

Decisão judicial e sua adequação: pressupostos de validades no processo decisório

Rian Silva Carvalho Santos¹
Luciana Santos Silva²

Resumo: A decisão judicial é um processo que consta de vários elementos, de caráteres subjetivos e objetivos, imprescindíveis para sua adequada formulação. Contudo, há grande questionamento, tanto profissional como acadêmico, no que concerne ao subjetivismo no processo decisório, isto é, na utilização de determinada carga de valores advinda da vivência social que influencia o ato de decidir. Em contradição, devemos entender que o juiz é um indivíduo como outro qualquer, portanto, seu posicionamento é ladeado das formatações coletivas que formaram seu ser, neste fulcro, não é possível um total apartamento da lide imposta. Destarte, uma justa decisão não significa uma ação extremamente objetiva distante de todo e qualquer sentimento pessoal, tampouco uma que se baseie somente nos valores subjetivos. Assim, caberá ao magistrado usar da devida ponderação quando estiver a deliberar, tentando ajustar os pressupostos que validam uma decisão, a saber, a validade jurídica, a aceitabilidade social e a validade pessoal. Com esta formatação, o julgamento se aproximará dos ideais de justiça, função primordial para a pacificação da sociedade.

Palavras-chave: Decisão. Subjetivismo. Validade.

¹ Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB) – Campus Vitória da Conquista. E-mail: ryan03@gmail.com

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professora do curso de Direito da UESB e da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR), advogada do escritório Silva & Simões Advocacia e Consultoria. E-mail: juzgoluciana@yahoo.com.br

Abstract: The judicial ruling is a proceeding that consists of multiple elements, of subjective and objective character, essential for its proper formulation. However, there is a major question, both professional and academic, with regard to subjectivism in the decision-making, i.e., the use of a certain charge of value arising from the social life experience that influence the act of deciding. In contradistinction, we must understand that the judge is a person like any other, therefore, his position is sided by the collective formats that formed himself being, in this fulcrum, is not possible a total separation of the imposed dispute. Thus, a fair decision does not mean an extremely objective action away from any and all personal feeling, neither one that is only based on subjective values. In this way, it will be up to the magistrate the use of appropriate consideration when deliberating, trying to adjust the assumptions that validate a decision, namely, the legal validity, the social acceptability and the personal validity. With this formatting, the trial will approach the ideals of justice, primary role for the pacification of society.

Keywords: Decision. Subjectivism. Validity.

1 Introdução

O estudo da decisão judicial é um dos mais intrigantes e debatidos no mundo jurídico, seja no campo profissional ou acadêmico. Mas, definitivamente, há muito para ser discutido, pois apesar dos vários trabalhos que debatem o aludido tema, não estamos nem perto do seu esgotamento e, perceptivelmente, nunca estaremos, uma vez que o processo decisório está mais fundamentado no subjetivismo do que no objetivismo.

Entretanto, necessário se faz compreender o que é a decisão judicial e porque este é um dos mais importantes processos de atividade jurídica. Decidir, em um simples entendimento sobre a palavra, significa deliberar sobre algo, e esta ação, logicamente, pede duas ou mais opções, pois se não estivermos no campo da escolha, não há de se configurar a categoria do processo decisório. Entretanto, em sentido amplo, todo e qualquer ato decisório é composto por, no mínimo, duas alternativas, pois mesmo que estejamos decidindo sobre algo ou alguém, teremos a outra opção que é a não decisão (omissão da decisão), que por um viés mais amplo, como já dito, é também decidir. Mas para fins metodológicos e de

técnicas jurídicas, trabalharemos com o ato decisório voltado a uma efetiva decisão, aquela no qual o poder julgador, espontaneamente, interferirá no mundo exterior.

No espaço jurídico, o magistrado decide, julga sobre um determinado conflito, composto por dois ou mais entes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e, em algumas situações, fugindo a essa regra, o conflito pode surgir por um único ente, como nas relações em que uma entidade estatal promove uma ação contra outra da mesma esfera. Para tanto, devemos compreender a decisão como um ato deliberativo, isto é, após o conhecimento do conflito, situação em que deverá o julgador examiná-lo e resolvê-lo. Portanto, a substância da decisão judicial é o conflito jurídico. Assim, o magistrado, a seu turno, definirá o que é justo para determinado caso, sendo que abertura de um processo mostrará o conflito de interesses existentes entre as partes, em que ambas consideram seus atos corretos (teoricamente é o que se pede), circunstância que impõe a delegação da lide a um terceiro, que limitará o marco da razão, momento em que far-se-á decisão.

2 O subjetivismo na decisão judicial

Sempre foi ponto de discussões o princípio da imparcialidade dos juízes, pelo qual se deduz que o magistrado deve adotar uma postura omissiva perante as partes do processo. Tal princípio não se confunde com neutralidade: o entendimento atual esboça que juiz neutro é aquele que se mostra indiferente ao processo, sem nenhum fundo abstrato em sua decisão. No entanto, há uma necessidade de se entender como a carga subjetiva invade o processo deliberativo e quais seriam os benefícios e malefícios desta invasão.

Os críticos do subjetivismo na decisão alegam que tal conduta gera uma absoluta incerteza no processo decisório, estando as partes à mercê de um puro arbítrio fundamentado no ideológico do julgador. Até certo ponto, este fundamento é completo de razão. Rudolf Von Ihering já percebera que o ato de julgar é fruto de uma relação social muito anterior a técnica, e em sua obra *A Luta pelo Direito*, prelecionou:

Façamos sentar as mesmas pessoas no banco dos jurados e deixemos que, num caso, os oficiais julguem os delitos contra a propriedade, e os camponeses, os delitos contra a honra, noutro caso o inverso. Como não serão diferentes as decisões nos dois casos! É sabido que nos delitos contra a propriedade não existe juiz mais severo que o camponês (IHERING, 2000, p. 47).

Ihering (2000, p. 48), continuando, em uma mais profunda aceção, revela que o indivíduo na qualidade de defensor de direitos, defende também as condições éticas de sua vida, de tal forma que isto prevalece até no sentido da profissão, ou seja, o seu labor define, inclusive, a valoração de cada bem jurídico. As preposições do austríaco são claras, pois em seu trabalho, fica evidente a situação em que o camponês valoriza mais a propriedade do que os outros bens da vida. Fato é que, geralmente, este possuirá um maior histórico de lutas por este bem e quando ele for colocado em questão, não medirá esforços em sua defesa, sabendo o quão árduo foi a sua conquista e como é importante impedir e enfrentar as ameaças para com este. A profissão, nesse ponto, faz parte de um campo formador da personalidade, como o é a instituição de ensino, os grupos religiosos, o país, estado ou cidade em que nasceu, configurando todos como pontos que cominam na vivência social de cada indivíduo. Desta forma, cabe inquirir: estaria o magistrado isento disso, como se fosse um robô prestes a julgar determinado caso? A resposta só pode ser negativa, uma vez que o juiz é um ser humano como outro qualquer, possuindo bases emocionais e sentimentos, que muitas vezes possibilitam erros, acertos e enganos. O que o diferencia é que ele está imbuído na função de julgador, garantido pelo Estado e pela sociedade, que promoveram um dos seus para assumir tal papel.

O julgamento só pode ser considerado como justo quando este obedecer a uma determinada carga valorativa, não sendo prudente falar-se que a parte litigante estará em uma esfera de um abuso decisório ou de uma incerteza julgadora. Devemos entender as ações decisórias como parte de uma unidade, isto é, que toda decisão possui um valor justo e legal, pois é fruto da sociedade, uma vez que aquele que decide também a integra, mas para que atinjamos esta justa decisão, é preciso que ela se amolde ao social, ou seja, é preciso uma aceitabilidade social da decisão.

Em lição de Carlos Alberto Menezes Direito, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, a decisão judicial

[...] não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto. A criação de um computador que, alimentado com a lixeira proposta e com as leis vigentes, seja capaz de emitir um julgado até pode ser ideia atraente e, mesmo, factível. Os cientistas têm condições de criar um *soft* adequado para tanto. Essa perspectiva não é fora de propósito, se pensarmos que a ciência já anda a passos largos para a invasão do código genético. O que se quer significar com isso é que a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos, crenças (DIREITO, 2000, p. 27).

O advogado criminalista Daniel Kessler de Oliveira, nesse mesmo sentido, definiu que a razão e a emoção são intrínsecas ao ser, portanto, não podemos “trabalhar com esta dualidade antagônica, por desprezar nossas próprias características humanas, bem como não se deve reduzir o problema a um patamar que inviabiliza a sua compreensão” (OLIVEIRA, 2012, p. 1). Em seguida, destituindo por vez o antagonismo, propõe que “razão e emoção convivem juntas e, necessariamente, devemos trabalhar com estes dois aspectos se pretendermos darmos conta da complexidade que envolve o tema das decisões judiciais” (p. 2).

Deste modo, pode-se afirmar que o procedimento decisório é ladeado de carga subjetiva e valorativa, entendendo-as como um conjunto de funções que permeiam a ação decisória. Só podemos afirmar que antes de qualquer formação jurídica, emblemada pela falsa sensação da neutra mediação e discricionariedade, há uma formação humana impregnada de preconceitos, que por sua vez receberá o tom de *pré-decisões*. Importante salientar que o preconceito não é uma forma incorreta de se conceber um raciocínio, como erroneamente é concebido pelo senso comum, que concebe tal atitude como uma ação defeituosa. Para melhor leitura deste estudo devemos compreender toda *pré-apreensão* como forma

primária e fundamental de se esboçar determinado assunto. Para Cláudia Servilha Monteiro (2001, p. 76), citando Schneider, a *pré-decisão* “acaba conduzindo e determinando a decisão final do juiz, de vez que a decisão propriamente dita seria a primeira fase da definição do problema, na qual já se encontraria, em substância, a futura e definitiva decisão”.

Ao crivo de tais formas, chegamos a três aspectos, quais sejam: a) toda decisão possui um carga subjetiva-valorativa; b) o papel do julgador é valer-se tanto da razão como da emoção; c) antes da decisão final há sempre uma *pré-decisão*. É salutar registrar que estes pontos são inconscientemente utilizados por todos os magistrados, havendo uma congruência severa e ao mesmo tempo justa, no ato decisório. A relação entre o juiz e a parte é inegável, e isso não como uma associação entre juiz e parte materializada, mas sim da personificação da parte, dada pela sua ação traduzida na peça processual. Obviamente que não podemos dizer que o ‘desejo’ do magistrado é inteira e rigorosamente preenchido, tornando seu arbítrio uma força vinculadora. Na verdade, o que deve ser destacado é que o magistrado, antes de ser um técnico é um ser humano, mas também vale dizer que depois de um ser humano ele é um técnico, e, nessa perspectiva, em sua atitude deve haver profissionalismo, estando vinculado a preceitos legais ordinários.

O alemão Robert Alexy preponderou que, *in verbis*,

a decisão tomada, independentemente do nível de justificação que se alcançou, é assim uma decisão sobre o que deve ou pode ser feito ou não. Nesta decisão é dada preferência a uma ação ou forma de comportamento da parte de uma ou de mais pessoas, sobre outras ações ou formas de comportamento da parte das pessoas. Uma tal ação de preferência, no entanto, exige um julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é melhor do que a outra e, neste ponto, propicia a base de um julgamento de valor (ALEXY, 2001, p. 20).

O supramencionado Autor, afirma, ainda, que “quase todos os tratados contemporâneos enfatizam que a jurisprudência não pode passar sem esses julgamentos de valor” (ALEXY, 2001, p. 20). Pode-se

depreender, assim, que o julgamento de valor, para Alexy, desvinculado do senso comum (uma tarefa constante para o profissional de direito), é a simples empreitada de escolha que faz um julgamento de valor, mediante o discernimento da “melhor opção”. Desta forma, o julgamento de valor não é uma configuração de fundo depreciativo, como se fosse fonte do irracionalismo de determinada escolha, pois haverá casos em que o julgador estará à frente de duas alternativas extremamente racionais, porém, por serem contrárias, deverá o magistrado optar por uma que considere mais satisfatória ao âmbito legal e ao caso concreto. Isso é um juízo de valor, ou seja, temos um processo de subjetividade legitimada, uma vez que não há de se falar em objetividade no procedimento decisório, pois, se assim fosse, a atitude interpretativa seria desnecessária, uma vez que bastava ao juiz intercambiar o texto legal ao caso concreto.

Essa interação subjetiva judiciária possui como fonte o próprio processo interpretativo, porquanto a lei escrita não domina totalmente o campo das relações humanas. O doutrinador Carlos Direito (2000, p. 29) já apresentava que é na interpretação que se esboça o problema da personalidade do juiz, inferindo que não podemos pensar em decisão judicial sem relacioná-la ao processo interpretativo. Na definição do método e da técnica da interpretação existe uma infinidade de teorias e sistemas; contudo, este processo possui uma substância que são as alternativas valorativas que coadunam na personalidade do magistrado. Nesse sentido, Miguel Reale indica que, *ipsis litteris*:

Da tomada de posição axiológica resulta a *imperatividade* da via escolhida, a qual não representa assim mero resultado de uma nua decisão, arbitrária, mas é a expressão de um complexo processo de opções valorativas, no qual se acha, mais ou menos condicionado, o poder que decide (REALE, 1998, p. 33).

Nesse quadro, percebe-se a imperatividade axiológica, isto é, não há só a força vinculante da norma posta ou dos preceitos legais primordiais, mas um complexo de opções valorativas que banha o direito e é fruto do meio social, que, por sua vez, promove a autoridade decisória do julgador.

Em uma última escala, podemos afirmar que o juiz, de fato, está, no seu ato de decidir, revestido de crenças e valores pessoais, porém há legitimidade e legalidade nisso se este juiz julgar de forma que ele não ultrapasse os limites legais e de aceitação social, ocorrência em que o seu julgamento só pode ser considerado como justo.

O grande problema é que a justiça versa como um sentimento aliado à personalidade, portanto o que parece justo para alguns pode ser abalizado como injusto para outros. Vivemos em um múltiplo social, onde uma única razão não pode ser sustentáculo para a definição da decisão, bem como uma única justiça, um único ideal; assim, a tarefa do magistrado é delimitar quais são as opções valorativas que se adaptam à sociedade, encontrando aquela que mais se aplica ao contexto de seu entendimento adquirido pela observação do caso concreto, não obstante, muitas vezes, o Magistrado aplicará uma decisão que se cultiva melhor à sua vivência social.

Debruçando e exemplificando este raciocínio, imaginemos um determinado local ilusório, no qual um homem, no ato de demarcação de seu terreno, invada em um centímetro a posse de outrem. Este último, afetado pela invasão de sua área, promove tal lide ao judiciário. Ao final de todo o processo, o juiz julgará a lide, podendo, nos limites legais pedir, em favor do reclamante, uma indenização ao infrator, ou, simplesmente, desconsiderar tal pedido, deliberando como improvida a ação por constar de absurda insignificância. Mas, de forma geral, se este juiz veio de uma relação social na qual a luta pela propriedade sempre foi valorada, decidirá, possivelmente, pela reparação do dano.

Um dos objetivos do presente estudo é justamente afirmar que, em ambas as oportunidades, a decisão é justa, pois ela possui aceitabilidade social e fundamento legal. Para fins de esclarecimento, é imperioso assentar que a aceitabilidade social é variada e volátil, existindo milhares de situações aceitas em determinados segmentos sociais e em outros não. As citadas divergências acontecem, até mesmo, dentro do mesmo grupo, sendo certo que o juiz, logicamente, não poderá agradar a todos, mas deverá eleger por uma opção que esteja protegida em alguns dos

diferentes grupos sociais. Com essa mesma inteligência, aduz Cláudia Servilha Monteiro, citando Chaim Perelman:

Os raciocínios jurídicos são caracterizados pela controvérsia, pelo desacordo. Assim, eles raramente podem ser considerados, impessoalmente, corretos ou incorretos, conforme a exigência do raciocínio lógico-dedutivo. [...] Pelo caráter pessoal das decisões, Perelman reconhece a relatividade do raciocínio jurídico, que raramente pode ser operado como uma demonstração matemática que chega a uma única solução possível e necessária (MONTEIRO, 2001, p. 127).

A autora diz que a indeterminabilidade é produto da dialética do raciocínio jurídico, mas que o diferencial na doutrina de Perelman é a promoção da possibilidade de reduzir tal incerteza por meio da aproximação do raciocínio com a aceitabilidade social (MONTEIRO, 2001, p. 127). Tal assertiva reafirma o nosso entendimento sobre a aceitabilidade social como validação de uma decisão judicial. Porém, não é porque o magistrado possui um respaldo social em sua decisão que ele não deve assumir a responsabilidade por ela, uma vez que é de suma importância que o juiz se sinta na incumbência de decidir adequadamente e saber que sua deliberação irá possuir efeitos infundáveis.

A responsabilidade pela decisão, no direito, é uma obrigação para aquele que está no papel de decidir (MONTEIRO, 2001, p. 127). Em palestra na V semana Jurídica, Luiz Carlos Valois, juiz de direito no estado de Manaus, pronunciou: “o juiz tem ódio e sentimentos como todos os outros, porém ele está no poder e não se percebe nele”.³ Valois, mencionou esta frase como forma de indignação para com a magistratura brasileira, mas trouxe anexada à ela a fórmula que buscamos neste trabalho. Esta expressão pode ser um instrumento para uma *pura magistratura*⁴ e, dissecando-a, podemos separar os seus termos: o juiz pode e deve ter

³ Fala de Luiz Carlos Valois, Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais do Amazonas, na V Semana Jurídica da UESB, realizada no auditório do Centro Municipal de Atenção Especializada (CEMAE), na cidade de Vitória da Conquista, Estado da Bahia, em 15 de maio de 2014.

⁴ Pura magistratura deve ser entendida diferentemente de nua magistratura, a primeira refere-se à utilização da razão e emoção no procedimento decisório, a última trará uma noção de neutralidade absoluta e indiferença ao processo, o que não é desejável.

sentimentos, mesmo no ato de julgar, mas ele precisa sentir-se no poder, pois esta é uma das condições para não exorbitar-se a uma arbitrariedade vergonhosa. Um juiz que se sente no poder sabe que sua decisão acarretará mudanças na vida de alguém; assegurando-se disso e promovendo a aceitabilidade social da decisão, teremos um menor grau de incerteza e uma aproximação do judiciário com a população.

3 Fase de perda dos valores na decisão

Após a Revolução Francesa (1789), tivemos profundas alterações nas funções do juiz, pois a apelação para o fator técnico foi muito mais instigada. O povo se encontrava em crise com os governos absolutistas havendo, assim, maior necessidade de autoproteção afirmada em dispositivos legais, uma vez que, com a limitação legal, o governante estaria vinculado aos entraves que a lei impõe; desta forma, o juiz (mecanismo julgador) deveria somente aplicar definitivamente o que fora legislado, por questão de proteção do cidadão, surgindo daí a expressão *bouche de la loi*⁵.

Tais condições só vieram a aumentar no início do século XIX com a prioridade da concepção individualista e, por sua vez, com o estabelecimento da lógica capitalista. Na citada fase, a noção de neutralidade do magistrado foi concebida e valorizada, sob a égide de que tal princípio seria fundamental para a manutenção de uma sociedade livre das ações arbitrárias de governantes. A atividade do juiz limitava-se àquilo que a lei dava respaldo, inclusive no ato de interpretar.

O que explica essa busca pela neutralidade foi o período da monarquia absolutista desenfreada, onde reis se consideravam a própria força do Estado. Surge, assim, um clamor vindo do campo social para uma maior segurança ao cidadão que, em tal época, só poderia ser alcançada com dispositivos legais fortificados e com sua fidedigna aplicação. É salutar registrar que a história mostra que a sociedade vive nessa constante luta contra regimes autoritários e no momento em que certos bens jurídicos são desvalorizados em determinado regime, logo após um ato

⁵ O juiz é a “boca da lei”, portanto faz-se aplicar aquilo que está legislado.

revolucionário, ele passa a ser supervalorizado. Como exemplo, pode-se citar o que aconteceu no Brasil, como aludiu o professor Luciano Tourinho, numa das suas aulas de Direito Penal, dizendo que, em nosso país, nos tempos da Ditadura Militar, uma das maiores restrições era para com a imprensa, de forma que o ato de censura anunciou-se como uma das principais funções do governo ditatorial, uma vez vencida esta fase, passou-se a dar muito valor à liberdade de imprensa e de comunicação.⁶

Na verdade, o que desvirtuava a magistratura, era a imposição do governante absolutista nas decisões. Em certas situações o magistrado foi sinônimo de perigo tanto para os fiéis do governo monárquico absoluto, como para os revolucionários, exatamente por utilizarem-se de métodos interpretativos que poderiam incorrer contra a manutenção governamental dos monarcas ou contra a segurança legal buscada pelos revoltosos.

Desta forma, a decisão judicial passou por determinados períodos em que deveria se adequar absolutamente ao conteúdo legal com a missão de não sobrepujar a dita vontade da lei, vista como a vontade do povo. Contudo, não demorou muito para se compreender que a neutralidade do juiz (Judiciário) promovia situações de barbáries sociais, pois nem tudo que a lei suscita é sinônimo de justiça e humanidade. Tal situação é totalmente vislumbrada com o período da Segunda Guerra Mundial, no qual o discurso de que “tudo que fiz a lei de meu país permitia” foi emissão de justificação.

4 O funcionalismo da decisão

A decisão judicial, como tacitamente foi colocada neste trabalho, é uma etapa dentro do processo que terminará o conflito promovido entre as partes, uma vez que o magistrado definirá o resultado da lide. Entretanto, este término do conflito é institucional e não um fim propriamente dito. O professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando Ballweg, conduz que:

⁶ Aula de Direito Penal II, no curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, fala do professor Luciano Tourinho.

A institucionalização do conflito e do procedimento decisório confere aos conflitos jurídicos uma qualidade especial: *eles terminam*. Ou seja, a decisão jurídica é aquela capaz de lhes pôr um fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação. Ela não os termina por meio de uma dissolução, mas os soluciona, pondo-lhes um fim. Ao contrário de outros conflitos sociais, como os religiosos, os políticos, os econômicos, os conflitos jurídicos são tratados dentro de uma situação em que eles encontram limites, não podendo ser mais retomados ou levados adiante indefinidamente [...] (FERRAZ JR, 2001, p. 309).

Tércio Sampaio traz o termo *absorção de insegurança* que seria a transformação do conflito, isto é, aquilo que primordialmente não possuía uma deliberação e passa a ser decidido. Assim, não há de se falar em uma harmonização, pois na substância do conflito não há possibilidade de sua eliminação; se ao contrário fosse, não necessitaria evoluir o conflito para o mérito da decisão vinculada ao magistrado (FERRAZ JR, 2001, p. 308).

Sintetizando, o conflito alcança um momento de eliminação (engavetamento) na órbita jurídica, mas isso não significa que ele foi vencido na relação social, uma vez que, mesmo acontecendo a extinção formal, a maciça nem sempre se consolida. De fato, existem conflitos que são suprimidos sem necessidade de um processo judicial, mas por questão técnica, compreenderemos tais conflitos como meras desavenças, estas sim possuem a opção de resolução não processual.

5 Relação juiz e legislador no processo decisório

Entre o juiz e o legislador há uma inegável relação de função processual, uma vez que o primeiro é a extensão do segundo. O legislador, representante do povo, elabora leis que terão efeito, em geral, *erga omnes*. O magistrado, aplicador mor da lei, será também um representante da população, pois, em sentido lato, todos os agentes públicos o são. A lei, advinda do povo, legitima as ações investidas em sua órbita. Assim, o julgamento passa a ser, de uma forma mais utilitária, o desejo social de afirmar o valor de suas *normas*⁷.

⁷ Normas que são criadas pela própria população, visto que esta elegeu representantes para tal finalidade.

Desta forma, juiz e legislador se confundem, pois eles são pontos conceitos em busca de uma mesma finalidade que é a proteção da lei e a supremacia da paz social. Não há de se falar nos dois em um único plano, pois pela teoria da separação dos poderes, estes devem ser unidos na busca da efetivação legal, contudo, encerrados em suas funções.

Hans Kelsen (1998, p. 212) afirma que a

individualização de uma norma por uma decisão judicial é sempre uma determinação de elementos ainda não determinados pela norma geral e que não podem ser completamente determinados por ela. O juiz, portanto, é sempre legislador também no sentido de que o conteúdo da sua decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente de Direito substantivo.

Apreendendo a lição de Kelsen, refletimos que a norma geral jamais poderá explicitar as diversidades de um caso concreto e nem mesmo a real vontade do legislador. É exatamente com esse tipo de raciocínio que já não nos valem mais do princípio do *in claris cessat interpretatio*, uma vez que tanto normas claras como as ambíguas devem ser interpretadas. Em majoritária doutrina, é necessário entender o valor implícito da norma e o desejo do legislador (desejo popular). Apesar de Kelsen não trabalhar alegadamente com a questão interpretativa, ele tacitamente conduzirá à extensão que o magistrado deverá dar a norma, extensão não no sentido de ampliar a aplicação, mas de ampliar o seu entendimento.

Em suma, a dualidade *legislador-juiz* é vital para a harmonização da norma legal ao plano real. No ato de legislar surge uma norma geral e ampla capaz de, a partir da interpretação, se aplicar aos fatos da vida humana, porém tal situação só é possível com a atuação julgadora. Carlos Maximiliano elucida que

[...] existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à

representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas (MAXIMILIANO, 2001, p. 50).

Obviamente que nem sempre o magistrado será um verdadeiro artista, como refere Maximiliano. Uma das situações que limita essa atuação mais ativa dos *juízes*⁸ é o acúmulo de processos. A grande deficiência é exatamente a falta de mão de obra humana, posto que muitos magistrados assumem suas unidades jurisdicionais com *milhares de processos*⁹, e, mesmo existindo aqueles que se esforçam para fazer um bom trabalho, existem outros que, infelizmente, mais suscetíveis às deficiências externas, não conseguem lidar com a insatisfação e geram um suporte ineficiente para a população. Assim Carlos Menezes Direito, ex-juiz e conhecedor prático de tal matéria, aclara a situação da seguinte forma:

Em razão do volume de demandas ele, com indesejável frequência, não encontra tempo para refletir sobre a realidade que está em julgamento. E, se tem consciência social, sente-se atraído pela escola crítica e a possibilidade de ampliar os horizontes da interpretação e aplicação buscando a solução mais fácil do direito além da lei, do direito amparado no seu próprio senso de justiça, nas suas crenças pessoais. Esse é o risco que o Juiz não deve correr porque ele ameaçará com tal comportamento todo o sistema democrático, que tem no Poder Judiciário o instrumento para assegurar o primado da lei e do direito. Se o Juiz abandona esse cenário, pondo-se a emitir juízos desvinculados da ordem jurídica que lhe incumbe preservar, a sociedade não terá mais nem justiça nem liberdade, porque justiça e liberdade estarão limitadas ao juízo de valor de um Juiz ou Tribunal (DIREITO, 2000, p. 39).

O juízo de valor existe em toda decisão judicial, contudo, ele sozinho não favorece uma decisão correta, pois é necessário a aliança da razão e da emoção (cargas valorativas) para uma decisão justa. O

⁸ Referindo-se à magistratura brasileira.

⁹ *Vide*, o juiz Clóvis Frank Kellermann Júnior assumiu a 1ª Vara Judicial da Comarca de Três de Maio tendo em sua jurisdição mais de sete mil processos cíveis e criminais. Disponível em: <http://www.noroestenoticias.com.br/publicacao-63-Quase_sete_mil_processos_nas_maos_do_novo_juiz_fire>. Acesso em: 06 jan. 2015.

magistrado terá que trabalhar nesse sentido, pois “a prática jurídica não pode ser desvinculada dos juízos axiológicos” devendo também respeitar “a necessária interação entre o texto legal e as consequências de sua aplicação” (PERELMAN apud MONTEIRO, 2001, p. 98).

Em muitas situações, consoante supracitado, trabalhamos com as características da decisão, colocamos a forma de como se chegar a uma justa decisão, que é por intermédio da aceitabilidade social, mas não abarcamos a configuração de se alcançar esta aceitabilidade, ou seja, de que maneira o magistrado deve agir para tal, matéria que será objeto de estudo a seguir.

6 Aceitabilidade social da decisão jurídica

A decisão judicial, como já trabalhado, responde a uma série de fatores, sejam racionais ou emocionais. Os elementos psíquicos valorativos estão inerentes ao processo decisório, sendo que, inconscientemente, o magistrado trabalhará nesse método, absolutamente humano, mas sem deixar de se valer da técnica jurídica.

Entende-se que o magistrado é um representante do povo, pois há uma função legisladora em sua prática forense.

É importante registrar que a aceitabilidade social é limitada pela legalidade e o parâmetro legal, por sua vez, é fundamento para demarcação do campo de decisão do magistrado. Carlos Maximiliano (2001, p. 69, grifo nosso), dando força a esta ideia, alerta que “o papel da judicatura não é guiar-se pelo *sentimentalismo*¹⁰; e sim, manter o equilíbrio dos interesses, e dentre estes distinguir os legítimos dos ilegítimos”.

Outro fator importante é compreender a constante mutação dessa aceitabilidade. O direito é uma escala com graduais transições, e a análise é que, embora alguns autores sugiram, inadequadamente, que o direito evolui com a sociedade, o que se depreende, em muitos aspectos, é que a sociedade produz um retrocesso e, infelizmente, o direito assim também se molda. Dentro dessa perspectiva, tal situação não valida o termo evolução que primordialmente implica em desenvolvimento. As

¹⁰ Sentimentalismo não é o mesmo que a emoção esta, em nossa obra, representa a carga valorativa.

transições contumazes em nossa espécie exigem, em regra, que a produção judicial se adapte às novas estruturas; para tanto, o processo interpretativo e decisório precisam acompanhar estas variações, pois já que falamos em aceitabilidade mutável, a decisão poderá perder seu valor em diferentes épocas, ou até mesmo em diferentes regiões. Devemos suscitar, também, que além de mutável, a aceitabilidade não é una, uma vez que em um único território e/ou em certo espaço de tempo, são factíveis infinitas possibilidades legal e socialmente válidas para um determinado caso.

Definitivamente, o que mantém a vitalidade da decisão é a sua aceitação social e jurídica, sendo que o descumprimento destes pressupostos, incorre numa decisão invalidada (campo legal) ou vencida (campo social).

Nesse sentido, Monteiro (2001, p. 135) orienta que “a motivação das decisões tem a função de torna-la aceitável pelas partes, pelos juristas, pelas instâncias superiores e pela comunidade” e, em seguida, a indicada doutrinadora igualmente acrescenta que, *verbis*, “não basta, no entanto, que seja equitativa; deve guiar-se pelo Direito positivo e deve ser aceitável por todos”.

Quando tratamos do aspecto social, sempre nos colocamos frente à difícil sujeição da mutabilidade. O direito é o Estado escrito, o Estado, por sua vez, é a sociedade. O direito, como regra, tem por escopo regular as relações sociais, de tal forma que haja um respaldo de garantias.

7 Aceitabilidade do magistrado

Frente a todas às intempéries causadas pela insuficiência de pessoal e má gestão do judiciário, o magistrado deverá motivar convicentemente a sua decisão e estar ciente dela, de forma que seja convincente para si mesmo, uma vez que não adianta decidir pelo clamor popular ou midiático. A decisão judicial precisa ter relação direta com a carga valorativa do Magistrado, de modo que seja válida para ele mesmo. Não informamos aqui que o julgador deverá usar de ultrajante arbitrariedade, simplesmente trazemos três importantíssimos pontos que consubstanciam uma decisão concisa, justa e eficaz, sendo eles: a) validade jurídica; b) validade (aceitabilidade) social; c) validade pessoal.

Chaim Perelman (1998, p. 238), em *Lógica Jurídica e Nova Retórica*, apresenta um entendimento diferenciado acerca do tema, uma vez que, para ele

[...] as decisões de justiça devem satisfazer três auditórios diferentes, de um lado as partes em litígio, a seguir, os profissionais do direito e, por fim, a opinião pública, que se manifestará pela imprensa e pelas reações legislativas às decisões dos tribunais.

Como inicialmente abordado, em nossa acepção, as decisões devem também atender a três auditórios, mas desconsideramos a colocação perelmaniana de que as partes seriam componentes dessa tripartição. A compreensão é que a decisão judicial deve possuir aceitabilidade social, tanto do magistrado, como dos profissionais de direito (aceitabilidade jurídica). Não há de se colocar o quesito das partes em litígio, uma vez que elas já fazem parte da aceitação social da decisão.

A base do conflito é exatamente a não resolução intrínseca, posto que se o juiz pudesse decidir de forma que fosse totalmente aceitável para ambos os envolvidos no conflito, não estaríamos falando de uma lide levada à categoria de processo judicial e sim de um consenso mediado.

O juiz, na ação de decidir, deve possuir a vigilância de se encaixar nos parâmetros da validade social, jurídica e pessoal, pois a decisão judicial não é uma atitude objetiva, fria e calculada. O magistrado deve trabalhar de forma a utilizar e controlar a sua carga valorativa e, nesse sentido, podemos colacionar exemplo jurisprudencial brasileiro, onde Carlos Menezes Direito comenta da seguinte forma:

O que importa é que o Juiz saiba que a sua decisão põe termo a uma lide, gerando consequências. E aqui está um último elemento relevante. Não pode o Juiz decidir sem levar em conta as consequências da sua decisão. Por exemplo, é necessário ter cautela com condenações absolutamente inexequíveis. Quando um juiz vai fixar o valor de um dano moral, que a jurisprudência considera subordinado ao seu prudente arbítrio, ele deve ter presente exatamente essa prudência. Não é admissível a fixação de valores completamente fora da realidade brasileira, valores

exorbitantes, sem nenhum padrão, fora do alcance das partes. Foi nessa direção que o Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria de meu caro amigo e cuidadoso Juiz, Ministro Nilson Naves, assumiu a responsabilidade de mexer na jurisprudência assentada [...]. Na ocasião, todos concordaram que, embora o constituinte dos oitenta não tenha criado o Superior Tribunal de Justiça com esse objetivo, impunha-se rever a jurisprudência, em caráter excepcional, para evitar a decisão judicial absurda (DIREITO, 2000, p. 40).

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ possui uma característica inusitada, justamente por não ser de sua alçada, *lato sensu*, as revisões jurisprudenciais. Mas coube tal assentamento, exatamente porque não é aceitável que um juiz coloque valores exorbitantes em uma indenização. Neste caso, foge ele à realidade social, ou seja, aceitabilidade social. Desta forma, um juiz que decidisse baseado pelo antigo entendimento, poderia até possuir a validade pessoal, não mais a jurídica, isso depois da revisão do STJ, e, por desdobramento não haveria uma aceitabilidade social. Tal exemplo acima só reforça a ideia do total trabalho do magistrado na postura de decidir. Em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Carlos Maximiliano (2001, p. 51), assevera que

[...] os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida.

O juiz, desta forma, deve fazer um trabalho de equilíbrio, vez que são várias as possibilidades disponíveis, seja em termos de aceitabilidade social e do magistrado, mas não jurídica, seja de aceitabilidade do magistrado e jurídica, mas não social, dentre outras correlatas. Por isso o julgador deve investir-se na manta da sensatez e do balanceamento sabendo agradecer, em pontos, estes três públicos, onde ele mesmo está incluído.

8 Conclusões

A atividade da magistratura é uma das mais belas e primordiais do mundo. O juiz que, por irreflexão, julga de forma inadequada faz um verdadeiro massacre da justiça. A necessidade de se ter uma magistratura consciente de seus atos é uma das bases da sociedade, uma vez que o corpo social que confia no seu julgador saberá que as injustiças não terão promoção em seu espaço. Não há nada mais chocante para o profissional, teórico, filósofo e estudioso da área do direito do que ser dito pelo seio popular que a justiça é morosa e desonesta. A palavra Justiça vem do latim *Iustitia* que, por sua vez, deriva do *iustus* (justo), e, nesse contexto, dizer que alguém é ‘justo’ ou que alguma ação é ‘justa’ seria o mesmo que valorá-los como íntegros e corretos. O direito é a representação dos povos, mas ele é entoado pelos seus operadores e pensadores, e, nesse contexto, se estes homens não forem imparciais, justos e agirem em consonância com a probidade, o direito desampara a sociedade.

Uma das grandes dificuldades do mundo jurídico é o afastamento criado entre a Justiça (ente formado por operadores e pensadores do direito) e o corpo social, tratando-se, na verdade, de um problema que abrange o corpo de magistrados, algo que é considerado uma enfermidade para o processo de validade da decisão. É importante frisar que a atuação da magistratura não pode/deve ter como objetivo punir a população, que a seu turno, é ela mesma a sua punidora. O legislativo, executivo e judiciário são entes criados pela própria sociedade para o seu autopolicimento, sendo que quem legisla é o povo e quem julga é também o povo. Entretanto, o que vemos são legisladores que criam leis indiferentes ao contexto social e julgadores que se banham no rio obscuro da má arbitrariedade e discricionariedade. Tais condutas são as que personificam estes entes (Judiciário; Legislativo; Executivo) e, uma vez nessa condição, eles se distanciam do corpo social.

Indubitavelmente, a tarefa dos magistrados é uma das mais difíceis que um ser humano pode assumir, isso porque sobre eles está o múnus de decidir a vida dos outros homens.

A seu turno, este trabalho procurou confirmar que a justa decisão não se faz só num processo técnico e frio, avaliando-se que há a necessidade de uma carga valorativa para que se promova um ato declaratório correto. O juiz, como colocamos, precisa ser parte do processo, posto que sua absoluta não interação com as situações litigiosas trazem um julgamento sem os traços da justa decisão, que só poderá ser completa quando dotada de aceitabilidade social, de validade jurídica e de validade pessoal.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução por: Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001. Tradução de: “Theory der juristischen argumentation”.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Tradução por: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000. Tradução de: “Der Kampf ums recht”.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução por: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martin Fontes, 1998. Tradução de: “General theory of law and state”.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Razão e emoção no ato de julgar: as contaminações do julgador e seus pré-julgamentos na fase de investigação preliminar. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE

CIENCIAS CRIMINAIS, 2., 2012, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: PUC-RS, 2012. p. 1-20.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução por: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martin Fontes, 1998. Tradução de: “Logique juridique”.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Recebido em abril de 2015.

Aprovado em dezembro de 2015.