

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CLEIDIANE DE MIRANDA

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A LÓGICA DO RAZOÁVEL

**CURITIBA
2010**

CLEIDIANE DE MIRANDA

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A LÓGICA DO RAZOÁVEL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Kennedy Josué Greca de Mattos.

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

CLEIDIANE DE MIRANDA

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A LÓGICA DO RAZOÁVEL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de Dezembro de 2010.

A DEUS, por iluminar meus
passos nesta caminhada.
Aos meus pais, JOÃO ARY e
LOURDES, e aos meus
irmãos, CLAITON
ALEXANDRE e
CRISTIANE
pelo amor e incentivos
ilimitados.

AGRADECIMENTOS

Ao professor KENNEDY JOSUÉ GRECA DE
MATTOS orientador deste trabalho, pelos seus
conhecimentos, sua atenção e compreensão.

Aos amigos e colegas de sala, que participaram de
todo este desafio.

Palavras cortam feito lâminas. Sentenças e atos são decisões que recortam o mundo das normas e dos fatos. E nada mais será como antes. Saindo da sala de audiência ou do consultório do psicanalista, o demandante sabe que algo aconteceu ali, algo que rompeu com a mesmice, com a rotina, com o dia-após-dia, com o previsível, o explicável, com a ordem estabelecida.

RÜDGER

RESUMO

O presente trabalho possui o escopo de demonstrar que a utilização da lógica do razoável na atuação discricionária do juiz é capaz de trazer maior aproximação do direito com as necessidades humanas, é meio suficiente de interpretação que resulta em soluções justas e eficazes. Buscar-se-á elucidar que as decisões judiciais não podem ficar adstritas apenas ao formalismo positivista, mas que é possível atingir decisões condignas com um alargamento no pensar dos magistrados, embasadas em valores, em uma noção de razão que vá além do pensamento formal. O que se propugna é uma argumentação judicial advinda de um procedimento racional, que leva em conta o *logos do humano*, que alcança o fim a que se destina, ou seja, a resolução dos conflitos e a manutenção da paz social. Desse modo, o magistrado que atua com constante predominância de valores e com observância na realidade vivida e nas peculiaridades sociais, emana decisões eficazes viabilizando garantias constitucionais e democráticas. O juiz deve decidir livremente, que não se afaste de seus valores, pautado nas experiências vividas e nos anseios objetivados pela sociedade.

Palavras-chave: discricionariedade judicial; eficácia das decisões judiciais; lógica do razoável.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1: DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	11
1.1 HISTÓRICO DA DISCRICIONARIEDADE.....	11
1.2 NATUREZA E CONCEITO DA DISCRICIONARIEDADE.....	16
1.3 EXISTÊNCIA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	19
CAPÍTULO 2: O JULGAMENTO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	25
2.1 A DECISÃO JUDICIAL.....	25
2.2 O JULGAMENTO COMO OPÇÃO ÉTICA DO MAGISTRADO.....	28
2.3 A TRANSDISCIPLINARIEDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS	32
CAPÍTULO 3: A LÓGICA DO RAZOÁVEL	39
3.1 A CIÊNCIA DA LÓGICA	39
3.2 A LÓGICA JURÍDICA	46
3.3 O LOGOS DO RAZOÁVEL.....	48
3.4 A LÓGICA DO RAZOÁVEL COMO EFETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL.....	56
4 CONCLUSÃO.....	64
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o escopo de abordar a discricionariedade judicial e a utilização da lógica do razoável como instrumento eficaz para inspirar e fundamentar adequadamente as decisões judiciais.

O tema discricionariedade judicial é da mais alta relevância entre os estudiosos e juristas. Por existirem extensos e complexos estudos sobre o tema, o presente trabalho não possui o objetivo de exauri-lo, mas sim demonstrar que o magistrado, atualmente, não pode mais atuar friamente e inerte atrás da aparente imparcialidade total de sua atuação.

O que se propõe é o emprego da lógica do razoável como mecanismo capaz de auxiliar o magistrado na fundamentação de suas decisões, interpretação e aplicação dos preceitos referentes aos direitos e garantias fundamentais com vistas à segurança jurídica e a paz social.

Após esta elucidação introdutória do tema abordado, cabe discorrer sobre a divisão do presente trabalho, o qual possui três capítulos.

O primeiro capítulo contém a contextualização da discricionariedade e sua evolução histórica, para posteriormente abordar a natureza jurídica da discricionariedade e as diversas posições doutrinárias sobre a conceituação do instituto e, ao final a elucidação sobre a discricionariedade judicial.

A análise da decisão judicial pautada em um julgamento ético, carreado de preceitos axiológicos e visão transdisciplinar com vistas à nova realidade social em

que resulta em decisões justas e eficazes que alcancem a pacificação social, ficou transcrita no segundo capítulo.

Por fim, o último capítulo apresenta a lógica do razoável como uma nova forma de pensar dos magistrados nas hipóteses de sua atuação discricionária, bem como a utilização de valores e princípios capazes de aclarar a atuação do juiz sobre as novas realidades vividas fazendo com que ele decida da melhor maneira possível.

CAPÍTULO I: DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

1.1 HISTÓRICO DA DISCRICIONARIEDADE

Preliminarmente passamos à análise de como a discricionariedade surgiu no Ordenamento Jurídico.

Desta feita, faz-se necessário a utilização de ensinamentos, doutrina e conceitos abordados no Direito Administrativo, haja vista ser o ramo do Direito que aborda frequentemente o tema da discricionariedade, sendo pacificamente possível à subsunção deste instituto à atuação do magistrado na atividade jurisdicional.

Com a necessidade de limitar o poder estatal, como forma de garantia da segurança jurídica, surgiu a segunda etapa do Estado Moderno, o Estado de Direito.

ELÍAS DÍAZ afirma que o Estado de Direito – embora originariamente um conceito polêmico, orientado contra o Estado absolutista, o Estado-poder, o Estado-polícia ou o Estado invasor – poderá ser caracterizado, em sua essência, como aquele Estado submetido ao direito, aquele Estado cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, entendendo-se *direito e lei*, nesse contexto, como expressão da *vontade geral*¹.

Como marco histórico de transição de Estado, podemos citar a queda da Bastilha (14 de julho de 1789), a qual eclodiu como marco da Revolução Francesa, levando ao fim o regime absolutista, o antigo regime que caracterizava a centralização do poder político nas mãos do monarca, segundo BONAVIDES,

¹ Apud. MENDES, Gilmar Ferreira. [et al.] *op. cit.* p.43.

A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável.²

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é próprio do Estado de Direito, em quaisquer de suas feições, (Legislativo, Executivo e Judiciário), que esteja totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade, submisso aos termos constitucionais, legais e atos normativos inferiores³.

Esta imposição a um quadro normativo, que recai a todos, tanto aos administrados quanto ao Estado, como afirmou QUEIRÓ, advém da união de pensamentos de Montesquieu e de Rousseau.⁴

Para MARCELO HARGER, Rousseau pregava a soberania popular, decorrente da ideia de igualdade, ou seja, sendo todos os homens iguais o poder pertence a todos igualmente⁵.

O pensamento pragmático do Barão de Montesquieu tinha como fundamento a observação de um fato: “todo aquele que tem poder, tende a abusar dele”⁶.

MONTESQUIEU propõe um sistema de freios e contrapesos, uma vez que o poder vai até onde encontra limites. Com efeito, para conter o poder é necessário que

² BONAVIDES, *op cit.* p.40.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariade e Controle Jurisdicional*. 2. ed., 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 11.

⁴ Apud. BANDEIRA DE MELLO, Ibid. p. 11.

⁵ Apud. TOURINHO, Ibid. p. 26.

⁶ *De L'Esprit des Lois*, Paris, Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869, com notas de Voltaire. de Crevier, de Mably, de La Harpe, etc., págs. 142 e 143. Apud. BANDEIRA DE MELLO, Ibid. p. 12.

aquele que faz a lei nem a julgue, nem a execute. Que aquele que a executa, nem a julgue nem as elabore, e aquele que a julga, nem as elabore nem as execute⁷.

Do contrário, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes, ou as quarelas entre os particulares”⁸.

A tripartição de poderes consiste na dissociação da organização estatal, gerando a diferenciação de competências (funções), atribuídas a órgãos diversos. Isso significou o estabelecimento de mecanismos de limitação do poder por via do modo de sua estruturação (freios e contrapesos), evitando que um único órgão concentrasse todos os poderes próprios do Estado⁹.

A separação dos Poderes estatais organiza e limita o poder. Impede que todas as funções sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Ocorre a descentralização do poder, mediante a distribuição de competências, de tal forma que o “*poder controle o próprio poder*”¹⁰. Isso é o que vai se chamar de sistema de freios e contrapesos.

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ assevera que o Estado de Direito contrapõe-se ao Estado de Polícia¹¹. A expressão “Estado de Direito” é efetivamente utilizada, segundo HANS Kelsen, para designar um tipo especial de Estado, que seria aquele capaz de satisfazer os requisitos da democracia e da segurança jurídica, ou

⁷HARGER, Marcelo. *A Discricionariedade e os Conceitos Jurídicos Indeterminados*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.756, out./1998. p.14.

⁸ Apud. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.24

⁹ Ibid. p. 9.

¹⁰ Id.

¹¹ Apud. TOURINHO, Ibid. p. 26.

seja, uma ordem jurídica centralizada onde a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis.¹²

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma:

(...) – todo desempenho administrativo (e assim também o “poder” discricionário) só pode existir como um poder “intra” legal e estritamente dependente da lei, estritamente subordinado à lei. Por isto – já se vê – o “poder” discricionário *jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto*, mas somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal sucedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente *arbitrio*, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.¹³

Amparado no princípio da legalidade, o Estado de Direito atua somente com base nas normas de Direito, onde há integral submissão ao texto legal. A liberdade dos agentes somente será possível, quando a lei dispuser sobre sua existência. Caso contrário, não há que se falar em discricionariedade, pois a legalidade atua como limite da discricionariedade.

Todavia, faz-se necessário ressaltar que:

A noção de poder discricionário é própria do Estado de Direito. Pode-se dizer que é com seu nascimento que surge a própria noção de discricionariedade. Sob este prisma, o administrador tem liberdade de agregar fatos extrajurídicos a elementos jurídicos. Cabe a ele integrar a norma previamente estipulada. É a discricionariedade quem dá a concretude necessária à efetivação das normas jurídicas existentes em abstrato – daí o reconhecimento de sua função integrativa. Por esta razão, a noção de poder discricionário é basilar no Estado de Direito.¹⁴

O Estado de Direito por si só não foi suficiente para realizar a igualdade

¹² Id.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p.13.

¹⁴ TREVISAN, Carolina Kummer. *Controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. Curitiba, 2005. 66 f. Monografia. (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.p. 6

material entre os sujeitos, inclusive, no que se refere à formação da vontade do Estado. Nesse contexto, surge o Estado Democrático de Direito, como “Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimentos da produção*”¹⁵.

Para PAULO BONAVIDES,

O Estado passa a avançar, elege o caminho da Democracia participativa, e busca, com determinação, inserir na ordem constitucional as novas franquias que o homem conquistou ou está em vias de conquistar, compreendidas em direitos fundamentais de diversas gerações ou dimensões já reconhecidas e proclamadas pelo Constitucionalismo de nosso tempo.¹⁶

A definição, para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, do Estado como *Democrático e de Direito* pressupõe o reconhecimento de duas distintas ordens de referência ética: a ético-política e a ético-jurídica¹⁷, onde:

Destaca, daí, o papel do *consenso*, como técnica social, imprescindível à dinâmica política (da legitimidade) para objetivar-se numa dinâmica jurídica (da legalidade) capaz de “maximizar” as potencialidades de um sistema político, possibilitando o equilíbrio, evitando o clima de tensão e garantindo o respeito e o ajustamento dos valores que correspondem, no sentimento coletivo, à aspiração de *justiça*.¹⁸

Impende ressaltar que com a Política recai a função de captar as necessidades, interesses da sociedade e atingir as decisões capazes de resolvê-las, enquanto ao Direito incumbe o papel de tornar estas necessidades literalmente dispostas em textos normativos de observância geral e obrigatória as vivências coletivas.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *op. cit* p. 118.

¹⁶ BONAVIDES, *op. cit.* p. 41.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁸ *Ibid.* p. 7.

A captação política dos interesses da sociedade é imediata e define a *legitimidade*, enquanto a cristalização jurídica desses interesses é mediata e define a *legalidade*¹⁹.

Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, a fundição de uma organização política submetida *simultaneamente* à lei – o Estado de Direito – e ao interesse social prevalecente – o Estado Democrático - resultam no conceito constitucionalizado do Estado Democrático de Direito²⁰.

Esse breve histórico demonstra que a evolução das concepções de Estado em direção a um Estado Democrático de Direito traz em si a história da discricionariedade, em que o princípio da legalidade ocupa lugar central.

Outrossim, o poder discricionário está intimamente ligado à atividade jurisdicional, aos casos que se apresentam ao juiz, no sentido que, depreende-se que ele, magistrado examine subjetivamente as situações e sobre elas se posicione e decida de um ou de outro entendimento.

1.2 NATUREZA E CONCEITO DA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade não é um fenômeno confinado à ação do Estado enquanto administrador, mas se revela, também, enquanto legislador ou juiz; é uma técnica de integração jurídica: transcende o Direito Administrativo e interessa a todo o Direito Público.

MOREIRA NETO afirma que em sentido amplo, a discricionariedade “é a

¹⁹ Ibid. p. 13.

²⁰ Id.

possibilidade jurídica, criada por uma norma originária, para o exercício de uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivados”²¹.

Para QUEIRÓ, “o poder discricionário nunca é uma *livre* escolha ou uma *livre* atividade. É, pelo menos, sempre limitado, dirigido, regulado, ligado, pelo *fim* da lei, pela *ratio legis*, fim que jamais falta”²².

A conceituação da discricionariedade segundo ODETE MEDAUAR pode se enquadrar em *poder, faculdade ou escolha*, onde:

A discricionariedade tradicionalmente vem conceituada como o poder conferido à autoridade de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de suas decisões; ou, ainda: a faculdade de escolher uma solução entre muitas; ou a escolha entre agir e não agir ou a escolha do momento de agir²³.

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁴, não há que se falar em poder discricionário, mas sim em *dever* discricionário que os agentes públicos devem seguir, conforme as normas estabelecidas, caracterizando uma *função* em sentido estrito.

Segundo a visão de MOREIRA NETO, a discricionariedade é entendida como uma *qualidade da competência*:

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico²⁵.

²¹ MOREIRA NETO, *op. cit.* p.33.

²² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Público: Dissertação*. V. 1. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1989. p. 130.

²³ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de Controle da Discricionariedade*. In: GARCIA, Emerson (Coord.), *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.80.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 13.

²⁵ MOREIRA NETO, *op. cit.* p. 33.

A natureza da discricionariedade para o autor acima citado compreende uma visão material:

A definição de resíduo de legitimidade indica, nesse conceito, que o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma mera opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de mera execução, pois nela ocorre também, ainda que de forma derivada, uma alocação autoritária de valores, o que satisfaz o conceito eastoniano de política²⁶.

Para BANDEIRA DE MELLO, a noção de “poder” remonta uma ideia equivocada da discricionariedade, visto que corresponde à faculdade ou ao direito que alguém exercita em seu próprio benefício, enquanto a noção de “dever”, à finalidade a ser cumprida de forma obrigatória e em proveito de outrem.

É necessário entender o poder discricionário somente disposto como noção de dever de alcançar a finalidade legal em proveito de todos os jurisdicionados.

BANDEIRA DE MELLO remonta seu conceito de discricionariedade:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente²⁷.

O Estado-Juiz assim como o administrador possui o dever de atender o interesse público com vistas à finalidade a que se propõe, ou seja, a resolução de conflitos pela busca da paz social.

²⁶ Id.

²⁷ Id. p. 48.

1.3 EXISTÊNCIA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A evolução do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito implica uma marcante mudança de paradigma: do juiz legalista-positivista (napoleônico) chega-se ao juiz constitucionalista; do método meramente subsuntivo (formalista) passa-se para o ponderativo (razoabilidade). Se no Estado liberal de Direito a primazia era do legislador, se no Estado social de Direito a preponderância era do Executivo, no Estado constitucional de Direito a proeminência reside indiscutivelmente no juiz²⁸.

Em decorrência de um dever legal obrigatório o magistrado possui poderes para manejar as atividades e alcançar os resultados delimitados. Em hipótese alguma o Estado-Juiz possui o livre-arbítrio de escolhas livres de atuação em contrário com os fins legais, o que conseqüentemente resultaria em deturpação de sua competência.

Após as conceituações trazidas a lume, tem-se que as mesmas se coadunam com as funções exercidas pelo juiz na direção, instrução e decisão dos processos.

Como origem do poder discricionário judicial tem-se que:

O poder discricionário do agente investido na função de representante do Estado-Juiz ou do Estado Administração advém da incapacidade humana de decidir sempre, em cada um dos casos concretos postos sob sua responsabilidade, acerca da providência ideal que espelha com precisão, a regra jurídica em seu caráter teleológico. Tem-se, aí, em linhas muitos gerais, a etiologia da discricionariedade²⁹.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Estado Constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 91.

²⁹ LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O Poder Discricionário do Juiz no Processo Civil*. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v.9, n. 1, p. 19-56, jan./mar. 1997. p. 25.

Desta feita, o juiz deve ser considerado um autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos.

Para CAPPELLETTI:

O juiz está sempre pressionado pelas forças opostas que caracterizam a já denunciada tensão entre a norma e a realidade: de um lado, sujeito ao “governo das leis”; de outro, responsável pela efetividade de um *direito progressivo*, para qual é indispensável “ponderar as exigências sociais, econômicas, morais, que se dão na coletividade”³⁰.

Vale ressaltar, que nos casos em que o envelhecimento da lei torna obsoleto o seu sentido gramatical e indispensável a descoberta de outros sentidos compatíveis com as exigências axiológicas atuais, o que se tem como ordinário é a correspondência da lei à realidade sócio-política da nação³¹.

Deve o magistrado para exercer o ofício corretamente, preservar “um equilíbrio estável entre o imperativo axiológico e a segurança jurídica”³².

Nos casos de formar-se um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar. Neste contexto, CAPPELLETTI enfatiza que:

Permite-se (ou exige-se?) que o juiz se afaste do sentido gramatical dos textos legais e mesmo do preceito desenganadamente contido neles, somente quando isso for necessário para o substancial cumprimento do *direito* -, entendido este não só com vistas postas no ordenamento jurídico como um todo, mas na inteireza do trinômio fato-valor- norma. (...) “Um bom juiz

³⁰ Apud. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 198.

³¹ DINAMARCO. *Ibid.* p. 199.

³² *Id.*

pode muito bem ser criativo, dinâmico, ‘ativista’ e patentear-se como tal, mas só um mau juiz agiria pelas formas e modos de um legislador; conforme penso, um juiz que agisse de tal maneira simplesmente deixaria de ser um juiz.”³³.

Outrossim, o juiz não deve utilizar-se da tese da aplicação servil, na qual o magistrado não passaria de simples escravo e servo da lei; reduzir-se-ia a um ser inanimado, um autômato, que aplicaria servilmente a norma escrita³⁴.

O que se propugna atualmente é o contrário do postulado por Montesquieu e defendido pela Escola da Exegese em que o direito por excelência é o revelado pelas leis e que o intérprete é realmente escravo da lei.

Para MIRANDA, a Escola da Exegese pecou ao considerar os legisladores como deuses, perfeitos e infalíveis, enquanto os juízes não passariam de pobres mortais, reduzidos à condição de escravos obedientes e temerosos³⁵.

Ressalta-se que hoje necessita-se de um novo papel do juiz diante da comunidade, um juiz passivo, inerte não mais coaduna com os anseios sociais. Como órgão do Estado, o magistrado há que estar em consonância com o avanço que o seu próprio *habitat* lhe impõe³⁶.

Desta feita,

Contraria a realidade das coisas a afirmação de que os juízes são seres inanimados. O aplicador da lei não é um autômato, uma máquina, que se limita a pronunciar as palavras do legislador. E não é porque a interpretação e aplicação da norma legal não se limita a um mecanismo fatal. O processo interpretativo exige, por sua natureza, uma atividade intelectual e volitiva, visando a conhecer o real sentido, a verdadeira extensão e a finalidade última da lei; e a aplicação do direito requer uma atividade complexa de qualificação dos fatos sob julgamento, de seu enquadramento dentro do

³³ Apud. DINAMARCO. Ibid. p. 199.

³⁴ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 82.

³⁵ Id. p. 83.

³⁶ LOPES, *op. cit.* P. 32.

ordenamento jurídico e da solução do litígio. Um ser inanimado não teria condições físicas, psicológicas e intelectuais para assim proceder³⁷.

A figura do juiz no contexto social clama por uma evolução simultânea ao Direito, requer uma figura distante daquele juiz imaginado por Montesquieu e tido como escravo da lei pela Escola da Exegese.

O entendimento jurisprudencial fortalece a atuação livre do magistrado e preleciona o entendimento de que o juiz é dotado de inteligência, vontade e sentimento, que respeita os limites impostos pela regra escrita, mas que pode corrigir-lhe o rigor ou a brandura, pode adaptá-la às novas situações surgidas, pode estender ou restringir seu alcance. É, em suma, aquele que dá vida ao texto legal.

Conforme jurisprudência dos tribunais:

DISCRICIONARIEDADE. No direito contemporâneo, mais ainda neste final de século, numa enxurrada de Leis e Medidas Provisórias, a atividade jurisdicional, permissa venia, não se adstringe ao atendimento puro e simples da literalidade de uma lei. O caráter discricionário permite ao Magistrado a efetivação do ideal de Justiça, que transcende ao conforto propiciado pela inflexibilidade. Voto nº 4.304 *Desembargador Irineu Pedrotti - Acórdãos TJSP - Desembargador Irineu Pedrotti - Acórdãos TJSP AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 642.482-0/7 – SÃO PAULO* Acórdãos Enviado por: Postado em:10/10/2000 16:40:00³⁸.

EMENTA: DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR EM PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O deferimento ou não da referida medida é ato que se insere na discricionariedade do Juízo onde tramita o feito, detendo ele maiores subsídios para sua concessão ou não, tendo a jurisprudência se manifestado no sentido de ser permitida a sua reforma pelos Tribunais desde que fique evidente a ocorrência de ilegalidade ou situação outra com premente

³⁷ MIRANDA, *op. cit.* p. 83.

³⁸ Disponível em: <http://www.irineupedrotti.com.br/acordaos/uploads/c89e2e09-d4b2-b783.pdf>. Acesso em 14/06/2010.

necessidade de intervenção. (TJPR - 18ª C.Cível - AI 0667857-7 - Ibaiti - Rel.: Juíza Subst. 2º G. Lenice Bodstein - Unânime - J. 14.07.2010)³⁹.

Vale ressaltar, que na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) recomenda aos juízes a opção pela utilização da sistemática da solução mais justa que o ordenamento jurídico comporta.

Segundo DINAMARCO, entre duas possíveis interpretações, ambas razoavelmente encontradas nas palavras da lei, as recomendações trazidas no artigo 5º e 6º, farão com que o juiz prefira a que melhor satisfaça às exigências do bem comum e aos fins sociais da própria lei – ou seja, farão com que ele opte pela solução que atenda ao seu senso de justiça⁴⁰.

Desta feita, o juiz tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça.

Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para a sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process o f law*, que representa penhor de segurança aos litigantes⁴¹.

Finalmente, ao juiz não é lícito trazer para as decisões as suas preferências pessoais, senão canalizar os sentimentos da nação e, mediante sua sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas.

Mesmo não sendo o juiz equiparado ao legislador, o seu momento de

³⁹ Disponível em:

<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=70&TotalAcordaos=300&Historico=1&AcordaoJuris=990986>. Acesso em: 20/07/2010.

⁴⁰ DINAMARCO, *op. cit.* p. 200.

⁴¹ *Ibid.*

decisão é um momento valorativo e, por isso, é preciso que ele valore situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais ele é legítimo canal de comunicação com as situações concretas deduzidas em juízo.

Assim conforme todo o explanado doutrinariamente, a discricionariedade judicial deve ser utilizada sempre que os textos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador, mesmo que as palavras da lei possam insinuar solução diferente, ele tem de interpretar os fatos e as provas a ele trazidos, por esse mesmo critério.

CAPÍTULO II: O JULGAMENTO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

2.1 A DECISÃO JUDICIAL

O que se requer atualmente dos juízes no mister de julgar é uma posição atuante no papel jurisdicional, não fria, inerte, distante da comunidade e aos anseios por ela reclamados.

A aplicabilidade da letra fria da lei ao caso concreto não atinge a concretização de decisões justas e eficazes.

É necessário que se tenha em mente que o direito não se realiza pela sua simples positivação. Entre o estabelecimento de um direito e a sua aplicação há, necessariamente, a atuação dos órgãos de aplicação de aplicação da lei, de forma especial do Judiciário.

Ao decidir um caso concreto, o juiz escolhe a regra que se aplica àquela situação, e mais, fixa o seu conteúdo, dentre inúmeras possibilidades. Por mais simples que seja uma norma jurídica, a sua aplicação exige um processo pelo qual seja extraído de seus signos, de seus termos, um significado. Esse processo de compreensão do significado das normas para a resolução de uma questão concreta denomina-se interpretação⁴².

Todavia, a atividade prática do juiz voltada à resolução de conflitos jurídicos encontra obstáculos onde deveria haver o propósito de se alcançar o resultado correto, através de um procedimento racional e controlável, bem como fundamentar esse

⁴²VIEIRA. Oscar Vilhena. **Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionalidade.html>. Acesso em: 06/04/2010. p. 01.

resultado de forma igualmente racional e controlável, criando deste modo, certeza e previsibilidade jurídicas, e não apenas proferir decisões por decisões.

Outrossim, as dificuldades em que o magistrado se depara são muito grandes para alcançar esses propósitos. Vale ressaltar, que não sendo alcançados esses fins, a atividade judiciária carecerá de legitimidade, pois, a princípio não atuará de forma condigna ao alcance da Justiça.

Contudo, alguns magistrados no exercício da discricionariedade judicial, possuem dificuldade na interpretação dos preceitos normativos, versando por vezes, na ocorrência da atividade interpretativa vaga, que resulta em decisões carentes de boa argumentação.

A não utilização desse imperativo pelos magistrados reverte na ausência de garantia do juiz, pois não o protege contra todo raciocínio que pudesse oferecer-se à sua mente quanto contra toda a pressão que quisesse agir sobre ele.

Os valores expressos e tutelados pela Constituição (econômicos, sociais, políticos e culturais) operam como valores de interpretações coletivas dos cidadãos e, destarte, devem ser compreendidos e aplicados em nosso Estado Democrático de Direito que prima pelo respeito ao ordenamento jurídico e a atuação dos cidadãos na *res pública*.

A decisão justa é a pautada com vistas a assegurar a segurança jurídica e a atingir a paz social.

O direito é um todo orgânico e, para que a prestação jurisdicional e a qualidade e satisfação dos jurisdicionados sejam efetivadas requer-se uma atuação ampliada do

juiz, onde haja uma dinamização dos poderes instrutórios do magistrado e discricionariedade em sua atuação jurisdicional.

Faz-se necessário o binômio na formação do magistrado, qual seja: noções gerais do direito e uma formação humanística na atuação jurisdicional de bem decidir.

A correlação do direito com demais ciências embasa decisões axiológicas fundamentais para a concretização da justiça.

O magistrado que interage com a sociedade e utiliza da transdisciplinaridade consegue atingir resultados satisfatórios com base na lógica do razoável⁴³. Há a ponderação no caso concreto em atingir o resultado efetivo e atuar com observância ao ordenamento jurídico vigente.

É imprescindível flexibilizar a rigidez dos métodos operacionais e funcionalistas preconcebidos com grande naturalidade pelo positivismo jurídico, a fim de trazer maior aproximação do direito com as necessidades humanas.

A atividade jurisdicional também está ligada ao poder discricionário do magistrado. Ao passo que, às oportunidades que se apresentam ao juiz no sentido de que ele examine subjetivamente a situação e sobre ela se posicione de uma ou de outra maneira também interfere em uma atuação efetiva da resolução do caso em concreto.

Para RÜDGER, a decisão do juiz é sempre subjetiva,

Sujeito da história, o juiz faz história, porque cada decisão rompe o sistema do cálculo normativo para criar algo novo: uma nova situação, um novo direito. Como não consegue agradar a gregos e troianos, a justiça provoca dessimetrias e, portanto, mudanças violentas no estatuto das partes. Assim, o ato do juiz, a decisão judicial, desconstrói constantemente o direito, ele

⁴³ Sobre o tema trataremos a seguir em capítulo específico.

próprio fruto do ato da força⁴⁴.

A decisão do magistrado é a resposta jurisdicional, sendo que a verdade obtida através da instrução do processo, da colhida de provas surge sempre da meditação do conteúdo do conjunto probatório juntado aos autos, considerados os fatos e fundamentos e enfrentando o julgador todas as teses enfocadas pelas partes litigantes.

É imprescindível que o julgador tenha sensibilidade para as diferenças e desigualdades sociais e culturais, mostrando que está inserido em um Estado Democrático de Direito, com a preocupação de justificar a própria decisão, seja sob o plano normativo, seja sob aquele da oportunidade social⁴⁵.

É de suma importância a formação pessoal do magistrado para um melhor desempenho na tarefa de julgar, visto que ele não deve visar apenas uma decisão técnica, mas sim uma decisão justa, que nem sempre decorre de uma sentença bem fundamentada apenas.

2.2 O JULGAMENTO COMO OPÇÃO ÉTICA DO MAGISTRADO

A prestação jurisdicional não se esgota apenas na observância da Constituição, tratados, leis e outros instrumentos normativos, a atuação do magistrado deve ser necessariamente legitimada e ao mesmo tempo deve possuir um determinado conteúdo ético (do grego *étnikos*, pelo latim *ethicu*, adjetivo).

⁴⁴ Apud. FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Os novos direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008

⁴⁵ FERNANDES, Noeli. *A Garantia Constitucional Da Fundamentação Da Decisão Judicial: Da Formação Linear À Formação Interdisciplinar da Magistratura*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Segundo FRIEDE citando VALADARES, (...) cabe ao Poder Judiciário (...) impor-se pela serenidade, pela dignidade e, antes de tudo, pela ética. Em verdade, nenhuma instituição ou profissão, por mais respeitável e poderosa que seja, pode sobreviver sem um mínimo de credibilidade⁴⁶.

Vale ressaltar, que o substrato ético do julgador necessariamente se encontra presente no processo de legitimação do próprio juiz – como ente estatal – e, por efeito, de seu poder jurisdicional, não obstante o fato incontestado de que a legitimidade do Magistrado - em sua inerente complexidade – transcende em muito a simples valoração subjetiva, implícita na ética e na moral, para se fundar, não só no procedimento de recrutamento e seleção (através de concurso público de provas e títulos), mas, acima de tudo, no resultado da sua magnífica atuação criativa que objetiva, acima de tudo, transformar o direito objetivo abstrato em norma concreta e efetiva⁴⁷.

Para PESSOA, o surgimento do pós-positivismo inaugura o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico positivo as ideias de justiça e legitimidade, materializadas em princípios e axiomas, assim nominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar⁴⁸.

Este momento pós-positivista faz surgir uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural (...) confia ao juiz a missão de buscar (...), uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito⁴⁹.

Desta feita, é permitido ao juiz tornar a lei mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do

⁴⁶ FRIEDE, Reis. *Vícios da capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado: (no processo civil, penal e trabalhista)*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 6.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁸ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *O julgamento como opção ética e a discricionariedade judicial*. Revista Espaço Acadêmico – Nº. 65-Outubro/2006-Mensal - ISSN 1519.6186, Ano VI. Disponível em: <http://espacoacademico.com.br/065/065pessoa.htm>. Acesso em 05 de abril de 2010.

⁴⁹ PERELMAN, *op. cit.* p. 185.

direito e pela tópica jurídica, faz do juiz um auxiliar e complemento indispensável do legislador.

As relações atuais entre Ética e Direito conduz a um número elevado de normas éticas inseridas em normas jurídicas positivas. Podemos citar, por exemplo, o princípio da moralidade, inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o qual é considerado o princípio basilar da Administração Pública, bem como outros princípios éticos inseridos no preâmbulo, como a liberdade, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Outrossim, no direito civil, encontramos os valores consagrados nas relações civilistas, como os bons costumes, equidade, indignidade, boa-fé, má-fé. No direito processual civil vislumbramos os princípios assecuratórios da ética no debate forense, como os deveres de lealdade e boa-fé, de urbanidade, de verdade etc, os quais, se não respeitados, resultam em declaração de litigância de má-fé ou imposição de penalidades.

Desta feita, o dilema que surge aos juízes diante do novo paradigma pós-positivista é confrontar-se com uma decisão juridicamente correta, ou seja, racionalmente e legalmente justificada, porém, eticamente discutível, ou seja, eivada de vícios éticos⁵⁰.

Sobre o tema, PESSOA afirma que deverá o juiz, atento aos princípios éticos, não se transformar em instrumento para a promoção de condutas anti-éticas. Ao contrário, ao observar que as partes, ou uma delas, buscam um objetivo contrário à

⁵⁰ PESSOA, *op. cit.*

ética através da chancela judicial, deverá impedir a produção dos efeitos pretendidos⁵¹.

Nesse sentido, cabe ao juiz pautar-se com independência, serenidade, urbanidade, ter virtude como dever legal. Assim, um julgamento ético é aquele que não é meramente formal, mas, ao contrário, é um julgamento que vai atuar positivamente na realidade social.

Para que o juiz alcance um julgamento ético, é defeso a ele atuar mecanicamente, mas, ao contrário, deve adentrar na previsão das conseqüências de sua decisão. Ressalta NALINI, que o juiz burocrata e insensível troca a função de solucionador de conflitos pela de multiplicador de injustiças⁵².

Conforme SOUZA,

O julgamento como opção ética é aquele resultante da atuação do juiz sintonizado com a realidade social que o envolve, que procura, a cada demanda que lhe é posta a julgamento, “decidir de forma criativa, aplicando a lei abstrata de modo mais amplo e inteligente e interpretando com largueza formas estáticas do processo, que, por sua rigidez, levam à ineficiência das instituições e ao desprestígio da justiça.”⁵³.

As decisões judiciais não podem ignorar a observância do dever de ética, ou seja, o juiz ao proferir seu julgamento deve adotar a opção ética e ao proferir sua decisão, não pode ser omissos na análise da realidade social em que esta mesma decisão irá atuar, impondo-se a rejeição da ideia do automatismo judicial, para fazer prevalecer o juiz ativo, respeitados todos os valores éticos inerentes à conduta do magistrado. Desta feita, a discricionariedade judicial deve versar em uma decisão judicial pautada em uma opção ética.

⁵¹ Id.

⁵² NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.313.

⁵³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1987. p. 101.

A nova ética que se opera requer um ser julgador comprometido com as decisões que produz, precipuamente com as vidas dos indivíduos que figuram como parte no processo.

A ética consiste no compromisso consigo, com o outro e com toda a humanidade.

2.3 A TRANSDISCIPLINARIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

A evolução das relações sociais e os novos direitos trazem novas responsabilidades. A sociedade cresce em complexidade e exige um sujeito com visão humanista, ou seja, um julgador participativo e conhecedor dos novos anseios sociais surgidos com a modernidade.

Diante da complexidade da contemporaneidade, há a necessidade de que a cultura técnico-profissional dos juízes se adapte aos “novos tempos”, de desfazimentos das certezas. Novos tempos estes nos quais se busca respostas completas a problemas cada vez mais complexos, abrangendo a versão aceita pelo julgador e as razões pelas quais ele afasta a versão oposta. Diga-se ainda, respostas diferenciadas para cada tipo de conflito, exigindo-se fundamentação para a conclusão sentencial.

Segundo FERNANDES, a nova solução que se propõe acerca da formação do magistrado esta pautada em um:

(...) conhecimento interdisciplinar e transdisciplinar, pois o julgador não pode ser um mero aplicador das normas, mas que deve ser sensível aos problemas sociais, pois se o Direito é arte, é arte das mais complexas, considerando que seus intérpretes estão a trabalhar com a liberdade, a vida, os direitos fundamentais, devendo servir para ordenar o mundo. Nesta linha de raciocínio, a obra não pode ser considerada de um artista apenas, mas sim

de uma sociedade inteira, e, por esta razão se deduz que a garantia constitucional da fundamentação judicial se destina à coletividade⁵⁴.

A transdisciplinaridade quer romper com as fronteiras do saber, com as ilhas criadas pela ciência, com os códigos binários instituídos, que se constituem em sérios obstáculos para a compreensão do homem⁵⁵.

Para RÜDGER, a decisão do juiz é sempre subjetiva. Sujeito da história, o juiz faz história, porque cada decisão rompe o sistema do cálculo normativo para criar algo novo: uma nova situação, um novo direito. Como não consegue agradar a gregos e troianos, a justiça provoca dessimetrias e, portanto, mudanças violentas no estatuto das partes. Assim, o ato do juiz, a decisão judicial, desconstrói constantemente o direito, ele próprio fruto do ato da força⁵⁶.

A excessiva litigiosidade que caracteriza a contemporaneidade transformou as sentenças judiciais em um bem de consumo, forçando os julgadores a padronizarem suas decisões contaminadas pelo normativismo burocrático⁵⁷.

Todavia, as demandas são cada vez mais complexas e requerem dos juízes celeridade e acima de tudo qualidade na prestação jurisdicional, não se conformando mais com as posturas clássicas, de arcaísmo que não levam em consideração as profundas alterações da sociedade neste século⁵⁸.

O que se propõe é um juiz com uma visão global da sociedade, aquele magistrado que possui eficiência adquirida não somente com os conhecimentos

⁵⁴ FERNANDES, Noeli. *op.cit.*

⁵⁵ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Os novos direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

⁵⁶ Apud. FAGÚNDEZ. *op. cit.* p.59.

⁵⁷ FERNANDES. *op. cit.* p.3311.

⁵⁸ Id.

forenses, mas principalmente em razão da capacidade de raciocínio lógico, profundo e sistemático, à luz do direito e da realidade em que o mesmo encontra-se inserido.

Enfatiza RÜDGER, que juiz, se for juiz e não um mero aplicador de leis, sabe do hiato entre o fato e a norma, entre a regra e a exceção, entre a teoria e a práxis, a validade e a eficácia, a legalidade e a legitimidade⁵⁹.

É imperioso ao juiz levar-se em conta que os novos direitos surgem independentes da vontade do legislador. Brotam dos desejos, das necessidades humanas e dos movimentos sociais. Os novos direitos são expressões da inquietude humana. Não basta o legislador criar normas. Os direitos concretizam-se nas decisões, nos valores que os julgadores imprimem em seus julgados⁶⁰.

A simples aplicação do direito formal, apenas científico, frio e distante dos fatos e do drama humano que se quer resolver não mais condiz com as reais necessidades dos indivíduos sociais.

Desta forma, surge a transdisciplinaridade com a proposta de ruptura com o modelo dogmático e o encontro com a sensibilidade, com a intuição, com os saberes que se ocultam nas gavetas do inconsciente⁶¹.

Na atuação jurisdicional a transdisciplinaridade faz-se necessária por que:

Há algo além da norma e existe um universo em cada fato que é apresentado ao mundo do direito. Reduzir o drama a lógica é dessensibilizar o julgador e submeter à angústia a uma lei que pode potencializá-la. (...). Há uma dialética inerente aos fatos, aos conflitos que aparentemente cessam e recrudescem, mas que são vivos e exigem observação, compreensão e conhecimento para serem administrados⁶².

⁵⁹ FAGÚNDEZ. *op. cit.* p. 58.

⁶⁰ FAGÚNDEZ. *op. cit.* p. 60.

⁶¹ Id.

⁶² Id.

Uma das propostas da transdisciplinaridade é o rompimento da dicotomia entre sujeito e objeto. Fala-se de diferentes níveis de percepção aos quais correspondem diferentes níveis de realidade, pois que, a transdisciplinaridade propõe uma alternância em três níveis da razão sensível, razão experiencial e razão prática.

Desta feita, a transdisciplinaridade⁶³ emerge para fundamentação de decisões sempre que houver necessidade de valoração, balanceamento nos casos de escolha diversa, impondo-se ao julgador que empregue não apenas os argumentos da lógica abstrata, mas também os decorrentes da história, economia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia.

THEOPHILO argumenta que:

A transdisciplinaridade, como paradigma emergente, propõe transcender o universo fechado da ciência e trazer à tona a multiplicidade fantástica dos modos de conhecimento, assim como o reconhecimento da multiplicidade de indivíduos produtores de todos estes novos e velhos modos de conhecimento. A partir de então, surge a necessidade de reafirmar o valor de cada sujeito como portador e produtor legítimo de conhecimento⁶⁴.

É importante ressaltar, que a transdisciplinaridade possui grande importância na humanização do homem.

FAGÚNDEZ ao utilizar-se dos conceitos de CAPRA esclarece que a transdisciplinaridade consiste em ir além da ciência, em busca de outros saberes. Não há apenas um saber objetivo extraído da relação entre sujeito e objeto⁶⁵.

⁶³ Sobre o tema: Os participantes do Congresso, Ciência e Tradição: Perspectivas Transdisciplinares para o século XXI, realizado pela UNESCO, no período de 02 a 06 de dezembro de 1991, em Paris, emitiram um Comunicado Final no qual salientaram, dentre outros pontos, que a Transdisciplinaridade não procura construir sincretismo algum entre a ciência e a tradição, cujas práticas entendem serem radicalmente diferentes da metodologia da ciência moderna, mas sim, que a Transdisciplinaridade procura pontos de vista a partir dos quais seja possível torná-las "interativa", procura espaços de pensamento que as façam sair de sua unidade, respeitando-se as diferenças que têm entre si, apoiando-se em uma nova concepção da natureza, de maneira que o "desafio da transdisciplinaridade é gerar uma civilização em escala planetária que, por força do diálogo intercultural, se abra para a singularidade de cada um e para a inteireza do ser".

⁶⁴ THEOPHILO, Roque. *A Transdisciplinariedade e a Modernidade*. Disponível em: <http://www.sociologia.org.br/tex/ap40.htm>. Acesso em 23 de junho de 2010.

⁶⁵ FAGÚNDEZ, *op. cit.* p. 60.

A transdisciplinaridade não constitui nem uma nova religião, nem uma nova filosofia, nem uma nova metafísica, nem uma ciência das ciências. Também não se constitui num cientismo neopositivista, nem numa ideologia, nem numa nova linguagem e não deve ser um mero hibridismo, uma importação de metáforas⁶⁶.

Mas sim, ela se apresenta quando:

Há uma subjetividade, um saber do sujeito que ele não sabe que sabe. Há um saber tradicional, um senso comum que foi desprestigiado em nome de um conhecimento científico extraído por meio de um método ou de uma metodologia científica. Quando o juiz decide um caso concreto, com base na norma, aparentemente opera dentro de um sistema. Há aí o inconsciente, que se expressa mesmo que ele não tenha noção do que isso significa. Habita o estado democrático de direito um estado de exceção que o magistrado reconhece em cada decisão dada. A transdisciplinaridade não apresenta um novo modelo, porque todos os modelos falharam. Ela pretende reconhecer a complexidade, uma dimensão que foi deixada de lado, um universo paralelo que não se quer ver⁶⁷.

Para NICOLESCU, "é uma justaposição de conhecimentos", "é o estudo do ponto de vista de múltiplas disciplinas"⁶⁸. Assim, a transdisciplinariedade afirma que há algo além da racionalidade, e, que a intuição traz um saber revolucionário e poético que não podemos descartar na sociedade transmoderna. É o diálogo que se faz imprescindível para que os saberes possam conviver e se complementar⁶⁹.

Surgem questões cada vez mais complexas e exigentes de soluções. Destarte, não há um conhecimento que baste em si mesmo. Não há um saber que possa resolver os problemas humanos atacando as conseqüências. Os novos direitos trazem novas responsabilidades, exigem novos saberes dos operadores jurídicos e requerem novos métodos à resolução dos conflitos⁷⁰.

Daí surge a transdisciplinaridade que aplicada ao direito permite que o jurista tenha uma visão mais ampla dos fenômenos jurídicos, pois, os fenômenos jurídicos são também sociais, políticos e econômicos.

⁶⁶ THEOPHILO. *op. cit.*

⁶⁷ FAGÚNDEZ, *op. cit.* p. 60.

⁶⁸ Apud. THEOPHILO. *op. cit.*

⁶⁹ FAGÚNDEZ, *op. cit.* p. 60-61.

⁷⁰ *Ibid.* p. 63.

Como a transdisciplinaridade, conforme indica o prefixo “trans”, envolve aquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de toda e qualquer disciplina. Sua finalidade é a compreensão do mundo atual, para a qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento⁷¹.

Vale transcrever alguns artigos constantes da Carta da Transdisciplinaridade⁷² que corroboram ao esclarecimento dessa nova atitude que se quer operar:

(...)

Artigo 1:

Qualquer tentativa de reduzir o ser humano a uma mera definição e de dissolvê-lo nas estruturas formais, sejam elas quais forem, é incompatível com a visão transdisciplinar.

Artigo 2:

O reconhecimento da existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes é inerente à atitude transdisciplinar. Qualquer tentativa de reduzir a realidade a um único nível regido por uma única lógica não se situa no campo da transdisciplinaridade.

Artigo 3:

A transdisciplinaridade é complementar à aproximação disciplinar: faz emergir da confrontação das disciplinas dados novos que as articulam entre si; oferece-nos uma nova visão da natureza e da realidade. A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias outras disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa.

Artigo 4:

O ponto de sustentação da transdisciplinaridade reside na unificação semântica e operativa das acepções através e além das disciplinas. Ela pressupõe uma racionalidade aberta por um novo olhar, sobre a relatividade definição e das noções de "definição" e "objetividade". O formalismo excessivo, a rigidez das definições e o absolutismo da objetividade comportando a exclusão do sujeito levam ao empobrecimento.

(...)

Em síntese, o que se preconiza com o fim de obter maior efetividade na prestação da jurisdição, os magistrados devem estar preparados para a complexidade

⁷¹ THEOPHILO. *op. cit.*

⁷² “Carta da Transdisciplinaridade”. (Adotada no Primeiro Congresso Mundial da Transdisciplinaridade, Convento da Arrábida, Portugal: 2 a 6 de novembro 1994). Comitê de Redação: Lima de Freitas, Edgar Morin e Basarab Nicolescu.

das relações sociais, para os novos desafios e riscos, devem possuir uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito as diferenças.

Desta feita, a transdisciplinaridade torna-se presente na educação, formação e atuação do julgador, permitindo que ele seja capaz de interpretar adequadamente as circunstâncias e fenômenos que perpassam no convívio social e que refletem nos litígios trazidos a julgamento.

O magistrado deve contar com a contribuição da transdisciplinaridade para a fundamentação de suas sentenças, buscando conceitos que possam ser utilizados na doutrina jurídica e que resultem em decisões condignas, justas e atuais.

CAPÍTULO III: A LÓGICA DO RAZOÁVEL

3.1 A CIÊNCIA DA LÓGICA

A lógica é um ramo da Filosofia que cuida das regras do pensamento racional ou do modo de pensar de forma organizada. Um sistema lógico é um conjunto de axiomas e regras de inferência que visam a representar formalmente o raciocínio válido.

Para SOUZA,

A aprendizagem da lógica não constitui um fim, mas um meio. Ela só tem sentido enquanto meio para garantir que nosso pensamento chegue a conhecimentos verdadeiros. Podemos dizer que a lógica trata dos argumentos, ou seja, das conclusões a que chegamos por intermédio da apresentação de evidências que as sustentam⁷³.

Não se pode conceber o raciocínio jurídico partindo de premissas absolutas e incontestáveis. A utilização da norma por lógica tradicional sem interferência subjetiva e social humanística reflete em um positivismo exacerbado o que não coaduna com o Estado Democrático de Direito.

A lógica é a ciência que tem por objeto de estudo as normas da verdade (ou da “validade”, se a palavra “verdade” for forte demais em nossos dias). Sem norma, não há ordem. Sem norma, não há leitura do mundo e, portanto, nenhum aprendizado, sobrevivência e vida. Fica claro, portanto, que de maneira muitas vezes inconsciente, uma certa lógica e mesmo uma certa visão do mundo estão por trás de cada ação, qualquer que seja: a ação de um

⁷³ SOUZA, Paulo Rogério Areias de. *A Importância da Lógica e da Argumentação para os profissionais do Direito*. THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. V. 5, n. 1, jan/jul.2007. p. 92-118.

indivíduo, de uma coletividade, de uma nação, de um estado. Uma certa lógica determina, em particular, a regulamentação social⁷⁴.

A lógica jurídica não pode ser resumida a lógica formal, pois esta trabalha com premissas absolutas e incontestáveis, esquemas pré-concebidos sem possibilidade de argumentação. Definir o direito de forma *a priori* e aplicá-lo de forma positivista ao caso concreto não traduz decisões condignas e valorativas, pois ao legislador é impossível descrever todas as situações reais que possam vir a ser reguladas pelo sistema normativo.

A redução da lógica jurídica, a limitação da discricionariedade jurisdicional e a utilização da lógica formal comprometem a aceitação da entrada e saída de valores no universo das práticas jurídicas, não permitindo a integração do direito.

Segundo a solução dada por GONTIJO:

Faz-se necessário flexibilizar a rigidez dos métodos operacionais e funcionalistas preconcebidos com grande naturalidade pelo positivismo jurídico, a fim de trazer maior aproximação do direito com as necessidades humanas, pois é necessário partir do problema (caso) e não sujeitar o problema às disposições de um sistema pré-disposto. Isto porque definir o direito de forma de forma *a priori* é torna-lo inepto para aplica-lo ao mundo real, que deve ser experimentado sob condição de poder ser conhecido⁷⁵.

Desta feita, os juízes na atuação discricionária ao interpretarem o caso concreto devem utilizar-se de valores sociais, recorrer aos princípios, bem como aos processos de argumentação, ponderação e racionalização para ter a devida compreensão de valores fundamentais necessários para o julgamento, resultando em uma ordem justa.

⁷⁴ NICOLESCU, Basarab. *Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade*. Disponível em: <http://www.redebrasileiradetransdisciplinaridade.net/mod/resource/view.php?id=18> Acesso em: 10/08/10.

⁷⁵ GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Lógica Dialética-Discursiva e Teoria do Direito: Ensaio Crítico sobre Metodologia Jurídica*. p 6349. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/lucas_de_alvarenga_gontijo2.pdf Acesso em 12/04/10.

O papel do juiz como aquele que possui o poder de decidir sobre as vidas alheias deve empenhar-se por mudanças sólidas e significativas em prol de um Judiciário lúdimo e diligente que se propõe a nova visão neoconstitucionalista do direito.

Imprescindível a utilização de uma teoria da metodologia dialética por parte dos magistrados, em decorrência da permanente mutação das relações sócias o que reverte em sopesar valores que podem variar conforme as situações que se apresentam.

Os procedimentos decisórios e o raciocínio jurídico não podem obedecer a esquemas predeterminados, mas sim, a utilização do *logos* do razoável que tem como fundamento a construção do pensamento equivalente a uma lógica jurídica do magistrado. Onde, aplicar o direito aos casos concretos requer uma abordagem na relação entre ser e dever-ser. Vale ressaltar a ideia de Siches, onde seu pensamento coaduna com este entendimento, “Uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada”⁷⁶.

A transdisciplinariedade como a atividade do magistrado em se utilizar de outras ciências que influenciam o ato de julgar beneficiam uma eficiente hermenêutica ao caso concreto o que possibilita um julgamento justo. Impende ressaltar que a atividade decisória é atividade de sentido que parte de textos normativos, interagindo com outras práticas alheias ao sistema jurídico.

Face aos juízos de intertextualidade, o poder estabelece sentido, em face da necessidade de decidir, à medida que encerra a cadeia interpretativa, atribuindo sentidos e interpretações axiológicas às normas jurídicas.

⁷⁶ BITTAR, Eduardo E. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.414.

Quando a norma de direito não traduz de forma satisfatória e precisa a situação de fato objetivamente identificável e qual a solução única a ser manejada pelo juiz. Desta feita, sendo humanamente impossível o legislador prever e regular soluções exatas para determinada situação de fato, deverá o juiz valer-se de seu poder discricionário para julgar.

Desta feita, ao decidir, o juiz não deve abandonar os métodos interpretativos formais, gramaticais, histórico, comparado, mas deve ater-se aos princípios valorativos que informam sua atuação bem como, deve valer-se de métodos teleológico, progressivo e razoável buscando conotações valorativas para interpretação do caso concreto.

Vale ressaltar, que os juízos jurídicos são de valor, pois envolvem questões de ordem moral e cultural em sua formação. As decisões e o raciocínio jurídico não obedecem a esquemas pré-determinados para sua formação, ou seja, o raciocínio jurídico trabalha com o razoável visando à adequação da norma às questões peculiares de cada caso.

O novo paradigma social reclama não mais por um juiz simplesmente porta voz da lei, “o juiz não é a ‘boca da lei’, aplicador neutro e desideologizado das normas jurídicas como se quis no pensamento derivado da Revolução Francesa⁷⁷.”

O juiz deve utilizar-se do método da Lógica do Razoável como único método capaz de levá-lo à solução mais justa dentre todas as possíveis. A Lógica do Razoável, definida como uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas.

Segundo Siches:

⁷⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.170.

(...) ao contrário do que ocorre com a lógica da inferência, de caráter neutro e explicativo, a lógica do razoável procura entender os sentidos, os vínculos entre as significações dos problemas humanos, e, portanto, dos políticos e jurídicos, assim como realiza operações de valoração e estabelece finalidades ou propósitos⁷⁸.

Desta feita, cabe ao magistrado o devido preparo e conhecimento para a solução de conflitos, e que sua atuação resulte na evolução social.

Através das decisões judiciais o que se espera é um resultado satisfativo, que traga em seu bojo um novo pensar e repensar jurídico, que efetive a mudança social, com a esperança de um mundo melhor, nos ideais do Estado Democrático de Direito.

Esclarece Eduardo Bittar que “o *logos* do humano, para Siches, é uma aposta numa lógica específica aos dados da ação, da razão prática; uma aposta num raciocínio humano que lida com o contingente da decisão (de acordo com as possibilidades, inconstâncias, irregularidades, fluxos e refluxos de valores)”⁷⁹. Reflete-se em decisões que buscam um sentido mais profundo do sistema jurídico em consonância com o Estado e a sociedade.

Vale ressaltar, que o grande poder de discricção de que se reveste a atividade do magistrado se alicerça na sua função interpretativa da lei. Corrobora com este entendimento de CAPPELLETTI:

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do

⁷⁸ SICHES, Luis Recaséns. *Experiência jurídica, natureza de La cosa y lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. Apud. SOUZA, Paulo Rogério Areias de. *A Importância da Lógica e da Argumentação para os Profissionais do Direito*. THEMIS-Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v.5, n.1, jan./jul. 2007. p.114.

⁷⁹ BITTAR. Eduardo E. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. op. cit. p.415.

intérprete, *certo grau de discricionariedade*, e pois de criatividade, *mostra-se inerente a toda interpretação* Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e -no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo -reproduzi-los, 'aplicá-los' e 'realizá-los' em novo diverso contexto, de tempo e lugar⁸⁰.

O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. Assim, o discurso jurídico não é simples raciocínio da lógica formal, mas demanda soluções extraídas da vivência humana de experiências *in casu*, de situações diversas e casos variáveis.

Desta feita, o juiz ao buscar dar a melhor interpretação possível na sua atuação discricionária embasada em um processo de argumentação lógica racional assegura os princípios fundantes da ordem constitucional, entendida como reserva de justiça, e dos elementos habilitadores da perpetuação do processo político democrático, favorecendo ao mesmo tempo a eficácia dos direitos fundamentais através de decisões justas.

Segundo NICOLAU ao tratar da Lógica de Hegel, afirma que a lógica trata de esclarecer as relações entre os conceitos fundamentais com os quais a razão precisa trabalhar por isso considera a ciência do pensar sobre o pensamento, a ciência da ideia pura, do pensar e de suas determinações⁸¹.

Para MONTORO:

Em plano diferente, vem se desenvolvendo um novo tipo de Lógica, especialmente aplicado ao campo do direito e de outras ciências. Reagindo contra a pretensão formalista de reduzir o raciocínio jurídico a uma simples aplicação dedutiva da lei ao fato, Recaséns Siches, Perelman e o chamado

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. (*In Juizes Legisladores!*), tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.)

⁸¹ NICOLAU, Marcos Fabio Alexandre. *A Ciência da Lógica no Sistema Hegeliano*. Kínesis, Vol. II, nº. 03, Abril-2010, p. 144-156.

“Grupo de Bruxelas”, Viehweg, Villey e outros preconizam um alargamento do campo da lógica para abranger outros processos de conhecimento que correspondem à vida real do direito. Como diz Taine, as sociedades humanas são um escândalo para a razão pura, pois elas não são obra da Lógica, mas da história⁸².

Desta feita, o objeto da Lógica seria o pensamento, mais precisamente o pensamento conceitual, ou seja, aquele que concebe o conceito. Assim, afirma-se que a Lógica tem como conteúdo as estruturas puras da realidade. A Lógica oferece todos os conceitos requeridos para pensar sobre o pensamento, devendo ser tida como uma sistematização dos conceitos necessários para a própria estrutura do mundo.

Complementa este entendimento o autor acima transcrito:

A Lógica propõe, em si mesma, novas categorias e novos encadeamentos que pretendem dar conta do processar da realidade. Através dessa nova lógica se visa apreender o processo de exposição do absoluto na multiplicidade do mundo, e a ciência filosófica se reconfiguraria como a compreensão desse processo de auto-exposição, proporcionado pela razão, que tem como resultado aquilo que Hegel chamou de Idéia Absoluta⁸³.

O que se propõe ao magistrado a utilizar-se da ciência da lógica é o inverso da aplicação da lógica formal e matemática, nas quais seriam tidos como predicados, termos positivos inertes, aos quais se atribui ou se recusa a determinado caso, mas se coaduna a aplicação de realidades criadas e vividas, negadas, suprimidas e reincorporadas pelos próprios sujeitos do caso, faz com que ele traga à consciência a natureza lógica de julgar, que lhe anime o espírito, que nele o impulsione e opera a sua tarefa árdua de decidir da melhor maneira possível.

⁸²MONTORO, André Franco. *Lógica Jurídica, ferramenta do jurista*. DI GIORGI, Beatriz, CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Direito ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas – Cidadania e Justiça*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁸³NICOLAU, *op. cit.* p. 146.

3.2 A LÓGICA JURÍDICA

A aplicação do raciocínio jurídico pelo juiz é matéria complexa, visto que a lógica judiciária não se resume a uma mera dedução de conclusões extraídas dos textos da lei, ou seja, a lei posta pelo legislador, muitas vezes, tem um recurso linguístico vago o que pode dar margem a várias interpretações.

Segundo IHERING, a interpretação lógica consiste em procurar-se o pensamento da lei, passando por cima das palavras⁸⁴.

RÁO ao citar RUGGIERO, esclarece que:

O processo lógico jurídico ou científico, mais em harmonia com o sentido social e humano do direito, parte do texto que examina, mas vai além dos elementos materiais que o texto lhe proporciona quando, por processos lógicos, investiga a *ratio legis* (ou razão que justifica e fundamenta o preceito), a *vis* (ou virtude normativa do preceito, que lhe advém, não da vontade subjetiva de quem o elaborou, mas da eficácia intrínseca e objetiva adquirida ao se destacar de seu autor) e a *ocasio legis* (ou particular circunstância do momento histórico, que determinou a criação do preceito)⁸⁵.

A Lógica jurídica é entendida como expressão tradicional para se referir aos estudos destinados ao modo de pensar específico dos juristas.

PERELMAN conceitua a Lógica Jurídica como:

A lógica jurídica é o conjunto de técnicas de raciocínio que permitem ao julgador conciliar, em cada caso, o respeito ao direito e a aceitabilidade da solução encontrada. As fontes do direito, tais como postas em cada sistema jurídico, são o ponto de partida do raciocínio do jurista, que tem como objetivo a adaptação dos textos jurídicos às necessidades e às aspirações de uma sociedade viva, em constante mutação⁸⁶.

⁸⁴ Apud. RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo, 1952.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ PERELMAN, Chaïm. *Considerações sobre uma lógica jurídica*. Traduzido do original em francês por Cássio

O papel da lógica jurídica é tratar das controvérsias, dos argumentos de persuasão e convicção, das razões pró e contra, que servem à crítica, à refutação, à justificação e que são indispensáveis para estabelecer as premissas de um raciocínio.

Sobre a utilização da lógica jurídica cumpre esclarecer,

Seu campo de aplicação não concorre com o da lógica formal, porquanto nenhum homem sensato põe em dúvida a validade de um silogismo ou de um raciocínio formalmente correto. Porém, a veracidade da conclusão não pode ser garantida apenas pela dedução correta, já que esta nada mais faz que transferir àquela a veracidade das premissas. Há necessidade de se buscar mecanismos que assegurem a veracidade das premissas⁸⁷.

Diante disto, a lógica jurídica não pode se desinteressar do contexto social e político dentro do qual é exercida.

A lógica jurídica não se limita à análise dos esquemas argumentativos que podem ser utilizados para o acolhimento de uma ou outra tese jurídica. Antes, ela é uma forma de argumentação que se desenvolve no interior de um contexto, o judiciário no mais das vezes, em que o respeito às regras de direito, sejam as de fundo, sejam as relativas ao procedimento, é essencial. Em uma sociedade democrática, a segurança jurídica, o respeito pelas regras e a busca da verdade, devem se conciliar com o respeito à pessoa humana, com a proteção dos inocentes e com a salvaguarda das relações de confiança, valores indispensáveis à vida em sociedade. Tal preocupação, totalmente estranha à lógica formal, faz com que a lógica jurídica (a lógica da controvérsia) tenha como objetivo o estabelecimento, caso a caso, da predominância de um ou de outro valor⁸⁸.

Desta feita, considerando o direito como uma técnica de proteção simultânea de diversos valores, às vezes incompatíveis entre si, a lógica jurídica apresenta-se, essencialmente, como uma forma de argumentação destinada a motivar as decisões de

Scarpinella Bueno. Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman1.pdf>. Acesso em: 20 de Agosto de 2010.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Id.

justiça, para que possam usufruir de um *consensus* das partes, das instâncias judiciárias superiores e, enfim, da opinião pública esclarecida⁸⁹.

É desta forma que a administração da justiça em um Estado Democrático de Direito resulta de uma constante confrontação de valores que implica um diálogo permanente entre o poder judiciário, o poder legislativo e as partes envolvidas.

3.3 O LOGOS DO RAZOÁVEL

Ao longo de todos os estudos filosóficos foram inúmeras as correntes e teorias construídas em torno da possibilidade de justificar a convicção do julgador: teorias do discurso, da fenomenologia hermenêutica e teorias realistas, todas visando responder qual a melhor forma de julgar perante as complexidades decorrentes das transformações da sociedade.

Assim, desde as respostas meta-éticas formuladas pelo naturalismo e o intuicionismo, até à teoria do discurso prático racional como teoria da justificação jurídica de Robert Alexy⁹⁰, passando por outras como a teoria da argumentação de Perelman⁹¹ com a sua audiência universal e ainda a do consenso da verdade de Habermas⁹², rompendo com as teorias clássicas da verdade, muitos são os ensaios realizados em busca de resposta ao desejo, por todos reconhecido: de ser necessário evoluir na elaboração de uma teoria da argumentação jurídica racional contemporânea,

⁸⁹ PERELMAN. *op. cit.*

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo, Landy, 2001.

⁹¹ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ernantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁹² HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L & PM Editores, 1987.

visando buscar as condições para a concretização de direitos, e ao mesmo tempo juntar todos os esforços para evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas.

Desta maneira, o que se propõe, diante do fracasso da lógica tradicional por esta não conter elementos valorativos e por ser insuficiente para a aplicação do Direito, é a utilização do método de aplicação e interpretação do Direito proposto por RECASÉNS SICHES.

Preliminarmente, fazem-se necessário trazer a baila dois exemplos que traduzem a necessidade da aplicação da lógica do razoável na interpretação do direito.

Segundo RADBRUCH citado por SICHES:

(...) em uma estação ferroviária da Polônia, havia um cartaz proibindo a entrada de pessoas acompanhadas de cachorros. Sucede-se entretanto, que certa vez chegou àquele recinto, um homem acompanhado de um urso; ato contínuo, o empregado que vigiava a porta lhe impediu o acesso. O indivíduo, então, protestou, afirmando que o artigo de regulamento transcrito no cartaz proibía somente cachorro, mas não outra classe de animais, no que então surgiu um conflito em torno da interpretação daquele artigo do regulamento. Na mesma esteira, impedir-se o ingresso, naquele recinto, de um homem cego acompanhado pelo seu cão, que sempre o acompanha.

Não resta a menor dúvida que se aplicarmos estritamente os instrumentos da lógica tradicional, teremos que reconhecer que a pessoa acompanhada de um urso, era dado o direito de adentrar ao recinto.

Também o leigo, e não somente o jurista, haverão de concordar como descabida esta interpretação dada a finalidade para qual a norma foi celebrada, qual seja, a segurança dos visitantes e transeuntes daquele ambiente.

Disto resulta que somente a lógica tradicional, não contendo elementos valorativos, não é suficiente, requerendo-se portanto, razões diferentes do racional de tipo matemático, porque a razão não se exaure no campo tradicionalmente reconhecido como racional, uma vez que existem outros campos diferentes, como o razoável, o logos do humano.

À vista daquela proibição contida no cartaz já mencionado, podemos afirmar com segurança, que a razão de sua elaboração está intimamente ligada à idéia de que, ainda que em alguns casos tratem-se de cães dóceis, estes podem tornar-se perigosos conforme a situação.

Neste diapasão, maior risco correriam as pessoas se lá adentrarem ursos, o que resulta dizer que a validade das normas jurídicas positivas estão necessariamente condicionadas pelo contexto “situacional” em que se produziram e para a qual se produziram⁹³.

⁹³ Apud. TOMASZEWSKI, Aauto de A. *A Lógica do Razoável – um ensaio sobre o pensamento de Recaséns*

SICHES defende que assim como a Ciência Jurídica, a Filosofia do Direito não tem condições de escolher método, ou uma tábua de prioridades entre os vários métodos de interpretação⁹⁴.

E que desta forma, a única regra que se poderia formular, com universal validade, era de que o juiz sempre deveria interpretar a lei de modo e segundo o método que levasse à solução mais justa dentre todas as possíveis, inclusive quando o legislador ordene um determinado método de interpretação⁹⁵.

E ainda, este posicionamento não se consubstanciaria em desrespeito à lei, visto que ao legislador compete emitir mandamentos, proibições, permissões, mas não lhe compete o pronunciamento sobre matéria estranha à legislação e referente apenas à função jurisdicional⁹⁶.

Muitos autores ressaltam que a raiz desse novo *Logos* está na crítica, ocorrida no final do século XIX, às concepções que encaravam a sentença como um silogismo. Isso porque, contrariando o ideal da Escola da Exegese, é impossível a perfeita regulação normativa para a complexa vida social, razão pela qual inexistente uma regra jurídica adequada para cada circunstância correta⁹⁷.

Para SICHES,

Ao contrário do que ocorre com a lógica da interferência, de caráter neutro e explicativo, a lógica do razoável procura entender os sentidos e nexos entre as significações dos problemas humanos, e, portanto, dos políticos e jurídicos, assim como realiza operações de valoração e estabelece

Siches e a atuação do operador do direito. Rev. de Ciências Jurídicas e Soc. Unipar, vol. 1, n.1: jul./dez.1998

⁹⁴ SICHES, *op. cit.* p. 240.

⁹⁵ TOMASZCHEWSKI, *op. cit.*

⁹⁶ SICHES, *op. cit.* p. 243.

⁹⁷ PRADO, Lídia Reis de Almeida Prado. *O Juiz e a Emoção*. 3ª. ed. São Paulo: Millennium, 2005. p. 13.

finalidades ou propósitos⁹⁸.

Na concepção da Teoria da lógica do razoável na interpretação jurídica atribui-se relevância à criatividade e à intuição do magistrado nos julgados, os quais constituem o momento de individualização da norma aplicável ao fato submetido à jurisdição⁹⁹.

Diz-se, se destaca o papel do sentimento do juiz na produção do julgado, cuja importância fica evidenciada até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sentire*, isto é experimentar uma *emoção*, uma *intuição emocional*.

A lógica do razoável leva à aplicação das normas de Direito de forma adequada às realidades da vida humana, pois os fatos verificados nessa realidade é que influenciam e dão sentido às normas.

Necessária a elucidação das características da lógica do razoável enumeradas por SICHES:

- I – ela se circunscreve à realidade social particular em que opera, com a qual e para a qual são elaboradas as normas jurídicas;
- II – está impregnada de valorações;
- III – essas valorações são concretas, ou seja, estão referidas a uma determinada situação e, pois, levam em consideração as possibilidades e as limitações reais;
- IV – rege-se por razões de congruência e de adequação:
 - a) entre a realidade social e os valores, buscando os que devem regular determinada realidade social;
 - b) entre os valores e os fins, com a investigação dos que são mais valiosos;
 - c) entre os fins e a realidade social concreta, investigando quais são os fins de realização possível;
 - d) entre os fins e os meios, quanto à conveniência dos meios para os fins;
 - e) entre os fins e os meios, com respeito à correção ética dos meios;
 - f) a lógica do razoável se orienta pelos ensinamentos da experiência da vida e da história, ou seja, individual e social, e se desenvolve no campo desta experiência¹⁰⁰.

⁹⁸ SICHES, *op. cit.* p. 247.

⁹⁹ PRADO. *op. cit.* p. 14.

¹⁰⁰ Apud. ESTEVÃO, Roberto da Freiria. *A Retórica no Direito: A Lógica da Argumentação Jurídica e o Uso da*

A lógica tradicional não serve ao jurista para compreender e interpretar de modo justo os conteúdos das disposições jurídicas; não lhe serve para criar a norma individualizada da sentença judicial.

Realmente o juiz decide por intuição e não por uma inferência ou silogismo dos que se estudam na lógica; decide por uma certeza que se forma de modo direto e não em virtude de um raciocínio¹⁰¹.

Desta feita, a intuição do juiz acha-se embasada na lógica do razoável e, quando se fala que o juiz procura uma justificativa para o que pressentiu intuitivamente, isto não significa que deva recorrer àquelas pseudo-motivações lógico-dedutivas, de que serviram os juristas no século XIX, bastando oferecer uma justificação objetivamente válida, com embasamento na lógica do humano¹⁰².

Vale ressaltar, que não se trata de um Direito Alternativo, muito menos do uso alternativo do Direito, mas sim trata-se de que o julgador se valha, ao intuir a solução mais justa aplicável ao caso concreto, dos métodos tradicionais de interpretação para justificar a sua tomada de decisão¹⁰³.

Visto que, a função do juiz, que, embora mantendo-se dentro da observância do Direito formalmente válido, seja sempre criadora, por alimentar-se de um amplo

Retórica na Interpretação. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 197-198.

¹⁰¹ PRADO, *op. cit.* p. 15. A respeito desse tema, SICHES transcreve a confissão feita pelo juiz Hutcheson sobre o modo efetivo como a mente funciona no processo judicial. Diz Hutcheson que, depois de haver ponderado minuciosamente sobre todos os dados a sua disposição e haver meditado cuidadosamente sobre eles, deixa que sua imaginação intervenha. Dorme sobre o processo; espera que se lhe apresente uma espécie de premonição, uma suspeita, uma iluminação intuitiva que aclare a conexão entre o problema e a decisão e que indique qual a decisão justa (...) Assim, o magistrado decide por intuição e não por silogismo dos que se estudam na lógica. Decide pela convicção que ocorre de modo direto e não em virtude de um raciocínio. O raciocínio é articulado pelo juiz, que só depois passa a redigir sua sentença. O impulso que motiva sua decisão é um sentido intuitivo do justo e do injusto a respeito do caso particular que tem diante de si. O juiz astuto, depois de haver decidido dessa maneira, põe todas as suas faculdades mentais a postos para justificar aquela intuição diante da própria razão e para afrontar as críticas que possam ser dirigidas a sua sentença.

¹⁰² TOMASZEWSKI, *op. cit.*

¹⁰³ Id.

complexo de valorações particulares sobre o caso concreto¹⁰⁴.

SICHES explica que:

A estimativa jurídica informa ao intérprete sobre quais são os valores cujo cumprimento devem ou não ser perseguido pelo Direito, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, liberdades fundamentais do homem, segurança, ordem, bem-estar geral e paz. Mas há outros que podem ser englobados no conceito de que tradicionalmente se denomina prudência: sensatez, equilíbrio, possibilidade de prever as conseqüências da aplicação da norma e de sopesar entre vários interesses contrapostos, legitimidade dos meios empregados para atingir justos, etc¹⁰⁵.

A Lógica do Razoável está sempre impregnada por valorações, ou seja, critérios axiológicos. Esta característica valorativa é totalmente estranha à lógica formal ou qualquer teoria da inferência constituindo um dos aspectos que, definitivamente distingue a lógica do razoável da lógica matemática¹⁰⁶.

SICHES ainda esclarece que a lógica formal não esgota a totalidade do “logos”, da razão é apenas um setor dela. Existem outros setores que pertencem igualmente à lógica, que possuem natureza completamente diversa da lógica racional, que é a lógica dos problemas humanos de conduta prática, “a lógica do razoável”¹⁰⁷.

Segundo expressa COELHO:

Estas teorias que se afastam da silogística e da concepção subjuntiva da decisão judicial, fundamentam-se na prudência na equidade e no sentimento do justo, ubicados no equilíbrio da dimensão humana, que o autor denomina o razonable, em oposição ao racional. As decisões jurídicas, antes de serem racionais, segundo a perspectiva lógico-subsuntiva, são razoáveis. A este novo pensamento, vinculado à dimensão humana, é que se denomina o logos do razoável¹⁰⁸.

Impende ressaltar, que o homem é livre arbítrio e age dentro do campo

¹⁰⁴ Id.

¹⁰⁵ SICHES. *op. cit.* p. 247.

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Id.

¹⁰⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 211.

limitado pela circunstância do meio em que vive. O reino do humano é sempre campo da ação, onde o sujeito decide dentro de uma certa margem de liberdade¹⁰⁹.

Desta forma, todas os casos em que os métodos de lógica tradicional, revelam-se incapazes de oferecer a solução correta e justa a um problema jurídico ou conduzem a um resultado inadmissível ou a um ato arbitrário, deverá o magistrado realizar a conciliação da objetividade dos valores jurídicos, com a historicidade dos ideais jurídicos, a qual decorre de cinco fatores:

- a mutabilidade social;
- diversidade de obstáculos para materializar um valor em determinada situação;
- a experiência quanto à adequação de meios para materializar um valor;
- as prioridades emergentes das necessidades sociais, em função dos acontecimentos históricos; e,
- a multiplicidade dos valores¹¹⁰.

O que ocorre é que as leis não se aplicam sozinhas, por si mesmas, decorrentes de um mecanismo intrínseco que elas tivessem, pois nem remotamente existe tal mecanismo.

As leis têm seu âmbito material, relativo ao conteúdo, ou seja, cada norma jurídico positiva se refere a uns determinados tipos de situações, de assuntos, de fatos, sobre os quais trata de produzir especiais efeitos; efeitos que o legislador, portanto Autor da norma, considerou justo, adequado e pertinente. Deve haver alguém, o juiz, na sua função interpretativa¹¹¹.

Portanto, ao magistrado, para saber se uma determinada norma jurídica é ou não aplicável a certo caso concreto, deve antecipar mentalmente os efeitos que sua

¹⁰⁹ Id.

¹¹⁰ SICHES, *op. cit.*

¹¹¹ TOMASZEWSKI, *op. cit.*

aplicação poderá resultar, a interpretação da lei deve ser precisa e deve resultar em uma conclusão mais justa possível para resolver o litígio em análise.

Destarte, TOMASZEWSKI afirma que:

O juiz ou julgador trata de interpretar tais regramentos de modo que o resultado traga ao caso apresentado, o maior grau de justiça, não faz nada além do que se propôs o julgador, servindo ao mesmo fim, interpretando, reconstruindo intuitivamente, na sua imaginação qual era a autêntica vontade do legislador e se os métodos aplicáveis produzem ou não uma solução justa¹¹².

É cediço que o Direito não é algo estático, estanque, de sorte que o seu funcionamento não pode consistir apenas numa operação de lógica dedutiva, bem como as normas jurídicas não devem ser entendidas como resultantes de um processo dedutivo, pois existe algo além, ou seja, a consciência valoradora.

Assim sendo, é o “logos” do razoável que constitui a lógica que serve ao homem, é através dela que se compreende, penetra o sentido dos objetos humanos e é por ela que se adéqua as soluções dadas aos casos reais.

Ademais, a lógica do razoável tem por objetivo a compreensão do sentido e nexos entre as significações, realizações valorativas, fixando finalidades e propósitos, pois o fato humano não se restringe apenas a causa e efeito, pois tem um algo a mais, tem um sentido¹¹³.

Este sentido se explica na multiplicidade de fatores que intervêm na vida humana, obrigando especialmente o julgador, que trata os conflitos humanos, a interpretar os sentidos e significações legais, pois, efetivamente, verifica-se que a atividade do legislador está apartada da realidade¹¹⁴.

¹¹² TOMASZEWSKI, *op. cit.*

¹¹³ Id.

¹¹⁴ Id.

Com a utilização da lógica do razoável é certo que o magistrado debruçou-se sobre a sua realidade, sobre seus problemas sociais, sobre os diversos litígios postos a sua mesa e reconheceu as deficiências da lei o que o possibilitou solucionar os casos, aplicando a medida justa, razoável.

3.4 A LÓGICA DO RAZOÁVEL COMO EFETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

O formalismo do nosso sistema jurídico trouxe consigo a crença de que um Direito burocraticamente racional poderia garantir que o curso da sociedade se desenvolvesse num ambiente de equilíbrio, com estabilidade e democracia. Mas a análise da realidade mostra ser infundada essa crença, pois nada garante que um Direito como o acima descrito consiga sanar os conflitos sociais cada vez mais intensos¹¹⁵.

O juiz na interpretação da lei, sem estar autorizado a desprezar as normas (o que conduziria à interpretação *contra legem*, justamente repudiada), o aplicador há de proceder “razoavelmente”. Deve apreciar a realidade e sentido dos fatos, deve apurar os juízos de valor adotados pela ordem jurídica vigente para encontrar a solução conveniente, em função daquilo que a ordem jurídica admite como sentido de justiça¹¹⁶.

O Direito, como fato gerado no ceio da sociedade e que está em constante evolução, exige do jurista que analise os fatos com uma visão estrita de cada caso, aplicando a norma de forma a amoldá-la a situações apresentadas e obtendo, assim, o

¹¹⁵ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *op. cit.* p. 87.

¹¹⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.p. 163.

maior grau de êxito em sua aplicação, abandonando definitivamente o simples silogismo e partindo para a discussão dialética das questões jurídicas¹¹⁷.

Outrossim, os magistrados, devem preocupar-se com a razoabilidade das decisões e argumentações jurídicas, visando com isso a fundamentar suas ações e a solidificar a evolução da lógica jurídica, bem como preleciona o disposto no artigo 5º da LICC, em que o juiz, ao aplicar a lei deverá atender os fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum¹¹⁸.

SICHES elabora um esquema das situações em que pode o juiz se encontrar, no mister de sua tarefa de prestação da tutela jurisdicional, elaborando a norma individualizada, encontrada de maneira clara e precisa:

Situação 1 – Aparentemente existe uma norma vigente, aplicável ao caso em julgamento, de modo a lhe produzir uma solução satisfatória. Mas, mesmo nesta situação, o magistrado realiza uma série de juízos axiológicos: para encontrar a norma, para apreciar a prova e qualificar os fatos, e para adequar o sentido abstrato e geral da norma à significação concreta do caso controvertido.

Situação 2 – Há dúvida sobre a qual das normas de mesma hierarquia, mas de conteúdo diferente, deve ser aplicável ao conflito. Em tal hipótese, além das valorações referidas na “situação 1”, o juiz após analisar os resultados que cada uma dessas normas produziria, deve escolher aquela que conduz a uma solução mais justa.

Situação 3 – À primeira vista, o juiz por se deixar influenciar por nomenclaturas e conceitos classificatórios contidos numa norma, pensa estar diante da regra que cobre o caso. Mas quando ensaia mentalmente a aplicação desta à controvérsia *sub judice*, percebe que a aplicação de tal norma à espécie, levaria a uma consequência contrária ao resultado a que a norma propõe, ou seja, contrária aos efeitos que o legislador pretendeu ou que teria pretendido, se tivesse em vista a controvérsia concreta da questão. Em tal circunstância, o juiz deve afastar a norma aparentemente aplicável à espécie e considera-se diante de um caso de lacuna.

Situação 4 – Por mais que o juiz investigue, não contém o Direito positivo vigente uma norma aplicável ao caso. Nesta situação, dá-se uma autêntica hipótese de lacuna¹¹⁹.

Destarte, como o processo de produção do direito não se encerra com a

¹¹⁷ SOUZA, Paulo Rogério Areias de. *op. cit.* p. 116-117.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ TOMASZEWSKI. *op. cit.*

promulgação da lei, mas sim no momento de sua individualização, que é a fase concreta, pode-se afirmar que esta é a fase mais importante, pois mesmo não se verificando lacunas e contradições na lei, o órgão jurisdicional, no momento de julgar o caso concreto a si apresentando, valora as provas e fatos aos autos carreados, qualificando-as de maneira jurídica e adaptando-as ao geral e abstrato sentido da lei¹²⁰.

Isto o faz, porque em se deparando com leis contraditórias, deverá optar por uma ou por outra, pautando-se por critérios de justiça, antecipando mentalmente os efeitos que da aplicação da norma advirão, verificando sempre, se tais efeitos estão de acordo com os propósitos da lei. Nada mais lógico e razoável do que isto¹²¹.

Assim, é comum reconhecer-se que, embora a justiça seja indefinível e, segundo alguns, inalcançável, a solução dos conflitos jurídicos só se realiza na presença de um mínimo desse valor. Além disso, afirma-se que as soluções justas são obtidas pela lógica do razoável, ou lógica do humano (na terminologia de Siches) e que são proferidas através da argumentação¹²².

Urge aclarar, que o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais¹²³.

CAPPELETTI destaca sobre a discricionariedade,

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal,

¹²⁰ TOMASZEWSKI, *op. cit.*

¹²¹ Id.

¹²² PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *op. cit.* p. 114-115.

¹²³ CAPPELETTI, *op. cit.* p. 33.

mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.

No mesmo sentido, TEIXEIRA ao citar KOHLER assinala que a lei admite mais que uma interpretação no decurso do tempo. Supor que há somente uma interpretação exata, desde que a lei é publicada até os seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objeto de conhecimento, mas um instrumento para se alcançarem os fins humanos, para fomentar a cultura, para conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação¹²⁴.

E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa¹²⁵.

Para HUNGRIA, o juiz pode e deve interpretar a lei ao influxo, de supervenientes princípios científicos e práticos de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social, pois já não se procura a mens legis no pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei, mas no espírito evoluído da sociedade e no sentido imanente, que se transforma com o avanço da civilização¹²⁶.

BAPTISTA DA SILVA esclarece:

As ‘certezas’, que não existem nem mesmo nas ciências naturais, não são – nunca foram – critérios ou objetivos próprios do Direito. A justiça, para

¹²⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *op. cit.* p. 163.

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.* p. 33.

¹²⁶ HUNGRIA, Nelson. Apud. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *op. cit.* p. 164.

desgosto de nossos teóricos, não poderá ser normatizada. Haverá de ser descoberta laboriosamente em cada caso concreto, observados, porém, determinados critérios capazes de impedir que a natural discricionariedade do ato jurisdicional se transforme em arbitrariedade¹²⁷.

Desta forma, a interpretação do juiz deve operar-se dentro de critérios de razoabilidade, de sorte que o Direito seja interpretado com vistas à realidade, para atingir seu objetivo, regular comportamentos sociais, uma vez que o Direito não se ocupa dos homens, mas da sua conduta, entretanto, regular tais condutas ou comportamentos, refletido sua realidade¹²⁸.

Os juízes, como membros da sociedade e do Estado, são órgãos da opinião e das convicções gerais; e como mudam as concepções fundamentais da vida e suas relações, após a lei ter sido estabelecida, tais mudanças terão de refletir-se em suas sentenças para que se garanta efetivamente os direitos fundamentais.

Um magistrado, que cultiva valores pronuncia sentença num dinamismo de alteridade, tem acesso aos recursos criativos, cria condições para que a *ars inveniendi* (busca das premissas da argumentação) se façam com maior fluidez e nesse dinamismo, o julgador terá a possibilidade de proferir decisões inspiradas no universo da emoção¹²⁹.

Para HENRI PAGE:

Sem dúvida, o juiz, ao interpretar a lei, não pode tomar liberdades inadmissíveis com ela. Mas, de outro lado, não deverá quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é essencialmente uma coisa viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim

¹²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.ftm>. Acesso em 10/08/2010.

¹²⁸ TOMASZEWSKI, *op. cit.*

¹²⁹ PRADO, Lídia Reis de Almeida Prado. *op. cit.* p.115.

social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como ainda às exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil¹³⁰.

É manifesto o carácter criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve-se reiterar-se é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes¹³¹.

Impende aquilatar, que a sentença judicial, embora baseada no conhecimento jurídico começa lentamente a incluir em sua fundamentação a valorização da emoção no ato de decidir, sem ser desconsiderada a racionalidade¹³².

Contudo, as sentenças genuinamente embasadas nesses valores dadas por magistrados criativos, só podem existir numa sociedade em mudança, ou seja, juiz preocupados e abertos a novos métodos decisórios, capazes de efetivar os direitos e garantias fundamentais proclamados.

¹³⁰ Apud. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *op. cit.* p. 164.

¹³¹ CAPPELLETTI, *op. cit.* p. 42.

¹³² PRADO, Lídia Reis de Almeida. *op. cit.* p. 137.

Evidentemente, o método baseado na lógica do razoável deve ser adotado na decisão judicial, eis que propicia maior eficácia da norma na realidade social para a qual foi elaborada.

O magistrado deve prolatar uma decisão razoável, fática e juridicamente motivada, pelo que analisa os dados trazidos pelas partes, adota um precedente da jurisprudência, busca apoio nas opiniões dos outros, interpreta normas às quais dá alcance mais amplo ou restrito e, por meio da ponderação, preserva a regra ou o princípio mais valioso para a solução do caso concreto.

Vale asseverar, que fundamentar uma decisão equivale a dar as razões de fato e de direito, com as devidas implicações substanciais, e não meramente formais. Por motivação se entende a causa ou a condição de uma escolha, referindo quais as bases fáticas ou de direito que permitem a fundamentação¹³³.

De se salientar que a independência dos juízes perante os poderes legislativo e executivo e a exclusividade atribuída a eles da função de julgar pressupõe, não apenas a observância dos dispositivos legais citados, mas principalmente que seja assegurado ao litigante o direito a uma garantia de justiça de forma igual e efetiva através do devido processo a permitir a ampla defesa de sua posição jurídica.

Exige-se também que, além de técnica, a fundamentação seja compreensível para os leigos. Segundo TARUFFO, a função da motivação e os seus destinatários muda conforme o dever de motivar esteja previsto à nível da legislação processual ordinária ou como garantia constitucional, considerando ainda a cultura média do tempo e do lugar em que se encontra. Nesta perspectiva, a motivação tem como destinatários as partes e o tribunal superior. Quando o dever de motivar é imposto

¹³³ FERNANDES, Noeli. *op. cit.* p. 3309.

como garantia constitucional, a motivação é apontada, sobretudo, como possibilidade de um controle externo e geral sobre o fundamento factual, lógico e jurídico da decisão¹³⁴.

Desta forma, os juristas não podem apenas se preocupar com a verdade, sendo seu dever procurar a justiça e a paz social, visando a manutenção de uma ordem equitativa e da confiança social, o que supõe a existência de considerações fundamentadas numa tradição jurídica, a qual se manifesta tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Assim, essencial é que cada julgador não perca de vista a sua independência na decisão a proferir, de acordo com a convicção, que deverá afirmar com clareza e sem desviar, naturalmente, dos textos legais, considerando as questões enfocadas por ambas as partes.

Em outra passagem, PAGE esclarece, que fazer justiça não é manipular ou saber de memória os Códigos; acima das leis está o Direito. É ele que os juízes devem aplicar, se querem dar às leis o seu verdadeiro e completo valor¹³⁵.

Assim, ao buscar a melhor interpretação, capaz de atingir a resolução do conflito e efetividade dos direitos e garantias constitucionais, deverá o magistrado aplicar a lógica do razoável, buscando conotações valorativas em suas decisões e respeitando a sua função precípua de garantir a efetividade da Justiça.

¹³⁴ Apud. FERNANDES, Noeli. *op. cit.* p. 3310.

¹³⁵ Apud. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *op. cit.* p. 165.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo básico enfatizar os posicionamentos doutrinários adotados e ressaltar a lógica do razoável como método de interpretação capaz de compreender os problemas humanos e proferir soluções mais justas.

Outrossim, enfatiza-se que o magistrado não pode mais ficar distante da realidade em que está inserido, mas sim deve estar em sintonia com as situações que o envolvem e deve decidir de forma criativa, não aplicando um formalismo exacerbado e sim interpretando a lei de forma ampla, com base nos valores defendidos pelo *logos do humano*, da razoabilidade, do bom senso e da transdisciplinariedade que a discricionariedade judicial o possibilita.

Desta feita, o julgador em sua atuação discricionária, ao interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, possui o dever de dar a solução mais justa ao caso concreto, subsidiado pela motivação e argumentação racional de suas decisões, favorecendo a segurança jurídica e o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Simultaneamente o magistrado deve atuar embasado no ordenamento jurídico e inserido no contexto social para que suas decisões estejam consubstanciadas tanto na teoria como na prática.

A utilização da lógica do razoável necessita de fundamentação e argumentação por parte do juiz como forma de limitação de arbitrariedades, haja vista que no Estado Democrático de Direito a motivação das decisões constitui um dos principais deveres dos magistrados para que haja um controle dos cidadãos em face do Poder Judiciário.

Esse novo repensar jurídico proposto, tem como objetivo, uma mudança na

atuação dos juízes.

O magistrado empenhado na função de decidir, que não despreza o ordenamento jurídico vigente e que aplica nas soluções dos litígios a lógica do humano, cumpre o seu papel de *bem* decidir, conferindo efetividade em suas decisões e garantindo os direitos fundamentais e a efetivação da Justiça na resolução dos litígios existentes no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo, Landy, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA DA SILVA. Ovídio. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.ftm>. Acesso em 10 de setembro de 2010.

BITTAR. Eduardo E. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In *Vade Mecum Saraiva*. 9ª. ed. atual. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. In *Vade Mecum Saraiva*. 9ª. ed. atual. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Regula os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. In *Vade Mecum Saraiva*. 9ª. ed. atual. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento. AI (TJPR - 18ª C.Cível – Agravo de Instrumento 0667857-7 Ibaity – Rel. Juíza Subst. 2º Grau. Lenice Bodstein – Unânime. J 14.07.2010) Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=70&TotalAcordaos=300&Historico=1&AcordaoJuris=990986>. Acesso em: 06 de junho de 2010.

CAPPELLETTI. Mauro. (*In Juizes Legisladores!*), tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.)

Carta da Transdisciplinaridade.(Adotada no Primeiro Congresso Mundial da Transdisciplinaridade, Convento da Arrábida, Portugal: 2 a 6 de novembro 1994). Comitê de Redação: Lima de Freitas, Edgar Morin e Basarab Nicolescu. Disponível em: http://www.redebrasileiradetransdisciplinaridade.net/file.php/1/Documentos_da_Transdisciplinaridade/Carta_da_Transdisciplinaridade_1994_-_I_Congresso_Mundial_da_TransD.doc Acesso em: 13 de outubro de 2010.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. *A Retórica no Direito: A Lógica da Argumentação Jurídica e*

o Uso da Retórica na Interpretação. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Os novos direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

FERNANDES, Noeli. *A Garantia Constitucional Da Fundamentação Da Decisão Judicial: Da Formação Linear À Formação Interdisciplinar da Magistratura*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

FRIEDE, Reis. *Vícios da capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado: (no processo civil, penal e trabalhista)*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado Constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Lógica Dialética - Discursiva e Teoria do Direito: Ensaio Crítico sobre Metodologia Jurídica*. p 6349. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/lucas_de_alvarenga_gontijo2.pdf Acesso em 12 de abril de 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L & PM Editores, 1987.

HARGER, Marcelo. *A Discricionariedade e os Conceitos Jurídicos Indeterminados*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.756, out./1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O Poder Discricionário do Juiz no Processo Civil*. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v.9, n. 1, p. 19-56, jan./mar. 1997.

MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de Controle da Discricionariedade*. In: GARCIA, Emerson (Coord.), *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MONTORO, André Franco. *Lógica Jurídica, ferramenta do jurista*. DI GIORGI, Beatriz, CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Direito ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas – Cidadania e Justiça*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NICOLAU, Marcos Fabio Alexandre. *A Ciência da Lógica no Sistema Hegeliano*. Kínesis, Vol. II, nº. 03, Abril-2010.

NICOLESCU, Basarab. *Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade*. Disponível em: <http://www.redebrasileiradetransdisciplinaridade.net/mod/resource/view.php?id=18> Acesso em: 10 de julho de 2010.

PEDROTTI, Irineu. *Acórdãos*. <http://www.irineupedrotti.com.br/acordaos/uploads/c89e2e09-d4b2-b783.pdf>. Acesso em 05 de Agosto de 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Considerações sobre uma lógica jurídica*. Traduzido do original em francês por Cássio Scarpinella Bueno. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman1.pdf>. Acesso em: 20 de Agosto de 2010.

_____. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ernantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *O julgamento como opção ética e a discricionariedade judicial*. Revista Espaço Acadêmico – Nº. 65-Outubro/2006-Mensal - ISSN 1519.6186, Ano VI. Disponível em: <http://espacoacademico.com.br/065/065pessoa.htm>. Acesso em 18 de julho de 2010.

PRADO, Lídia Reis de Almeida Prado. *O Juiz e a Emoção*. 3ª. ed. São Paulo: Millennium, 2005.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Público: Dissertação*. V. 1. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1989.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiência jurídica, natureza de La cosa y lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1971. Apud. SOUZA, Paulo Rogério Areias de. *A Importância da Lógica e da Argumentação para os Profissionais do Direito*. THEMIS-Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v.5, n.1, jan./jul. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editos, 1987.

SOUZA, Paulo Rogério Areias de. *A Importância da Lógica e da Argumentação para os profissionais do Direito*. THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. V. 5, n. 1, jan/jul.2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz: seleção e formação do magistrado no mundo*

contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

THEOPHILO, Roque. *A Transdisciplinariedade e a Modernidade*. Disponível em: <http://www.sociologia.org.br/tex/ap40.htm>. Acesso em 23 de junho de 2010.

TOMASZEWSKI, Adauto de A. *A Lógica do Razoável – um ensaio sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito*. Rev. de Ciências Jurídicas e Soc. Unipar. vol. 1, n.1: jul. /dez.1998

TREVISAN, Carolina Kummer. *Controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. Curitiba, 2005. 66 f. Monografia. (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

VIEIRA. Oscar Vilhena. *Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionalidade.html. Acesso em 24 de junho de 2010.