XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

DANIELA MARQUES DE MORAES

MURIEL AMARAL JACOB

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963
Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Daniela Marques De Moraes
Muriel Amaral Jacob – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-822-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Goiás, em Goiânia/GO, entre os dias 19 a 21 de junho de 2019, contemplou, como tema central, "Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo".

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho "Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II", coordenado pelas Profas. Dras. Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília (UnB) e Muriel Amaral Jacob, da Universidade de Rio Verde (UniRV).

Com o propósito de garantir a construção dialógica de conceitos e estruturas do pensamento, pesquisadoras e pesquisadores associados ao CONPEDI debateram os resultados de suas investigações científicas no referido GT que desenvolveu suas atividades na tarde do dia 21 de junho de 2019.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho perpassou pela discussão proposta por 16 (dezesseis) artigos. A Efetividade da Justiça foi analisada e debatida sob o olhar das garantias processuais e jurisdicionais, visitando temas como os princípios da duração razoável do processo, da imparcialidade do juiz, do contraditório substancial, da fundamentação das decisões, da eficiência, a tutela coletiva, a técnica provisória da evidência, as sentenças aditivas e suas repercussões, a tutela executiva como garantia de acesso à justiça, a importância das audiências públicas, o incidente de demandas repetitivas e a personalidade jurídica e sua desconsideração.

As coordenadoras dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadoras e pesquisadores das mais diversas localidades e nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todas e a todos uma excelente leitura.

Goiânia, junho de 2019.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - Universidade de Brasília (UnB)

Profa. Dra. Muriel Amaral Jacob - Universidade de Rio Verde

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O COMPORTAMENTO JURÍDICO-DECISÓRIO, O DESAPARECIMENTO DA RACIONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL E SUA REPERCUSSÃO NAS SENTENÇAS ADITIVAS

THE LEGAL DECISION-MAKING BEHAVIOR, THE DISAPPEARANCE OF LEGAL RATIONALITY IN BRAZIL AND ITS REPERCUSSIONS IN THE ADDICTIVE SENTENCES

Paulo Lage Barboza de Oliveira
José Augusto de Queiroz Pereira Neto

Resumo

O presente artigo tem por objetivo discutir a forma de atuação dos magistrados no momento de fundamentar suas decisões, em especial aquelas que efetuam sentidos e regras na legislação - as sentenças aditivas - levando-se em conta o raciocínio exercido na elaboração dos julgados. Examina-se ainda as decisões sob a ótica do consenso e da racionalidade jurídica, utilizando pesquisa bibliográfica dogmática e empírica além do método dedutivo e comparativo, tudo de forma a tentar debater da forma mais ampla possível referido comportamento, para que se mitigue a insegurança jurídica daí decorrente.

Palavras-chave: Sentença aditiva, Comportamento jurídico-decisório, Princípios, Consensualidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the form of performance of judges at the time to substantiate their decisions, in particular those which effect senses and rules on legislation - the additive sentencing - taking into account the reasoning exercised in drafting of the sentencing. Examines the decisions from the perspective of legal rationality and consensus, using dogmatics bibliographic and empirical research and deductive and comparative methods, all trying to discuss the widest possible form referred to behavior, in order to mitigate the resulting legal uncertainty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Additive sentencing, Legal decision-making behavior, Principles, Consensus

INTRODUÇÃO

Em uma acepção teórica onde se tem o direito como uma ciência, torna-se cada vez mais difícil se enxergar na produção jurisprudencial uma linha de raciocínio lógica que possa servir para todos os casos semelhantes, o que ao fim e ao cabo gera muita insegurança jurídica.

Serão as sentenças aditivas, que implementam sentidos e normas inexistentes no ordenamento jurídico, influenciadas pela forma como a fundamentação das decisões é na prática elaborada?

A fim de tentar analisar a ocorrência desse problema e suas causas, busca-se verificar não apenas pela bibliografia dogmática, mas especialmente pela etnográfica a realidade por trás das decisões. Os motivos pelos quais se julga da forma como se julga, as razões que se expressam nas sentenças e aquelas que permanecem no íntimo do julgador, de modo a se questionar e amplamente debater o assunto, para possibilitar uma mudança de pensamentos e premissas para dar mais efetividade e segurança às decisões judiciais e suas consequências na esfera do patrimônio jurídico dos envolvidos.

Daí se fazer alguns questionamentos, tais como: sentença é um ato de verdade ou um ato de vontade? Julga-se com o direito ou com a consciência? A argumentação de uma decisão pode ser solipsista? O juiz está livre para julgar ao seu arbítrio, de forma discricionária?

O estudo analisa ainda a questão referente à existência ou não de consensualidade nas decisões colegiadas. A sentença do juiz, enquanto julgador monocrático de uma causa, é confeccionada, por isso mesmo, e ao menos em tese, sem opiniões externas. A decisão colegiada, por outro lado, pressupõe a discussão da causa para se chegar ao resultado final, daí a necessidade de se investigar se e como isso funciona na prática. E o que seria o julgamento por tenções? Tal modalidade de julgamento já esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro? Ainda existe no Brasil?

A metodologia empregada, além da aplicação dos métodos dedutivo e comparativo, aplica a pesquisa bibliográfica e documental, com ênfase, tal como assinalado acima, em minudentes trabalhos etnográficos realizados sobre o tema.

1. A FORMA DE DECIDIR: A AUSÊNCIA DE CONTROLE

Há forma correta para a construção do caminho para se concluir uma sentença ou um voto? Há consenso nos critérios necessários para se chegar a uma decisão? Será que o juiz deve primeiramente analisar o caso concreto, verificar as fontes do direito a serem aplicadas, realizar um cotejo entre as provas produzidas no processo, valendo-se sempre das regras atinentes ao *onus probandi*, para ao fim chegar a sua conclusão final e declarar uma parte vencedora ou perdedora?

Deve o magistrado se valer da ordem determinada pelo artigo 489[1], do Código de Processo Civil, para primeiramente redigir um relatório[2] contendo os nomes das partes, a identificação do caso, com o resumo do pedido e da contestação e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo, para em seguida aplicar os fundamentos[3] com os quais analisará as questões de fato e de direito e, com isso, finalmente decretar a parte dispositiva[4], resolvendo as questões principais a ele submetidas pelas partes?

A prática vem demonstrando que referida ordem é aplicada sim, mas às avessas, como assinalado por um desembargador que assentou que "*todo mundo sabe que a primeira parte da sentença é o procedente ou o improcedente, né? Isso vem antes de tudo. Depois a gente fundamenta. A ordem é inversa só no papel. Na cabeça é o contrário*". (LUPETTI BAPTISTA. 2012: 387).

Citando Calamandrei, um magistrado afirmou que "*o juiz primeiro encontra o telhado, e depois constrói as paredes*". Neste aspecto, a pesquisadora entrevista uma juíza que disse ser "*muito difícil expor para você sobre qual é o mecanismo para você chegar em uma decisão. [...] apesar de a lei te dar alguns parâmetros, ela também te dá sempre um espaço muito grande de subjetividade para você decidir, né? E aí, é que eu acho que entra a coisa da argumentação, que é muito legal*". (*Op. Cit.*: 389).

A inversão do modo de julgamento é tão assente que Denis de Castro Halis (2010: 152-155, *apud Op. Cit.*: 392) o classificou como *teoria da racionalização posterior*, consistente no

[1] CPC/2015. "Art. 489. São elementos essenciais da sentença:"
[2] CPC/2015. "Art. 489. [...] I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
[3] CPC/2015. "Art. 489. [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
[4] CPC/2015. "Art. 489. [...] III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

> [...] *processo de se racionalizar, utilizando fundamentos legais e socialmente aceitáveis, por meio de uma suposta operação lógico-racional consciente, as decisões que, de fato, foram determinadas primordialmente por elementos subjetivos (preferências pessoais, referências cognitivas particulares, intuição etc. do julgador) não declarados. Pode-se dizer que a primeira (motivação) determina a segunda (fundamentação), porém esta não explicita aquela, seja porque isso violaria a crença na objetividade, seja porque ela afetou o próprio 'olhar' do julgador, dirigindo-o de forma inconsciente*.

Holmes[5] (*apud* HALIS, 2010) foi quem desenvolveu a teoria, destacando que a decisão somente traz aquelas razões socialmente aceitáveis.

Conforme afirma Streck (2013: 37), a interpretação dos fatos apresentados ao juiz e a própria sentença são "*atos de vontade*".

Diz Paulo Queiroz (2007, *apud Op. Cit.*: 37) que "*sempre que condenamos ou absolvemos, fazemo-lo porque queremos fazê-lo, de sorte que, nesse sentido, a condenação ou a absolvição não são atos de verdade, mas atos de vontade*". Com isso ele salienta que "*parece evidente que, ordinariamente, por mais que tenhamos motivos, legais ou não, para condenar, condenamos porque queremos condenar e porque julgamos importante fazê-lo*". E completa, com a possibilidade inversa de que *"por mais que tenhamos motivos, legais ou não, para absolver, absolvemos porque queremos absolver e julgamos importante fazê-lo*".

Os dois autores acima mencionados (Paulo Queiroz e Lenio Streck) chegam a trocar críticas - jurídicas, diga-se - afirmando Queiroz que a obra de Streck revelaria uma espécie de juiz Robinson Crusoé, questionando, inclusive se este juiz realmente existe. Tal visão do solipsismo epistemológico, segundo aponta Streck, seria muito simplista, não se podendo chegar à conclusão a que chegou Queiroz no sentido de que a interpretação assim posta seria apenas uma das possíveis interpretações da realidade, não revelando, com isso, a realidade em si (STRECK, 2013: 38).

Argumenta Queiroz que Kelsen teria reconhecido que o papel da interpretação do direito constituiria, na verdade, um ato de vontade do julgador, muito embora defendesse a obediência do juiz à lei, salientando Streck (*Op. Cit.*: 39), por sua vez, que Kelsen, justamente

[5] Oliver Wendell Holmes Jr. foi Juiz da Corte Suprema dos EUA ("Associate Justices") de 1902 a 1932 (fonte: <https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx>. A obra de Halis, citada alhures, se baseou em sua atuação enquanto juiz (HALIS, 2010).

por ter reconhecido é que ele sabia que a chamada "estrita obediência à lei" não existe[6]. E conclui assentando que:

> [...] *acreditar que a decisão judicial ou a promoção de arquivamento (ou um pedido de absolvição feitos pelo MP) são produtos de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer, não faz…!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer…! Fujamos disso! Aliás, a hermenêutica surgiu exatamente para superar o assujeitamento que o sujeito faz do objeto (aliás, isso é o que é a filosofia da consciência…!)*".

Corroborando o que até aqui se assinalou, o saudoso Ministro Humberto Gomes de Barros, aplicando na prática o que se argumenta acima, no julgamento do Agravo Regimental[7] nos Embargos de Divergência[8] em Recurso Especial[9] de nº 279.889/AL assim sacramentou em seu reverberante e controvertido voto:

> Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo texto em que o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins expõe as suas razões, mas tenho velha convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data venia de S. Exa.
> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o

[6] Como insiste Streck (2013: 39), "*para Kelsen, a ciência do direito é uma metalinguagem sobre a linguagem objeto*".

[7] Ao tempo da decisão (2003), o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça previa a interposição do Agravo Regimental em seu art. 258: "A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a".

[8] Segundo o art. 1.043, incisos I e III, do CPC, Embargos de Divergência é recurso cabível contra acórdão de órgão fracionário que: I - em recurso extraordinário ou especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos embargado e paradigma, de mérito; e III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia.

[9] Este recurso tem previsão constitucional e seu cabimento tem previsão no art. 105, inciso III, nos seguintes termos: "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

> pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.
> Peço vênia ao Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, porque ainda não me convenci dos argumentos de S. Exa. (STJ, 2003: 4).

Em seguida veio a crítica de Streck (2013: 25) destacando que:

> [...] antes mesmo de iniciar estas reflexões no sentido mais crítico - que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, "lei das leis"?

Em outra vertente, assinalando justamente a existência de solipsismo por parte do Magistrado de 1º Grau, o Relator, Desembargador Federal, em recente Mandado de Segurança (TRF2, 2017) impetrado pelo Ministério Público Federal originado de ação penal decorrente da denominada "Operação Calicute" promovida em face de Adriana Ancelmo, esposa do ex-Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, destacou:

> Nesse contexto, a decisão atacada padece mesmo de atipicidade importante, o que é incompatível com a sua manutenção, haja vista que tomada sem apoio em modificação de estado de fato e de direito, os quais já mereceram apreciação e em vista dos quais já houve decisão do próprio Magistrado, deste Tribunal, e ainda passível de apreciação de mérito pelo STJ, o que, por essa razão, mais uma vez recorrendo às lições de LENIO STRECK, faz dela um decisão solipsista (*In* O que é isto decido conforme minha consciência? Livraria do Advogado, 2013).

Apesar da existência de decisões solipsistas, tal como indicado pelo próprio Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro no *decisum* acima, e que estas fugiriam da imprescindível utilização da hermenêutica jurídica pelo intérprete, o entendimento que se vê é justamente o de ser legítima tal atuação, como mais uma vez mostra o Superior Tribunal de Justiça, desta

vez no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 94.826/SP, onde destacou o ilustre Ministro Relator em seu voto:

> 6. Primeiramente, é de se ter claro que, em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados. (STJ, 2008: 6-7).

O próprio Streck menciona em sua obra, já ao tempo de sua publicação (2013), a existência de projeto de lei para a formação do novo Código de Processo Penal, com menção ao livre convencimento do juiz, no que toca ao conteúdo probatório da demanda.

Realizando-se busca atualizada, o aludido projeto de lei de fato tramita no Congresso (Câmara dos Deputados - Projeto de Lei nº 8045/2010)[10], que conta em seu texto com o seguinte dispositivo: "*Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas*".

Ora, mas estaria o juiz e o operador do direito em geral impedidos de interpretar? Streck (2013: 95) responde negativamente a essa pergunta. O que se critica é o decisionismo, a arbitrariedade, a discricionariedade judicial, não havendo qualquer censura à atividade interpretativa, daí sua argumentação no sentido de que "*interpretar é dar sentido (Sinngebung). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, 'comandados' por uma Constituição*".

O que pretende o autor afastar da aplicação recorrente no Judiciário brasileiro é a realização das normas independentemente (mesmo porque não pode depender) de uma "*subjetividade assujeitadora*", como se da vontade do intérprete se originassem os sentidos a serem a ela implantados.

[10] A expectativa era de que houvesse deliberação até junho do ano passado (2018). Fonte: Câmara Notícias: Deputados pedem um novo Código de Processo Penal para reduzir impunidade no País. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/551980-DEPUTADOS-PEDEM-UM-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-PARA-REDUZIR-IMPUNIDADE-NO-PAIS.html>.

A prática encontrada no Judiciário brasileiro revela o temor anunciado acima, não sendo possível nem mesmo traçar um mapa consensual jurídico-decisório entre os próprios juízes.

> Onde não há consenso, não há teoria possível. Onde não há protocolos explícitos e públicos, não há controle da imparcialidade. Se os juízes podem, diante do caso concreto, elastecer a lei ou até mesmo, em situações-limite, não aplicá-la, este sistema é, de fato, particular e casuístico. Se nem a lei e o processo vinculam, não há controle possível. (LUPETTI BAPTISTA, 2012: 395).

Como a própria autora assevera, apesar de terem sido identificados dois limites decisórios no trabalho etnográfico por ela realizado - "*não podemos decidir totalmente contra a lei*" e "*não podemos escrever tudo na sentença*" -, pela falta de consensualidade entre o que é de fato julgar contra a lei ou não, a verdade é que os tais limites são *"muito mais simbólicos do que efetivos*", de forma que "*o critério de limitação não limita e, mais uma vez, é apropriado retoricamente pelo campo*". (*Op. Cit.*: 395-396).

Uma das juízas entrevistadas, falando a respeito de não se poder escrever tudo na sentença, criticou a atuação do magistrado que apreciando um caso em que envolvia a Lei Maria da Penha teria ultrapassado os limites externando preconceito e machismo, revelando a magistrada, por outro lado, a dificuldade de dizer o que pode ou não exibir na decisão (*Op. Cit.*: 399).

O que se nota é que os sentimentos dos juízes que geraram a decisão permanecem latentes em seu interior, já que não lhes parece lícito ou mesmo conveniente lançar tais emoções no teor da decisão, em vista das possíveis e inevitáveis críticas daí advindas, tal como ocorrido no caso do juiz que tratou da Lei Maria da Penha.

Neste aspecto a importância do trabalho empírico lançado pela Professora Bárbara Lupetti (*Op. Cit.*: 402), onde ocorreu a colheita de esclarecedor e revelador depoimento de magistrada que assentou que:

> O problema é que o que está dentro do juiz ninguém discute. A gente não expressa. É um cuidado que tomamos sempre: o da não exposição. Não nos expomos. Cuidamos disso. Então, ninguém sabe o que está dentro de nós. Ninguém sabe o que pensamos, por que decidimos daquele jeito, e não de outro… ninguém sabe. Esta ideia de que a fundamentação é o controle da atividade não funciona. Ninguém controla, porque ninguém sabe o que realmente motiva as nossas decisões.

Se o que se tinha por segurança era a ideia de que a fundamentação controlava a atividade jurisdicional do juiz, ela cai por terra diante da realidade por trás das letras impressas nas decisões.

Em uma análise perfunctória seria possível dizer que as atividades etnográficas acima mencionadas acabam por revelar o primeiro dos axiomas citados, já que não há consenso na utilização de critérios na atividade judicante, gerando decisões e procedimentos distintos para cada juiz (a ideia do juiz *bricoleur*[11]).

Da concepção do juiz *bricoleur* temos um arsenal virtualmente infinito de soluções "jurídicas" que poderão ser dadas nos processos, de modo que diferentes juízes poderão julgar uma mesma ação a favor ou contra o autor, do mesmo modo que um mesmo juiz poderá também encontrar desfechos antagônicos para a mesma causa, dependendo apenas da sua vontade naquele dia, revelando a inexistência de controle da atividade decisória do magistrado.

2. O DESAPARECIMENTO DA RACIONALIDADE JURÍDICA NOS CASOS CONCRETOS

A racionalidade do direito, como visto alhures, tem por escopo a concepção de que as decisões não podem ser nem arbitrárias, nem aleatórias, de forma a se tornarem previsíveis. Devem prevalecer os argumentos normativos sobre os funcionalistas, e não o contrário, tudo isto, para que se alcance maior segurança jurídica.

No entanto, o que se tem vivenciado na prática, trazendo-se aqui casos emblemáticos, é a consagração da ausência de pressuposto de racionalidade jurídica no âmbito decisório, preponderando o arbítrio e a aleatoriedade.

O julgamento da ADI 3.510 (células-tronco) pelo STF, como exemplo, foi marcado pela arbitrariedade e aleatoriedade de seus votos, nos quais afastou-se dos argumentos

[11] Este foi um termo utilizado por *Claude Lévi-Strauss* na obra "O pensamento selvagem", de 1976, expressão tomada por Duarte e Iorio Filho (2011: 54), em que o *bricoleur* (ou artesão) classificaria e catalogaria com "lógica própria e particularizada, os signos apropriados". Com isso, o juiz, em sua atividade artesanal, criaria "*um acervo obviamente limitado de signos, do qual ele vai se servir quando da realização de seu ofício na construção de uma obra.* ***Este trabalho, portanto, será único****, visto que o material e a lógica de organização dos signos são particularizados e individuais de seu artesão*".

normativos, tal como se pode verificar, em especial, nas manifestações feitas pelo Ministro Menezes Direito, bem como pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau.

O Ministro Menezes Direito, entendendo constitucionais os dispositivos da lei impugnada, assentou que o julgamento cingia-se a se examinar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana - "[...] *devemos pôr com toda claridade que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana*" (STF, 2008: 238).

Daí concluir não haver dignidade para o embrião, quando diz que "*no caso do embrião, a se seguir essa linha, nenhuma dignidade poderia ser reconhecida, pois nenhuma dignidade teria sido ainda conquistada, o que afastaria qualquer tipo de escrúpulo quanto ao seu uso*" (STF, 2008: 279-280), julgando parcialmente procedente a demanda para declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 5º, nos termos propostos em seu voto (*Ibid*.: 304-305).

O Ministro Lewandowski, por sua vez, intentou aplicar certa interpretação aos dispositivos da lei discutidos na ADI, excluindo outras.

A Lei 11.105/2005 permite, pelo artigo 5º, a utilização de embriões humanos (1) produzidos por fertilização in vitro e (2) não utilizados no procedimento.

A proposta era de que a interpretação fosse de possibilidade de uso dos embriões humanos (1) inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular (2) não utilizados na fertilização (3) desde que essa fertilização fosse feita tão somente para produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida.

Já o Ministro Eros Grau implementou diversos adendos à lei, denominando-os de requisitos, como se verifica abaixo:

> [i] pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º];
> [ii] a "fertilização in vitro" referida no caput do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados;
> [iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando

> se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas ; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco. (STF, 2008: 460).

Chama-se a atenção para a inclusão, no primeiro item, de um comitê do Poder Público para autorizar as pesquisas e terapias, enquanto que o item "ii" estabelece um número máximo de óvulos a serem fertilizados, não estabelecendo a lei impugnada tal limitação.

Por fim, o item "iii", acima destacado, apresenta um outro critério, também não existente na lei, referindo-se à fertilização, permitindo-a "*somente quando dela não decorrer a sua destruição*".

O caso é tão curioso que a aleatoriedade das decisões salta aos olhos com a simples leitura e cotejo dos votos. Em tais documentos pode-se perceber que os julgadores trouxeram elementos normativos novos, inexistentes na lei original confeccionada pelo Legislativo.

No entanto, nenhuma das proposições feitas pelos juízes se identificam entre si. Cada magistrado fez uma sentença aditiva absolutamente diferente da dos demais, o que evidencia o fato de que não se valeram de argumentos normativos para chegar a uma conclusão - que deveria ser, por lógica, ao menos parecida uma com as outras.

A própria falta de consensualidade nas decisões colegiadas já revela, muitas das vezes, a ausência de racionalidade jurídica. Ainda no caso da ADI 3.510, cada um dos ministros, apesar de combinarem vez ou outra na parte dispositiva, foram muito destoantes em sua fundamentação.

Alguns magistrados[12] chegaram a afastar a causa de pedir apontada na ação para trazer causas de pedir que entenderam no seu íntimo, na sua consciência, serem o cerne da questão.

Outros, por outro lado, trouxeram sentenças aditivas totalmente desencontradas, o que revela a inexistência de uma técnica racional para sua redação. O raciocínio parece singelo: se há uma racionalidade jurídica para a formação de um *decisum* e três julgadores que pretendam induzir a criação de uma sentença aditiva, muito que provavelmente tais juízes trarão proposições ao menos semelhantes. Esse silogismo, no entanto, está muito distante da realidade.

[12] Cita-se aqui, a título de exemplo, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa (ambos ex-ministros do STF).

Um dos Ministros diz que para a pesquisa e terapia de células-tronco deve não apenas haver autorização como também fiscalização, mas diretamente pelo Ministério da Saúde, além da participação de especialistas de diversas áreas (STF, 2008: 304).

Outro julgador não vislumbra a necessidade de autorização do projeto por comitê ligado ao governo, asseverando, no entanto, que a autorização deve advir "[...] *dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005*" (STF, 2008: 448). De plano já se revela por demais abrangente esta exigência, haja vista que a Lei têm em seu texto inúmeros órgãos públicos (a título de exemplo, o art. 9º da Lei indica nada menos que onze órgãos públicos).

Um terceiro Ministro aponta a necessidade de as pesquisas e terapias de células-tronco embrionárias serem precedidas de autorização por um "*comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde*" (STF, 2008: 460).

Apesar de terem sido apontadas diversas normas aditivas por estes ministros, basta a análise de um dos temas para ver que não houve conformidade entre os resultados apresentados, de modo a demonstrar a ausência de racionalidade jurídica em sua formação.

O mesmo se diga com relação ao julgamento atinente à greve dos servidores públicos civis - Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA - onde também faltaram critérios objetivos para se formular as sugestões aditivas para a lacuna normativa.

Ali o caso era de omissão legislativa em vista do direito de greve no setor público constitucionalmente assegurado mas não regulamentado pelo legislador ordinário.

O que prevaleceu como tese vencedora comprova que nem toda sentença aditiva é elaborada sem racionalidade jurídica. Na hipótese, utilizou-se a norma já existente para uma situação semelhante, vale dizer, a do movimento paredista do setor privado. O que se fez, portanto, foi o uso de um mecanismo existente no ordenamento jurídico[13] e que é objetivo: a analogia[14], o que implica dizer que um sem número de juízes, analisando o caso, poderia chegar ao mesmo resultado.

Um outro Ministro, apesar de ter chegado a conclusão distinta, também elaborou voto se valendo da racionalidade jurídica. Joaquim Barbosa (STF, 2007a: 175) entendeu que a utilização da lei de greve do setor privado para o setor público feriria a Constituição que

[13] O art. 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro dispõe: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".
[14] A analogia tem por escopo utilizar um dispositivo legal existente para um caso semelhante a uma hipótese não regulamentada pela lei. (MAXIMILIANO, 1997: 208).

distinguiu as duas situações, não havendo, deste modo, semelhança relevante entre os casos a ensejar a aplicação da analogia. Por conta disso, votou no sentido de que não seria necessária a integração do direito por meio de uma lei, utilizando-se a própria Constituição, que serviria de balisamento para que não ocorresse abuso quando da ocorrência de eventual greve.

De todo modo, o que fugiu à racionalidade jurídica no caso apontado foi a proposição de sentenças aditivas por dois ministros que apresentaram textos subjetivos e, até por isso, dissonantes para regulamentar o movimento paredista do setor público. Enquanto um dos Ministros (Ricardo Lewandowski - STF, 2007b: 287-290) apresentou diversas condicionantes para o exercício do direito de greve, outro Ministro chegou a redigir verdadeiro texto normativo, inclusive com artigos. (Marco Aurélio - STF, 2007a: 195).

O subjetivismo das redações advindas, no mais das vezes, pela confecção de sentenças aditivas, além de diversas outras decisões sem esse conteúdo, acaba por demonstrar o desaparecimento da racionalidade jurídica em inúmeros julgados proferidos pelo Judiciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo pode-se perceber que a formação da fundamentação decisória dos julgados é operada de um modo inverso como o que cientificamente se espera e o que é lançado na própria legislação processual.

Somado a isso, a principiologia gera uma gama virtualmente infinita de possibilidades de conclusão de um julgamento. Disso decorre que um mesmo processo pode, por um mesmo magistrado, ser julgado tanto para favorecer uma parte como a outra, demonstrando que a decisão tomará o rumo unicamente da vontade do julgador, e sem qualquer controle externo que impeça ou que iniba esse comportamento.

Além disso, o que se verificou através da atuação do Supremo Tribunal Federal foi que o julgamento colegiado não apresenta, em inúmeros casos, o consenso, dificultando não apenas o somatório dos votos como o próprio entendimento do que se quis julgar - as razões de decidir de cada ministro.

Em vista do estudo, foi possível averiguar também que prevalecem no momento decisório os argumentos funcionalistas, de modo que o múnus jurisdicional no Brasil se revela

arbitrário e aleatório, atentando contra a segurança jurídica por conta de sua mais absoluta imprevisibilidade.

As sentenças de caráter aditivo muitas das vezes sofre com o comportamento jurídico-decisório, o que acaba por implementar mudanças extremamente arbitrárias e até perigosas na legislação, em vista do caráter genérico de sua aplicação (por conta do efeito *erga omnes* de tais decisões).

A análise realizada, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto e, tampouco de solucioná-lo de imediato, tem por escopo difundir a discussão do tema, para que se busque cientificamente formas de controle da atuação do magistrado a ponto de eventualmente no futuro serem aplicadas no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8045/2010 - Novo Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4C2FF04E2C71D14D032A1D2A87372E50.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em 30.03.2018.

_____. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 - Lei de Biossegurança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>.

_____. RISTJ. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (atualizado até fevereiro de 2013). Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130315-03.pdf>.

DUARTE, F.; IORIO FILHO, R.M. A impossibilidade da igualdade jurídica no Brasil. JurisPoiesis. Ano 14, n. 14, jan/dez. 2011, p. 47-62.

HALIS, Denis de Castro. Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010.

LÉVI-STRAUSS, Claude. O pensamento selvagem. São Paulo: Editora Nacional e Editora da USP, 1970.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Entre "quereres" e "poderes": paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial. Tese de doutorado. UFF. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

QUEIROZ, Paulo. O que é o direito? 2007. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/o-que-e-o-direito/>.

SLAIBI FILHO, Nagib. Hermenêutica Constitucional. Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_73.pdf>.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Rel. Min. Ayres Britto. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.

_____. Mandado de Injunção nº 670/ES. Rel. Min. Maurício Corrêa. Voto-vista Min. Gilmar Mendes. 2007a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>.

_____. Mandado de Injunção nº 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>.

_____. Mandado de Injunção nº 712/PA. Rel. Min. Eros Grau. Voto Min. Gilmar Mendes. 2007c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Rel. Min. Ayres Britto. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.

_____. Mandado de Injunção nº 670/ES. Rel. Min. Maurício Corrêa. Voto-vista Min. Gilmar Mendes. 2007a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>.

_____. Mandado de Injunção nº 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>.

_____. Mandado de Injunção nº 712/PA. Rel. Min. Eros Grau. Voto Min. Gilmar Mendes. 2007c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889/AL. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF>.

_____. *Habeas Corpus* nº 94.826/SP. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3853491&num_registro=200702728582&data=20080505&tipo=51&formato=PDF>.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? - 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. (Coleção O Que é Isto? - 1).

TRF2. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. MS nº 0100072-07.2017.4.02.0000. Rel. Des. Fed. Abel Gomes. Decisão monocrática. 20.03.2017. Constante da decisão monocrática buscada nos autos do feito: STJ. *Habeas Corpus* nº 392.806/RJ. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julg. 24.03.17. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=70758399&num_registro=201700611470&data=20170328&tipo=0>, p. 18. Não obtida a decisão junto ao sítio eletrônico do TRF2 por inconsistência do sistema. 2017.