ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A NECESSÁRIA POSTURA DO MAGISTRADO PARA A OBTENÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

THE POSTURE REQUIRED OF THE JUDGE TO OBTAIN THE SOCIAL PEACE

Gabriel Bulhões*

RESUMO: O presente trabalho visa abordar a forma com que o juiz pode empecilhar a pacificação social com a forma do seu proceder durante sua atuação como magistrado. Avalia-se tal assertiva em duas perspectivas, quais sejam: a) a falta de fundamentação da decisão prolatada e b) a falta de preocupação em se fazer entendido pelas partes, prejudicando gravemente a relação processual. Desta forma, avaliar-se-ão os efeitos primários e secundários que tais posturas acarretam, tanto no próprio Poder Judiciário como na realidade social coletiva e individual dos jurisdicionados. Para tanto, buscando ater-se a um plano teórico-pragmático, utilizar-se-á o método teórico-descritivo para nortear o desenvolvimento. Ademais, será feito o uso de referências bibliográficas, recortes jurisprudenciais e elementos normativos.
Palavras-chave: Omissão do magistrado. Fundamentação jurídica. Interlocução juiz-jurisdicionado.

ABSTRACT: This work tries to discuss the way that a judge may draw some obstacles to the social pacification with his way of conducting his actions as a magistrate. The assertive is analyzed in two different ways, which are: a) the lack of reasoning of the given decision and b) the lack of concern in making himself clearly understood by the parts under his jurisdiction causing serious damage to the process relations. Therefore, this paper will analyze the primary and secondary effects that those postures bring both to the Judiciary Power itself and to the social reality of the parts under jurisdiction. Thus, trying to stick to a practical-theoretical dimension, this work will use the theoretical-descriptive method to guide its development. Moreover, bibliographical references, jurisprudential texts and normative elements will be used.
Keywords: Magistrate's Omission. Legal reasoning. Judge-parties' dialogue.

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Analisando o fenômeno jurídico, desde a sua gênese - de maneira difusa na pré-antiguidade clássica -, percebe-se que ele teve como fim último e principal a pacificação social. Tal objetivo sempre foi buscado, porém em variadas facetas. Dessa forma, não importa qual expressão fenomenológica se averigue, sempre observaremos, como escopo jurídico primordial, a pacificação social.

Não obstante, onde quer que se analise, sempre iremos nos deparar com entraves, seja de qual ordem for, para empecilhar o fim almejado pelo direito. Dessarte, objetivaremos aqui ponderar acerca de um dos principais obstáculos à plenificação do anseio jurídico que, conforme retroesposado, é a pacificação social.

O presente artigo, por conseguinte, vai analisar a dificuldade que se põe à concretização dos fins do direito quando existe a omissão por parte do julgador quando da sua decisão. Sob este prisma, empecilham à pacificação social principalmente duas posturas do julgador:

a) a falta de uma fundamentação idônea;
b) a falta de preocupação em se fazer entender, isto é, em estabelecer uma interlocução com os jurisdicionados.

Destarte, esse trabalho tentará debruçar-se sobre tais assertivas. Para tanto, diante da realidade exposta, faz uso da metodologia teórico-descritiva, com análise de material bibliográfico, recortes jurisprudenciais e elementos normativos.

2 A FUNDAMENTAÇÃO E A INTERLOCUÇÃO

Neste prisma, releva-se a importância da fundamentação e da preocupação do magistrado, quando da prolação de sua decisão, com o convencimento dos litigantes dos motivos os quais levou o magistrado a alcançar aquela solução para o litígio. Pode-se aduzir, por oportuno, que tal anseio é conseguido através da idônea fundamentação e sua posterior interlocução com os destinatários da mesma. Nesse sentido, há expresso comando constitucional que, em seu art. 93, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, informa, *ipsis litteris:*

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> [...]
> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (grifo nosso).

Fala-se em interlocução entre os jurisdicionados e o órgão julgador, pois, de nada vale a imposição de um *decisum*, o qual através de meios coercitivos e muitas vezes insensíveis aos problemas dos particulares, força mudanças radicais. Tais mudanças, como se sabe, são das mais variadas dimensões relacionadas à intersubjetividade social.

Nesse sentido, salutar o ensinamento de Maximiliano, *in verbis:*

> Não basta a elaboração lógica dos materiais jurídicos que se encontram num processo, para atingir o ideal de justiça baseada nos preceitos codificados. Força é compreender bem os fatos e ser inspirado pelo nobre interesse pelos destinos humanos; compenetrar-se dos sentimentos e aspirações das partes, e lhes oferecer 'uma pedra de simples raciocínio, e, sim, o pão de amparadora simpatia'. O juiz, embora se não deixe arrastar pelo sentimento, adapta o texto à vida real e faz do Direito o que ele deve ser, uma condição da coexistência humana, um auxiliar da idéia, hoje vitoriosa, da solidariedade social (MAXIMILIANO, 2006, p. 83).

Dessa forma, clarividente perceber que o Direito interfere em todos os âmbitos da vida humana, sempre resolvendo situações que se impõem por meio da tutela judicial/jurisdicional.

Salutar perceber, nesta perspectiva, que as imposições judiciais acarretarão em alterações, na extrema maioria dos casos concretos, significativas

em muitos aspetos da vida do cidadão envolvido em questões que chegam ao jugo do Poder Judiciário.

Neste diapasão, perceber o quão importante é a postura do julgador ao longo de todo o processo e, principalmente, no momento final dele, torna-se fundamental. Coaduna-se com tal assertiva o debruce sobre os inúmeros casos que se amontoam, em especial envolvendo (em pelo menos um dos lados da relação processual) integrantes das camadas populares da sociedade, onde os cidadãos são subjugados ao *imperium* sem ao menos entender o que se passa.

Ora, se o Direito é fulcrado na busca pela pacificação social, como pode o Judiciário proceder de forma a impor unilateralmente uma solução, visando exatamente isto, sem apresentar as devidas justificativas? Muitas vezes tal escopo não vai ser alcançado e o objetivo tão almejado será deveras prejudicado.

Pensemos em situações onde os envolvidos são irredutíveis e têm a plena consciência, ao seu modo de perceber aquela relação, de que são titulares do direito em pauta. Em situações como esta, que são a regra geral (desconsideraremos, para fins deste estudo, os casos em que os litigantes têm má-fé ou interesses simplesmente protelatórios, *v. g*), não pode simplesmente o julgador exercer o seu livre convencimento, malgrado seja essencial para o fim buscado.

Tão importante e fundamental quanto o é o livre convencimento do juiz, é a necessidade deste de convencer os litigantes dos motivos do seu convencimento, para que assim possa instaurar uma situação (proporcionada através dos esclarecimentos acerca da questão) de concórdia, onde antes havia discórdia. Obsta-se a isso a situação em que uma dada relação conflituosa é *supostamente* pacificada através de uma imposição pelo menos *aparentemente* injustificada.

Sendo assim, tanto uma parte como a outra estarão ludibriadas com a decisão que os contemplou. O que tiver o seu interesse protegido pelo orbe do Direito estará plenamente satisfeito, porém sem entender o fundamento de sua satisfação. Enquanto isso, o vencido estará duplamente insatisfeito: primeiro porque não obteve amparo para resguardar seu interesse; depois porque não saberá ao menos o que justificou tal *invasão* em sua esfera pessoal, por parte do Estado.

Por conseguinte, assevera-se, novamente, pela necessidade da atividade jurisdicional primar pela interlocução entre todos os integrantes da re-

lação processual (partes e órgão julgador). Através de tal prática, evitar-se-á que situações que deveriam ter sido resolvidas pela atividade jurisdicional perdurem no plano fático, extrajudicialmente, proporcionando, por vezes, até mesmo a instauração da justiça privada.

3 A CONTRIBUIÇÃO COM A MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO

Analisando por outro viés, no contexto do direito de reexame da decisão, como se observa no Brasil, até o quarto grau de jurisdição, percebe-se que tal omissão do magistrado poderá ensejar um maior acúmulo de recursos nos tribunais superiores. Colaborando, destarte, para o comprometimento da garantia fundamental do cidadão brasileiro, instituída no inciso LXXVIII do art. 5º da nossa Carta Maior, o qual aduz que "a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", a qual foi inserida no bloco constitucional por força da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, denominada Reforma do Judiciário.

Através de pesquisa nos colendos tribunais do país, observa-se o grande volume de petições de reexame da decisão que foi proferida pelo juízo *a quo*, alegando-se a falta de clareza na exposição de sua fundamentação decisória. Tal prática, portanto, contribui para a morosidade do Judiciário brasileiro na medida em que propicia inúmeros recursos os quais prejudicam o desempenho das instâncias superiores ou dos próprios tribunais regionais ou estaduais.

Nesse sentido, colaciona-se, a título ilustrativo, a ementa do seguinte julgado:

> HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. *ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO.* ACÓRDÃO QUE ADOTA COMO RAZÕES DE DECIDIR MOTIVAÇÃO CONTIDA NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU E EM PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. EIVA RELATIVA À AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECONHECIDA. PEDIDO REMANESCENTE PREJUDICADO. CONCESSÃO DA ORDEM.
> 1. Não se desconhece a existência de inúmeros julgados, tan-

to desta Corte Superior, quanto do Supremo Tribunal Federal, que afastam a alegação de nulidade pela suposta ofensa ao artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, quando a autoridade judiciária, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à sentença ou ao parecer ministerial.
2. Contudo, conquanto se admita que o magistrado reenvie a fundamentação de seu decisum a outra peça constante do processo, e ainda que se permita que a motivação dos julgados seja sucinta, *deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada.*
3. Na hipótese dos autos, o julgado colegiado não atende ao comando constitucional, *porquanto não apresenta de forma mínima os fundamentos que ensejaram a negativa de provimento do apelo interposto pela defesa do paciente, de modo que o reconhecimento de sua nulidade é medida que se impõe*.
4. Reconhecida a eiva do acórdão impugnado, resta prejudicado o pedido remanescente constante da impetração, referente à suposta fixação de regime mais gravoso como o inicial para o resgate da reprimenda corporal, já que *o julgamento do apelo defensivo deverá ser refeito, com a efetiva exposição dos fundamentos da decisão.*
5. Ordem concedida para, reconhecendo a *nulidade do acórdão por falta de motivação, determinar que seja realizado novo julgamento* da apelação interposta pelo paciente, promovendo-se a *devida fundamentação do decisum*. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC n.º 176.238/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em: 24 maio 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF).

E ainda:

STJ – RECURSOS – Informativo 441
Quinta-Turma
ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA.
Não se pode admitir que o tribunal a quo limite-se a manter a sentença por seus fundamentos, pois é de rigor que acrescente fundamentação que lhe seja própria a respeito das teses apresentadas pela defesa, sob pena de violação do dever de motivação das decisões (art. 93, IX, da CF/1988). A

> simples repetição da sentença recorrida não só desrespeita o referido dever constitucional, mas também causa prejuízo à garantia do duplo grau de jurisdição, pois descarta a substancial revisão judicial da primeira decisão. Anotou-se não desconhecer precedentes tanto do STF quanto do STJ em sentido contrário. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 122.347/DF. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 05 ago. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, publicado em 23 ago. 2010).

Nessa mesma direção, observam-se os seguintes precedentes: HC 90.684-RS, DJe 13/4/2009; HC 63.664-SP, DJ 26/2/2007, e HC 23.893-PA, DJ 17/11/2003. HC 91.892-RS.

4 O PRINCIPAL REMÉDIO PROCESSUAL

Doutra monta, é imperioso perceber que o instrumento processual corolário do pedido de reforma de tais decisões omissas é o embargo de declaração, o qual propicia ao jurisdicional recorrer de decisões que não proporcionem a devida fundamentação suficiente para promover, agora, o convencimento do litigante. Cabem, como se sabe, embargos de declaração em duas hipóteses, a saber, quando:

> Art. 535. *omissis*
>
> I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;
> II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

5 AS ESCOLAS HERMENÊUTICAS REALISTA E VITALISTA

Coaduna-se com o que foi exposto até aqui, a teoria do direito desenvolvido pela Escola Realista Americana, ala extremada da Escola Sociológica, em que apregoa a observância fenomenológica hodierna do direito com um realismo extremado, o qual supervaloriza a conduta dos magistrados,

pois o direito, na prática, efetiva-se através de suas conclusões casuísticas, independente do que expõe em suas sentenças.

O prisma dessa teoria parte de uma "desmistificadora análise psicológica da função judiciária com a finalidade de comprovar a presença de fatores irracionais, de natureza efetiva, que em vão a teoria da aplicação silogística, lógica, impessoal da lei procura encobrir" (HERKENHOFF, 2007, p. 65). Logo, tal proposição defende o processo judicial como o inverso da habitual lógica, pois parte-se da premissa menor (caso concreto) à premissa maior (direito objetivo).

Olhando por esse foco da problemática, ponderam-se acerca da vulnerabilidade do sistema jurídico perante a enorme investidura que o juiz recebe quando do exercício de sua função, na atualidade. Nesse aspecto, é fácil perceber a agressividade aos valores democráticos da nossa sociedade a partir da frase do corolário de tal corrente hermenêutica, cunhada pelo Juiz Charles E. Hughes: "a constituição é o que o juiz diz que ela é".

Por conseguinte, partindo-se do pressuposto de que o Estado (através da atividade jurisdicional) penetra de forma heterônoma na esfera individual dos cidadãos, faz-se mister ressaltar a necessidade da devida fundamentação para justificar tal atuação. Diante de todo esse paradoxo que é o embate travado entre o fim da atividade em tela e a efetiva repercussão social dela, relevante se ater à problemática defesa da segurança jurídica.

É também um escopo fundamental da nossa ordem jurídica a primazia da segurança jurídica. Contudo, não é possível ter-se por absoluto tal princípio, pois cada juiz "cria sempre o direito efetivo, ainda que haja normas gerais preexistentes. Tem de revisar e reajustas as regras preexistentes para que o caso proposto se encaixe nelas." (HERKENHOFF, 2007, p. 67). Quebra-se, portanto, o padrão de uniformidade e generalidade que se confere tradicionalmente ao Direito.

Nesse sentido, o imaginário coletivo acredita que o Direito atua de maneira geral, uniforme, contínua igual e pura, contudo, a experiência demonstra o oposto (HERKENHOFF, 2007, p. 66). A Escola Realista vem para mostrar "que o Direito tem, na plasticidade, uma característica essencial, que à sentença é menos a norma e o precedente e é mais o juiz com toda a sua humanidade, que a segurança jurídica é precária as que a insegurança é o preço do progresso" (HERKENHOFF, 2007, p. 69). Coaduna-se

com tal ideia a ponderação que Recaséns Sisches afirma: "segurança absoluta não há na vida humana, pelo que não tem direito pedir tal segurança ao Direito" (SISCHES apud HERKENHOFF, 2007, p. 78).

Partindo do olhar da vanguardista Escola Vitalista do Direito, que tem como seu principal expoente Recaséns Sisches, para tal teórico, "na aplicação do Direito, não há a uniformidade lógica do raciocínio matemático, porém flexibilidade há para o entendimento razoável do preceito." (SISCHES apud HERKENHOFF, 2007, p. 76).

Todavia, o método inspirador da Escola Vitalista não orienta ao julgamento arbitrário, subjetivista ou pessoal, uma vez que se guia pelo primado da argumentação jurídica. Por tal técnica, o juiz deve colacionar critérios objetivos de formação do seu convencimento. Esta teoria visa aplicar a *razão vital* desenvolvida por Ortega Y Gasset ao direito, em detrimento da clássica razão lógico-matemática da subsunção pura e simples que se tentou enquadrar ao Direito a partir, principalmente, do período das grandes codificações que se seguiram às escolas hermenêuticas de estrito legalismo.

Para esmiuçar, apenas a título explicativo a classe estritamente legalista das escolas hermenêuticas, requer-se uma breve digressão. Pois bem. Decompondo analiticamente a referida classe das escolas hermenêuticas, observa-se a existência de três espécies, todas influenciadas pelo pensamento positivista que vigorou entre os séculos XVIII e XIX, quais sejam: escola da exegese, escola pandectista e escola da jurisprudência dos conceitos ou analítica. A primeira foi a expressão francesa do positivismo vigente, pregava um apego incondicional ao código, uma interpretação através do método literal e a completude do Código, o qual abarcaria todas as hipóteses sociais através de suas generalizações. A Escola Pandectista foi o reflexo do positivismo na Alemanha do século XIX, o qual, por carecer de uma codificação como a nação francesa, foi buscar no direito romano (especificamente no segundo tomo do *Corpus Juris Civilis*, as *Pandectas*) os subsídios que permitiram a construção do seu sistema dogmático. Por último, a Escola da Jurisprudência dos Conceitos, a qual teve em John Austin seu principal expoente, foi a expressão positivista da época na Inglaterra e aduzia que o direito se baseava nas leis positivadas e nos costumes recepcionados pelos tribunais, e que a construção dogmática deveria se basear na elaboração de conceitos (os quais deveriam ser

a representação racional e intelectual da realidade), além de destacar o direito de outras faculdades mentais como a ética e a justiça.

Retomando a análise da teoria de Recaséns Sisches, qual seja a teoria vitalista do Direito, que aplica ao direito a lógica vital de Ortega Y Gasset, tem-se que,

> A solução "razoável, contudo, não é contrária à ordem jurídica, porém fiel a ela, uma vez que busca, no âmbito da ordem jurídica, dar ao caso concreto a solução mais justa possível. Recaséns Sisches, como ele próprio adverte, não propõe a substituição de critérios objetivos pela opinião pessoal do juiz. Sustenta que o juiz – ao determinar qual seja a norma aplicável a caso singular, ao decidir se uma norma em aparência aplicável deve ser, todavia, rejeitada porque produziria efeitos contrários às valorações em que esta inspirada a ordem jurídica -, deve ater-se a critérios objetivos. Esses critérios são sobretudo as valorações que inspiram a ordem jurídica positiva, considerada em sua totalidade [...] (HERKENHOFF, 2007, p. 77, grifo nosso).

Diante da complexidade das relações interpessoais da sociedade moderna, frente ao intrincado conjunto de normas que compõem o direito objetivo, o juiz deve proceder de maneira a procurar as saídas que lhe impuserem como mais justas ao caso concreto. Nada obstante, "para qualquer pessoa, o Direito certo sobre determinada situação é somente a sentença que um tribunal pronuncia sobre aquela situação, afetando exclusivamente aquele caso particular." (HERKENHOFF, 2007, p. 66). Por isso, sobressalta-se a necessidade de o julgador, para conceber legitimamente suas decisões, fundamentar bem e expor estas ao destinatário daquela decisão, pois caso contrário não será devidamente eficaz aquele comando.

Logo, visando resguardar a legitimidade da atuação jurisdicional, é imperioso ao magistrado proceder com a devida fundamentação de sua decisão. Nada obstante, a sua tarefa não se encerra aí, pois para assegurar a pacificação terá de transmitir, através da interlocução com as partes, o caminho que perquiriu no universo jurídico para chegar àquela conclusão.

Visando fundamentar a necessidade da fundamentação das decisões, colaciona-se o posicionamento de Barroso, o qual, com maestria, afirma que:

> Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação (BARROSO, p. 14, grifo nosso).

Neste diapasão, é necessário que se foque também no fato da relevância da fundamentação para a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em um contexto democrático. Pois, diferentemente das outras funções, do Executivo e do Legislativo, o Judiciário não é permeado pela eletividade dos cargos. Nos demais Poderes Estatais, pode-se afirmar que a legitimidade decorre do voto, livre e universal. Todavia, o magistrado ter em mente que não é daí que se torna legítimo. Para alcançá-la é necessário que proceda com a atividade argumentativa, a qual, seguramente, confere a legitimidade a sua atuação.

Acerca da temática, Alexy aduz:

> A chave para a solução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: "Todo o poder estatal provém do povo" exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas requer também positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-

> constitucional racional (Está em itálico no original). A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão, então, reconciliados. Com isso, está fixado, como resultado, que o ideal, do qual fala a declaração dos direitos do homem universal, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia (ALEXY, 2007, p. 53-54).

6 OS EFEITOS SISTÊMICOS E A FUNDAMENTAÇÃO EXTRAJURÍDICA

Partindo para outro ponto da análise, salutar perceber que a fundamentação muitas vezes não pode se restringir à ponderação jurídica da situação deflagrada no processo judicial. O órgão jurisdicional muitas vezes deve proceder com uma investigação muito mais ampla da sociedade quando da aplicação do Direito.

Nesse sentido, salutar a reflexão de como o juízo deve proceder quando da análise dos *efeitos sistêmicos* da decisão judicial. Para avaliar tais efeitos, denominados sistêmicos, o magistrado "dispõe das informações, de tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico" (BARROSO, p. 16), *verbi gratia.*

Quando utiliza esses recursos para sedimentar o seu livre convencimento, o magistrado deve proceder com uma cautela ainda maior quando da prolação de sua decisão. É que, pisando em terrenos que não são sua especialidade, embora tenha a sua disposição laudos periciais e outros instrumentos, o magistrado necessita de uma redobrada argumentação, pois estará impondo uma medida judicial aplicada com fundamento em questões extrajudiciais. Por conseguinte, pode tornar-se, se não houver a devida interlocução, ainda mais difícil a aceitabilidade por parte do vencido.

7 OS MECANISMOS HERMENÊUTICOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Partindo para uma dimensão mais concreta da questão ora problematizada, imperioso se faz debruçar-se sobre a banalização que há no cenário judicial hodierno acerca da utilização indiscriminada e não fundamentada dos mecanismos da ponderação e da proporcionalidade.

Visando dar prosseguimento aos estudos acerca da temática, é necessário elucidar os conceitos de ponderação e proporcionalidade, ao menos vagamente, pois não existe consenso na doutrina acerca de tais fenômenos, contudo inegavelmente percebe-se que os mesmos são inerentes à atividade jurisdicional do Estado Contemporâneo.

Para a doutrina majoritária, tais atributos da ordem jurídica hodierna enquadram-se no que se convencionou chamar de princípios gerais do direito, os quais, sumamente, são "os princípios que constituem o próprio fundamento da ordem jurídica, ensejando o preenchimento das lacunas do direito positivo – LICC, art. 4º; CPC, art. 126" (ACQUAVIVA, 1997, p. 235).

Ainda sobre essa análise, os "princípios são normas jurídicas que incorporam valores, apresentando grau de generalidade e de abstração superior ao das regras. Entende-se que, ao incorporar valores, terá havido uma opção da sociedade, que, por si só, já os legitimaria." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *apud* WOLFF, 2010).

Sendo importante, ainda, salientar que os princípios, devido ao seu alto grau de generalidade e abstração, suportam uma gama indefinida de aplicações, o que vem a possibilitar a incidência de dois ou mais princípios sobre uma mesma situação. Dentro dessa lógica, importante perceber que, sempre que possível deve haver "uma ponderação entre os princípios e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro." (SARMENTO, 2000, p. 45).

Logo após proceder com uma breve análise das teorias que buscaram dar normatividade aos princípios norteadores do ordenamento jurídico, Ávila argui:

> As definições citadas assemelham-se na medida em que procuram distinguir os princípios das regras com base em dois critérios: *grau de abstração e generalidade da prescrição normativa*,

> em função do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem dirigidos a um número indeterminado de pessoas e a um número indeterminado de circunstâncias, enquanto as regras seriam menos gerais e conteriam mais elementos de concretude relativamente à conduta; e *fundamento de validade*, a partir do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem dedutíveis do Estado de Direito, ao passo que as regras seriam dedutíveis de textos normativos. Uma hermenêutica histórica dessas obras, capaz de revisitar as circunstâncias em que as teorias jurídicas foram concebidas, logo evidencia a dupla finalidade que lhes deu causa. De um lado, elas procuraram demonstrar que as decisões judiciais são tomadas também com fundamento em argumentos não-recondutíveis diretamente a textos normativos, mas reconduzíveis a prescrições normativas e dedutíveis da idéia mesma de Direito. De outro lado, e como conseqüência, elas procuraram redefinir o próprio Direito, então confundido, em obséquio ao positivismo legalista plenamente aceito, com um conjunto de prescrições normativas aplicáveis subsuntivamente (só de regras, portanto). Essa foi a primeira etapa de redefinição das normas jurídicas, em virtude da qual se constatou que pertencem ao Direito, possuindo por isso validade, não apenas aquelas normas que possuem uma prescrição determinada (regras), mas também aquelas que estabelecem prescrições ligadas indiretamente a valores, fins, idéias e *topoi* a serem *institucionalmente* determinadas (ÁVILA, 2001, p. 7).

7.1 A PROPORCIONALIDADE

Segundo a opinião deste mesmo doutrinador, o *princípio* da proporcionalidade (segundo a sua própria doutrina, configura-se a proporcionalidade em um postulado, isto é, em uma meta-norma a qual deve servir de orientação à aplicação de outras normas) vem sendo usado, com abrangência crescente, no direito brasileiro, seja nas instâncias inferiores, seja no próprio STF (ÁVILA, 2001, p. 1-2).

Acerca dessa abordagem, observa que:

> A sua aplicação, como será demonstrado, é muitas vezes correta. Mas mesmo nesses casos, a fundamentação do dito

> princípio da proporcionalidade não apresenta razões intersubjetivamente controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim — absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade —, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade. Enfim, a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua (ÁVILA, 2001, p. 3).

Adentrando na análise, tal autor afirma que "a proporcionalidade destina-se a determinar a exigência de racionalidade na decisão judicial" (ÁVILA, 2001, pp. 2). Corroborando com tal tese, afirma-nos Mendes et al., *verbis*:

> Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, de equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (MENDES et al, 2008, p. 65).

Todavia, uma questão resta patente no ar: como se poderá atribuir uma racionalidade, baseada no princípio/postulado da proporcionalidade, minimamente coerente, do ponto de vista do rigor metodológico? O que se percebe, na verdade, é a falta de critérios por parte dos magistrados, em grande parte dos seus julgados, quando aplica tal recurso hermenêutico na aplicação das normas jurídicas.

Dessa forma, é clara a arbitrariedade que se concede a tais decisões, que se baseiam em um método por vezes utilizados de forma a instaurar um decisionismo, caso se omita a devida fundamentação que enseje tal *decisum*. Dessarte, pode-se falar que é necessário estabelecer uma metodologia minimamente coerente para a aplicação de tais recursos, sob pena de propiciarmos aos jurisdicionados uma tutela subjetivista, a depender do foro íntimo de cada julgador.

7.1.1 O Método da Proporcionalidade e seus Elementos

Neste diapasão, vem a doutrina desenvolvendo teorias acerca da problemática. Através de doutrina autorizada, acertado afirmar que foram desenvolvidos três passos principais para conceder a boa utilização do método da proporcionalidade quando da aplicação das normas ao caso concreto, quais sejam:

a) adequação,
b) necessidade e
c) proporcionalidade *stricto sensu.*

Segundo a teorização desenvolvida por Ávila:

> O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio? (ÁVILA, 2003, p.104-105).

Percebe-se, pelo retroesposado, que é fundamental a presença dos três pressupostos para a aplicação da proporcionalidade: adequação do meio, a necessidade (se proceder com uma análise comparativa de outros meios) e proporcionalidade em sentido estrito (custo-benefício).

7.1.1.1 A adequação

Decompondo analiticamente tais conceitos, salutar iniciar do primeiro pressuposto: a adequação. Segundo essa condição de aplicabilidade, é necessário estudar as possibilidades concretas de se alcançar o fim almejado através da medida que se busca. Ou seja, o meio escolhido para dirimir a

situação conflituosa deve ser apto à realização. Oportuno salientar, outrossim, que a adequação deve ser analisada no plano concreto.

7.1.1.2 A necessidade

A *necessidade* por sua vez, consiste na análise que se deve fazer para aferir se existem meios alternativos aptos a produção do resultado almejado, sem a mesma restrição aos direitos fundamentais *sub examine*.

Desta feita, tal exame envolve duas etapas investigativas: a) o exame da igualdade de adequação dos meios e b) o exame do meio menos restritivo.

Sendo assim, na primeira parte é necessário apurar se todos os meios, convencionais e alternativos, possuem plausibilidade para alcançar o fim visado. Ato contínuo, deve-se observar qual meio, dentre todos os disponíveis e aptos a produzir o resultado pretendido, faz a menor restrição aos direitos em jogo, caracterizando, destarte, a segunda etapa da análise da necessidade no uso da proporcionalidade.

Oportuna, portanto, a sistematização feita por Medeiros, *verbis*:

> Assim, deve-se observar, primeiramente, se o meio é adequado para alcançar o fim almejado para, posteriormente, averiguar se não há nenhum outro meio menos gravoso para se alcançar o fim, ou seja, se o meio é o necessário. Pode-se concluir, portanto, que nem todo meio adequado será necessário (MEDEIROS, 2010).

7.1.1.3 A proporcionalidade *stricto sensu*

Por derradeiro, mas não menos importante, deve-se proceder com o exame da proporcionalidade em sentido estrito, o qual consiste em verificar o custo-benefício da medida adotada. Isto é, é necessário que se perceba que as vantagens geradas com a realização do fim são maiores do que as restrições que se efetivam nos direitos fundamentais restringidos.

Sob este prisma, é sopesar os benefícios e malefícios que aquela proporcionalidade irá acarretar para, somente assim, completar o procedimento que legitima o uso de tal método. Sendo assim, é necessário perceber que esses critérios aqui esposados são, todos, necessários e suficientes para a

procedibilidade da aplicação da proporcionalidade.

Logo, é preciso analisar a adequação, primeiramente, para, só assim, proceder com o exame da necessidade e, só após, verificar a proporcionalidade *stricto sensu*. Por conseguinte, não se pode burlar nenhuma dessas etapas, pois assim estará deslegitimando-se tal técnica de aplicação concreta do direito.

7.2 A PONDERAÇÃO

Para que as normas constitucionais, em especial aquelas que consagram os direitos e garantias fundamentais (muitas vezes veiculadas através de princípios que emanam do bloco constitucional), possam exercer o seu inerente atributo de tutela dos bens jurídicos mais valiosos, na visão do constituinte, é necessário que sejam elaboradas de maneira por vezes abstrata e genérica. Destarte, para a concreção de tais comandos constitucionais, é necessário haver o processo de densificação de tais normas no caso concreto.

Quando ocorre esse processo de aplicação dos comandos, principalmente constitucionais, emanados dos direitos fundamentais e princípios, muitas vezes ocorrem colisões com outros princípios ou direitos fundamentais, o que leva o julgador a um aparente impasse. Destarte, os critérios hermenêuticos tradicionais de resolução de antinomia, quais sejam a hierarquia, especialidade e cronologia, são inócuos.

Nesta situação (em que o método subsuntivo é ineficaz), deve o magistrado proceder de forma sensata e com rigor científico, ou então estar-se-ia diante de uma situação em que o subjetivismo preponderará, o que, no atual contexto democrático, é inadmissível. Nessa direção, Maximiliano orienta que "esteja vigilante o magistrado, a fim de não sobrepor, sem o perceber, de boa-fé, o seu parecer pessoal à consciência jurídica da coletividade; inspire-se no amor e zelo pela justiça, e 'soerga o espírito até uma atmosfera serena onde o não ofusquem as nuvens das paixões'." (MAXIMILIANO, 2006, p. 86).

A técnica da ponderação, aprofundando-se na questão, foi originalmente desenvolvida na Alemanha, onde encontrou como principal expoente Robert Alexy. Ganhou vulto através de sua grande aplicabilidade no Tribunal Constitucional Alemão. Em regra, tal método de aplicação do direito é utilizado como um artifício que permite conciliar situações conflituosas

em que estão em jogo direitos fundamentais e/ou princípios[1].

Nesse sentido, no pretório alemão, tal técnica é utilizada de maneira extremamente criteriosa, seguindo um encadeado lógico de etapas específicas para se aferir a necessidade e legitimidade de aplicar a ponderação em cada caso concreto. Sobre tal método, valiosa a construção dogmática construída por Martins e Dimoulis, os quais sistematizam e adicionam ao aporte teórico-jurídico nacional a sistematização empregada pelos jurisconsultos alemães.

Tal técnica foi explicitada no livro de autoria conjunta dos dois supracitados autores, qual seja, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, e afirma que a análise deve se dar em etapas progressivas. Dessa forma, constitui o passo a passo (MARTINS; DIMOULIS, 2009, p. 125-201): a) área de regulamentação dos direitos; b) área de proteção dos direitos; c) modo de exercícios dos direitos; d) intervenção na área de proteção dos direitos, d.1) intervenções permitidas, d.2) intervenções proibidas; e) limites dos direitos fundamentais, e.1) concretização mediante a lei, e.2) a questão da reserva legal, e.3) limites constitucionais em casos excepcionais, e.4) limite dos limites; f) o critério da proporcionalidade como forma de sistematizar a ponderação, f.1) licitude do propósito perseguido, f.2) licitude do meio utilizado, f.3) adequação do meio utilizado, f.4) necessidade do meio utilizado, f.5) proporcionalidade *stricto sensu*.

Corroborando com o tema, Ávila (ÁVILA, 2001, p. 9) nos afirma que, embasado na evolução jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão, Robert Alexy consegue demonstrar a relação de tensão que ocorre quando da colisão de princípios, pois, *in casu*, a solução hermenêutica não se exaure com a determinação da prevalência de um sobre o outro. Ao contrário, estabelece-se uma relação de sopesamento entre eles, atribuindo, ora a um e ora a outro, um peso maior, em virtude do substrato fático envolvendo a aplicação concreta de tais princípios.

Sendo assim,

> a ponderação deve ser adotada quando se identificar confronto de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por princípios constitucionais. Deve-se aqui entender como ponderação "laacción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de uma cuestión o el equilíbrio entre el peso de dos cosas"[2].

1 Embora alguns doutrinadores, hodiernamente, já admitam a ponderação de regras, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49-50.

2 SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia Constitucuinal y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p.189.

> O objetivo basilar da ponderação é solucionar conflitos normativos de forma menos traumática para o sistema constitucional, de sorte que as normas em colisão continuem a conviver, sem que isso importe em negação de qualquer delas (PAES, 2011).

Desta feita, a ponderação deve ser aplicada com um mínimo de rigor metodológico (uma vez que estamos distantes e seria logisticamente impossível aplicar todo o aparato da ponderação alemão nos juízos brasileiros). Tal mínimo de critérios, pela falta de uma diretriz abstrata do bloco constitucional de prevalência de um princípio sobre outro ou sobre um ou outro direito fundamental, deve ser sopesado no caso concreto.

Dessarte, imperioso se faz proceder com concessões recíprocas dos interesses envolvidos, buscando sempre mitigar um pouco de cada, a fim de conciliá-los e propiciar uma situação harmônica entre ambos. Não se deve, por conseguinte, anular um ou outro interesse tutelado, *sempre* que possível.

Nada obstante, deve-se ater a criteriosos métodos hermenêuticos de aplicação, principalmente os neoconstitucionalistas (*verbi gratia:* supremacia e unidade da constituição, concordância prática/harmonização, correção funcional, máxima efetividade, interpretação conforme a constituição, eficácia integradora *etc.*), os quais se consubstanciam em verdadeiros cânones orientadores da aplicação do direito constitucionalmente tutelado.

Por fim, convém lembrar que no plano abstrato tais normas convivem harmonicamente. Todavia, na *práxis*, diante da complexidade das relações sociais da sociedade contemporânea, instalam-se, constantemente, situações de conflito. Nestes casos, é necessário que o magistrado esteja preparado para dirimir o atrito *ad hoc* com a menor perda possível, para ambos os lados.

8 CONCLUSÃO

Por tudo o que fora exposto alhures, é necessário sensibilizar-se com a importância que deve ter a fundamentação do magistrado quando da elaboração de sua sentença/acórdão. Deve proceder de forma hígida e legítima, amparada em métodos científicos rigorosos, pois somente assim poderá fugir do famigerado subjetivismo que permeia as decisões dos magistrados de hoje, devido à enorme margem de atuação que lhes foi concedida quando da cons-

trução do paradigma neoconstitucionalista (norteado por princípios normativos e direitos fundamentais que emanam de enunciados normativos tão genéricos e abstratos quanto os próprios princípios) o qual presenciamos.

Não obstante, o julgador que se limita a produzir sua sentença, embora baseado em critérios objetivos de aplicação dos modernos métodos hermenêuticos, sem se preocupar com a interlocução com os jurisdicionados, está longe de cumprir o fim primeiro e último do fenômeno jurídico.

Conforme já esposado no início do trabalho, o escopo do Direito é a pacificação social, e tal não será alcançada sempre que o magistrado não se preocupar com o convencimento das partes. Dessa forma, situações (lides) que deveriam ser resolvidas no âmbito do Judiciário, perduram na facticidade, pois o órgão julgador foi omisso na missão de declarar, convincente e idoneamente, a fim de estabelecer a interlocução, os fundamentos de fato e de direito que o levaram a obter aquela solução para o caso *sub examine.*

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Básico de Direito Acquaviva.** 2.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 4, jul. 2001.

_____. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2011.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito.** 11. ed. São Paulo: Forense, 2007.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDEIROS, Juliana Helena Almeida. A proporcionalidade das penas. As incongruências existentes no ordenamento jurídico-penal pátrio e a atuação do Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2595, 09/08/2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17146>. Acesso em: 5 abr. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAES, Arnaldo Boson. Constitucionalismo de princípios e juízo de ponderação. Jus **Navigandi**, Teresina, ano16, n. 2837, 8 abr. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18855>. Acesso em: 2 jun. 2011.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

WOLFF, Tatiana Konrath. Juízo de proporcionalidade entre princípios constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2579, 24 jul. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17050>. Acesso em: 4 jun. 2011.

Correspondência | Correspondence:

Gabriel Bulhões
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: gabrielbulhoes@gmail.com

Recebido: 21/12/2011.
Aprovado: 25/02/2012.