

## A Decisão Judicial

Carlos Alberto Menezes Direito\*

Apresento ao leitor algumas reflexões, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, já versado por tantos mestres, sobre a decisão judicial. Tive a oportunidade de dele cuidar no ciclo de debates organizado pela Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. Todos sabemos que o nosso aprendizado, que não dispensa a leitura constante e atualizada dos doutrinadores, tem suas raízes no dia-a-dia dos julgados, que vivenciamos dirimindo as questões postas ao nosso julgamento pessoal e ao julgamento de nossos colegas. Enfim, a jurisprudência acaba sendo a fonte inesgotável para orientar os nossos caminhos. É meu desejo registrar algumas idéias para provocar o assunto, que tenho por relevante. Como se forma a decisão judicial? Quais são os elementos essenciais que levam o julgador a decidir a questão de uma determinada maneira? Por que uma mesma regra jurídica recebe tratamento diferenciado dos juízes e tribunais? Essas questões, para todos os juízes que sentem a incompatibilidade entre o tempo disponível e o volume de processos que chegam sem parar, são importantes, ainda que não tenhamos tempo suficiente para desafiá-las. Essa angústia com o tempo nos leva a acreditar que mais importante é saber como deve ser resolvida a questão de direito material ou de direito processual. Como os tribunais estão decidindo sobre tal assunto e, ainda, como a doutrina os enfrenta. O que estou propondo é deixar por alguns momentos esse campo de trabalho para cuidar da aplicação do direito ao caso concreto, no exato instante em que buscamos no ordenamento jurídico, ou nos princípios gerais do direito, a regra ou princípio que deve incidir para resolver a causa que estamos julgando. O que faz o juiz no sistema jurídico brasileiro? O juiz é membro de um dos poderes do Estado ao qual está reservado o dever de prestar a jurisdição, ou seja, de dizer o direito. As partes buscam o Poder Judiciário quando pretendem defender um bem da vida. E os juízes devem, necessariamente, dizer qual o direito aplicável, decidindo a favor de uma das partes da relação processual. Será esse trabalho apenas uma decorrência do conhecimento científico do magistrado? Isto é, pelo fato de conhecer o direito o magistrado, pura e simplesmente, faz incidir uma determinada regra jurídica, federal, estadual ou municipal, ou certo princípio já consagrado? Ou está ele subordinado às suas circunstâncias pessoais, culturais e sociais? Qual a influência que a cultura do tempo desempenha no exercício da judicatura? Qual o papel que tem a chamada opinião pública na decisão judicial? Em que condições essas circunstâncias limitam a liberdade e a independência dos juízes? Finalmente, como tal cenário influi na interpretação da regra jurídica e na integração das lacunas? Sem falar em alguns outros fatores extrajurídicos que decorrem dos julgamentos colegiados, mencionados com a sabedoria de sempre por José Carlos Barbosa Moreira (Temas de Direito Processual, 6ª série, Saraiva, 1997, pp. 145 e segs.). Ronald Dworkin abre o seu livro O Império do Direito mostrando a importância do modo como os juízes decidem os casos. E, lembrando um famoso juiz dos Estados Unidos que dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos, escreve: “A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas freqüentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo” (Martins Fontes, 1999, p. 3). Peter Häberle, professor titular de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade de Augsburg, na Alemanha, produziu provocante estudo de hermenêutica constitucional sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Nesse texto, o professor Häberle procura mostrar que o juiz não é o único intérprete da Constituição porque os cidadãos e todos aqueles

que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças vigorosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Para Häberle, a “vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei” (Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1977). É certo que essas considerações teóricas não podem ser entendidas no sentido de que o senso de justiça individual substitua o critério posto pelo ordenamento jurídico como um todo. Lembram alguns autores a experiência do final do século passado e início deste do Tribunal de primeira instância de Château-Tierry, sob a liderança do Presidente Magnaud, ficando os seus membros conhecidos como “les bons juges”. Em livro de extraordinária utilidade, que todos deveríamos ter como leitura obrigatória, A Natureza do Processo e a Evolução do Direito, Benjamin Nathan Cardoso, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, diante de questão sobre como deveria decidir um juiz diante do conflito entre suas convicções e as convicções da comunidade, diante da resposta de um seu colega, que indicava a predominância das convicções pessoais do juiz, ofereceu grande lição. Disse o notável juiz que a hipótese formulada “não se verificará, provavelmente, na prática. Raro, na verdade, será o caso em que nada mais exista para inclinar a balança, além das noções contraditórias sobre o procedimento correto. Se, entretanto, o caso suposto aqui estivesse, creio que erraria o juiz que quisesse impor à comunidade, como norma de vida, suas próprias idiosincrasias de procedimento ou de crença”. Suponhamos, por exemplo, afirma Cardoso, “um juiz que encarasse a freqüência a teatros como pecado. Estaria ele agindo bem se, num campo em que a jurisprudência ainda não estivesse assentada, permitisse que sua convicção governasse sua decisão, apesar de saber que aquela estava em conflito com o standard dominante do comportamento correto? Penso que ele estaria no dever de conformar aos standards aceitos da comunidade, os mores da época. Isso não significa, entretanto, que um juiz não tenha o poder de levantar o nível de comportamento corrente. Em um ou outro campo de atividade, as práticas que estão em oposição aos sentimentos e standards de comportamento da época podem crescer e ameaçar entrincheirar-se, se não forem desalojadas. Apesar de sua manutenção temporária, não suportam comparação com as normas aceitas da moral. A indolência ou a passividade tolerou aquilo que o julgamento meditado da comunidade condena. Em tais casos, uma das mais altas funções do juiz é estabelecer a verdadeira relação entre o comportamento e as idéias professadas. Pode até acontecer, e expressamo-nos aqui um tanto paradoxalmente, que apenas uma medida subjetiva satisfaça padrões objetivos. Algumas relações, na vida, impõem o dever de agir de acordo com a moralidade costumeira, e apenas isso. Nessa hipótese, a moralidade costumeira deverá constituir, para o juiz, o standard a adotar” (“A Natureza do Processo e a Evolução do Direito”, Coleção Ajuris, Porto Alegre, 1978). A decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto. A criação de um computador que, alimentado com a lide proposta e com as leis vigentes, seja capaz de emitir um julgado até pode ser idéia atraente e, mesmo, factível. Os cientistas têm condições de criar um soft adequado para tanto. Essa perspectiva não é fora de propósito, se pensarmos que a ciência já anda a passos largos para a invasão do código genético. O que se quer significar com isso é que a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos, crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social. O processo de aplicação do direito realizado pelo juiz começa com a identificação da causa, da situação de fato, das circunstâncias concretas, ou como diz meu querido colega Ministro Costa

Leite, com o conhecimento da base empírica do processo. Nesse momento, o Juiz começa a abrir a sua inteligência para a noção de justiça. Quem está com a razão? Quem deve vencer a lide? Enquanto o magistrado não conhecer todos os fatos da causa ele não estará em condições de emitir nenhum julgamento. Sem dominar as circunstâncias concretas dos autos o juiz não está preparado para buscar a disciplina jurídica própria, seja no rol do direito positivo seja nas demais fontes possíveis, assim os princípios gerais do direito, os costumes etc. É necessário não esquecer nunca o juiz que a sua função é a de realizar a justiça, não a de, pura e simplesmente, encontrar uma regra jurídica aplicável ao caso sob julgamento. O direito positivo é, apenas, um meio para que ele preste a jurisdição.

Após esse contato com a realidade dos autos, o juiz alcança o segundo momento de sua atividade: a determinação das regras ou princípios jurídicos aplicáveis ao caso. E essa determinação, segundo José de Oliveira Ascensão, em obra preciosa, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, pode ser dividida em três processos fundamentais: 1) interpretação; 2) integração das lacunas; 3) “interpretação enunciativa” (1ª ed. brasileira, Renovar, 1994, pp. 301 e segs.). É claro que todos conhecem as bases sobre as quais estão assentados esses três processos fundamentais de determinação das regras jurídicas. A interpretação é a atividade que nos permite, partindo da fonte do direito (lei, costume, jurisprudência, equidade), revelar o sentido da regra que ela alberga. É bom deixar claro, muito claro, que não prevalece mais o velho princípio “in claris non fit interpretatio”. Até para que se afirme isso é imperativo que seja feita a interpretação. Como ensina Ascensão, a “interpretação em sentido amplo é a busca, dentro do ordenamento jurídico, da regra aplicável a uma situação concreta”. A aplicação não se confunde com a interpretação porque é posterior ao conhecimento da regra. E a integração surge quando uma solução jurídica se impõe sem que haja disponibilidade específica de fonte, configurada uma lacuna, procurando o juiz nas fontes admitidas pelo ordenamento jurídico a maneira de integrá-lo. E, finalmente, a interpretação enunciativa pressupõe a prévia determinação de uma regra, e a partir dela “consegue-se chegar até outras que nela estão implícitas, e que suprem assim a falta de expressa previsão de outras fontes. O que caracteriza a interpretação enunciativa é limitar-se a utilizar processos lógicos para este fim”. Desse processo resultará “uma nova regra, e não mera especificação da regra anterior”. É de comum sabença que são muitas as teorias sobre interpretação. Veja-se, por exemplo, a exaustiva exposição de Dworkin sobre os conceitos de interpretação (“uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra” – cit. pp. 55 e segs.). Mas, aqui, o propósito não está nesse plano teórico mais profundo. É suficiente relevar o trabalho de interpretação como um passo no ofício do juiz. Nós todos conhecemos o admirável estudo, infelizmente já hoje pouco lido, mas que deveria ser, igualmente, obrigatório para os magistrados, de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. O notável advogado e antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, com extrema simplicidade, mostrou que interpretar “é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”. E com acuidade afirmou que a “interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais” (Liv. Freitas Bastos, 1965, p. 21).

O trabalho do juiz repousa na interpretação. E vale mencionar que ele interpreta a regra jurídica, mas, também, interpreta a realidade fática, as práticas sociais. E é na interpretação que começa a delinear-se o problema da personalidade do juiz, que Barbosa Moreira indica ser “o complexo de traços que o distinguem de todos os outros seres humanos e assim lhe definem a quente e espessa singularidade”, compreendidas “as características somáticas do magistrado – v.g.. sexo, idade, cor da pele, condições de saúde física etc. – até elementos relativos ao seu background familiar, às suas convicções religiosas, filosóficas, políticas, aos conceitos (preconceitos) que tenha acerca dos mais variados assuntos, à sua vida afetiva, e por aí

afora” (cit., p. 145). Esse conjunto de qualidades tem influência decisiva no trabalho de interpretação que o juiz realiza. É evidente que não se pode imaginar que seja abandonada a importância da formação técnica nem do respeito que o magistrado tem diante da lei, como ordem da razão.

É de Carlos Maximiliano a lição sobre a natureza da elaboração legislativa. A lei, escreveu o mestre, “não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos”. Gostaria de tomar a interpretação, sem maior pretensão, sem veleidade teórica, apenas para efeito da exposição presente, no seu sentido amplíssimo. Quero dizer, interpretar como atividade central do juiz para revelar a sua convicção sobre a situação de fato e a regra descoberta, até mesmo no sentido de definir o instrumento que vai utilizar quando tiver necessidade de preencher uma lacuna.

O juiz, quando interpreta, jamais é neutro. Ele está revelando o seu sistema de convicções, que serve de inspiração na descoberta da regra e na sua incidência ao caso concreto. Com muito mais razão, não é neutro quando realiza o trabalho de integração. Dizer que o juiz é neutro quando presta a jurisdição é uma hipocrisia.

Por isso mesmo, não creio que os racionalistas estejam certos quando admitem que o juiz é um ser acima das paixões, sendo mero intermediário entre a norma em abstrato e a sentença, a solução concreta do caso. Sobre essa diversidade quanto a ser a interpretação um ato de conhecimento, como querem os racionalistas, ou um ato de vontade, como querem os anti-racionalistas, vale a pena consultar o estudo de meu bom e lúcido amigo e colega Ministro Ruy Rosado de Aguiar (“Interpretação”, *Ajuris*, nº 45, março de 1989, pp. 7 e segs.).

Diante desse cenário é pertinente perguntar se a interpretação pode modificar o comando da lei? Ocorre que mesmo o trabalho de interpretação, com a maior amplitude que possa ter, não tem condições, em regra, de modificar a lei. E por que não tem? Porque a existência da lei impede que o juiz julgue como se fosse livre o direito. Mas a prática tem demonstrado que em muitas circunstâncias a interpretação, adaptando a lei à realidade, conduz a um julgamento além da lei. Em algumas ocasiões, ocorre uma necessidade de compatibilizar a realidade com a lei, particularmente, se a lei está envelhecida no tempo. Em um certo sentido, o Juiz pode criar com a sentença um novo direito, valendo lembrar, ainda uma vez, Dworkin, destacando o sentido trivial desse conceito, em que o juiz enuncia uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição, nunca antes declarados. E quando assim faz, completa Dworkin, alega que uma nova formulação “se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado” (cit., p. 9).

Cada dia mais, esse papel construtivo do juiz está ganhando vigor. E, igualmente, forte está a identificação do limite da lei pelo princípio da razoabilidade. Luis Recaséns Siches ensinava que o juiz deve submeter-se à lógica do razoável, explicando assim as etapas percorridas pelo julgador, como destacou bem o citado estudo do Ministro Ruy: “filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz aportes de circunstâncias extralegis, pondera as conseqüências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição. O juiz não só aplica a lei, pois nenhuma é completa, só a sentença o é. Julgando, o juiz tem função criadora, vez que reconstrói o fato, pondera as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhe a norma a aplicar e lhe estabelece a extensão. Nesse trabalho, necessariamente faz valorações, que não são as suas pessoais, mas as do ordenamento jurídico. Sendo um criador, o juiz, no entanto, está submetido à ordem jurídica, recomendando-se-lhe a renúncia no caso de desconformidade irreconciliável entre a sua consciência e a lei”. A lógica do razoável “está condicionada pela realidade concreta do mundo em que opera: está impregnada de valorações, isto é, de critérios estimativos ou axiológicos, o que a distingue decisivamente da lógica do racional; tais valorações são concretas, isto é, estão referidas a uma determinada situação humana real; as valorações constituem a base para estabelecimento dos fins; a formulação dos fins não se fundamenta exclusivamente sobre valorações, mas está

condicionada pelas possibilidades da realidade humana concreta; a lógica do razoável está regida por razões de congruência ou adequação: entre os valores e os fins; entre os fins e a realidade concreta; entre os fins e os meios; entre fins e meios e a correção ética dos meios; entre fins e meios e a eficácia dos meios; por último, a lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos da experiência da vida humana e da experiência histórica". O grande filósofo do direito mostrou com toda clareza que o processo de interpretação de uma norma geral diante de casos singulares, a individualização das conseqüências dessas normas para tais casos e as variações que a interpretação e a individualização devem ir experimentando, "todo eso, debe caer bajo el dominio del logos de lo humano, del logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser resuelto razonablemente" (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, p. 140).

Em monografia que merece ser lida, Margarida Lacombe Camargo destaca o ponto relevante da obra de Recaséns Siches, ao acentuar que independente da vontade da lei ou da vontade do legislador, "o processo de individualização das leis nas decisões judiciais referem-se, mais especificamente, à sua concretude e à sua temporalidade".. Para Margarida Lacombe Camargo, que equipara a nova filosofia de Recaséns Siches a autores como Viehweg e Perelman, com a influência do pragmatismo norte-americano, "os juízes, ao privilegiarem os efeitos concretos do direito na sociedade, muitas vezes se vêem diante da necessidade de dissimular a lei para fazer justiça, ou pelo menos evitar a injustiça. Mas, para escapar de qualquer tipo de crítica ou acusação em virtude de terem agido arbitrária ou negligentemente, ameaçando a ordem e a estabilidade social, precisam elaborar uma justificativa que apresente uma aparência lógica e que seja, portanto, convincente. O que Recaséns Siches almeja é que os juízes possam agir sem culpa; fazer justiça sem culpa 'sob a luz do meio-dia'" (Hermenêutica e Argumentação, Renovar, 1999, pp. 157 e segs.).

Como afirma Paulo Roberto Soares Mendonça, Recaséns Siches "inverte o eixo da operação interpretativa, a qual passa a estar centrada no caso e não na norma e, com isso, faz com que a norma aplicável seja aquela realmente adequada ao fato existente e não apenas uma mera adaptação de uma lei genérica. A decisão passa então a apresentar um caráter construtivo, uma vez que atualiza o sentido da norma a cada causa julgada", com o que a "literalidade do texto legal torna desnecessário um esforço hermenêutico, no sentido de obter uma explicação 'racional', para uma decisão que se considera de antemão como 'justa'. A decisão originada pela aplicação da 'lógica do razoável' pode ser melhor classificada como 'correta', porque fundada em valores socialmente relevantes" (A argumentação nas decisões judiciais, Renovar, 1997, pp. 56-57).

Quando o juiz cumpre todas as etapas do processo de julgar, ele, afinal, conclui com uma realidade concreta que é a sentença. O que era uma norma geral, uma proposição jurídica, torna-se realidade concreta, resolvendo o conflito posto em julgamento, dando eficácia ao que estabeleceu o legislador. Nesse momento, a norma geral tem o alcance que lhe deu a interpretação do juiz daquele caso, e que, portanto, pode ser diverso da interpretação dada por outros juízes. A sentença é que revela a presença do Estado para encerrar a lide, pôr fim à disputa entre os cidadãos ou entre os cidadãos e o Estado. Essa força da sentença – daí a necessária preservação da liberdade de convencimento do juiz – é que pode apresentar, em certas circunstâncias, efetivamente, uma configuração legislativa, exatamente, em função do trabalho de interpretação do juiz. O fato é que o magistrado quando prolata a sua sentença está impondo coativamente uma solução para a lide. É o Estado que está dizendo o direito pela sentença do juiz. Se esse quadro existe na interpretação infraconstitucional, no plano da interpretação constitucional está presente com mais vigor. Gomes Canotilho, cuidando dos limites da interpretação da Constituição, mostra que o problema é saber "se, através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limite de mutações constitucionais ou, pelo menos, a mutação constitucional não deve transformar-se em princípio 'normal' da interpretação (K. Stern). Já atrás ficou dito que a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa". De todos os modos, adverte o mestre que a "necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocada pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O

reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas (stillen Verfassungswandlungen) é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, pp. 1.153-1.154). O juiz tem, nos dias de hoje, um amplo campo do agir interpretativo. De modo geral, as teorias de interpretação procuram justificar esse papel construtivo do juiz, como fundamento para a realização da justiça, para a distribuição pelo Estado da prestação jurisdicional ancorada na idéia da justiça para todos. A lei, por isso, passa a ser apenas uma referência, dela devendo o juiz extrair a interpretação que melhor se ajuste ao caso concreto, com a preocupação única de distribuir a justiça, ainda que, para tanto, tenha de construir sobre a lei, mesmo que a proposição esteja com clareza suficiente para o caso sob julgamento. O magistrado deve considerar com muita cautela a sua capacidade de provocar uma interpretação construtiva que altere o comando legal, ainda que, em muitas situações, isso seja impossível de evitar. Veja-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria de meu querido amigo e exemplar magistrado o Ministro Eduardo Ribeiro, examinando ação declaratória de paternidade por meio da qual o autor, com base em exame pelo método do DNA, contesta a legitimidade da filha de sua ex-mulher, nascida na constância do casamento, com requerimento de anulação do registro de nascimento e a revogação da obrigação de prestar alimentos. A sentença extinguiu o processo sem o julgamento de mérito, com base nos arts. 337 e 343 do Código Civil, tendo o pedido por juridicamente impossível, uma vez que não embasado nas exceções do art. 340, I ou II do Código Civil. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso de apelação destacando na ementa que as “regras do Código Civil precisam ser adaptadas ao novo sistema jurídico brasileiro de direito de família, implantado pela Constituição Federal de 1988 e diplomas legais posteriores. Isso implica revogação de vários dispositivos daquele Código, como, por exemplo, os arts. 340, 344 e 364, em matéria de filiação. Tornou-se ampla e irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica, que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios na filiação: verdade jurídica – verdade biológica – verdade sócio-afetiva). Destarte, não há que opor obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não podem persistir os prazos exíguos de decadência contemplados no art. 178, §§ 3º e 4º, inciso I do Código Civil”. O voto condutor no Superior Tribunal de Justiça assinalou a relevância da questão relativa ao art. 340 do Código Civil. Para o Ministro Eduardo o “sistema instituído pelo Código Civil, fiel às concepções e à organização social da época em que editado, visava a resguardar rigidamente a chamada família legítima. Várias disposições criavam empecos a que se pudesse atribuir, a pessoas casadas, filhos havidos fora do matrimônio. Entre elas avultava o disposto no art. 358, a vedar o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos, regra não mais subsistente. Iguamente o art. 364, que impedia a investigação de maternidade quando pudesse resultar atribuir-se prole ilegítima a mulher casada. Em relação especificamente à apontada presunção de paternidade, previu-se, não apenas que privativo do marido o direito de contestá-la, como se procurou restringir as hipóteses em que isso poderia ocorrer. À sociedade de então importava evitar o reconhecimento de que muitas pessoas deviam sua existência a relações tidas como ilícitas. Como não era possível impedir o fato, afastavam-se as conseqüências jurídicas”. Mostrou o voto do relator que as “leis estabelecem padrões de comportamento tendo em vista os valores da época em que editadas. Submetidos esses a profunda revisão, as normas jurídicas hão de ser entendidas em consonância com as novas realidades sociais. E creio poder-se afirmar que os costumes sexuais e as relações de família constituem um dos territórios em que maiores as modificações que a sociedade conheceu nesses oitenta anos de vigência do Código Civil”. Finalmente, advertiu que seria “chocante absurdo que, nos tempos atuais, quando a ciência propicia métodos ensejadores de notável segurança na pesquisa da paternidade, ainda estivesse adstrito o julgador a restringir-se a negá-la tão-só quando realizadas as hipóteses do artigo 340”. E, como corolário, o voto concluiu por admitir que “o prazo de decadência haverá de ter como termo inicial a data em que tenha ele elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa” (R. esp nº 194.866-RS). Na oportunidade, divergindo da argumentação da maioria, anotei ser “sempre fascinante acompanhar a vitalidade da interpretação construtiva dos tribunais. A hermenêutica ganha hoje sempre mais vigor diante da rapidez com que a realidade social se transforma”, mas afirmei que “o trabalho de interpretação, por maior amplitude que possa ter, não tem, na minha avaliação, condições de ultrapassar a lei. A lei impede que o juiz julgue como se fosse livre o direito ou como se estivéssemos sob o regime da

equity. É claro que poderá haver em muitas ocasiões necessidade de compatibilizar a realidade com a lei, particularmente quando a lei está envelhecida no tempo. E, nesse momento, o limite da lei deve ser aferido com a presença do princípio da razoabilidade”. E, ainda, considere que, no caso, não era possível “interpretar além do limite da lei, que é expressa e tem motivação certa”. Nesse caso, a Corte fez uma interpretação construtiva, socorrendo-se da força da realidade, da modificação da sociedade, do avanço da ciência repercutindo na organização jurídica da sociedade.

Lembro-me, quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de ter enfrentado questão acerca da verificação do quorum de instalação de assembléia geral de determinado clube carioca. Apliquei, então, a doutrina da força normativa dos fatos de Georg Jellinek. Tratei, naquela ocasião, da força do costume como fonte do direito. François Geny, no seu clássico *Méthode d'Interpretation*, define o costume como um uso existente em um grupo social, que expressa um sentimento jurídico dos indivíduos que compõem tal grupo. E Eugen Erlich ensina que o costume é a norma do futuro, como destaca em sua obra *Fundamental Principles of the Sociology of Law* – é importante como elemento para a melhor interpretação do direito. É nesse sentido que se encaixa a doutrina da força normativa dos fatos: quando um determinado hábito social se prolonga, acaba por produzir, na consciência dos indivíduos que o praticam, a crença de que é obrigatório, em resumo da exposição contida na sua conhecida obra *Teoria Geral do Estado*. Em outro caso, também do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o mesmo Ministro Eduardo Ribeiro, discutia-se a interpretação do Código Comercial no que se refere à prova dos contratos de fretamento. Considerou a Corte que a carta partida, referida no art. 566, é contemporânea da época quando não existiam o fax, o telex, o telefone. Mostrou o relator que o “costume fez, então, que se assentassem os termos do contrato em documento que era rasgado ao meio, sendo metade entregue a cada parte. Mesmo naquela época, era possível efetuar-se o registro do acordo junto ao escrivão. Verdade, todavia, que os entendimentos eram mantidos pessoalmente ou via carta”. A Corte levou na devida conta que os tempos são outros e as regras do velho Código devem ser analisadas “de acordo com a nova realidade, a qual implica reconhecer a velocidade com que a comunicação se realiza. Inúmeros negócios são fechados por telefone e fax, iniciando-se a execução antes mesmo da formalização de um documento”. Mas a Corte considerou, também, que “o contrato de fretamento é espécie de contrato de transporte e este prova-se por todos os meios permitidos em direito. Repita-se, mais uma vez, que a exegese dos dispositivos do Código Comercial não pode ser feita como se ainda estivéssemos em 1850” (R. esp. nº 127.961-RJ). Seria bem o caso de lembrar a célebre frase de Gaston Morin: a revolta dos fatos

contra o Código. Isso revela muito claramente que o juiz diante do caso concreto tem uma capacidade de interpretação que vai depender, basicamente, do seu conhecimento adequado da teoria do direito e, no mesmo patamar de importância, da sua capacidade de perceber a realidade e contaminar-se, apenas, do sentimento de justiça.

Pode ocorrer, ainda, que o trabalho de interpretação resulte negativo. Veja-se, por exemplo, a denominada interpretação corretiva, já conhecida desde Aristóteles, como manifestação da equidade, a que se refere Ascensão, em que o resultado da interpretação pode acarretar um sentido nocivo para a lei. Para o doutrinador português, é preciso cautela para que não se afaste a lei; mas é preciso saber que o juiz pode e deve utilizá-la “quando a aplicação da lei a certas hipóteses, compreendidas no seu âmbito, mas que não pertencem ao núcleo de casos que justificaram a norma, produz resultados infensos ao bem comum” (cit., p. 340). Esse sentimento de justiça, que faz com que o juiz vença as limitações da lei, subordina a lide, no fundo, ao sistema de convicções do juiz, ao seu sentido de justiça. Ele carrega para a decisão a força do seu temperamento, da sua formação, das influências que recebe da sociedade, da cultura do seu tempo. A justiça é a justiça na perspectiva daquele que está julgando, aplicável ao caso sob julgamento, à medida que é, pelo menos, muito difícil avançar um conceito de justiça comum a todos os Juizes e para a generalidade dos casos. Bem a propósito, Inocêncio Mártires Coelho, em seu recente livro *Interpretação Constitucional*, assinalou que “é precisamente no ato e no momento da interpretação-aplicação que o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto”. De fato, diz o antigo Procurador-Geral da República, o juiz “cria a norma de decisão concreta ou a norma do caso, para realizar a justiça em sentido material, porque

estará decidindo em vista das particularidades da situação posta a seu julgamento”. Foi com esse cenário presente, por exemplo, que os tribunais brasileiros construíram a denominada doutrina da sociedade de fato, para dar conseqüências jurídicas a uma realidade que o direito positivo, por mero preconceito, procurava esconder. E, com a Constituição de 1988, que ampliou a proteção com a regra sobre a união estável (art. 226, § 3º), foi possível garantir o reconhecimento da existência de uma família mesmo sem o papel timbrado do casamento formal. A legislação especial veio, tão-somente, consolidar a farta jurisprudência existente na matéria. E esse trabalho de construção ganha maior fôlego diante da necessária integração das lacunas. A lacuna ocorre, simplificada, quando existe falha na previsão de um caso que deveria estar regulado ou quando há previsão, mas os efeitos correspondentes não estão previstos. E, mais ainda, com a chamada interpretação ab-rogante, mediante a qual o intérprete constata que a regra está morta. E tudo se faz sempre a partir do princípio clássico do aproveitamento das leis, ou seja, deve ser dado um sentido útil ao texto legal. Mais uma vez, é bom assinalar que em direito constitucional, particularmente, com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, o trabalho de interpretação é sempre para reduzir os casos de inconstitucionalidade, até mesmo com a instigante interpretação conforme a Constituição. Nesse caso, o objetivo é assegurar a constitucionalidade da interpretação. A Corte confere preferência àquela que está de acordo com a Constituição, sempre utilizada quando a lei permite um espaço de interpretação, na lição de Canotilho. E nunca é demais invocar a lição de Konrad Hesse, Professor da Universidade de Freiburg e ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã: “... a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. O juiz é um agente do Estado, é sempre bom repetir, que concretiza o trabalho do legislador. A lei só está concretizada quando interpretada e aplicada ao caso concreto. E esse trabalho não é de todo simples, como pode parecer. Aí o grave risco de transformar-se a atividade judicante em uma rotina de produzir sentenças. É claro que em um país como o nosso, com uma enorme carga de processos, com poucos juizes e muitos processos, a tentação é grande em deixar-se levar pelo desânimo. O juiz deve considerar o ato de julgar como um trabalho que exige não apenas o seu conhecimento, mas, também, disciplina. A disciplina é para subordinar-se ao comando da lei, sem perder a capacidade de construir para fazer justiça ao caso que está sob a sua responsabilidade; disciplina para não transformar o seu julgamento no desaguadouro das suas insatisfações e crenças pessoais; disciplina para meditar sobre o processo. Na velha lição de Henry Campbell Black, “se a linguagem da lei é ambígua, ou se enseja duas construções, o Tribunal pode e deve considerar os efeitos e as conseqüências de uma e de outra para adotar a que torne a lei efetiva e produza os melhores resultados” (Interpretation of Laws, West Publishing CO, 2ª ed., 1911, p. 100). O juiz trabalha com as fontes, ainda que, freqüentemente, procure apenas uma delas que é a lei. E nesse trabalho ele dedica-se a interpretar e aplicar diante do caso concreto. Em razão do volume de demandas ele, com indesejável freqüência, não encontra tempo para refletir sobre a realidade que está em julgamento. E, se tem consciência social, sente-se atraído pela escola crítica e a possibilidade de ampliar os horizontes da interpretação e aplicação buscando a solução mais fácil do direito além da lei, do direito amparado no seu próprio senso de justiça, nas suas crenças pessoais. Esse é o risco que o juiz não deve correr porque ele ameaçará com tal comportamento todo o sistema democrático, que tem no Poder Judiciário o instrumento para assegurar o primado da lei e do direito. Se o juiz abandona esse cenário, pondo-se a emitir juízos desvinculados da ordem jurídica que lhe incumbe preservar, a sociedade não terá mais nem justiça nem liberdade, porque justiça e liberdade estarão limitadas ao juízo de valor de um juiz ou tribunal. Veja-se, mais uma vez, a lição de Cardozo, como disse no início, leitura obrigatória de todos os juizes na verdadeira acepção da palavra: “Se perguntardes como saberá o juiz que um interesse sobrepuja outro, poderei responder-vos, apenas, que o seu conhecimento deverá provir das mesmas fontes



que inspiram o legislador, a experiência, o estudo, a reflexão; em resumo, da própria vida. Aqui, na verdade, encontra-se o ponto de contato entre o trabalho do legislador e o do juiz. A escolha de métodos, a estimativa de valores, tudo deve ser guiado, no fim, por considerações semelhantes, seja no caso de um, seja no caso de outro. Cada um deles, realmente, está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvida de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas para suprir lacunas e encher os espaços vazios no direito positivo. Até onde pode ir sem ultrapassar os limites dos interstícios, eis o que não pode ser rigorosamente delimitado em um mapa para seu uso. Deve aprendê-lo por si próprio, à medida que adquire o senso de conveniência e de proporção, proveniente dos anos de hábito na prática de uma arte. Mesmo no que se refere às lacunas, há restrições, não facilmente definidas, mas sentidas por todos os juizes e juristas; apesar de serem extremamente sutis, atalham e circunscrevem sua ação. São estabelecidas pelas tradições dos séculos, pelo exemplo de outros juizes, seus predecessores e colegas, pelo julgamento coletivo da classe e pelo dever de aderir ao espírito difundido do direito". O que importa é que o juiz saiba que a sua decisão põe termo a uma lide, gerando conseqüências. E aqui está um último elemento relevante. Não pode o juiz decidir sem levar em conta as conseqüências da sua decisão. Por exemplo, é necessário ter cautela com condenações absolutamente inexecutíveis. Quando um juiz vai fixar o valor de um dano moral, que a jurisprudência considera subordinado ao seu prudente arbítrio, ele deve ter presente exatamente essa prudência. Não é admissível a fixação de valores completamente fora da realidade brasileira, valores exorbitantes, sem nenhum padrão, fora do alcance das partes. Foi nessa direção que o Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria de meu caro amigo e cuidadoso Juiz, Ministro Nilson Naves, assumiu a responsabilidade de mexer na jurisprudência assentada, com base na Súmula nº 7, para corrigir o excesso que desmoraliza a atividade judicante. Na ocasião, todos concordaram que, embora o constituinte dos oitenta não tenha criado o Superior Tribunal de Justiça com esse objetivo, impunha-se rever a jurisprudência, em caráter excepcional, para evitar a decisão judicial absurda. No seu voto, o Ministro Naves ressaltou que "seja lá qual for o critério originariamente eleito, o certo é que, a meu ver, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. Urge que esta Casa, à qual foi constitucionalmente cometida tão relevantes missões, forneça disciplina e exerça controle de modo que o lesado, sem dúvida alguma, tenha reparação, mas de modo também que o patrimônio do ofensor não seja duramente atingido. O certo é que o enriquecimento não pode ser sem justa causa" (R. esp. nº 53.321-RJ).

Em qualquer circunstância, deve o juiz redobrar as suas cautelas, não aceitando valores que não estejam de acordo com a realidade, pouco importa que tenha o amparo do contador ou de laudos técnicos. O que o Juiz tem de aferir é se o resultado é compatível com a situação concreta, sem exageros, sem abusos. O juiz não pode decidir sem considerar todo o conjunto dos autos. Não é suficiente uma prova. Nem mesmo a técnica. É do juiz a responsabilidade de conhecer toda a realidade subjacente. Só assim ele cumpre a sua função de dizer o direito. Lembro-me de uma ação de anulação de testamento de que fui relator ainda na Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que a sentença anulou o testamento baseado em um laudo psiquiátrico que apontou a testadora como padecendo de esquizofrenia esquisoafetiva, em fase crônica, que a incapacitava para os atos da vida civil. Decidi em sentido contrário ao laudo, trazendo a literatura sobre a esquizofrenia, para concluir que o que deve ser considerado é a compatibilização entre o ato e a realidade. Assim, diante de um laudo "que oferece poucos elementos de análise, mas, apenas, conclusões peremptórias indiretas, diante de uma prova testemunhal robusta, contendo a afirmação do tabelião que colheu o testamento, e o depoimento de pessoas modestas que conviveram com a testadora, diante dos termos da procuração passada a uma das autoras, tempos após o testamento que se pretende anular, finalmente, diante da logicidade do testamento que beneficiou uma criança cuidada pela testadora, que não possuía herdeiros necessários, desde o nascimento, a revelar carinho e afeição normais para uma mulher solteira, sem filho, com irmãs que a internavam a toda hora", o recurso foi provido e afastada a anulação do testamento. Mas é indispensável assinalar que o fundamento do julgado é que dá força ao dispositivo. Juiz que julga sem convencer, sem expor as razões de seu convencimento, ademais de violar o direito positivo, malfere a essência da função judicante.

O juiz, na sua independência, não pode decidir agredindo a realidade. Nem pode demonstrar com atos judiciais extremos o seu poder constitucional. A força da decisão judicial é a sua compatibilidade com as condições concretas da sociedade, é a sua adequação ao critério do que é razoável, presente a lei, com o que o julgado e a sua consequência têm equilíbrio. O que é, portanto, necessário é que o juiz transforme a prestação jurisdicional em ponto de referência da sociedade. Não quer isso dizer que serão eliminados os descontentes; quer dizer, isso sim, que a decisão coube no critério de justiça do tempo vivido, na compreensão do homem médio. Mas jamais se deixar dominar pelo “tribunal da opinião pública”. O que eu gostaria muito de transmitir, já no planalto da minha biografia, mas sempre com muito amor pela Justiça, é que o juiz não precisa demonstrar a sua força. Ao contrário, ele precisa demonstrar a sua competência, a sua capacidade, inspirando o respeito da sociedade. E, mais do que nunca, isso é necessário. Quando tudo se encaminha para limitar os juízes, para cercear os seus poderes de julgar, principalmente no âmbito das cautelas, é preciso encontrar o caminho para reconquistar o espaço com o exercício firme da judicatura, sem concessões, mas, também, sem excessos.

Se muitos esquecem o que representou e representa o Poder Judiciário brasileiro em momentos decisivos da vida brasileira, é bom tirar da gaveta os exemplos de dignidade, de coragem, de honradez de milhares de juízes em todas as instâncias. Não é hora de falar das exceções. É hora de falar da regra. E a regra é essa vida vivida com o sofrimento de decidir diariamente, sem muitos confortos, exposta a toda sorte de diatribes, tendo como tribuna os autos, limitada pela razão simples de não servir para outro propósito que o de fazer justiça, mas poderosa pela razão de ser o estuário de angústias, desesperanças, sofrimentos, tristezas. Fortes são os juízes, sobretudo, porque têm sede de Justiça. Como disse André Compté-Sponville: “felizes os que têm sede de justiça porque jamais serão saciados”.

\*Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor Titular da PUC-RJ e da Associação de Juristas Católicos.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A Decisão Judicial.** Disponível em <<http://www.jcadvocacia.com/index2.htm?cont=publicacoes&publicacao=9&categoria=2>>. Acesso em 01 de novembro de 2006.