ao juiz no resguardo de pessoas e de coisas confiadas por lei à autoridade judicial.

Enquanto ato administrativo em sentido estrito, posto que não há lide para qualificá-lo como jurisdicional, trata-se de ato

²⁰LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, 2.ed. volume VIII, nº 25, t. I, p.135 e 136, série Forense; no que foi secundado por THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Jurisdicional Cautelar, Revista dos Tribunais, 574/14.

²¹Três posições estabelecem-se a respeito: a primeira defende a idéia que ao juiz é vedado conhecer de ofício de medidas cautelares, salvo se expressamente autorizado por lei, nesse sentido SANCHES, Sydney. Poder Geral de Cautela, Revista dos Tribunais, 587/14 e ss.; a segunda no sentido de a cautelar de ofício é admitida irrestritamente, nesse sentido LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inonimadas, Revista dos Tribunais 605/12 e ss.; a terceira posição admite se conceda a providência cautelar de ofício somente tratando-se de cautelar incidente, nesse sentido NERY JÚNIOR, Nelson. "Considerações Práticas sobre o Processo Cautelar". Justitia 50/18, julho e setembro de 1988).

²²LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1984, p.118.

administrativo discricionário, posto que é dado ao magistrado, dentro da lei, um juízo de oportunidade e conveniência do ato (seqüestro de coisa móvel ou imóvel para evitar rixa ou violência, depósito dos filhos no caso de divórcio ou separação judicial ou anulação de casamento)²³.

A medida cautelar, liminar ou não, enquanto ato jurisdiccional jamais será ato administrativo discricionário. O ato jurisdiccional é sempre vinculado à lei.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO²⁴ defende que o ato judicial não é discricionário, ainda que seja referente à liminar no mandado de segurança. Não há juízo de oportunidade sobre a questão, mas um "juízo de legitimidade". O simples fato de uma decisão comportar mais de uma interpretação em abstrato, não significa um componente de discricionariedade. A atividade jurisdiccional tem a função de dizer o direito ao caso concreto, ou em outras palavras a "verdade jurídica". Assim, conclui que a liminar de mandado de segurança poderia ser cassada por outro mandado de segurança impetrado na instância superior, posto que o ato que deixa de conceder a liminar, quando é o caso, é ato ilegal ensejador de reparação por meio de mandado de segurança.

²³LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1984, p.118, com os quais poderiam ser acrescentados, o poder de trazer uma testemunha sob vara, reserva de bens de inventário, suspensão do processo de execução, busca e apreensão para compelir o inventariante removido a entregar imediatamente ao substituto os bens do espólio (artigo 998 do Código de Processo Civil), determinação para que o detentor do testamento o exhiba em juízo (artigo 1129, parágrafo único do Código de Processo Civil) arrecadação dos bens do ausente (artigo 1160 do Código de Processo Civil), faculdade de resguardo da prova penal (artigo 240 do Código de Processo Penal).

²⁴MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Mandado de Segurança contra Denegação ou Concessão de Liminar", Revista de Direito Público nº 92/55 e ss.

O que se entende por "discricionariedade" do ato jurisdicional pode ser delimitado, em essência, pela aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

É KARL ENGISH²⁵ quem relaciona o poder discricionário com a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Estes dizem respeito a um núcleo conceitual e um halo conceitual. Não existem dúvidas sobre a aplicação do direito no que tange à idéia central do conceito. Dúvidas há, e aí paira a discricionariedade da aplicação, no que diz respeito ao halo conceitual.

GENARO CARRIÓ²⁶ disserta sobre a vaguidade dos conceitos jurídicos; todas as palavras são potencialmente vagas podendo ser direcionadas para as mais diversas circunstâncias possíveis. Destaca-se ainda a vaguidade intencional das palavras. Esta faculdade da comunicação atribui ao Direito sua textura aberta como forma de linguagem que é.²⁷

No caso do poder discricionário ou vinculado das cautelares, a "discricionariedade" atinge o conceito de "fumus boni juris" e "periculum in mora".

O primeiro conceito, a fumaça do bom direito, é um juízo de verossimilhança do direito. É um juízo de aparência do bom direito "prima facie". É um juízo provisório e de cognição superficial de

²⁵ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.205 e ss.

²⁶CARRIÓ, Genaro. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, p.31 e ss.

²⁷ENTERRIA e FERNANDEZ abordam a questão de discricionariedade e vinculação dos motivos também como uma questão de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. ENTERRIA, Eduardo Garcia e FERNANDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo, 4.ed. Madrid: Ed. Civitas, volume I, 1983, p.433 e 434, apud MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo", Revista de Direito Público nº 90 (abril, junho de 1989), p.55 a 69, Ed. Revista dos Tribunais.

prova pré-constituídas, não se trata de um juízo antecipatório da decisão que assegura, mas passa a ter esse caráter ao se entender que diz respeito ao mérito do direito que acautela.

O conceito do "periculum in mora" é o perigo que a demora na prestação jurisdicional acarretaria, caso a prestação jurisdicional fosse efetivada após o aprofundamento da matéria fática analisada, inclusive com o contraditório.

Ambos conceitos conferem um halo de subjetividade na aplicação do direito, mas não decorrem da ausência do juízo de legalidade. São conceitos vagos, muitas vezes.

Os conceitos jurídicos indeterminados também existem na aplicação de direito inerente de outros processos judiciais, como no caso da fixação pecuniária dos danos morais, na graduação da pena, no arbitramento de cláusula penal. A diferença que há entre os conceitos jurídicos indeterminados nesses casos e nos casos do poder cautelar é que o conceito relaciona-se ao próprio direito cautelando - "fumus boni juris" que o mais das vezes é o próprio direito discutido por via da ação principal, ou no mérito do processo cautelar ou mandado de segurança. O conceito jurídico, em outros casos, é mais restrito a determinado ponto a ser decidido, e não a toda questão de direito.

A aplicação do direito, quanto às medidas cautelares, pode ser ampliada pela vaguidade dos termos que compõem os requisitos para a concessão ou indeferimento das medidas cautelares. A fundamentação, nesse contexto, é de maior importância, posto que visaria a demonstrar a adequação dos requisitos aos elementos fáticos previamente constituídos.

Não existe, portanto, caráter discricionário das decisões em cautelares. O que existe é que os requisitos das cautelares

abrem margem à vaguidade do conceito de "fumaça de bom direito" e do "perigo na demora" da prestação jurisdicional. Estes conceitos dizem respeito ao próprio direito cautelando, diferentemente em outros conceitos jurídicos indeterminados em outros provimentos que dizem respeito a determinados pontos da decisão.

12.2.2 - Jurisdição voluntária

Quanto à aplicação do princípio da legalidade na jurisdição voluntária, esta vem tratada no artigo 1109 do Código de Processo Civil: "O juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias; não é porém obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna".

Temos que o próprio Código de Processo Civil estabelece juízo de conveniência e oportunidade para a decisão sobre o pedido de alçada de jurisdição voluntária.

Quanto à inobservância do princípio da legalidade estrita no procedimento de jurisdição voluntária, JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO²⁸ entende que isto não implica, primeiramente, que a decisão seria "contra legem". Referindo-se a estudo de CÂNDIDO NAVES²⁹ pode-se resumir que a discricionariedade diria respeito à intervenção judicial para assegurar igualdade processual e celeridade à produ-

²⁸CASTRO FILHO, José Olympio de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3.ed. volume X, Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.27 e ss.

²⁹NAVES, Cândido. Impulso Processual e Poderes do Juiz. Belo Horizonte, 1949, p.307 apud CASTRO FILHO, José Olympio de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3.ed. volume X, Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.29 e ss.

ção das provas. No que tange à delimitação da controvérsia, ou especificamente ao pedido, não haveria interferência do juiz.

Por isso é conveniente especificar que atos de jurisdição voluntária não são jurisdicionais. Diz-se chamar a jurisdição voluntária a atividade processual "juris-integrativa", não sendo nem voluntária nem jurisdicional. É por isso que WACH manifesta-se que na jurisdição voluntária a atividade do Estado tem o fim de criação do direito e não manutenção da concreta ordem-jurídica privada. A atividade jurisdicional voluntária, portanto, é ato administrativo³⁰.

Como ato administrativo, poder-se-ia classificá-lo como ato administrativo discricionário quanto ao juízo de oportunidade e conveniência da intervenção jurisdicional no que tange aos poderes do juiz e ao impulso processual.

12.3. Separação de Poderes

A Constituição Federal estabelece o dogma da divisão de poderes, no art. 2º determinando que os poderes são independentes e harmônicos entre si. O dogma da divisão de poderes estabelece a prevalência da pessoa sobre o Estado³¹.

No que tange à atividade jurisdicional, MAURO CAPPELLETTI³² revela que o princípio da separação dos poderes teve como consequência um "judiciário débil e confinado, em essência, aos conflitos

³⁰NEVES, Celso. Apostilas para debate no curso de mestrado do primeiro semestre de 1988, capítulo 5 onde refere posição de MORTARA, REDENTI, WACH, LABORDE-LACOSTE, LOPES DA COSTA, WEISSMANN, ROSENBERG e LENT, no sentido do texto.

³¹Nesse sentido CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p.7.

³²CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1993, p.53.

privados. Em outras palavras, significa um legislativo totalmente não controlado, e um executivo praticamente descontrolado".

O princípio de freios e contrapesos, adotado do sistema americano possibilita a atividade jurisdicional controladora do poder executivo e do poder legislativo³³.

A obrigação de fundamentação das decisões é imanente também à idéia de crise do estado autoritário. Assim, o poder judicial não está vinculado ao poder do Estado, mas passa, assim, a ser uma delegação do povo ao poder judiciário.

A concepção de que o Estado não exerce um poder absoluto se dá no plano jurisdicional pela obrigação da fundamentação das decisões judiciais. Não apenas judiciais como também de qualquer outro órgão do poder estatal. A doutrina alemã trata o princípio de transparência do poder pelo termo "maxime Diskutierbarkeit" do exercício do poder, ou em tradução literal pela "discutibilidade potencializada" do exercício do poder.

A transparência do exercício do poder através da fundamentação da sentença se dá em planos de racionalidade e de controlabilidade.

Evidentemente, a fundamentação da sentença como garantia essencial do indivíduo não se coloca separadamente de outros princípios igualmente importantes para a administração da justiça. É necessário que a par de que as decisões judiciais sejam fundamentadas, exista igualmente independência do poder judiciário. A independência do poder judiciário deve ser assegurada de várias formas,

³³No Brasil isto se dá através do mandado de segurança, do "habeas corpus", mandado de injunção, "habeas data", ação popular, ação civil pública, ação direta de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade.

mas consiste evidentemente em ver-se longe das pressões de grupos ou de interesses. Assim, falar-se de independência judicial é falar de independência institucional.

A relação entre independência institucional e a fundamentação das decisões se dá na medida em que a fundamentação seja adstrita apenas e tão-somente às considerações legais e racionais e nunca para se considerar as pressões externas de grupos ou interesses, ainda que digam respeito ao clamor público, bem como internas à própria magistratura.

Quanto à legalidade das decisões é certo dizer que uma legalidade não controlada equivale a uma não-legalidade. Assim, também a esse princípio a fundamentação da sentença está jungida de forma direta. A legalidade mecânica ou deduzida passivamente é evitada por uma fundamentação racional.

Segundo CANOTILHO³⁴, falar-se em independência dos juízes pressupõe uma independência externa, ou seja, uma independência em relação a órgãos ou entidades estranhas ao poder judicial e uma independência interna, ou seja, independência perante órgãos ou entidades pertencentes à organização judicial.

Qualquer estrutura que comprometa a independência da magistratura comprometerá também as decisões judiciais. Não se admite, portanto, falar-se em controle externo da magistratura, posto que incluiria como fator outros elementos estranhos ao princípio da legalidade e racionalidade das decisões.

Não se poderia falar, outrossim, em controle da magistratura sem a respectiva sanção. Controle sem alguma forma de coercibi-

³⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p.768.

lidade desse controle equivale a um não controle. Coercibilidade, por sua vez, influenciaria em garantias tais como inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, bem como princípios da livre persuasão racional, legalidade das decisões desnaturando a magistratura como poder estatal.

O poder judiciário, inserido em uma organização constitucional de Estado de Direito pressupõe, no entanto, fiscalização recíproca de outros poderes³⁵.

³⁵ Analisemos como se dá a independência e a autonomia e o papel que a fundamentação exerce nessa interrelação com poderes e órgãos externos e internos ao poder judiciário.

O órgão de cúpula do poder judiciário é o Supremo Tribunal Federal, cuja competência jurisdicional vem traçada no artigo 102, da Constituição Federal, outorgando-lhe hegemonia sobre os outros tribunais. É constituído de pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada. O Chefe de Estado e Chefe do Poder Executivo em conjunto com o Poder Legislativo, pelo Senado Federal, determinam a sua constituição. Não existe, portanto, impedimento para que o Ministro do Supremo Tribunal seja escolhido, atualmente, entre membros externos ao quadro da magistratura de carreira. A escolha feita é de cunho político subjetivo do Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (artigo 84, inciso XIV, XVI).

O poder judiciário também está submetido à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas, órgão do Poder Legislativo, a teor do artigo 71, incisos II e IV da Constituição Federal. A autonomia administrativa e financeira do judiciário é limitada por orçamentos estipulados em conjunto com os demais poderes, como preceitua o artigo 99 da Constituição Federal.

Além da ingerência de outros poderes, a própria comunidade jurídica exerce controle sobre o poder Judiciário. A Ordem dos Advogados do Brasil participa da seleção de juizes no processo de concurso público de provas e títulos, por determinação constitucional do artigo 93, inciso I. Um quinto dos lugares de todos os tribunais federais e estaduais é reservado a membros do Ministério Público e da Advocacia, nos termos do artigo 94. Também nas inspeções nas varas e nas distribuições de processos atuam os membros do Ministério Público e da Advocacia, que respectivamente fazem parte integrante indispensável à administração da justiça (artigo 133 da Constituição Federal), bem como essencial à função jurisdicional (artigo 127 da Constituição Federal).

O princípio da fundamentação das decisões judiciais revela ser nesse aspecto o instrumento de maior transparência de atuação jurisdicional, ao lado da possibilidade de revisão por grau superior da decisão, bem como da publicidade dos atos.

Também internamente à magistratura, o princípio da fundamentação das decisões administrativas, agora prevista no inciso X do artigo 93, da Constituição Federal condiciona ao controle externo as decisões administrativas e disciplinares. O aspecto disciplinar vem regulado pela Lei Orgânica da Magistratura, que outorga ao Conselho Nacional da Magistratura a competência para conhecer de reclamações contra membros de tribunais podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou aposentadoria (artigo 50)³⁶.

Os poderes da União são independentes e harmônicos entre si. Isto garante a isenção e autonomia das decisões judiciárias no Estado de Direito, subordinado exclusivamente à lei. O princípio é a hegemonia do cidadão contra o Estado, posto que o poder não deverá ser exercido de forma ilimitada, exclusivamente por um órgão. O sistema de freios e contrapesos faz supor que o Poder Judiciário deve ser controlado por outros poderes bem como a sociedade em ge-

³⁶A fundamentação da decisão administrativa diferencia-se da decisão jurisdicional, posto que naquela há o crivo do duplo grau de jurisdição, via de regra, e nesta a autoridade competente para conhecer de mandado de segurança contra os seus próprios atos é o próprio Tribunal, nos termos do artigo 21, inciso VI, da Lei Orgânica da Magistratura.

Certo seria que as decisões administrativas, a par de serem fundamentadas, fossem revistas por um segundo grau de jurisdição, posto que a própria Constituição Federal condiciona no artigo 96, letra a que compete privativamente aos tribunais elaborar o seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, onde se encontra, sem dúvida, o princípio do duplo grau de jurisdição.

ral. A fundamentação de suas decisões, sejam administrativas, sejam jurisdicionais, exerce a transparência necessária para a análise de órgãos externos ao poder judiciário, bem como para a análise do controle interno do judiciário, que não pode fechar-se em si próprio para decidir quanto à conduta de seus membros, exercendo assim uma atividade castradora de autonomia e de independência funcional. O princípio da fundamentação é concatenado com outros princípios tais como a publicidade, a legalidade, e o duplo grau de jurisdição, para que revele a transparência a que visa.

12.4 - Elaboração Legislativa Constitucional

O anteprojeto em 17/6/87 da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do poder judiciário e do Ministério Público, havia proposto texto constitucional para o artigo 2º, inciso V, nos seguintes termos: "O estatuto jurídico da Magistratura será definido no âmbito federal, em lei de iniciativa do Supremo Tribunal Federal e, no estadual, em leis de dois Tribunais de Justiça respectivos observados os seguintes princípios: (inciso V) As decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas, identificados os votantes e tomadas pelo voto de dois terços de seus membros".

A comissão de sistematização, em 13/7/87, estatuiu nos seguintes termos, no artigo 192: "A União e os Estados terão estatutos da magistratura, mediante leis complementares federal e estadual, observados os seguintes princípios: (inciso VIII e IX, respectivamente). Nenhum órgão do Poder Judiciário pode realizar sessões ou julgamentos secretos. Se o interesse público o exigir, a lei poderá limitar a presença em determinados atos às próprias par-

tes e seus advogados". "As decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas, identificados os votantes e tomadas pelo voto de dois terços de seus membros.

Na fase de Projeto, constou, em 7/10/87, na Comissão de Sistematização, do artigo 135, incisos VII e VIII, nos seguintes termos: "A União e os Estados terão estatutos da magistratura, mediante leis complementares federal e estadual, observados os seguintes princípios: Nenhum órgão do judiciário pode realizar sessões ou julgamentos não fundamentados ou secretos. Se o interesse público exigir a lei poderá limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes." "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, identificados os votantes, sendo que as disciplinares serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

A sanção de nulidade veio apenas posteriormente, quando o projeto tomou o artigo 109, incisos VIII e IX, nos seguintes termos: "O Estatuto da Magistratura obedecerá a lei complementar, observados, os seguintes princípios: Todas as sessões ou julgamentos dos órgãos do poder judiciário são públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Se o interesse público o exigir, a lei poderá limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e seus advogados ou somente a estes". "As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, identificados os votantes, sendo que as disciplinares serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

A mesma redação era prevista, em 15/12/87, no artigo 113, inciso VIII e IX (segundo e terceiro substitutivo do relator) com exceção de que a segunda parte do primeiro inciso vinha ligada por ponto e vírgula ao invés do ponto como supra.

Na comissão de sistematização, tomou o artigo 98, inciso IX e X, nos seguintes termos: "Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: "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 seus advogados, ou somente a estes; "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo que as disciplinares serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

Na mesma redação foi perpetuada no artigo 93, incisos IX e X da comissão de sistematização, e tomou o artigo 111, inciso VIII e XI, da votação do primeiro turno.

Na segunda votação, nos termos regimentais do parágrafo segundo e terceiro da Resolução nº 3/88 foi requerida a fusão das emendas 2 PD 01883-1, 2 PD 00757-1 e 2 PD 0758-9 e Destaque 1247 resultando na seguinte redação: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade; se o interesse público o exigir, a lei poderá limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados ou somente a estes." "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo que as disciplinares serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

Como justificativa, o autor da emenda, ANTONIO KONDER REIS, juntamente com NELSON AGUIAR, aduziram em plenário constituinte que: "Determinadas questões, que às vezes envolvem a vida pregressa dos juizes, hão de ser decididas pelo Tribunal, facultada sessão secreta, ou seja, não obrigatoriamente em sessão secreta. Mas seria, sem dúvida, violência ao texto constitucional se a Lei Maior

impusesse para todas as sessões do órgão colegiado do Poder Judiciário a sessão pública e a identificação dos votantes. O resultado foi aprovado por 372 votos a favor com 69 votos contrários e 14 abstenções, de um total de 455 constituintes votantes³⁷.

³⁷Cf. a respeito o DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, seis de abril de 1988; Projeto Aquarius, p.17 a 41.

13 - CONCLUSÃO

Em conclusão, a fundamentação das decisões é de suma importância porque trata de direito individual do ser humano à aplicação da lei de forma transparente, controlável, racional e acima de tudo justa.

O exercício da jurisdição tem como pressuposto a interpretação e a respectiva fundamentação, no devido processo legal. É óbvio que a interpretação dos fatos depende de fatores como psicológico, ideológico, e político. A fundamentação, porém, se dá exclusivamente calcada na lei e na razão. Um dos fins do Estado é a garantia ao "ordenamento jurídico justo".

A análise das várias correntes filosóficas e diferentes métodos interpretativos demonstra a equivocidade inerente do círculo hermenêutico do "achado-escondido" (RICOER), do qual faz parte a fundamentação das decisões judiciais como signo linguístico que é.

O histórico do princípio da fundamentação da sentença revela que esta existe na medida e no grau de transparência e controlabilidade das decisões judiciais, como qualquer ato do poder estatal. Inexiste, por conseguinte, nas épocas em que o poder não era democrático.

Revela o histórico, outrossim, a imanência entre a forma de pensar o direito e a fundamentação, posto que esta é o elo de ligação entre a norma abstrata e a aplicação desta ao caso concreto. Repudiado o dogma da subsunção, também mostrou-se incapaz de abarcar o Direito a Escola Livre, havendo a necessidade constante de um equilíbrio entre o pensamento jurídico e a letra hermética da lei.

Quanto à criação do direito e a fundamentação da sentença concluimos pela importância da compreensão do direito como forma de linguagem. Assim, cai por terra disputa sobre se o direito é ou não criado através da atividade jurisdicional, para se analisar a questão através de um "desacordo de atitude" (STEVENSON) entre aqueles que entendem que a atividade jurisdicional é meramente aplicadora da lei, ou, de modo contrário, a atividade jurisdicional participa autonomamente na criação do direito.

A fundamentação irá analisar as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes e extraídas do ordenamento jurídico. O dispositivo restringir-se-á exclusivamente ao pedido das partes, visando à solução da lide, pretensão resistida trazida a juízo.

As questões de direito dizem respeito ao conceito jurídico, e são, como parte da linguagem natural, de textura aberta admitindo múltiplos significados, dependendo do contexto em que estão sendo empregados.

A sentença como signo lingüístico pode apresentar uma fundamentação de vazio semântico, vez que os conceitos jurídicos têm função operativa do direito, independentemente de significado para atingir essa finalidade.

Entre fato e direito há relação dialética, não podendo existir um sem a existência do outro. A conceituação desses termos, no entanto, é necessária para fins meramente metodológicos.

Quanto às questões de fato, a lei limita a prova de alguns fatos ilícitos. Havendo a fundamentação adequada, o interesse público pode ter mais relevo do que o princípio da reserva à intimidade, e vice-versa. A repartição do ônus da prova também é aduzida pela legislação processual, mas muitas vezes é mitigada, pelos fatos notórios, pelas máximas de experiência, indícios e presunções legais. A valoração da prova é um dos aspectos mais subjetivos da fundamentação das decisões, podendo o mesmo fato concreto, em hipótese, fundamentar decisões até mesmo opostas no mesmo processo, segundo a análise que se dá, conforme algumas vezes ocorre em segundo grau de jurisdição.

Quanto ao aspecto penal, tratando-se do direito à liberdade, a lei impõe em vários dispositivos a obrigatoriedade da fundamentação das decisões exatamente para que não resulte ser arbitrário ou ilegal.

Quanto aos recursos, a fundamentação da decisão deverá ser atacada exaustivamente. Caso contrário, subsistindo algum dos fundamentos, subsistirá a mesma decisão a respeito do caso. Caso a decisão seja calcada em fundamentos constitucionais e infra-constitucionais (recurso extraordinário e especial) haverá a necessidade de ambos os recursos. Havendo apenas um deles, subsiste a decisão pelos fundamentos não atacados. Os embargos de declaração visam a suprir a decisão judicial, seja sentença ou acórdão, do fundamento constitucional ou dos fundamentos relativos às outras alíneas do permissivo ao recurso extraordinário ou especial. Evidentemente, o pré-questionamento deverá sempre vir antes mesmo dos embargos, pois em caso contrário não haveria o que suprir, pois não haveria omissão.

A inexistência de fundamentação gera invariavelmente a nulidade do julgado, posto que a jurisdição não foi exercida da forma determinada pela lei. Onde se classifica a sentença sucinta e onde se classifica a sentença deficiente de fundamentação, para efeitos de decretação de nulidade, denota-se zona de penumbra, que apenas a prática jurisprudencial e a doutrina, caso a caso, poderiam solucionar. É possível, também, falar-se em julgamento implícito.

No plano constitucional impera a legalidade da fundamentação calcada também na razoabilidade e justiça da aplicação do direito. A fundamentação apresenta-se nesse plano como um princípio e uma garantia individual da pessoa humana a ser exercida contra e no Estado de Direito. Como princípio, depende da observância de outros princípios que lhe outorguem consistência, tais como duplo grau de jurisdição, que dará oportunidade à controlabilidade das decisões segundo critérios objetivos; como o princípio da separação dos poderes, que garantirá a isenção da fundamentação a outros fatores externos à legalidade, tais como as pressões de grupos ou interesses, ou o clamor público.

Não é válido, em nosso entendimento, falar-se em discricionariedade dos atos judiciais cautelares, especialmente liminares. O poder cautelar, onde se insere a possibilidade da prestação liminar, pode ter natureza jurisdicional ou administrativa. São jurisdicionais as medidas que encerrem a solução de uma lide. São administrativas as medidas que visem a garantir o poder judicial na condução do processo e digam respeito a "administração pública" de interesses privados. Quanto às primeiras não há discricionariedade, podendo falar-se em vinculação à lei. Quanto às cautelares com natureza administrativa, que também podem ser conferidas de ofício, trata-se de atos administrativos onde se pode falar em oportunidade

e conveniência da medida, tais como os atos administrativos estudados pelo direito administrativo.

Quanto aos provimentos na jurisdição voluntária, revestem-se esses de caráter manifestamente administrativo, posto que não se trata de jurisdição propriamente dita, mas "administração pública de interesses privados" (LIEBMAN). Nesse contexto, os atos são discricionários, mas jamais arbitrários, nem mesmo podem dizer respeito a um objeto mais amplo do que o pedido da parte.

A separação dos poderes garante a isenção ao poder judiciário de adstringir-se exclusivamente à lei, longe de pressões externas ou internas à própria corporação. O princípio da separação de poderes insere-se no espírito liberal de supremacia da pessoa humana sobre o Estado, e apenas com esse fim pode ser compreendido.

O estudo da fundamentação da sentença oferece possibilidades de aprofundamento principalmente em termos filosóficos e políticos, porque inseparável do Estado de Direito e de supremacia do princípio da legalidade, a da independência entre os poderes do Estado, de forma a existir um processo mais democrático, mais transparente, controlável e racional, enfim, um poder estatal mais justo e humano.

14 - RIASSUNTO

Il fondamento delle decisioni é di massima importanza perché tratta del diritto individuale dell'essere umano, con l'applicazione della legge di forma trasparente, controllabile, razionale e giusta.

La pratica della giurisdizione ha come presupposto l'interpretazione e il rispettivo fondamento, in relazione al processo legale in corso ("due process of law"). L'intepretazione dei fatti dipende da fattori come per esempio quello psicologico, quello ideologico e quello politico. Il fondamento, invece, ha le sue basi esclusivamente, sulla legge e la ragione.

L'analisi delle diverse correnti filosofiche e dei diversi metodi interpretativi dimostra l'equivocità inerente al metodo ermeneutico del "trovato-nascosto", di cui fa parte il fondamento delle decisioni giudiziali, visto che il proprio si presenta come un marchio linguistico.

L'analisi storica del principio del fondamento della sentenza rivela che questa esiste nella misura e nel grado di trasparenza e nella possibilità di controllo delle decisioni

giudiziali, così come qualsiasi atto del potere statale. Non esiste, conseguentemente, nei periodi in cui il potere non è svolto di forma democratica.

Dimostra, inoltre, l'immanenza tra la forma del pensare il diritto nelle varie epoche e il fondamento, visto che questa è l'anello di unione tra la norma astratta e l'applicazione della stessa in caso concreto.

In relazione all'istituzione del diritto e il fondamento della sentenza, si conclude riconoscendo l'importanza della comprensione del diritto com forma di linguaggio.

Il fondamento analizzerà le questioni di fatto e di diritto dedotte dalle parti e estratte dall'ordinamento giuridico.

Le questioni di diritto si riferiscono al concetto giuridico, e sono, come parte del linguaggio naturale, di struttura aperta, ammettendo vari significati, d'accordo al contesto in cui sono usati.

La sentenza come forma linguistica può presentare un fondamento in cui risulta un vuoto semantico.

Tra fatto e diritto esiste una relazione dialettica, non essendo possibile l'esistenza del primo senza l'esistenza del secondo.

Per quanto riguarda le questioni di fatto, la legge limita la prova ad alcuni fatti illeciti; determina l'onere della prova e il valore della prova, essendo questo, oggetto della valutazione soggettiva dei fatti nel fondamento della sentenza.

In relazione all'aspetto penale, trattandosi del diritto alla libertà, la legge impone, mediante vari dispositivi, l'obbligo del fondamento delle decisioni esattamente perchè la stessa non sia arbitraria o illegale.

L'inesistenza di fondamento produce, invariabilmente, la nullità del giudicato, visto che la giurisdizione non è stata compiuta nella forma determinata dalla legge.

Dal punto di vista costituzionale, domina la legalità del fondamento con base nell'indipendenza dei poteri.

Non è valido, d'accordo alla nostra opinione, parlare di discrezionalità degli atti giudiziari cautelari, specialmente quando si tratta di atti richiesti "in limine" (liminar).

Infine, la proposta dello studio del fondamento delle decisioni permette che la giustizia sia pia controllabile, razionale, trasparente, giusta e umana.

15 - PESQUISA BIBLIOGRÁFICA

- AARNIIO, Aulis and MacCORMICK, Neil. Legal reasoning.
- ALEXI, Robert. Theorie der juristischen Argumentation, 1978.
- AMODIO, Ennio. "L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria". Rivista di Diritto Pubblico, v.25, nº 3, 1970.
- AMODIO, Ennio. Motivazione della Sentenza Penal (Verbete). Enciclopedia dell Diritto, vol. 27.
- ARNDT. Die Verfassungs beschwerde wegen Verletzt des Rechtlichen Gehörs, in Neue Juristische Wochenschrift, 1959.
- ATYIAH, P.S. Form and Substance in Anglo American Law; Comparative Study of..., 1987.
- AUSTIN, J.. How to do Things with Words. Oxford, 1962.
- BAUMGARTEN, Arthur. Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Tübingen, 1922.
- BAUMGARTEN, Arthur. Juristische Konstruktion und konstruktive Jurisprudenz. Festgabe zum 80. Geburtstag von Paul Speiser: Basel, 1926.

- BELING, Ernst. Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzentwurfs von 1919, Berlin 1922.
- BENTHAM. Theory of Fictions. Bentham's Theory of Fictions.
- BONAVIDES, Paulo. "O Método Tópico de Interpretação Constitucional". Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.3.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio. A autoridade da Coisa Julgada e a imutabilidade da Motivação da Sentença. São Paulo, 1963.
- BRUGI, Biagio. "Motivazione della sentenza e argomenti delle parti in causa". In: Revista del Diritto Commerciale, Milano, v.15, nº 2, Villardi, 1917.
- BRUSIIN, Otto. Über das juristische Denken. Kopenhagen, 1951.
- CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. Pádua, 1952.
- CARNELUTTI. Diritto e Processo. Napoles, 1958.
- CIOLO, Vitorio di e MUCCIO, Pietro di. L'Intercettazione Telefonica e il Diritto Alla Riservatezza. Milão: Giuffreé, 1974.
- CLEMENS, Von Ch. Strukturen juristischer Argumentation. 1977.
- COING, Helmut. Grundzüge der Rechtsphilosophie. Belin, 1950.
- COING, Helmut. Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik. Köln, 1959.
- CONSO, Giovane. I Limiti delle Intercettazione Telefoniche, Archivo Penale. Roma, v. 28, 1972.
- CRAWSHAY-WILLIANS, Rupert. Methods and criteria of reasoning: an inquiry into the structure of controversy, 1957.
- DE GIORGI, Von R. Wahrheit und Legitimation im Recht. 1980.
- DELTMOND, M.J. The unity of law and morality: a refutation of legal positivism, 1984.

- DIEDERICHSEN, Uwe. Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz. NJW, 1966.
- DÖHRING, Von E. Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung. 1977.
- EHRlich, Eugen. Grundlegung der Soziologie des Rechts. Berlin, 1913.
- EHRlich, Eugen. Die juristische Logik, 2. Aufl, Tübingen, 1925.
- ELSTER, John. Salomonic judgements: Studies in the limitations of rationality, 1989.
- ESSER, J. Vorverstaednis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt: Ed. Athenäum Verlag, 1970.
- ESSER, Josef. Zur Methodenlehre des Zivilrechts, Studium Generale 12 (1959).
- ESSER, Josef. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen, 1964.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia e FERNANDEZ, Tomas Ramon. Curso de Derecho Administrativo. 4.ed. Madrid: Ed. Civitas, vol.I, 1983.
- EVANGELISTA, Stefano. "Motivazione della sentenza civile". ED, v.27, 1977.
- FEZER, Bauman. Beschleunigung des Zivilprocess. in Recht und Staat, Heft 380/391.
- FISCHER, Von M. W. Die Aufklärung und ihr Gegenteil. 1982.
- FOUCAULT, Michel. L'ordre du discours: Leçon inaugurale au Collège de France prononcé le 2 decembre 1970, 1971.
- GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode - Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen: Ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.
- GOLDING, Martin. Legal reasoning, 1983.

- GORLA. La Struttura della Decisione giudiziale nell diritto italiano e nella "common law" e outros.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. "O conteúdo da garantia do contraditório. 5.1. O conteúdo da garantia da Motivação". In: Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- HAGERSTRÖM, Axel. Der romische Obligationsbegriff, 1927.
- HART, H.L.A. Definition and Theory in Jurisprudence. Trad. de Genero Carrió, in "Definicion y Teoria en la Ciência Juridica".
- HECK, Philipp. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen, 1914.
- HOFMANN, Von H. Legitimität und Rechtsgeltung. 1977.
- HÖGER, Von. H. Die Bedeutung von Zweckbestimmungen in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland. 1976.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 1978.
- HORN, Dieter. Studien zur Rolle der Logik bei der Anwendung des Gesetzes. Berlin, 1962.
- HORN, Norbert. Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens. NJW, 1967.
- JACCARINO. Carlo Maria. Studi sulla Motivazione. Roma: Foro Italiano, 1933.
- JOHNSON, Conrad. Moral legislation: a legal political model for indirect consequentialist reasoning, 1991.
- KELLEY, David. The art of reasoning, 1988.
- KLUG, Ulrich. Juristische Logik, 3. Aufl., Berlin - Heidelberg - New York, 1966.
- KRATOCHWILL, Friedrich. Rules, Norms and decisions: on the conditions of..., 1989.

- KRIELE, Martin. Theorie der Rechtsgewinnungen. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin, 1967.
- KUNZ, Von K.-L. Die analytische Rechtstheorie: Eine "Rechts"-theorie ohne Recht? 1977.
- LARENZ, Karl. Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung. Eine rechtsmethodologische Untersuchung, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958.
- LARENZ, Karl. Metotodologia da ciência do direito. 2.ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekian. Trad. da 5ª ed. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin - Heidelberg - New York, 1960.
- LEVI, Edward Hirsh. An introduction to legal reasoning, 1949.
- LOCKE, John. Of Conduct of the understanding. 1966.
- MacCORMICK, Neil. Legal reasoning and legal theory, 1978.
- MacCORMICK, Neil. "The Motivation of Judgement in the Common Law". In: La Motivation des Décisions de Justice. Bruxelles: Bruylant, 1978.
- MacDONALD, M. The Language of Political Theory.
- MAKRIDEMITRIS, Antonios. Reasoning an legality in administratite.
- MARTAIN, Jacques. Elements de Philosophie, Petite Logique, nº 69. 11.ed.
- MEINWALD, Constance C. Plato's Parmenides, 1991.
- MENESTRINA. La Prejudiciale nel Processo Civile. Milão: Giuffré, 1963.
- MÜLLER, Von F. Juristische Methodik un Politisches System. 1976.
- DEKERTMANN, Paul. Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. Leipzig, 1981.
- OLIVECRONA, K. Law as Fact.
- OPPENHEIM. An Outline of Logical Analyses on Law.

- PALLARES, Eduardo. "Motivación de las sentencias". In: Diccionario de Derecho Procesal Civil. 3.ed. México: Porrúa, 1960.
- PALERMO, Antonio. Il processo di formazione della sentenza civile. Milão: Giuffrè, 1956.
- PATERSON, Alan. Appellate decision making in the common law world, 1985.
- PELLINGRA, Benedito. La Motivazione della Sentenza Penale. Milano: Giuffrè, 1985.
- PERELMAN, Chain. Empiric rhetorique. The realm of rhetoric, translated by Willian Kluback, introduction by Carrol Arnaud, 1982.
- PERELMAN, Chain. The Idea of Justice and the problem of Argument. 1987.
- PERELMAN, Chain. Justice law and argument: Essays in Moral and Legal Reasoning, with introduction by Harold Burmanc, 1980.
- PERELMAN, Chain. The New Rhetoric and Humanities Essays on Rhetoric and its Applications, 1979.
- PERELMAN, Chain. Logik und Argumentation, 1979.
- PODLECH, Hrsg. von. A. Rechnen und Entscheiden, 1977.
- PURTIL, Richard. Logic: Argument, refutation and proof, 1979.
- RESHER, Nicholas. Plausible reasoning: an introduction to the theory and practise of plausabilistic inference, 1976.
- RIVALTA, Maria. La Motivazione degli atti amministrativi in relazioni al pubblico e privato interesse. Milão: Dott Giuffrè, 1960.
- ROSS, Alf. On law and Justice. Tradução: Sobre el Derecho y la Justificia, Definition in Legal Lenguaje.
- SAUER, Wilhelm. Juristische Methodenlehre, Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften. Stuttgart,

- 1940.
- SAVIGNY, Friedrich Carl. System des heutigen Römischen Rechts. Berlin, 1840.
- SAUVEL, Tony. "Histoire du jugement motivé", Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, vol. 61, 1955.
- SCHLAG, Pierre. Tactics of legal reasoning, 1986.
- SCHREINER. Die Intersubjektivität von Wertungen, 1980.
- SCHWARTZ, Thomas. The art of logical reasoning, 1980.
- SEIBERT, Von Th.-M. Zur Fachsprache in der Juristenausbildung. 1977.
- SICHES, Recaséns. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956.
- SMITH, Charles W. A Critique of sociological reasoning: an essay in philosophical sociology, 1979.
- SOETMAN, Arend. Logic in Law: Remarks on logic and rationality innormative reasoning, especially in law, 1988.
- STAMMLER, Rudolf. Theorie der Rechtswissenschaft, 1. Halle, 1923.
- STEVENSON, Charles L. Ethics and language. Yale University Press.
- STOLJAR, Samuel. Moral and legal reasoning, 1980.
- STRUCK, Von G. Zur Theorie der juristischen Argumentation. 1977.
- SUHR, Von D. Die kognitiv-praktische Situation. 1977.
- TARELLO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Ed. Cedam Padova, 1975.
- THOMAS, Stephen. Practical reasoning in natural language, 1986.
- TOSCH, Von E. Die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassungsgebers. 1979.
- VANWELKENHUYZEN, André. "La motivation des revirements de Jurisprudence". In: Motivation des Décisions de Justice, Bruxelles:

- Bruylant, 1978.
- VIEHWEG, Theodor. Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin. Stadium Generale 11 (1958).
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Trad. de Tércio Samparine Ferraz Junior. Brasília: Ed. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1975.
- WALTON, Douglas N. Regging the question: circular reasoning as a tactic of argumentation, 1991.
- WEBER, Max. Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Tübingen, 1956.
- WEINBERGER, Von O. Logische Analyse in der Jurisprudenz. 1979.
- WEINBERGER, Von O. Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. 1981.
- WELLEER, Von H. Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft. 1979.
- WESTERMANN, Von Ch. Argumentation und Begründungen in der Ethik und Rechtslehre. 1977.
- WETTERMANN, Chr. Argumentation en und Begründen in der Ethik und Rechtslehre, 1977.
- WIEACKER, Franz. Das Sozialmodell der klassischen Privatgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Karlsruhe, 1953.
- WRUBLEWSKI, Jerzi. "Motivation de la décision judiciaire". In: La Motivation des Décisions de Justice, Bruxelles: é. Bruylant, 1978.
- WRUBLEWSKY, Jerzi. Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation.
- ZELERMEYER, Willian. Process of legal reasoning.
- ZELERMEYER, Willian. Reasoning and discourse process, edited by Terry Myers, Keith Brown an Bundan Mcgonigle, 1986.
- ZIEPPELIUS. Problemjurisprudenz und topik, NJW, 1967.

16 - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALVES, Alaor Caffé. Estado e ideologia.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Ação Penal, Análises e Confrontos. São Paulo: Ed. Saraiva, 1983.
- ALVIM, Arruda. Sentença no Processo Civil - As Diversas Formas de Terminação do Processo. Revista de Processo, nº 2/13.
- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol. II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- ALVIM, Arruda. Ação rescisória - Fundamentação no artigo 485 V do CPC somado ao artigo 493, III do CC, Revista de Processo 40/157.
- ASCARELLI, Tullio. Teoria geral dos títulos de crédito. Saraiva, 1943.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro. Ed. Forense, 1981.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O Juiz e a Prova" in: Revista de Processo 35/178.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Julgamento e ônus da prova". Temas de Direito Processual. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade", in: Temas de Direito Processual, 2ª série, São Paulo: Ed. Saraiva, 1980.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema, Revista de processo, 40/7.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito "in" Temas de Direito Processual. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel. Relatório enviado ao Relator Geral do Tema, para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (não publicado).
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Julgamento e ônus da prova". Temas de Direito Processual. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 2.ed. Ed. Renvoar.
- BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. Lisboa: Difel, 1989.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio. Conteúdo da causa de pedir, in Revista dos Tribunais, nº 564/41.
- BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito. Vol. 1, Ed. Saraiva, 1972.
- BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no Direito Brasileiro. Revista de Processo 47/92.
- CALAMANDREI. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I.
- CALAMANDREI. Processo e Democracia. Pádua, 1952.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito - Systemdenken und Systembegriff in

- der Jurisprudenz, Introdução e tradução Menezes Cordeiro. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- CARRIÓ, Genaro. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1965.
- CARNELUTTI. Diritto e processo. Nápoles, 1958.
- CARNELUTTI. Sistema de direito processual.
- CARNELUTTI. Lezione de Diritto Processuale Civile. Vol. II.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Questão de Fato e Questão de Direito - Problema Metodológico da Juridicidade - Ensaio de uma reposição crítica. A crise. Volume I, Coimbra: Livraria Almedina, 1967.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3.ed. volume X, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CESAR, Aloísio de Toledo. Estado de S. Paulo, 9/12/93.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Volume I, 1942.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e Motivação do Ato Administrativo. São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 1978.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Introdução ao livro Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito de CANARIS CLAUS WILHELM. Fundação Calouste Gubelkian.
- COSTA, Regina Helena. "Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa". In: Revista de Direito Público 95/123.
- COSTA, Miguel Dias. Introdução ao livro O conflito das interpretações... de Paul Ricoer.

- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, De Palma, 1977.
- CRETELA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, 1966.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. Ed. Saraiva, 1987.
- DAMASKA, Mirlan. The Faces of Justice and State Authority - A Comparative Approach to Legal Process. Yale University Press New Haven and London, 1979.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. Revista de Processo. 34/20.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel et al. Teoria geral do processo. 4.ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1984.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: Revista de Processo 34/20.
- ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983.
- FARIA, José Eduardo. Poder e legitimidade. Ed. Perspectiva, 1978.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Ed. Atlas, 1990.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2.ed. Ed. Atlas, 1980.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 1983.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. "Princípio da Legalidade", in Revista da Procuradoria Geral do Estado, v.10, p.9 a 20, junho de 1977.

- GADAMER, Hans Georg. Wahrheit und Methode - Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.
- GIANESI, Rita. Da Revelia no Processo Civil Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. Ed. Revistas dos Tribunais.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 2º volume, Ed. Saraiva, 1985.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual do Processo Penal, Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. "O Controle do Raciocínio Judicial pelos Tribunais Superiores Brasileiros". In: Revista Ajuris nº 50/8.
- GRINOVER, Ada Grinover. Liberdades Públicas e Processo Penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- HABERMANS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica - Para crítica da Hermenêutica de Gadamer. Ed. IMP.
- HART, H.L.A. O Conceito de Direito. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.
- HASSEMER, Winfried. "O sistema do direito e a codificação a vinculação do juiz à lei". In: Revista Ajuris nº 36, Ano XIII, p.181-197, março 1986.
- JARDIM, Afrânio da Silva. "O ônus da prova na ação penal condenatória". Revista de Processo 47/259.
- JESUS, Damásio de. Direito Penal, vol.1.
- JESUS, Damásio de. Código de Processo Penal Comentado. 8.ed. Saraiva, 1990.
- KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Chicago University, Edição de 1949.

- LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, 2.ed. volume VIII, 1984.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbelkian, 1983.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da coisa julgada. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "A Força Criativa da Jurisprudência e os Limites Impostos pelo Texto da Lei". Tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim Pinto, in Revista de Processo 43/57.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença", in Revista de Processo nº 29.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. Limites Objetivos da Coisa Julgada, Ed. Bushatsky, 1977.
- LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inonimadas, Revista dos Tribunais 605/12.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. "As presunções na teoria da prova", in: Revista de Processo 24/62.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual. Volume 3, São Paulo: Ed. Saraiva, 1975.
- MARQUES, José Frederico. A Instituição do Júri. vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 1958.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, volume III, Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MARTINS, Antonio Anselmo e WARAT, Luis Alberto. Lenguaje y Definición Jurídica. El Cooperadora de Drecho y Ciências Sociales. Buenos Aires, 1973.

- MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 18.ed. Ed. Malheiros, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública. Mandado de Injunção e "Habeas data", 13.ed. Ed. Malheiros.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Mandado de Segurança contra Denegação ou Concessão de Liminar, Revista de Direito Público nº 92/55.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 4.ed. Ed. Malheiros Editores, 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo". In: Revista de Direito Público, nº 90, abr./jun. 1989. Ed. Revista dos Tribunais.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Considerações Práticas sobre o Processo Cautelar, in Justitia 50/18, julho e setembro de 1988).
- MENDES NETO, João. Rui Barbosa e a Lógica Jurídica. Saraiva, 1949.
- NEVES, Celso. Apostilas de Direito Processual Civil II. Pós-Graduação, 1º semestre de 1989 - USP - Retrospecto Histórico (não publicado).
- NEVES, Celso, "Binômio trinômio ou quadrinômio", in Revista dos Tribunais 517/11.
- NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 24.ed. 1991.
- OLIVECRONA, Karl. Lenguaje jurídica y realidad. Centro Editor de América Latina, 1958.
- PERELMANN, Chain. La logica juridica y la nueva retorica. Trad. Luis Diez Picazo. Editorial Civitas S.A., 1988.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, p.334 a 336, Ed. Revista dos Tribunais, São

- Paulo, 1979.
- POMPEU, Cid Tomanik. Natureza Jurídica da Autorização, Revista de Direito Administrativo 142, outubro e dezembro de 1980,
- PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição Federal de 1946, ed. 1960.
- PONTES DE MIRANDA. Comentários do código de processo civil. Ed. José Bushatsky, 1974.
- RICHER, Paul. O conflito das interpretações - ensaios de hermenêutica. Lisboa: Ed. Rés, s/d.
- ROSS, Alf. Tû-Tû. Trad. Genaro Carrió. Ed. Harvard Law Review Association.
- SANCHES, Sydney. Poder Geral de Cautela, Revista dos Tribunais, 587/14.
- SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 2º volume, 6.ed. Saraiva, 1981.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. Forense, 1986.
- SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. Hermenêutica e aplicação do direito. 7.ed. São Paulo: Ed. Freitas Bastos S.A. 1961.
- SICHES, Luis Recasén. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Porto Alegre: Ed. Fabris.
- SOUZA, Antonio Francisco de. "Os conceitos jurídicos legais indeterminados no direito administrativo alemão", Revista de Direito Público, 166.
- TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Cedam Padova, 1975.

- TARUFFO, Michelle. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. (não publicado)
- TELLES, Goffredo da Silva. Tratado da consequência - curso de lógica formal com uma dissertação preliminar sobre o conhecimento humano. 5.ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Jurisdicional Cautelar, Revista dos Tribunais, 574/14.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 5.ed. Bauru: Ed. Jalovi, 1979. vol. 1.
- TROCKER, Nicolás. Proceso Civile e Costituzionale: Problemi di Diritto Tedesco e Italino. Dott. Giuffré, 1974.
- VERNENGO, Roberto José. Curso de teoria general del derecho. Coperadora de Derecho y Ciências Sociales. Buenos Aires, 1976.
- WARAT, Luis Alberto. "Interpretacion de la ley" "poder de las significaciones y significaciones del poder". Vol. I, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1986.
- WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. Revista dos Tribunais, 1987.
- WEBER, Max. A política como vocação.