



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
PRÓ - REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

RAIFF RAMALHO DOS SANTOS

**TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS:
HERMENÊUTICA JURÍDICA DENTRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
CONSUMERISTA**

**CAMPINA GRANDE
2019**

RAIFF RAMALHO DOS SANTOS

**TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS:
HERMENÊUTICA JURÍDICA DENTRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
CONSUMERISTA**

Monografia apresentada a Pós-Graduação em Prática
Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial para obtenção do título de especialista
em prática judicante.

Área de Concentração: Direito Civil, Direito
Constitucional, Linguagem Jurídica, Direito Processual
Civil, Teoria da Decisão Judicial e Justiça.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Monica Lucia Cavalcanti de
Albuquerque Duarte Mariz-Nóbrega

CAMPINA GRANDE
2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S237t Santos, Raiff Ramalho dos.

Teoria da decisão judicial e seus impactos econômicos [manuscrito] : hermenêutica jurídica dentro da Responsabilidade Civil Consumerista / Raiff Ramalho dos Santos. - 2019.

138 p. : il. colorido.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2019.

"Orientação : Profa. Dra. Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque Duarte Mariz-Nóbrega, Departamento de Direito Privado - CCJ."

1. Teoria da Decisão Judicial. 2. Hermenêutica Jurídica. 3. Responsabilidade Civil Consumerista. I. Título

21. ed. CDD 347

RAIFF RAMALHO DOS SANTOS

**TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS:
HERMENÊUTICA JURÍDICA DENTRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
CONSUMERISTA**

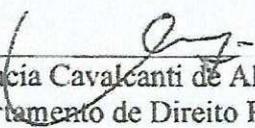
Monografia apresentada a Pós-Graduação em Prática
Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial para obtenção do título de especialista
em prática judicante.

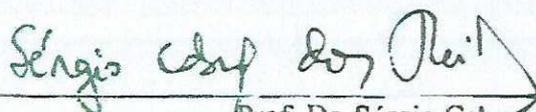
Área de Concentração: Direito Civil, Direito
Constitucional, Linguagem Jurídica, Direito Processual
Civil, Teoria da Decisão Judicial e Justiça.

Aprovada em: 26 / 04 / 2014.

Nota: 10,0 (Doutor).

BANCA EXAMINADORA


Prof.ª Dra. Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque Duarte Mariz-Nóbrega
Departamento de Direito Privado/CCJ/UEPB
Orientador(a)



Prof. Dr. Sérgio Cabral dos Reis
Departamento de Direito Privado/CCJ/UEPB e ESMA-PB
Membro(a) da Banca Examinadora



Prof.ª Dra. Rosimeire Ventura Leite
Departamento de Direito Público/CCJ/UEPB e ESMA-PB
Membro(a) da Banca Examinadora

Dedico este trabalho de conclusão de curso, a Deus, YHWH (יהוה), por toda força necessária para conquistar mais um degrau da escada do conhecimento, bem como todo o conforto e consolo nas horas mais difíceis durante o curso. Aos meus pais, Reginaldo (*in memoriam*) e Cláudia Ramalho, minha irmã adorável Catarina Ramalho, pela dedicação, companheirismo, força, amizade e toda compreensão durante todo o meu tempo em que estive desenvolvendo este trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, YHWH, por toda graça derramada nesse período de pós-graduação na UEPB. Ao Cristo, por me ensinar com sua eterna maestria, que tudo é possível ao que crê. Ao Espírito Santo, por sua infinita colaboração, socorro e consolação em nos momentos cruciais de minha vida.

A professora e orientadora Dra. Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque Duarte-Mariz-Nóbrega, por aceitar mais esse desafio em orientar, apoiar, incentivar e confiar na viabilidade deste trabalho, e principalmente pela amizade.

A minha mãe, Cláudia, por todo investimento nessa etapa da vida, bem como todo o afeto, respeito, admiração e conselhos. A minha irmã, Catarina, por toda sabedoria e por conseguir tirar risos onde havia lágrimas.

Ao amigo Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira, pelo companheirismo e incentivo nessa jornada pela magistratura, um muito obrigado.

A coordenadora, Rosimeire Ventura Leite, e as secretárias, Vera e Ana, pela maestria do funcionamento da ESMA-CG.

A excelentíssima e inesquecível, Dra. Audrey Kramy Araruna Gonçalves, por toda paciência, amor, excelência no ensino e saber jurídico, na mentoria e preceptoria da residência judicial no Tribunal de Justiça da Paraíba – TJPB, bem como os servidores da 4º Vara Civil de Campina Grande, Valclemir, Gabriela, Yolanda, Henrique, Jailto, Priscila, Jussara e a estagiária Laís, que me acolheram com muito afeto, carinho e atenção.

Aos colegas e professores da ESMA-CG, um obrigado.



“Busque a sabedoria para ajustar a justiça com a compaixão”. Anjo da Misericórdia sussurrando para Têmis - Biblioteca de Direito da Universidade de Samford (EUA).

RESUMO

Um dos anseios das sociedades tidas como complexas e tecnocratas é possuir um sistema judiciário eficiente, capaz de solucionar diversos tipos de litígios jurídicos em menor tempo possível, facilitando o fluxo de capital e crescimento econômico de um país. Assim, possuir um sistema judiciário, que cumpra com a segurança do ordenamento jurídico e possua entendimento claro, pacificado e solidificado nas decisões judiciais é de extrema importância para o avanço e fortalecimento dos tribunais brasileiros com elevado prestígio institucional. De fato, em um processo judicial as partes sempre almejam uma decisão judicial capaz de reconhecer direitos e deveres e pôr fim ao litígio restituindo a paz social. Com isso, a presente monografia trata de mecanismos, que auxiliam no alcance de uma decisão judicial mais fundamentada dentro da responsabilidade civil consumerista, observado como os magistrados do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) proferem e constroem as decisões judiciais, com ênfase na sentença civil, demonstrando que as decisões judiciais são construídas a luz dos princípios constitucionais e processuais. Assim, o magistrado terá como base de fundamentação na própria lei, nos princípios gerais do direito e, na dogmática jurídica, destacando a argumentação como um mecanismo de importância fundamental. Dessa forma, o principal objetivo é analisar a justiça em seu sentido formal e até mesmo material nas decisões proferidas pelo TJPB no âmbito da responsabilidade civil e consumerista, destacando a importância da utilização da hermenêutica jurídica como critério de racionalidade para as decisões judiciais no nível pragmático e formal dos raciocínios formulados. Para isso, se adotará os métodos indutivo e observacional, pelo qual buscará argumentos particulares na tentativa de explicar fenômenos gerais e observação do fenômeno a ser estudado. Percebe-se que a complexidade do litígio e os elementos constituintes, que demandará o uso ou não da hermenêutica jurídica perante o magistrado. No âmbito civil e consumerista o entendimento pacificado dos tribunais, jurisprudência, súmulas, entendimento doutrinário e ponderação de princípios constitucionais e processuais garantem uma maior segurança jurídica e fluidez econômica, como se observa nas decisões judiciais do TJPB, na qual conseguem manter a clareza e objetividade na maioria das suas decisões, evitando-se a morosidade processual e o fenômeno do ativismo judicial, presente no judiciário latino americano.

Palavras-Chave: Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica Jurídica. Responsabilidade Civil Consumerista.

ABSTRACT

One of the longings of societies considered as complex and technocratic is to have an efficient judicial system capable of solving various types of legal disputes in the shortest time possible, facilitating the flow of capital and economic growth of a country. Thus, having a judicial system that complies with the security of the legal system and has a clear understanding, pacified and solidified in judicial decisions is of extreme importance for the advancement and strengthening of Brazilian courts with high institutional prestige. In fact, in a lawsuit the parties always seek a judicial decision capable of recognizing rights and duties and ending the litigation by restoring social peace. This monograph deals with mechanisms that help to reach a more reasoned judicial decision within the civil responsibility of consumerism, observed as the judges of the Court of Justice of Paraíba (TJPB) utter and construct judicial decisions, with emphasis on the sentence demonstrating that judicial decisions are built in the light of constitutional and procedural principles. Thus, the magistrate will have as basis of reasoning in the law itself, in the general principles of law and, in legal dogmatics, highlighting the argumentation as a mechanism of fundamental importance. Thus, the main objective is to analyze justice in its formal and even material sense in the decisions issued by the TJPB in the scope of civil and consumer responsibility, highlighting the importance of the use of legal hermeneutics as a criterion of rationality for judicial decisions at the pragmatic level formal reasoning. For this, the inductive and observational methods will be adopted, by which it will look for particular arguments in the attempt to explain general phenomena and observation of the phenomenon to be studied. It is perceived that the complexity of the litigation and the constituent elements, which will require the use or not of legal hermeneutics before the magistrate. In the civil and consumer sphere, the pacified understanding of the courts, jurisprudence, precedents, doctrinal understanding and consideration of constitutional and procedural principles guarantee a greater legal certainty and economic fluidity, as can be observed in the judicial decisions of the TJPB, in which they maintain the clarity and objectivity in most of its decisions, avoiding the procedural slowness and the phenomenon of judicial activism, present in the Latin American judiciary.

Keywords: Theory of Judicial Decision. Legal Hermeneutics. Consumer Responsibility

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
CPC	Código de Processo Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EUA	Estado Unidos da América
STF	Supremo Tribunal de Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJPB	Tribunal de Justiça da Paraíba

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	11
2.1	A DECISÃO JUDICIAL VINCULADA AS ORIGENS DO DIREITO.....	11
2.2	SOCIEDADE E A BUSCA POR JUSTIÇA.....	17
2.3	NORMA JURÍDICA E A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA JURÍDICA	23
2.4	DEMOCRACIA E O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	27
2.5	A DECISÃO JUDICIAL E AS NORMAS JURÍDICAS.....	34
2.6	TIPOS DE RACIOCÍNIOS DESENVOLVIDOS PELOS MAGISTRADOS.....	49
2.7	A INTERPRETAÇÃO DO JUIZ E O DISCURSO NO PROCESSO.....	58
2.8	LINGUAGEM E HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	63
2.9	DECISÕES JUDICIAS E SEUS EFEITOS RADIANTE NA ECONOMIA	75
2.10	RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA DAS SENTENÇAS CÍVEIS...80	
3	CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
4	METODOLOGIA.....	98
	REFERÊNCIAS.....	102
	ANEXOS.....	110

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS: HERMENÊUTICA JURÍDICA DENTRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia intitulada “Teoria da decisão judicial e seus impactos econômicos: hermenêutica jurídica dentro da responsabilidade civil consumerista” tem como principal objetivo analisar a justiça em seu sentido formal e até mesmo material nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da Paraíba – TJPB no âmbito da responsabilidade civil.

Tem como objetivos específicos: a) avaliar o conceito de justiça no âmbito dos jusnaturalismo e neoconstitucionalismo; b) analisar a elaboração das normas jurídicas no âmbito do positivismo jurídico e neoconstitucionalismo; c) examinar os impactos econômicos das decisões judiciais nas sociedades complexas.

Nesse contexto, propõem-se o seguinte problema: como o magistrado se comporta no proferimento das decisões judiciais em meio ao forte ativismo judicial vivenciado pelo neoconstitucionalismo do século XXI? De certa forma, a justiça sempre foi um dos anseios mais esperados pela humanidade, devido ao alto grau de credibilidade institucional que os tribunais possuem no desenvolvimento das sociedades tidas como complexas, almejando buscar pela paz social que é essencial para o alcance da estabilidade jurídica.

Percebe-se que além das normas jurídicas, o ato de decidir, está relacionado com o próprio papel do magistrado em contribuir na construção do direito. Neste sentido, métodos que auxiliem na condução do julgamento, atribuindo a tais decisões maior grau de confiança e menos reprovação social, aproximando-a da verdade, são fundamentais. O juiz, quando assume o seu papel de julgar, cumpre um dever atribuído pelo próprio Estado Democrático de Direito, contudo, ele atua de forma integrativa e impessoal com a ajuda de métodos procedimentais que visam equilibrar o conteúdo da decisão a ser prolatada.

A escolha do tema encontra-se em experiências vivenciadas pelo autor nas aulas das disciplinas de Linguagem e Argumentação Jurídica, Decisões Judiciais, Hermenêutica Jurídica e Teoria da Decisão Judicial oferecidas pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba – ESMA, bem como na residência judicial na 4º Vara Civil do TJPB de Campina Grande – PB, que versava sobre ações de responsabilidade civil e consumeristas, do qual norteou para especificidade do conteúdo dessa monografia e entendimento prático para realidade dos tribunais brasileiros, nos aspectos humanos, administrativos, culturais e funcionais.

Diante disso, o presente trabalho tende a somar com estudos desenvolvidos sobre teoria das decisões judiciais no cenário da responsabilidade civil, pois a temática é complexa com diversas ramificações doutrinárias e filosóficas, mas que culmina numa melhora no ato de proferir decisões judiciais. Dentre estas ramificações, a argumentação é um mecanismo eficiente e importante para que o magistrado motive suas decisões observando o teor processual das ações judiciais de danos morais e matérias, bem como todo amparo administrativo e entendimentos consolidados pelos tribunais superiores.

Assim, perceberá, sob a nova hermenêutica interpretativa desempenhada pelo juiz, que a existência da norma jurídica, não é suficiente para sanar todos os litígios a serem sentenciados pelos magistrados, necessitando de recorrer da própria jurisprudência do tribunal e súmulas vinculantes, proporcionando benefícios de ordem teórica, científica e metodológica não apenas para acadêmicos, como também para a sociedade brasileira.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A DECISÃO JUDICIAL VINCULADA AS ORIGENS DO DIREITO

Antes de adentrar na teoria da decisão judicial, é necessário responder a seguinte indagação: O que é o direito? Losano (2007) afirma que essa indagação ainda gera discussões e celeumas no meio jurídico para se entender o “direito”. Em meio as nuances históricas da origem do direito, este surge com a finalidade precípua de estabelecer valores, visando à permanência da existência humana e a perpetuação da sociedade, visando solidificar um ordenamento eficaz que regulamentasse a vida comunitária.

O vocábulo “direito” é ambíguo, na medida em que pode indicar tanto o conjunto das normas de um ordenamento - o direito objetivo -, quanto a pretensão individual a uma certa prestação denominado de direito subjetivo. O estudo do direito é capaz de comportar análises de ordem ontológicas e históricas. A primeira aborda a fonte geral e essencial do Direito Positivo como um todo, levando a este como uma emanção da vontade, produto da natureza ou síntese integradora de ambas. A segunda, promove um levantamento de dados pertinentes às primeiras manifestações práticas do fenômeno jurídico e a sua variação no tempo, com abrangência dos fatos sociais circundantes, indução de princípios e leis de evolução jurídica.

Nader (2018) afirma que não há um consenso entre os doutrinadores a respeito das manifestações originárias do Direito, sendo este atrelado ao desenvolvimento das sociedades

complexas conforme o entendimento de Assis e Kümpel (2017), no qual o direito possui um intuito, de forma simples, solucionar problemas sociais opor meio da lei, costumes ou tradição sob a autenticidade de seu poder de coação, em torno de uma decisão judicial proferida por um indivíduo investido de poder estatal.

Desde as sociedades pré-letradas às pós-industriais, os homens se movem no interior de sistemas e regras, cuja a complexidade é diretamente proporcional à intensidade das transações e ao nível das culturas. Assim, todo o sistema de normas jurídicas regula, direta ou indiretamente, modos não violentos de transferência da propriedade, mediante a organização de um poder supra individual capaz de impedir ou corrigir as transferências violentas da propriedade.

Dessa maneira, Losano (2007) os conflitos jurídicos e sociais não são eliminados, mas apenas mantidos sob um controle devidamente legitimado, impedindo que coloque em risco as transações e, com isso, a própria sociedade. O autor entende que quanto mais embrionária for uma economia de uma sociedade, mais simples e flexível será suas regras jurídicas, até o ponto de se discutir se existe ou não um direito nessa sociedade.

No que concerne as primeiras formas primitivas, o direito estava associado as regras de convivência, devidamente consagradas e estabelecidas nos grupos sociais, sendo aplicado como sistema de vingança privada, pelo qual cumpria aos particulares a retribuição do mal. Dessa maneira surgiu os primeiros sistemas jurídicos, como exemplo a pena de talião, baseados em formas de punições severas para os infratores da ordem, dos costumes, tradições e leis divinas.

A arte de julgar era tida como ato solene e cheia de ritos e símbolos, assim, como próprio direito, era destinada nas sociedades aos líderes tribais; sacerdotes ou reis devido aos prestígios que possuía nas civilizações antigas. Na medida que o teor da vingança privada foi sendo substituída por critérios ditos racionais com o intuito de balancear os interesses sociais e das partes, nascia a fase da composição e criação do processo judicial, ou seja um conjunto de atos desencadeados pelas partes que culmina na decisão personificada na figura de um julgador, investido de poder.

Para Sternberg (1930 apud Nader, 2018), a passagem de uma fase para outra não se processou no mesmo período de tempo, pois enquanto os romanos faziam essa transição em seu império, os germanos só realizaram no período final da Idade Média. Na ótica de Del Vecchio (1959 apud Nader, 2018) a organização jurídica primitiva baseia-se no vínculo de

sangue no qual, tal parentesco criava uma unidade, com repercussão no Direito, pois os que ascendência comum mantinham recíproca tutela.

Segundo Nader (2018), essa unidade simbolizava um *totem*, representado por um animal, planta, ou pessoa. Denominava-se assim, as *gens* ou *clan* o grupo formado pelo vínculo de sangue, que possuíam uma grande força, pois encontrava-se o valor da solidariedade. O autor, argumenta que o direito surgiu no grupo social, quando um de seus membros provocou nos demais companheiros sentimento de vingança e temor pelo futuro, necessitando que as regras heterônomas fossem respeitadas diante das desavenças sociais.

De certa forma, o direito primitivo até o presente, vem-se registrando um aprimoramento do conceito de justiça. Para Ihering (1979 apud Nader, 2017) esse conceito estaria atrelado pela luta constante do homem na afirmação de seus direitos fundamentais. De certa forma, o processo de secularização do direito foi lento e dependeu dos avanços no desenvolvimento do pensamento científico do século XVI-XIX, no qual os fenômenos jurídicos foram explicados dentro da própria sistematização do direito do direito positivo.

Para os diversos juristas, o progresso jurídico é alvo a ser atingindo, pois pressupõe uma sociedade desenvolvida, na qual requer apuro técnico aperfeiçoado dos magistrados, advogados e demais profissionais da área, bem como as normas jurídicas com espírito lógico, com a devida adequação à realidade social subjacente em respeito a com os direitos inalienáveis do homem.

Com a forte presença do Neopositivismo, que irá impactar na elaboração das decisões judiciais, pois limitará a atuação do magistrado dentro da moldura jurídica inovando apenas na interpretação das normas jurídicas, do qual será mais detalhado esse fenômeno jurídico no decorrer desse trabalho, este recebeu a influência de duas correntes ou modelos de compreensão do fenômeno jurídico: Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico.

É importante frisar que essas duas correntes tem um ponto em comum que é explicar a essência do Direito, *quid jus*, e como ele se apresenta nas diversas sociedades. A primeira corrente, também conhecida com direito natural tem seu esboço na filosofia de Platão, na qual afirmava que a justiça seria alcançada através das decisões dos magistrados, cujo o governo da sociedade estaria nas mãos de sábios.

Assim, o jusnaturalismo apresenta um razão universal (logos) e um direito universal gravada nos corações dos homens, imutável, eterna, uma, imutável entre todas as nações e povos, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo sem despojar do seu

caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação de acordo com Cícero (2005 apud Barreto, 2018).

Para Marx (2010 apud Barreto, 2017) os direitos naturais representavam uma ideologia de pressão, criada a partir de conceitos vagos e abstratos que justificavam a denominação do clero e da burguesia sobre a exploração dos menos favorecidos em uma sociedade. Assim, a filosofia historicista¹ foi responsável, em boa parte, pelo aniquilamento da ideia de que há direitos eternos, perfeitos, imutáveis e universais, como tais oriundos do mito de uma natureza humana inalterável e “ahistórica”².

De certa forma, os excessos decorrentes da aplicação excessiva do texto legal da Escola da Exegética³ e os vícios políticos do Estado absolutista liberal, ambos somados à ascensão das correntes filosóficas antagônicas ao pensamento jusnaturalista culminara na queda da corrente do direito natural e ascensão da visão científica do Direito.

Com as influências da filosofia de Auguste Comte, numerosas correntes positivistas se erigiram tomando como norte a compreensão que o Direito é fundado na realidade dos fatos, dando origem as seguintes escolas: a) Analítica de Jonh Austin; b) Realista de Jermoe Frank; c) Normativista de Hans Kelsen.

A escola Normativista buscou dar autonomia científica ao Direito⁴ e afastar os mitos e superstições a que estavam vinculadas as doutrinas jurídicas do passado, afastando assim, todo idealismo e o misticismo presente na cultura jurídica da época. Assim, por meio de ordem jurídica sistematizada em categorias normativas escalonada no qual, a segurança jurídica, haurida de um ordenamento coeso, coerente e completo, alcançar-se-ia o fim maior: a paz.

Para essa escola, o direito é visto como uma técnica social de pacificação coletiva, a qual se concretiza mediante a coerção (aplicação da força oriunda da norma) e da segurança jurídica. As principais características dessa escola foram: a) monismo jurídico; b) o Estado como produtor central das normas jurídicas; c) Supremacia formal da Constituição; d) natureza avalorativa da ciência jurídica e; e) Interpretação lógico-sistemática do Direito.

¹ O historicismo foi um conjunto de pensadores pós-modernos, dentre os quais se destacam Schelling, Hegel, Marx, Heidegger e Savigny.

² Jonh Rawls e Jonh Finnis, autores contemporâneos, tentaram reavivar os conceitos de jusnaturalismo na retomada de princípios da justiça com equidade e pretendeu construir um modelo de socialismo liberal.

³ A Escola da Exegese, por sua vez irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação objetiva e neutra.

⁴ Existia na Europa Ocidental do século XVIII-XIX a tentativa de atribuir autonomia ao direito como “Ciência”, mas foi Hans Kelsen que atribui esse perfil ao Direito numa ótica sistematizada e fechada para influências externas. O Direito era visto como parte da Sociologia.

Sobre a natureza avalorativa da ciência jurídica, o normativismo de Kelsen, este defende que o Direito deve ser compreendido como um fato e não como valor, no qual o operador do direito deve ater-se ao Direito como ele é denominado de ontologia empírica, e não como supostamente deveria ser (deontologia axiológica) chegando a seguinte conclusão:

O positivismo não nega que os juízes às vezes decidam casos por alusão a valores morais ou considerações político-sociais. O que eles negam é que os juízes tenham de emitir juízos morais ou sociais no processo de descobrir qual é o direito existente. Tendo estabelecido quais são as regras relevantes, porém, um juiz pode descobrir que as regras jurídicas relevantes não oferecem uma resposta no caso com o qual ele está às voltas. Um vez que o direito preexistente não oferece resposta, o juiz deve decidir o caso com base em considerações extrajurídicas. Ao fazê-lo, estabelecerá uma nova regra. Contudo, o que faz de uma regra jurídica é o fato de ter sido formulada pelo juiz, e não o fato de basear-se em considerações morais. (MORRISON, 2017, p. 378-379).

Morrison (2017) considera o afastamento da filosofia da metafísica, pois considera que, embora os valores morais e sociais possam ser considerados no momento da aplicação do Direito de forma neutra longe dos valores abstratos ou ideológicos. Para Bobbio, o positivismo jurídico consegue distinguir entre juízo de fato e juízo de valor, sendo este último excluído do campo científico, como se segue no seu pensamento abaixo:

A característica fundamental da ciência consiste na sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a outro a minha constatação. O juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente siga certas prescrições minhas. A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão [de valor] são tipicamente subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência de objetividade. O positivismo jurídico representa o estudo do Direito como fato, não como um valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e comporte a distinção do próprio Direito em bom e mau, justo ou injusto. O Direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social [a norma]; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal. (BOBBIO, 1995, p. 135-136).

O positivismo kelseniano permitiu ao magistrado uma pluralidade de interpretações jurídica, pois a norma passa a ser polissêmica. Desse modo, o ordenamento jurídico representa uma moldura dentro do qual existem várias possibilidades de aplicação com as técnicas de

subsunção ou criar o direito nos casos concretos submetidos no julgamento, que serão detalhados mais à frente nesse trabalho.

Nader (2017) afirma que o papel atribuído ao interprete é o de compor essa moldura, indicando os vários sentidos lógicos que as normas jurídicas apresentam. Na aplicação do Direito, o juiz desenvolve uma atividade criadora envolvendo aspectos políticos, pois no ato de escolha do sentido pelo qual irá ocorrer a decisão.

Deve-se observar que a função criativa desempenhada pelo magistrado dentro do positivismo jurídico vai ser amplificada no pensamento Neoconstitucionalismo de duas formas: ativismo judicial e politização do Poder Judiciário, fenômenos que iram marcar o poder judiciário brasileiro no presente século, conforme afirma Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2009. p. 09).

Dessa maneira, o ativismo judicial é uma postura, ou seja, uma escolha de um determinado magistrado, que visa buscar através de uma hermenêutica jurídica expansiva de direitos para uma das partes, com valor normativo constitucional de forma rápida. A politização do judiciário ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, a fim de serem julgados e apreciados suas matérias.

Ambos, desrespeita o princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal (CRFB/88): “art. 2º da CRFB/88 - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). Causando assim, prejuízos na ordem econômica, quando as decisões judiciais tenham como objetivos: criar políticas públicas; afetem a segurança jurídica e; princípios gerais do direito, conforme entende Pogrebinski (2000 apud Granja, 2013).

2.2 SOCIEDADE E A BUSCA POR JUSTIÇA

É na sociedade que o homem encontra um ecossistema propício ao seu pleno desenvolvimento cultural e tecnológico. Qualquer estudo sobre o ser humano revela que seu instinto de vida é em comunidade. Del Vecchio (1957 apud Nader, 2017) alega que o ser humano não poderia desenvolver a menos que estivesse inserido em comunidade que compartilhassem os mesmos conceitos em comum.

A própria literatura clássica, como exemplo de Robison Crusoe, serve de pura indagação e reflexão para compreender o conceito de interação social do ser humano. Da história da personagem se extrai duas importantíssimas lições, a primeira é que o protagonista acumulou em sua *psiquê* parte da cultura da coletividade quando estava isolado na ilha facilitando sua sobrevivência no seu novo habitat; a segunda, o protagonista leva consigo valores de organização e de comportamentos em uma sociedade.

De fato, a interação social pressupõe cultura e conhecimento das diferentes espécies de normas de condutas adotadas pelo corpo social. Tal conceito se apresenta sob as formas de cooperação, competição e conflito e encontra no Direito a sua garantia, o instrumento de apoio que protege as diversas dinâmicas das ações comunitárias. Dentre estas ações encontra-se os conflitos, no qual o direito visa regulamentar, conforme aponta Parsons e Talcoltt (1966 apud Nader, 2017, p. 25) que afirma, à seguinte proporção direta: “...quanto mais complexa uma sociedade mais se sujeita a novas formas de conflito se perceberá.”. Como exemplo, as intensas disputas judiciais de direitos autorais e propriedade intelectual de empresas de tecnologias que envolve altíssimos valores monetários.

A respeito do conflito, a ação do Direito se opera em duplo sentido, de um lado preventivamente, ao evitar desinteligências quanto aos direitos que cada parte julga ser portadora. De outro lado, diante do conflito, o Direito se apresenta solução de acordo com a natureza do caso, seja para definir, o titular do direito, determinar a restauração da situação anterior ou aplicar penalidades de diferentes tipos.

Com isso, os diferentes tipos de litígios cria a necessidade de segurança e justiça, conforme aponta Nader (2017, p. 28), “A sociedade sem o Direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades.”

Direito e sociedade são entidades tidas como congêntas e que se pressupõem, onde a sociedade é a fonte criadora e área de atuação do Direito. Este é fruto exclusivo da experiência social com a atividade do legislador, conforme aponta Bodenheiner (1996 apud Nader, 2017, p.29): “seria unilateral a afirmação de que é só a razão ou só a experiência como tal nos deveriam guiar na administração da justiça.”

Na visão de Durkheim (1978), a sociedade não é uma simples soma de indivíduos; ela representa uma realidade específica que tem suas características próprias. Para o autor, nada se poderia produzir de coletivo se as consciências individuais não existissem. Para Ferraz (2018), só na sociedade é possível encontrar o direito, e este é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana, e compreendê-lo é conhecer o funcionamento das relações humanas entre si, nos aspectos morais, históricos e culturais. Essa ferramenta permite a humanidade levantar indagações sobre a liberdade ou aprisionamento atreladas as normas jurídicas na resolução dos problemas sociais que necessitam da intervenção do poder estatal.

Para o autor, o direito serve para expressar e produzir a aceitação da situação existente, mas aparece também como sustentação moral da indignação e da própria rebelião. Dessa maneira, o direito protege os indivíduos do poder da arbitrariedade exercido à margem de toda regulamentação; dá oportunidade iguais e ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação, segundo o pensamento marxista.

De modo geral, o estudo do direito só passou a ter um enfoque de ciência dogmática⁵ a partir do século XIX, com o resultado da positivação do direito. Assim, essa ciência enxerga seu objeto, o direito posto e dado previamente pelo Estado, como um conjunto compacto de normas que lhe compete sistematizar, classificar e interpretar, tendo em vista a decisão de possíveis conflitos.

Um dos temas centrais no Direito e almejado pelas sociedades é a justiça. Esse termo se tornou um grande desafio para os juristas em conceituá-la, podendo encontrar diversas definições ao longo da história. Kolm (2000, p. 04) afirma que: “A justiça é o verdadeiro tema do direito, uma preocupação central da política, um tópico essencial da sociologia e da psicologia”.

⁵ Dizer o que é direito é uma tarefa difícil e controversa dentro da ciência jurídica, podendo ser esse conceito analisado numa ótica universal ou cultura (genéricas ou restritivas). Assim, a duas linhas de teóricas: zetético no qual, se preocupa com o problema especulativo do discurso descrevendo o estado das coisas, e; dogmático não questiona suas premissas e direto dentro do discurso induzindo as pessoas a uma ação.

Na terminologia jurídica a palavra justiça constitui um termo análogo, pois se aplica em dois sentidos afins: de um lado, como valor a ser realizado nas relações interindividuais sob o comando da norma jurídica; de outro, como órgão responsável em aplicar o direito nos casos concretos.

A ideia de justiça, mesmo empregado no ambiente forense, tem correlações com a moral, a religião, com a moral e com regras de trato social. Com a forte influência do neopositivismo no ocidente, o ideal de justiça é uma extensão aprofundada da dignidade da pessoa humana, sendo o critério mais elevado nas instituições jurídica depois da II Guerra Mundial e da pós-modernidade.

Enquanto a justiça requer alteridade, pois somente é justo em face de outro, na moral ela pode estar ausente, mas que pode influenciar o legislador na elaboração de normas jurídicas ou no julgamento realizado pelo magistrado em determinado caso. A moral é atrelada ao conceito de bem, que de forma geral é entendida como na promoção da pessoa física em seu sentido amplo, sem prejuízo ao semelhante em ordem física, social e econômica.

A sua definição clássica vem da cultura greco-romana, com base nos ensinamentos de Aristóteles e Platão que culminou na célebre frase de Ulpiniano (apud Nader, 2017, p.105): “Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu.” Nessa definição, o autor retratava como uma virtude humana que prima em respeitar a vida, a liberdade, a isonomia, e o bem-comum nas relações sociais. Para Kelsen (1997), a justiça é algo extremamente utópico sendo comparado a um sonho da consciência coletiva, pois a humanidade sempre desejou encontrar, por meios racionais, uma conduta justa que tenha validade absoluta, sendo frustrada essa ação pois a racionalidade humana só concebe, ou seja, gera valores relativos.

Assim, para o austríaco, o ideal de justiça está na própria norma sendo muitas vezes confrontado com a moral e costumes dos povos. Esse modelo de justiça, é conhecido como *convencional*, sendo aplicado em países que tem como influência de Kelsen em seu sistema judiciário. Nesse modelo, o juiz aplica a lei de acordo com seu verdadeiro sentido alcançando uma justiça convencional, fruto da norma positivada pelo legislador.

Diferente disso, o jusnaturalistas entendem que a justiça é um valor absoluto, fruto do Direito Natural, ele é eterno, imutável e universal imperando o ideal de justo. Esse modelo fez originar a justiça *substancial* no qual, a moral e valores éticos prevalece acima das normas postas. Exemplo disso, é a corrente de Direito Livre⁶, no qual as decisões judiciais proferidas pelos magistrados deveriam ser norteadas pelo sentimento de justiça, ou seja, no *eticismo*,

⁶ Escola que deve como fundamentos os ensinamentos de Erich e Kantorovich.

reduzindo o direito apenas como valor. Caso, as normas não fossem justas para o caso, o magistrado teria autonomia de descartá-la para o presente caso.

Além da justiça convencional e substancial é possível encontrar mais quatro tipos de justiça: Distributiva ou Judiciária, Comutativa, Geral e Social. A primeira o Estado é quem compete a repartição dos bens e dos encargos aos membros da sociedade, bem como aplica e estrutura todo o sistema penal para a sociedade. A segunda, se apresenta nas relações comerciais, contratos de compra e venda e na seara do direito privado pois a forte presença da isonomia quantitativa.

A terceira, tem como base a própria norma jurídica que impõem a sociedade contribuir para o desenvolvimento do bem-comum, por exemplo, em ações fazendárias o Estado exige do contribuinte a obrigação de pagar determinados impostos atrasados do contribuinte. Por fim, a quarta é repartição de bens e riquezas entre ricos e pobres ou em relações jurídicas onde as partes possuem contextos econômicos diferentes, como exemplo, as ações trabalhistas (relação empresa com empregado). Esse tipo de justiça fundamenta-se na isonomia proporcional e a necessidade de cada um contribuir com o outro.

A justiça pressupõem uma avaliação de certos critérios: formais - que se desencadeia em igualdade e proporcionalidade; e materiais – que se desmembra em mérito (valor individual relacionado a intensidade de desempenho em uma função), capacidade (todo trabalho desenvolvido pelo ser humano) e necessidade (valores mínimos convencionado para que o ser humano desenvolva em sociedade).

Nos critérios formais prevalece o princípio da isonomia perante o ordenamento jurídico. Para os critérios materiais os três fatores (mérito, capacidade e necessidade) são indispensáveis para dosar a justiça na realidade fática das partes em um processo, ou seja, a justiça se aproxima ao conceito matemático de proporcionalidade, pois atinge o mundo físico regido pelas leis matemáticas, por exemplo, em um determinado caso hipotético, os danos materiais serão dosados em virtude a comprovação do prejuízo ocasionado pela parte em um processo judicial.

De certa forma, a justiça é um valor compreensivo, que absorve a ideia de bem comum e está presente em todas essas modelos de justiça, mas em diferentes graus de intensidade. Para Nader (2017), o bem comum é entendido como um acervo de bens criado pelo esforço e a participação ativa dos membros de uma coletividade e cuja a missão é ajudar os indivíduos que dele necessitam, para a realização de seus fins existenciais.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteou bastante o magistrado na elaboração de decisões judiciais em valores éticos capazes de dar sustentação à pessoa humana e evitando o fenômeno da coisificação. Assim, o respeito à vida, à liberdade em suas diversas formas, à honra, à imagem, e isonomia ganharam força e ponderações nas decisões judiciais.

Para Assis e Kümpel (2017), no mundo contemporâneo o direito é um instrumento de poder para a construção dos processos de burocratização das instituições públicas, e a ciência jurídica como uma tecnologia eficiente para o desenvolvimento e a aperfeiçoamento das sociedades tecnocratas⁷. Essa sociedade pós-moderna vive em constante transformação exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico ou venha a implodir em muitas faces às pessoas que o compõem.

Santos (1988), argumenta que existe paralelamente a justiça convencional, a justiça comunitária ou direito da favela, na qual é possível perceber processos de mediação ou conciliação através de instâncias e instituições, que sejam descentralizadas e informais e que possam complementar o modelo tradicional tendo como característica principal um amplo espaço retórico, permitindo a construção de um novo direito de um modelo jurídico capaz de limitar e restringir o espaço da dominação da burocracia (hierarquia normativa) da violência (legitimidade por meio de coação) e expansão da retórica como processo de dialógico de negociação e participação.

Para o autor, os meados do século XX, trouxe o fenômeno do pluralismo jurídico, na qual pressupõem a existência de mais de um direito ou ordem normativa no mesmo espaço geográfico. Para o autor esse fenômeno tem lugar sempre, que as contradições se condessam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processadas com base em recursos normativos e institucionais internos. Esses espaços sociais variam segundo os seguintes fatores: econômicos, políticos ou culturais e classe social, como por exemplo: a associação de moradores de favelas na cidade do Rio de Janeiro – RJ. Apesar da precariedade, o direito da favela representa a prática de uma legalidade alternativa, e como tal, um exercício alternativo de poder político, ainda que embrionário.

Assim, este modelo é uma alternativa de administração democrática da justiça, entretanto para tal perspectiva fere o princípio da soberania do Estado, no qual possui legitimidade para elaborar, revogar e institucionalizar todo aparato jurídico nacional. Para Ferraz (2017), é possível encontrar modelos de justiça, em especial a conexão entre justiça e

⁷ São sociedades regidas pela era digital da computação.

retribuição típica da filosofia platonista, e observa que a aceitação atual da agressão, repressão e violência como base da retribuição parece algo do passado, de sociedades primitivas. Para o autor, segundo ele, é nas sociedades complexas, que a sanção vinda de uma decisão judicial recebe boa aceitação.

Em Foucault (1996) confirma essas observações, ao informar que na Europa do século XVIII a pena de morte era a regra, e a execução era um cerimonial semelhante a espetáculo público. Na Inglaterra, a lei penal estabelecia condutas punidas com a morte. Isso tornava o sistema penal inglês um dos mais selvagens e sangrentos que a história da humanidade.

Partindo brevemente dos teóricos do direito penal moderno⁸, pois a temática dessa monografia é âmbito civil, o criminoso é definido como um inimigo social, um inimigo interno, assim, ainda que a lei penal não possa prescrever uma vingança, a retribuição não deixa de ter uma conotação com vingança, fato que pode ser observado entre os adeptos da pena de morte.

Os conceitos de solidariedade mecânica e solidariedade orgânica⁹ elaborados por Durkheim, diz a respeito às conclusões retiradas desses conceitos, segundo as quais o direito preponderante nas sociedades arcaicas ou primitivas seria o penal, que se faz acompanhar de decisões judiciais com sanções repressivas; e o direito preponderante nas sociedades modernas seria o dos contratos, que se faz acompanhar de decisões judiciais com o caráter de sanções restitutivas.

Assim, o direito não representa apenas um instrumento de disciplinamento social e garantir a segurança do homem, da sua vida, liberdade e patrimônio. A sua meta mais ampla, é promover o bem comum, que implica justiça, segurança, bem-estar e progresso. Atualmente o Direito é fator decisivo para o desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da produção das riquezas, a preservação da natureza, progresso das comunicações, a elevação do nível cultural de uma sociedade pois promove uma formação de uma consciência nacional.

Warren salientou a importância do Direito para o crescimento da sociedade nos aspectos administrativos da justiça e segurança para os povos: “A história tem demonstrado que

⁸ São eles Beccaria, Bentham, Brissot, ao estabelecerem os tipos possíveis de punição: deportação, trabalho forçado, humilhação e o velho a pena de tálion como forma de retribuição ideal e eficaz.

⁹ Solidariedade social é uma estrutura de relações e de vínculos recíprocos criando um sistema de direitos e deveres de maneira durável. Durkheim distingue dois tipos de solidariedade social: a) solidariedade mecânica: ocorre nas sociedades simples (primitivas ou arcaicas), cuja estrutura social é formada de segmentos similares e elementos homogêneos, fundada na semelhança, ou seja, na uniformidade de comportamento; nessas sociedades os indivíduos partilham dos mesmos valores e sentimentos e o direito preponderante é o penal, que se faz acompanhar de sanções repressivas; b) solidariedade orgânica: ocorre nas sociedades complexas (civilizadas ou modernas), constituídas por um sistema de órgãos diferentes, dos quais cada um tem um papel especial, sendo eles próprios formados de partes diferenciadas; fundamenta-se na divisão do trabalho, no qual o direito preponderante é o dos contratos, que se faz acompanhar de sanções restitutivas.

onde a lei prevalece, a liberdade individual do Homem tem sido forte e grande o progresso. Onde a lei é fraca ou inexistente, o caos e o medo imperam e o progresso humano é destruído ou retardado.” (WARREM, 1966 apud Nader, 2017, p.30).

2.3 NORMA JURÍDICA E SUA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

Antes de adentrar no conceito de norma jurídica, é preciso delimitar o direito e relação aos outros sistemas normativos, como a moral ou as regras sociais, pode constituir em distinguir as definições de direito baseadas no conteúdo; no âmbito do conteúdo, por sua vez certas definições consideram o elemento objetivo (a ação prescrita) ou subjetiva (seja ativo: quem emite a norma, seja passivo; a quem é dirigida a norma).

A “norma” é um termo genérico para indicar um preceito, que muitas vezes não necessita ser juridicamente. A norma é um conjunto das disposições que regula, então um determinado ponto ou assunto jurídico, como por exemplo o instituto do dano moral, propriedade e etc. Dessa maneira, a norma é um conteúdo genérico análogo a “comando”, “preceito”, não sendo muitas vezes como sinônimo de lei. As normas jurídicas podem ter caráter substancial ou formal: as primeiras identificam os comportamentos prescritos, como exemplo as normas processuais do Código de Processo Civil (CPC) ou Código Penal (CP); as segundas, as formas como se deve agir para que uma determinada ação seja juridicamente relevante, como exemplo as normas do Código Civil (CC) e o CP.

Diante disso, é possível conhecer cinco teorias sobre a norma jurídica agrupadas por questões históricas:

- a) Teoria da Imperatividade: os preceitos jurídicos são imperativos, ou seja, comando, enquanto os morais e os sociais não são. Essa distinção é útil sobretudo para distinguir o direito dos usos e costumes, mas se torna difícil a linha de demarcação entre direito e moral;
- b) Teoria da sociabilidade: as normas jurídicas possuem sociabilidade, entretanto o critério não ajuda distinguir as regras jurídicas das convenções sociais ou dos preceitos religiosos. A sociabilidade ganha contornos com a teoria de Savigny, no qual se apresenta com pretensões de validade de universal e regulador de todas as atividades humanas;

- c) Teoria da finalidade: as normas jurídicas devem prestar para a sociedade um bem comum a coletividade se aproximando do ideal de justiça. Nessa teoria, aspectos subjetivos do direito são levados em conta;
- d) Teoria da soberania: só as normas jurídicas editadas e elaboradas pelo Estado são consideradas direito, ou seja, possui status de lei para toda a coletividade. Ela é derivada da teoria do estado laico e centralizado seu poder;
- e) Teoria da Sanção: as normas jurídicas contêm múltiplos conjuntos de coações imposta pelo Estado.

De certa forma, a ciência jurídica contemporânea encontrou no conceito de norma um instrumento operacional importante para realizar sua tarefa analítica de identificar o direito. Para Kelsen (1998) os comportamentos humanos só são conhecidos mediamente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulados por normas. Os comportamentos, a conduta de um ser humano perante outro, diz ele, são fenômenos empíricos, perceptíveis pelos sentidos, e que manifestam um significado, seu significado tem um aspecto subjetivo e outro objetivo. A principal indagação do autor, decorre da questão metodológica: Como isolar a norma jurídica das intenções subjetivas que a acompanham? Como isolá-la dos condicionamentos sociais? Isolando a norma de qualquer valor valorativo de moral e justiça.

Assim, por exemplo, o ato de matar alguém: o significado do ato vem dado por uma norma penal que o pune. Trata-se, porém, de conduta circunstanciada, o agente sofre influência do meio, de sua educação, de sua condição mental. A norma, em sua fíziologia formal, apenas prescreve: deve ser punida com uma sanção a conduta de matar. Kelsen (1998) afirma que as normas devem ser abstraídas pelo jurista e tão somente levados em conta se e quando a própria norma o faz.

A função da ciência jurídica é, pois, descobrir, descrever o significado objetivo que a norma confere ao comportamento por meio do escalonamento de normas. O jurista deve, assim, caminhar de norma em norma, até chegar a uma última, que é a primeira de todas, a norma fundamental, fechando-se assim o sistema. O direito é assim, para ele, um imenso conjunto de normas, cujo significado sistemático cabe à ciência jurídica determinar.

De certa forma, a teoria de Kelsen põe no plano cartesiano a importância da norma como um conceito central para a identificação do direito. A possibilidade de ver o direito como conjunto de normas repousa em sua correta apreensão. A teoria de Kelseniana aplica-se no contexto do que chamamos anteriormente de fenômeno da positividade, portanto num contexto histórico dominado pelo direito entendido como algo posto por atos humanos, os atos de

legislar, que mudam pressionados pela celeridade das alterações sociais provocadas pela industrialização, que exigem sempre novas disciplinas e a revogação de disciplinamentos ultrapassados.

Assim, Jhering em *Der Zweck im Recht*, afirma:

A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização por meio de coação. O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar.” (JHERING, 2001, p. 256).

A estrutura hierárquica que Kelsen atribui ao ordenamento jurídico é enunciada com rigor geométrico piramidal:

O ordenamento jurídico não é um sistema de normas jurídicas postas umas ao lado das outras em condições de igualdade, mas uma estrutura hierárquica composta de vários planos de normas jurídicas. A sua unidade é produzida pelo nexos resultante pelo fato de que a validade de uma norma, produzida em conformidade com uma outra norma, repousa sobre esta última, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra: um procedimento ao inverso, que termina na norma fundamental pressuposta. A norma fundamental, hipotética no sentido agora especificado, é portanto o fundamento supremo de validade, na qual se alicerça a unidade desse mexo de produção. (KELSEN 1966, apud Losano 2007, p. 551).

Promulgada a norma, ela passa a ter vida própria, conforme o sistema de normas no qual está inserida. A norma pode até ser considerada o produto de uma vontade, mas sua existência, como alega Kelsen, independe dessa vontade. Como se trata de uma proposição que determina como devem ser as condutas, abstração feita de quem as estabelece, podemos entender a norma como imperativo condicional, formulável conforme proposição hipotética, que disciplina o comportamento apenas porque prevê, para sua ocorrência, sanção.

A norma como tida como prescrição também se expressa pelo *dever-ser*, que significa então impositivo ou impositivo de vontade. Dessa vontade não se abstrai, permanecendo importante para a análise da norma a análise da vontade que a prescreve. Na verdade, para o reconhecimento da prescrição como norma jurídica, essa vontade é decisiva, posto que vontade sem qualidades prescritoras (inabilitada, ilegítima, sem autoridade, sem força) não produzirá norma. Normas são, assim, imperativos ou comandos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar.

Por fim, há também a possibilidade de considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas também diferentes situações

estabelecidas entre partes que se comunicam. Nesse caso, a norma é vista como comunicação, visando a interação entre os interlocutores com o intuito de comunicar a seguinte relação: subordinação e coordenação.

Para a análise da norma como comunicação, torna-se importante não só a mensagem (proposição), não só as qualidades do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos, seu modo de reação às prescrições, sua própria qualificação como sujeito. Nessa ótica, a norma torna-se o centro de uma série de problemas: a determinação da vontade normativa (teoria das fontes do direito); a determinação dos sujeitos normativos (teoria dos direitos subjetivos, capacidade, competência, responsabilidade); a determinação das mensagens normativas (teoria das obrigações, das permissões, das faculdades, das proibições normativas) e etc.

Assim, a *norma-proposição*, seja como *norma-prescrição*, seja como norma-comunicação, o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica. Mesmo sem desconhecer, o jurista ao conceber normativamente as relações sociais, a fim de criar condições para decidibilidade de seus conflitos, também é um cientista social.

Deve-se reconhecer que a norma é seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc. Com isso, é também possível encarar as instituições sociais, como a família, a empresa, a administração

No sistema de *Civil Law* as decisões judiciais têm um valor orientador, uma vez que formalmente o juiz está vinculado apenas à lei, ou seja, as prescrições proferidas pelo órgão competente (Parlamento, Senado, Câmara e etc.), segundo os procedimentos estabelecidos na Carta Magna. No Brasil, o art. 44, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) o poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no qual elaboraram emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, segundo dispõe, o art. 59 da CRFB/88, no qual a Lei Complementar n.º 95 de 1998 regulamentará a redação, alteração, e consolidação de leis no país.

No sistema de *Common Law*, o magistrado está vinculado às sentenças precedentes, ou seja, a fundamentação contida na decisão judicial ficará sujeita aos entendimentos consolidados pelos tribunais. Os juízes sempre interpretam de modo restritivo a legislação (*Statute Law*) limitando ao máximo a incidência desta no sistema *Common Law*. Essa restrição

leva ao magistrado a aplicar apenas aquilo, que está inequivocamente expresso em texto de lei. No silêncio da lei o juiz, aplica-se os precedentes judiciais, ou seja, decisões de casos análogos àquele em exame, devendo este magistrado observar como foram decididos anteriormente casos análogos sendo sus a sentença do tipo *declaratory* precedente, ou seja, como precedente que continua uma certa tradição jurisprudencial.

Quando se depara com um novo caso no qual não há precedente, o juiz utilizará do entendimento da lei, e esgotado a solução dentro dos textos normativos aplica-se a como fonte do direito, os costumes, ou seja um comportamento repetido segundo modalidades particulares, podendo dele extrair elementos como: o justo, o certo, o moral ou a solução para o caso concreto, sendo nas palavras de Malinowski (1940, apud Losano 2007, p. 320): “ essas regras são seguidas pela sua utilidade prática é reconhecida pela razão e atestada pela experiência”.

Por isso, o costume está diretamente ligado à evolução econômica e tecnológica de uma certa sociedade. De certa forma, o sistema *common law* consegue se adaptar ao caso concreto com as mudanças das sociedades complexas, mas que dificulta os magistrados em possuir uma visão clara da situação jurídica de determinados fatores resultando numa incerteza jurídica.

Em suma, nos dois sistemas - *Common Law e Civil Law*, - entende-se que a decisão judicial deve ser justificável. Uma decisão judicial pode ser justificada identificando os argumentos que a sustentam, a justificação interna, sustentando estes argumentos como boas razões e a justificação externa como os raciocínios justificativos como raciocínios apropriados.

2.4 DEMOCRACIA E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Os primeiros registros do conceito de democracia, encontra-se em Heródoto, no qual narra em sua principal obra, História, a passagem de três persas – Otanes, Megabises e Dario - acerca das formas de governo. No discurso de Otanes talvez se encontre uma das primeiras defesas da democracia:

Não se dá o mesmo com o governo democrático [vícios do governo monárquico, que chamamos de isonomia, que soa como o mais belo de todos os nomes. Neste, não é permitido nenhum dos abusos inerentes ao Estado monárquico. O magistrado é eleito por sorte, e toma-se responsável pelos seus atos administrativos, sendo todas as deliberações tomadas em comum. Sou, por conseguinte, pela abolição do governo monárquico e pela instauração do governo democrático, pois todo poder emana do povo (HEROTODO, 2006, p.50).

Assim, são inúmeras as concepções sobre o conceito de democracia. Para alguns de posição cética e restritiva, ela significa apenas a possibilidade de destituição de governo sem derramamento de sangue como entende Popper (1995); outros, como Dworkin (1999) a reputam indissociável de certo conteúdo material, quer fundado no princípio da igualdade (isonomia), quer limitado por direitos fundamentais.

Para Kelsen (1998), vocábulo está associado à sua própria etimologia identifica-a como “governo do povo”. Um governo do povo, obviamente, exige a participação do povo no governo, sendo essa a característica essencial da democracia. Apesar da multivocidade do vocábulo “povo”, a concepção é aceitável, desde que ele seja entendido amplamente, sem exclusões arbitrárias, pois se adota a visão de Müller, no qual afirma que o termo “povo” pode ser utilizado como representativo do povo ativo, como instância de atribuição de legitimidade, como ícone, como destinatário de prestações estatais e como conceito de combate.

Segundo Dahl (2001), a palavra “democracia” é normalmente utilizada para designar um conjunto específico de regras ou princípios, uma Constituição, que determina como serão tomadas as decisões de uma associação política, na qual todos os membros são tratados como se fossem igualmente qualificados para participar do processo de tomada de decisões. Para o autor, as democracias modernas apresentam as seguintes instituições: oficiais eleitos; eleições livres, justas e periódicas; liberdade de expressão; fontes alternativas de informação; liberdade de associação e cidadania inclusiva.

Entende-se por neopositivismo ao conjunto de proposições formuladas a partir das primeiras décadas do século XX, que propuseram a reformular diversos conceitos desenvolvidos pela filosofia pós-moderna do século XIX. Defendiam a superação da metafísica pela análise da lógica utilizadas nas proposições inerentes a todas as ciências. Suas principais características são: a) não comprometer a pureza da científica formalista do Direito com as influências metafísicas; b) reaproximação do direito com a moral e, c) definir e incorporar, no rigor da linguagem normativa, os valores morais e sociais máximos a serem alcançados no momento da interpretação e concreção técnica, ou seja o direito passa de ser formal ontologicamente para um dever ser ético denominado de deontologicamente.

O direito ganha um sentido principiológico no qual as normas-princípios, ao contrário das normas regras, possuem um campo de tutela mais extenso e, por isso, são dotados de hierarquia qualitativa no ordenamento jurídico. Assim, os magistrados podem utilizar da hermenêutica constitucional com as seguintes características: a) Nas normas, os princípios podem ser aplicados como as regras nos casos jurídicos, balizando a interpretação dentro do

sistema jurídico; b) A jurisprudência dos tribunais pode ser utilizada como fonte do direito; c) Valores fundamentais normatizados como dignidade humana, pluralismo político, sistema econômico, e entre outros, são devidamente protegidos pelo ordenamento.

Com todo esse aparato fundamental do neopositivismo foi possível a ascensão da Constituição de forma principiológica e dirigente do Estado Democrático de Direito e da Sociedade Democrática, a partir de sua supremacia formal e material em todo o Direito, dando mais autonomia e proteção aos direitos tidos como fundamentais. Diante desse cenário surge o movimento jurídico denominado de Neoconstitucionalismo no qual tem como vertentes centrais a supremacia da constituição nos aspectos formais e materiais e a precedência da dignidade humana como valor metajurídico fundamental. Mendes (2018, p. 127) afirma os seguintes marcos teóricos essenciais para o Neoconstitucionalismo: “a) mais constituição do que leis; b) mais magistrados que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderações nas sentenças que subsunção; e) mais concretização do que a interpretação”.

Essa nova concepção do Direito torna secundário o dogma da pura legalidade ao propugnar que a Constituição representa um instituto dotado não só de eficácia direta e concreta, mas também de uma força irradiante sobre todo o sistema normativo, possuindo, assim, uma lata carga valorativa e uma função normogénética, o que influencia a produção e a interpretação de todas as demais regras jurídicas. Assim Hesse afirma:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada de Constituição (Willezur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. (HESSE, 1991, p. 120).

Dessa maneira, o neoconstitucionalismo propugna a superação do positivismo clássico por meio de uma constituição jurídica-política dotada de regras e princípios com força normativa concreta e não mais apenas como uma mera estrutura formal sem aplicabilidade direta e autônoma. Assim, o perfil estatal contemporâneo deve espelhar no modelo chamado estado Constitucional de Direito, no qual os valores fundamentais da constituição assumem uma posição de supremacia plena, notadamente no que tange ao princípio da dignidade humana, o qual impõe a ampliação da participação democrática dos cidadãos na condução do Estado e o respeito incondicional aos direitos e garantias fundamentais.

Deve atentar que em vários países, indubitavelmente qualificados como democráticos, como a Inglaterra, não adotam sistema de controle judicial de constitucionalidade, ou seja, as

normas infraconstitucionais não passam no critério de aferimento perante as normas constitucionais nos critérios de materialidade e formalidade.

Nos Estados Unidos, por exemplo, há longa data existe a figura do “*amicus curiae*”, que mesmo não sendo parte no processo, pode contribuir com pareceres ou manifestações no processo judicial constitucional. Tal contribuição de terceiros apenas recentemente foi admitida no Direito Brasileiro, pelo artigo 7º, § 2º, da Lei nº. 9.868, de 10/11/1999. A acessibilidade do juiz constitucional, a abertura do processo e mesmo outras garantias institucionais destinadas a evitar arbitrariedades, apesar de relevantes, não elidem, porém, o fato de que a decisão final está atribuída ao juiz constitucional, que não foi elevado ao seu cargo nem dele pode ser destituído pela vontade popular. Logo, se a democracia for definida exclusivamente como um processo de tomada de decisão, no qual deve ser ampla a influência da vontade popular, então a jurisdição constitucional dificilmente poderá ser considerada instituição democrática.

Uma resposta interessante para esse impasse é apresentada por Dworkin (1999), e tem por base uma reformulação do próprio conceito de democracia. Refutando as concepções processuais, defende o ponto de vista de que ela é mais do que uma questão de processo ou procedimento. Não bastaria, para ele, a adoção de instituições representativas e majoritárias. Acima de tudo, a democracia é um “*standard*” para a avaliação das políticas públicas. Em outras palavras, para verificar se ela prevalece em um país, “você não pergunta como ou quando ou por quem as leis são feitas, mas você pergunta o que as leis dizem.

Em suma, a democracia depende de que o governo trate os cidadãos como livres e iguais. Este “*standard*” substantivo deve ser utilizado para avaliação e censura das leis de um país. E o foro judicial pode servir melhor a essa avaliação do que o parlamento, onde o princípio majoritário encoraja compromissos que se sobrepõem a essas questões de princípio. A decisão proferida, por exemplo, pela Suprema Corte norte-americana no caso “*Brown v. Board of Education*” poderia ser qualificada como democrática, porque compatível com visão substantiva da democracia, independentemente de sua origem em órgão composto por juízes não-eleitos.

Assim, Dworkin (1999) concluía que o controle judicial de constitucionalidade, além de não ser incompatível com a democracia, pode, ao contrário, contribuir para o seu aprimoramento. Em obra mais recentemente, esse autor retoma o tema, fazendo distinção entre uma concepção de democracia que ele denomina de “dependente de seus resultados substantivos” e outra que ele denomina de “independente desses mesmos resultados”.

De acordo com a primeira, a melhor forma de democracia seria aquela mais apropriada para a produção de decisões compatíveis com o princípio material de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração. A segunda, a qualificação de um regime democrático dependeria apenas da feição institucional do processo de decisão, sendo este qualificado como democrático desde que distribuído igualmente o poder político, independentemente da compatibilidade das decisões tomadas com o princípio material da democracia.

Assim para o autor, a jurisdição constitucional não é incompatível com a primeira concepção de democracia, desde que limitada a atuação desta a questões de princípio cuja resolução não dependeria das preferências da comunidade política. De fato, o que observa-se é que o movimento constitucionalismo passou por várias etapas, cujas as distintas feições variam de acordo com a conjectura social e política de cada país, em um dado momento histórico. Tanto isto, é que a doutrina costuma dividir o Constitucionalismo nas seguintes fases cronológicas:

- a) Idade Antiga: com os preceitos instituídos na *pólis* grega (Séculos I a III antes de Cristo) onde houve o surgimento das primeiras instituições democráticas que admitiam a participação popular nas decisões governamentais; b) República Romana (Século V a II antes de Cristo) cujas as normas de regência estabeleciam formas de controle recíproco dos poderes dos órgãos públicos na elaboração das leis.
- b) Na idade média, com a *Magna Charta Libertatum* inglesa, outorgada pelo Rei João Sem Terra (1215), a qual representou um momento de ruptura com o antigo modelo absolutistas de estado, a partir da previsão de alguns direitos fundamentais, como os procedimentos legais atenienses ao direito de propriedade e cobrança de tributos a população.
- c) Na Idade Moderna, com a *Petion of Rights* (1628), com o *Habeas Corpus Amendment Act* (1676) e com *Bill of Rights*, normas que estabelecem um rol mínimo de direitos individuais para os cidadãos e, com isso, fixaram limites ao exercício do poder do Estado.
- d) Na Idade Pós-moderna, tendo como marco inicial os preceitos contidos constituição francesa e na constituição dos Estados Unidos da América, diplomas influenciadores pelo ideário de liberdade dos chamados iluministas.

É possível encontrar no mundo três tipos fundamentais de constituição, elencadas aqui em ordem de surgimento: a) No *Common Law* (Grã-Bretanha) – não existe constituição formal mas sim leis, documentos fundamentais e usos; b) Nos EUA - apresenta um duplo sistema de normas constitucionais, devido à natureza federal do Estado, ou seja, a normas constitucionais em âmbito federal e outra em âmbito estadual e; c) Constituições do tipo Europeu - há leis formais que apresentam normas fundamentais do Estado, mas não preveem para elas um controle por parte da magistratura ordinária (delegada a tribunais constitucionais específicos).

A promulgação de constituições escritas segundo o modelo americano e francês assinalou o surgimento de um direito constitucional, que aplicava àqueles documentos o método interpretativo já experimentando nos textos tanto teológico quanto legislativo. Sieyès (apud Losano, 2007 p. 85) considera que o único critério para definir a natureza constitucional de uma norma era sua inclusão formal no texto constitucional.

De certa forma, é possível extrair pelo menos cinco matérias que deveriam obrigatoriamente ser incluídas num documento que pretenda apresentar-se como constituição: a) estrutura do Estado e direitos e deveres de quem detém os cargos públicos; b) eleitorado ativo e passivo e modalidade das eleições; c) separação e distribuição de poderes; d) liberdade individuais organizadas em uma espécie de *bill of rights*; e) técnicas para modificar o texto constitucional. A constituição deve, portanto, estabelecer as linhas fundamentais do Estado; contudo, também pode fornecer indicações sobre como aplicar aqueles princípios fundamentais.

Outro ponto importante, para a formação do fenômeno do constitucionalismo, é a ideia de Estado de Direito, que tem servido como um ideal extremamente poderoso para aqueles que têm lutado contra o autoritarismo e o totalitarismo nas duas últimas décadas e é considerada por muitos como um dos principais pilares de um regime democrático. Para os defensores de direitos humanos, o Estado de Direito é visto como uma ferramenta indispensável para evitar a discriminação e o uso arbitrário da força.

Ao mesmo tempo, a ideia de Estado de Direito, ao ser renovada pelos libertários como Hayek (1990) em meados do século XX, recebeu apoio fervoroso das agências financeiras internacionais e instituições de auxílio ao desenvolvimento jurídico, como um pré-requisito essencial para o estabelecimento de economias de mercado eficientes. Do outro lado do espectro político, até mesmo os marxistas, que viam antigamente o Estado de Direito como um mero instrumento superestrutural, voltado à manutenção do poder das elites, começaram a vê-lo como um bem humano incondicional. Seria difícil encontrar qualquer outro ideal político louvado por

públicos tão diversos. Obviamente, estão sendo empregados tanto conceitos diferentes de Estado de Direito, quanto virtudes ou características distintas oriundas de uma concepção mais abstrata do tema.

O conceito clássico de Estado de Direito foi submetido a uma severa reavaliação nas duas primeiras décadas do último século. Para Max em Economia e Sociedade, alertou a acerca do processo de desformalização do Direito como consequência das transformações na esfera pública. Mais tarde, após os trabalhos de Weber foram marcados por uma tensa luta política e intelectual sobre a capacidade do judiciário “*Rechtsstaat*” – Estado de Direito em alemão - de se adequar aos novos desafios apresentados pela Constituição social-democrata de Weimar.

Para Hayek (1990), a intervenção estatal na economia e o crescente poder discricionário dos burocratas de estabelecer e buscar objetivos sociais ameaçam a eficiência econômica; como consequência das transformações nas funções do Estado, houve um processo de declínio da condição do Direito como instrumento substantivo na proteção da liberdade. A noção de que o Estado não tem apenas a obrigação de tratar os cidadãos de maneira igual perante a lei, mas também o dever de assegurar a justiça substantiva foi acompanhada pelo argumento, proposto por novos teóricos jurídicos, de que o conceito tradicional de Estado de Direito se tornou incompatível com a nova realidade.

Diferentes teorias jurídicas como o positivismo, o realismo jurídico ou a jurisprudência de interesses construíram uma versão formal do Direito, liberando o Estado das inerentes limitações impostas por uma concepção substantiva. Para superar tal situação de “opressão”, na qual o Estado pode exercer coerção sobre seus cidadãos – através de atos normativos – sem a necessidade de justificar suas ações em uma lei abstrata e geral, seria necessário retornar às origens do Estado de Direito.

Para isso, Hayek (1990) revisitou a história e formulou uma lista de elementos normativos essenciais do Estado de Direito, visto como instrumento *par excellence* para assegurar a liberdade. De acordo com essa versão, ele não pode ser comparado ao princípio da legalidade desenvolvido pelo direito administrativo, porque o Estado de Direito representa uma concepção material referente ao que o Direito deveria ser. Essa concepção material o configura como uma doutrina meta legal e um ideal político, que serve à causa da liberdade, e não como uma mera concepção de que a ação governamental deva estar de acordo com as normas.

O Estado de Direito deveria ser formado, segundo o autor, pelos seguintes elementos: (a) a lei deveria ser geral, abstrata e prospectiva, para que o legislador não pudesse arbitrariamente escolher uma pessoa para ser alvo de sua coerção ou privilégio; (b) a lei deveria

ser conhecida e certa, para que os cidadãos pudessem fazer planos. Hayek (1990) defende que esse é um dos principais fatores que contribuíram para a prosperidade no Ocidente; (c) a lei deveria ser aplicada de forma equânime a todos os cidadãos e agentes públicos.

2.5 A DECISÃO JUDICIAL E AS NORMAS JURÍDICAS

Para Monteiro (2009) os fundamentos da Teoria da Decisão no Direito são constituídos por três pilares teóricos. O primeiro é oriundo da matemática, do qual emanam as formulações da Teoria da Decisão; o segundo da Filosofia que fornece as premissas sobre formação do raciocínio e dos seus modelos de racionalidade e, o terceiro do próprio Direito que fornece as interpretações das normas jurídicas por meio da Hermenêutica, Teoria da Argumentação, e da Teoria Dogmática da Aplicação do Direito.

A Teoria da Decisão Judicial é produto de algumas hibridações disciplinares que constituem como uma interdisciplina em que hipóteses colam conceitos estratégicos da Teoria da Decisão da matemática a outros filosóficos, jusfilosóficos e teórico-jurídicos. (MONTEIRO, 2009, p. 106).

A definição de Teoria da Decisão é o conjunto de teorias matemáticas, lógicas e filosóficas que se ocupam das decisões que tomam os indivíduos racionais, quer sejam indivíduos que atuam isoladamente, em competência entre eles ou em grupos. Ela foi desenvolvida na segunda metade do século XX sob a forma de estudo dos aspectos diferenciados da descrição e da resolução dos chamados problemas de decisão. Um dos principais objetivos da elaboração dessa teoria era estabelecer um painel de referências para as teorias econômicas e para os modelos de gestão de empresas públicas e privadas.

A função de decidir, comporta três etapas: a primeira é a “deliberação”, no qual são consideradas as opções disponíveis em confronto com as características do problema e dos personagens envolvidos nele e se verifica sua viabilidade em termos de extensão que alcançará como resultado; a segunda é a “escolha”, ou seja, é tomada uma decisão que irá dar início a uma outra ação; e o terceiro é a “execução”. A decisão é o produto de uma deliberação da qual consiste na etapa derradeira e anterior à execução. O processo deliberativo identifica-se com o próprio corpo orgânico da tomada da decisão, determinando, em seu desenlace, uma ação.

A Teoria da Decisão comporta a própria trajetória de formação e a ponderação das outras decisões possíveis e suas respectivas consequências e seu dimensionamento de seu alcance. Em sua dimensão lógica as teorias da decisão dedicam-se ao estudo do processo

deliberativo constituído sob a forma de uma modalidade especializada de raciocínio: um processo de pensamento determinado a partir de um problema e que se orienta para alcançar uma conclusão ou resultado, no qual se compreende por decisão racional a seleção de uma opção a partir de um determinado processo. Deve-se ressaltar que A Teoria da Decisão encontra seu objeto nos problemas de decisão sobre os quais são dedicadas análises aprofundadas dos critérios selecionados para as escolhas e as suas soluções, fornecendo instrumentos para apoiar a resolução de problemas de decisão e justificar sua escolha como racional.

A decisão judicial diferencia-se dos demais tipos de decisão por um fator muito preciso, ela é produzida por uma autoridade especialmente designada para o exercício dessa função: o juiz em sentido amplo - em qualquer grau hierárquico de um sistema judiciário de Estado. Uma decisão que não provenha de tal autoridade pode ser até de grande valia e importância no terreno dos novos esforços democratizadores e descentralizadores da resolução de conflitos e da realização da justiça, como a Justiça da favela já mencionado nesse trabalho; contudo, estas últimas não podem ser consideradas judiciais neste seu sentido específico: como oriunda de um funcionário público do Estado destacado para o exercício da função jurisdicional.

Na doutrina majoritária, a decisão judicial forma dois grupos: os objetivistas, para quem o juiz deve buscar a satisfação da “vontade da lei”, valorizando, portanto, a sua literalidade, e os subjetivistas, para quem o juiz, ao contrário, deve se concentrar na busca pela ‘vontade do legislador’, cuja autoridade deve ser respeitada e efetivada. Kelsen (1998), ao afirmar que a decisão judicial como um processo lógico, somente funcionaria nos casos mais simples, quando o texto da lei fosse de fácil compreensão e em torno do qual existisse pouca divergência, considerando-se determinada comunidade político-jurídica.

Todavia, o autor concluiu que, na maioria dos casos, essa facilidade não está presente e a uniformidade de compreensão é inexistente, devido ao caráter extremamente limitado da linguagem humana. Por essa razão, Kelsen não acredita nas soluções mais simples para a construção das premissas maior e menor, qual seja, não acredita na ‘vontade da lei’, nem na ‘vontade do legislador’, muito menos na ideia de ‘verdade real’.

Assim, Kelsen para a compreende que o texto da lei é capaz de fornecer ao magistrado, na maior parte dos casos, apenas uma moldura dentro da qual ele se movimenta, para encontrar a solução desejável. Mesmo diante de mais duas uma possibilidade é vontade do juiz que determinará a solução para o caso. Em tais termos, a vontade da lei ou do legislador, disputada por objetivistas e subjetivistas, seria agora secundária, posto que, no limite, submissa à vontade do juiz.

Diante disso, ocorre uma crítica, conforme Bezerra (2018), na visão kelseniana, pois ao entender que as decisões judiciais e seus resultados dependam, de maneira tão forte, da vontade de juízes, agrediria o ideal de democracia, pois daria muito poder aos magistrados, tornando o Poder Judiciário não passível de controle pela sociedade. Dessa forma, Bezerra (2018), aponta que foram três tentativas de tentar superar o voluntarismo judicial: a) a justiça; b) a hermenêutica; c) a argumentação.

Na corrente da justiça, a decisão judicial é um misto de ato lógico e voluntarista, encontraria limites no conjunto de determinados valores éticos e morais. No Jusnaturalismo, por exemplo, esse conceito de justiça estaria nos costumes mais aceitos numa sociedade ou no plano metafísico, como, por exemplo, em Deus ou na natureza humana, a exemplo das teorias que exaltam, respectivamente, os ideais cristãos e a dignidade da pessoa humana. No positivismo clássico estaria na própria lei, pois seria esta, no Estado Democrático de Direito, a baliza da normatização do comportamento humano em todas as suas dimensões. Poderia ser a cargo do juiz do caso, que decidirá com sua experiência, justiça e prudência, de maneira que muitos ainda creem na figura do magistrado como um ser eticamente mais elevado e exemplar, dotado de sabedoria e razoabilidade superiores.

Na corrente da argumentação ao fazer a subsunção lógica dos fatos à lei, o juiz trabalha mediante a exposição de argumentos. Dessa forma, ao assim proceder, a fim de que o voluntarismo seja minorado ou até eliminado, o juiz, necessariamente, deve observar determinado sistema de regras argumentativas. Basicamente pode ter enfoque na lógica, na retórica ou na dialógica, pregam, respectivamente, a busca pela coerência e precisão da argumentação; pela aceitação da decisão na comunidade, pois vê refletida na decisão sua própria forma de pensar e se expressar ou pelo diálogo racional entre o juiz e as partes, de modo que, possa resultar uma decisão aceita por todos através de uma espécie de consenso.

Por fim, a corrente da hermenêutica do direito a ideia de subsunção entre ideias maiores e menores, através de processos lógicos e que redundam em resultados necessários não é aceita. Essa corrente parte da noção de que a visão de mundo do julgador, ou seja, seu horizonte cultural e suas pré-compreensões do mundo e de tudo que nele existe é que definem, inicialmente, a passagem da lei e dos fatos para a decisão judicial. Essa passagem, para os cultores dessa visão do direito, já se compreende a lei a partir dos fatos e estes a partir da lei, de modo que o juiz, ciente de que sua visão de mundo reflete o seu voluntarismo, que deve se pautado nos precedentes, jurisprudência e na visão da comunidade jurídica que está inserido.

Seja qual for a corrente da decisão judicial, esta deve ser proferida por um juiz devidamente investido pelo Estado. Sabe-se que, o Estado necessita de um conjunto de pessoas incumbidas de executar suas atividades materiais, alcançado assim sua finalidade coletiva. O conjunto dessas pessoas se chama agentes públicos, no qual atuam em nome do Estado, de forma transitória ou permanente, com ou sem remuneração pelos serviços que são desempenhados na sociedade. Esse termo é gênero e abarca os agentes políticos, agentes de cooperação, servidores públicos e militares.

Os juízes, desembargadores e ministros pertencem ao poder judiciário e ocupam as posições tipicamente políticas e seu ingresso ocorre por meio de concurso público de provas e títulos conforme o art. 93, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88):

Art. 93 da CRFB/88. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação. (BRASIL, 1988).

De forma taxativa, o dispositivo constitucional afirma que o ingresso na magistratura ocorrerá por meio de concurso público¹⁰ de provas e títulos que selecionará os candidatos mais aptos ao serviço público, afastando a possibilidade de critérios subjetivos na escolha de seus quadros funcionais. Trata-se de uma exigência inafastável para o provimento de cargos efetivos e empregos públicos que, se inobservada, implica em total inconstitucionalidade e anulação da nomeação respectiva, em face da violação direta do princípio da livre concorrência aos cargos público.

Compete a justiça comum apreciar a nulidade de tais concursos que nomeia ou contrata ilicitamente servidores sem a devida observância das normas constitucionais do art. 37 da CRFB/88, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a competência material da matéria.

Art. 37 da CRFB/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

¹⁰ Para Barreto (2017), o Brasil adota o sistema de *merit system* (sistema meritório) no qual o mérito do indivíduo será devidamente recompensado. O concurso público é o mecanismo legal utilizado pela Administração para selecionar os candidatos mais aptos ao serviço público. Ele se dá por meio de provas e/ou títulos.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (BRASIL, 1988)

Mediante aprovação em concurso público, os atos do magistrado se tornam válidos em território brasileiro devido a posse e exercício que o magistrado faz *jus* desse cargo público devendo atentar para o princípio da fundamentação de seus atos, confirme o art. 93, inciso IX, da CRFB/88:

Art. 93 da CRFB/88. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

Para Bittar (2012) o juiz pode ser identificado como a justiça animada, pois sua função é aplicar uma justiça corretiva conforme os ensinamentos de Aristóteles em *Ethica*. Se as partes desigualam, cumpre o juiz restabelecer essa igualdade de maneira imparcial (grego, *dikaion émpsychon*). Segundo Nalini (2016), a formação de um juiz necessitará o domínio da técnica, a ética-institucional dos tribunais; cívico-política e forte formação jurídica e humanística.

A lógica da atividade julgadora é uma lógica humanística e do razoável, com apelo a prudência e para a capacidade de adequação aos problemas das sociedades complexas, pois a mera subsunção não é suficiente para solucionar estes problemas judiciais.

Assim, deve-se, de acordo com Siches (1973, apud Bittar, 2012, p. 538), o magistrado ter as seguintes capacidades dentro de sua lógica jurídica: a) Visão social e histórica dos fatos dentro de um processo; b) Impregnado de valores éticos; c) distinguir os diversos tipos de litígios ou demandas jurídicas; c) Conhecer as hierarquias institucionais e as consequências de seus atos dentro dos processos judiciais; d) Adequação dos fins e dos meios, dos valores demandados às demais carências sociais, dos valores sociais; e) Forte experiência da vida humana com forte prudência decisória.

O juiz encontra-se sobre si a responsabilidade ética proporcional aos anseios sociais depositados sobre sua função e sua pessoa, uma vez que é esta que faz com aquela se torne um exercício real e efetivo. Assim, o magistrado recorrendo à lei encontrará fundamento e parâmetro democrático para seu julgamento; ao caso, encontrará o fermento de um litígio perpetuável e abundantes elementos em meio aos quais encontrará a semente da decisão; a doutrina, a sabedora para as complexidades dos casos jurídicos; jurisprudência, a observação

dos colegas magistrados no esforço de dar prudência aos litígios; a sua consciência e sua formação educacional encontrará respostas prudentes e possíveis inovações no direito positivo.

O juiz detém, como decorrência de suas atribuições legais, grande poder de decisão, sobretudo tendo-se em vista a liberdade e a livre convicção, que deve ser racional e argumentada, pois os magistrados preservam grande espaço de desempenho para a produção de decisões judiciais. Quanto a estas, são as únicas, como mencionado, que são oriundas de uma autoridade competente em virtude do respaldo do princípio da legalidade, uma vez que precisam ser norteadas pela exatidão e eficiência. Para Monteiro, conceitua muito bem o que é uma decisão judicial:

A decisão judicial diferencia-se dos demais tipos de decisão por um fator muito preciso, ela é produzida por uma autoridade especialmente designada para o exercício dessa função qual seja o juiz em sentido amplo – em qualquer grau hierárquico ou de especialidade de um sistema judiciário de estado. Uma decisão que não provenha de tal autoridade pode ser até de grande valia e importância no terreno dos novos esforços democratizadores e descentralizadores da resolução de conflitos e da realização da justiça; contudo, estas últimas não podem ser consideradas judiciais neste seu sentido específico: como oriunda de um funcionário público do Estado destacado para o exercício da função jurisdicional. (MONTEIRO, 2009, p.11).

As normas jurídicas regulamentam toda e qualquer decisão judicial e possibilita questionamentos por parte dos jurista e observadores do direito sobre a própria atividade privativa do juiz. Durante toda a história da humanidade, as decisões judiciais sempre nasceram envolvidas de ideologias a respeito da função do Estado Juiz, e até mesmo das relações de poder, política e controle social, como já visto no decorrer da análise. Para Monteiro, o aspecto histórico é fundamental para entender a decisão judicial:

A janela da História possibilita a metódica divisão da experiência da produção judicial do Direito em três grandes períodos característicos. O primeiro momento evidencia as funções sacerdotais do agente da decisão judicial orientadas para a realização de alguma forma divinatória de justiça nas sociedades primitivas. A seguir, as primeiras instituições decisórias são desenvolvidas na vigência das organizações das sociedades antigas como a greco-romana e persistem diferenciando-se até o nascimento do Estado de Direito. A partir daí, apresenta-se e aperfeiçoa-se o modelo de decisão judicial implementado e desenvolvido pelo paradigma liberal do Direito. (MONTEIRO, 2009, p. 12).

Existem diversos tipos de sentenças e tribunais dentro do sistema judiciário internacional. No Brasil, a prestigiosa doutrina¹¹ entende que os pronunciamentos judiciais podem se classificar conforme possuam, ou não, conteúdo decisório. Assim, decisão é gênero podendo abarcar a seguinte espécie: Despacho (ordinário, saneador, carga decisória), Decisão Interlocutória, Sentenças e Acórdãos. Os despachos encontra-se no art. 203, §3º, do CPC; As decisões interlocutórias no art. 203, §2º; Sentenças, no art. 203, §1º, CPC; e Acórdãos, no art. 204 do CPC.

Art. 203 do CPC. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. (BRASIL, 2015)

Art. 204 do CPC. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais. (BRASIL, 2015).

Quanto as decisões interlocutórias e sentenças, estas podem ser classificadas: a) Conteúdo - terminativas, definitivas e heterogêneas; b) Natureza - condenatórias, constitutivas e declaratória; c) Tempo - provisória (cognição sumária) e definitivas (cognição exauriente); d) Complexidade - simples e complexas (objetivamente e subjetivamente); e) Cumprimento - condicionais e incondicionais; f) Exaurimento - satisfativas e não-satisfativas; g) Cognição: limitadas e ilimitadas.

A sentença, segundo o art. 203, §1º, do CPC, é o pronunciamento por meio do qual o magistrado, com fundamento nos arts. 485 e 487, ambos do CPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

¹¹ Didier Jr. Fredie; Braga, Paula Sarmo; e Oliveira, Rafael Alexandria.

Art. 485 do CPC. O juiz não resolverá o mérito quando:

- I - indeferir a petição inicial;
- II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;
- VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
- VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;
- VIII - homologar a desistência da ação;
- IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e
- X - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§ 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se. (BRASIL, 2015).

Art. 487 do CPC. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

- I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
 - III - homologar:
 - a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - b) a transação;
 - c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.
- Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se. (BRASIL, 2015).

Com maestria Marinoni (2017) define sentença como ato do juiz que, resolvendo ou não o mérito da causa (art. 203, 485 e 487), define-a, gerando em regar a preclusão para o juiz (art. 507, ressalvadas as hipóteses do art. 494), assinalando ainda o fim da atividade de conhecimento de primeiro grau de jurisdição.

A opção originária do art. 162, § 1º, do CPC/73 em adotar o critério de conteúdo para conceituar sentença, mas o novo código de processo civil se utiliza do “conteúdo” quanto do “momento/função” para identificar um pronunciamento como tal, ou seja, como sendo uma sentença judicial. A doutrina majoritária, entende que a soma desses dois elementos leva um conceito adequado e apropriado para os dias atuais. Para Medina (2015), a sentença é definida

pelo momento processual em que é proferida e também pelo conteúdo, cumulativamente, pois põe fim ao processo ou fase processual.

Assim, ao se interpretar o §1º, do art. 203, do CPC, deve-se extrair a ideia de que a sentença é o pronunciamento, como base nos art. 485 ou 487, que encerra a etapa de conhecimento comum ou especial, ou de execução; isto é, pronunciamento que põe termo à etapa cognitiva ou executiva na primeira instância.

Dessa forma se extrai as seguintes conclusões desse dispositivo: a) Representa o fim de uma etapa do processo em primeira instância na qual a atividade preponderantemente desenvolvida pelo juiz foi reconhecer o direito aplicável à espécie; b) Quando menos, à constatação de que não havia condições mínimas para que se desse aquele conhecimento. Não significa, como regra, que o processo tenha sido extinto com e por ela, muito menos que o juiz tenha cumprido e acabado o ofício jurisdicional.

Percebe-se que a decisão além de estar consolidada não só no conceito de legalidade, ou seja em fundamentos de norma jurídicas, deve buscar também o justo e na própria segurança da ordem jurídica, aproximando assim, o direito do próprio raciocínio, percebendo que ambas as matérias não podem se dissociar, uma vez que o juiz não só reproduz a lei em seu caráter legalista, mas também interpreta, trazendo maior segurança ao alcance para as decisões proferidas. Uma teoria da decisão judicial para se iniciar não pode se afastar da ideia de discurso e argumentação jurídica, uma vez que ao decidir, o juiz realiza um emaranhado de elucidações deliberativas apresentadas em audiência, que se finda com o alcance de uma decisão.

A decisão judicial e a argumentação jurídica embora se completem, uma vez que toda decisão resulta de argumentos convincentes, devem ser observados de forma claramente distintas, uma vez que o primeiro se fundamenta no resultado, enquanto o segundo se lastreia em argumentos e discussões, a cerca do direito pleiteado. Assim, Monteiro afirma:

A Teoria da Argumentação Jurídica é o principal ponto de partida na tarefa de delimitação da Teoria da Decisão Judicial, e exige a distinção entre o processo de elaboração e tomada da decisão, também denominado deliberação, cujo resultado é a própria decisão. Embora sejam aspectos conexos, é importante salientar que a fundamentação entra em cena na etapa final do procedimento deliberativo. Enquanto os elementos cruciais para o resultado são concernentes ao plano da decisão; no plano da argumentação, enfocam-se os próprios critérios jurídicos de discussão e de fundamentação. (MONTEIRO, 2009, p. 14).

Decidir incontestavelmente é atividade complexa, e uma decisão coerente deve levar em consideração inúmeros elementos cruciais para que uma escolha possa ser suficientemente coerente, como observar a extensão do caso a ser decidido, sua relação com o meio a sua volta e com as diversas concepções de certo e errado. Com isso, o magistrado deve relacionar esses

elementos de forma complementar e, por fim cotejar todas as informações obtidas, escolhendo a melhor forma de decidir e fazê-lo conforme o método mais eficaz ao caso concreto é importante.

Dentro das decisões judiciais, o juiz deverá atentar para fundamentos importantíssimo no ato da construção da sentença ou decisão interlocutória proferida. Dentre eles, encontramos: o devido processo legal; juiz competente; adequação do fato a lei; as provas durante o processo legal e o livre convencimento no ato da decisão por parte do magistrado. O devido processo legal é o princípio do direito que impõe que todas as decisões judiciais devem ser precedidas de um processo justo e que respeite todos os trâmites legais definidos por um ordenamento jurídico. O desrespeito a este princípio torna nulo todos os atos que foram praticados. Levando em consideração que este é um dos principais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, todos os demais princípios constitucionais derivam dele.

Este fundamento jurídico não se restringe a Constituição Federal, o devido processo legal é um procedimento legitimado em outros instrumentos normativos, e devido a esta amplitude é aplicado de forma universal, é um direito fundamental do homem, o Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direito Humanos, traz em seu texto a defesa de tão salutar princípio:

Art.8º da Convenção Americana de Direito Humanos - Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, 1992).

Art. 5º da CRFB/88 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988).

O devido processo legal é um dos fundamentos para a perpetuação do Estado Democrático de Direito, baseado, sobretudo na coerência das decisões judiciais e no respeito aos trâmites legais que é um direito de todo cidadãos submetido ao Estado juiz, vigiando para que o poder público seja justo, e dando segurança jurídica a todos os ditames legais, evitando a ocorrência de tribunas de exceção, e decisões arbitrárias. Lucon traz uma boa definição para este princípio ao afirmar que:

A legítima limitação ao poder, mediante o *due process* law, visa a impedir que a desigualdade impere no processo, tornando-o justo na exata medida em que assegure às partes participação paritária e proporcione o resultado esperado pela sociedade. (LUCON, 1999, p. 101-102).

A competência judicial trata de uma parte da jurisdição, que determina qual a área em que o um juiz realizará sua jurisdição, a matéria de sua competência e quais serão os seus jurisdicionados. A competência nasceu da necessidade de se organizar a atividade jurisdicional, dada a quantidade e variedade de demandas postuladas em juízo.

Portanto, melhor seria conceituar competência como sendo o âmbito legislativamente demarcado para a prática de atos jurisdicionais. Isto porque a função jurisdicional é exercida em todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como o limite do seu exercício é definido em lei (NOBREGA, 2010, p. 174).

É importante que toda causa judicial além de ter que respeitar os trâmites legais previstos no ordenamento, deve *a priori* indicar qual o juízo competente para julgá-la, sob pena de tornarem-se nulos os atos praticados pelo juízo incompetente, desta forma fazendo com que o processo se torne mais lento, uma vez que os autos do processo deverão ser remetidos ao juízo competente.

Quando um juiz assume a titularidade de uma vara civil, por exemplo, ele não poderá atuar em uma ação de competência do júri, a sua jurisdição limita sua área de atuação. Por este motivo a jurisdição é inerente à atividade de todo o juiz, mas nem todo juiz tem poderes para julgar todos os litígios em todos os lugares. Só o juiz competente tem legitimidade para fazê-lo validamente.

Convém ressaltar, que o juízo competente está diretamente relacionado com o princípio do juiz natural, uma vez que a própria atividade jurisdicional é regida por determinados princípios constitucionais que trataremos a seguir. O princípio do juiz natural é tratado no artigo 5º, inciso LIII, da CRFB/88 estabelece: “...ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente...” (BRASIL, 1988). Neste sentido tal princípio tem como nascedouro a proibição da existência de tribunais de exceção como consubstancia o art. 5º, XXXVII, CRFB/88 “... não haverá juízo o tribunal de exceção...” (BRASIL. 1988).

O Tribunal de exceção é aquele criado posteriormente a um fato com o intuito de julgar causa específica, sem dúvida alguma esta prática acabaria com a imparcialidade que se supõem a todo órgão julgador, surgindo neste sentido uma predisposição para condenação ou absolvição conforme casos e interesses.

Assim, a função de julgar não pode ser dirigida a qualquer órgão, mas tão somente aquele que a através de regras objetivas de competência tenham capacidade processual para tal atribuição. Tribunal de exceção é criado para julgar, sem garantias normais, determinados crimes retirados da competência dos Tribunais comuns; é instituído por ocasião de guerra civil, revolução. (FRAGA, 1985, p. 306).

Neste sentido, o juiz competente é aquele que possui poder para conhecer e resolver determinada questão judicial, sua competência é aferida segundo seu poder de julgar conferido pela própria lei. Para que sua jurisdição seja legítima e sua imparcialidade não esteja comprometida esta deve ser fixada com critérios anteriores e subjetivos.

Falar na aplicação do direito feita pelo Estado-Juiz traz algumas questões de cunho delicado, como a adequação da norma em seu caráter geral e abstrato a uma situação específica e concreta. Ao exercer sua atividade, sobretudo no momento de sentenciar, o juiz deve realizar a atividade de confrontar normas jurídicas a fatos privados ao juiz de direito, adequar uma ou mais normas jurídicas a fatos particulares, de maneira interpretativa e integrativa.

Diante tal atividade, emerge a questão da subsunção, que segundo Ataliba: “... é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética de lei. Diz-se que um fato se subsume a hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dela faz a lei.” Ataliba (1996, p. 63).

A prática de submeter o fato (premissa menor) à norma jurídica (premissa maior) traz alguns pontos questionáveis, como acreditar que o juiz poderia resolver qualquer problema com a simples adequação de um caso concreto a lei, mas para isso o ordenamento jurídico precisaria ser completo e esgotar em suas próprias premissas, além disso, a racionalidade deveria ser suficiente para ponderar fato e conduta, o que nem sempre é possível, como afirma Marinoni:

Essa teoria supunha que o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação das normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente. Na verdade, o caso sobre o qual o juiz devia se debruçar era encoberto pela lógica da subsunção, para quem os fatos eram considerados a premissa menor e a norma geral a premissa maior (MARINONI, 2017, p. 47-48).

Neste sentido, a subsunção do fato a norma seria uma forma de fundamentar as decisões jurídicas, mas a fundamentação não seria apenas adequar à situação fática a uma norma hipotética, mas também demonstrar de que forma o caso concreto se coaduna com o previsto em lei. A esse respeito, afirma Junior: “... ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento.” (JUNIOR, 2004, p. 176).

É essencial que toda e qualquer decisão judicial seja devidamente motivada com base na lei, mas não apenas nela. A aplicação é o resultado da interpretação. Neste sentido, a

subsunção do fato a norma, nos dias atuais não é mais em uma obrigação do magistrado, dentro dos limites da legalidade, é permitido a ele interpretar a norma a ser aplicada.

A função do interprete/aplicador ganha maior importância, pois abandona uma postura meramente reprodutora assumindo uma tarefa criadora, dessa forma contribui para a construção do direito, deixando de ter sua função submissa ao legislador, passando a construir o sentido da norma. Contudo, não significa que a função legislativa seja desconsiderada, ficando a tarefa de realização do direito relegada ao arbítrio do aplicador, não é este o objetivo, mas sim reconhecer a relatividade da lei e a existência de uma série de fatores influente no momento da concretização da norma. Dessa forma, provém a necessidade de uma justificativa maior, indo além da referência a lei, pois esta pode contemplar as mais diversas interpretações. (RADAELLI, 2010, p. 195)

O fim de todo processo é sentença, mas existe um caminho que se percorre até alcançá-la, são os prosseguimentos jurídicos, conhecido como processo de conhecimento, toda decisão judicial, portanto deve ter como fundamento a lei, porém a sua interpretação é de fundamental importância para que a injustiça não prolifere. Em um grande número de casos, a decisão judicial que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados, conforme afirma Alexy:

Para tanto, há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos entre normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da lei. (ALEXY, 2008, p. 33-34)

Submeter à norma de forma integral e inquestionável, a um caso concreto, seria não observar todas as ponderações mencionados pelo autor, seria não considerar as peculiaridades que envolvem cada caso concreto, seria acreditar que nosso ordenamento não possui lacunas prevendo todos os possíveis conflitos humanos, o sabemos que não é verdade. A interpretação, portanto, é fundamental para o alcance de uma solução justa.

O termo prova no processo, da mesma forma que em outras ciências, pode assumir para o Direito inúmeras conotações, conceitos distintos para o senso comum e para as utilizações técnicas trazidas pelos juristas. Para a ciências jurídica, prova é tudo aquilo utilizado no processo para alcançar o convencimento do juiz sobre a verdade de um fato que ele é o destinatário final. As provas apresentam ao juiz situações e elementos constitutivos de determinado fato, para que este forme seu convencimento sobre os dados importantes para o processo, objeto de controvérsias.

Para assim define prova para Burgarelli:

No direito processual, provar resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração da realidade material. De modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação. Prova judiciária, por seu turno, é o meio demonstrativo de veracidade entre o fato material (fato constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido. Vale dizer é o meio pelo qual se estabelece relação de veracidade e adequação entre a causa próxima e a causa remota, elementos da causa de pedir. Estabelecida a relação, por meio da prova, ao juiz é dada a tarefa de aplicar a lei, a hipótese normativa de incidência fática, em regra, a norma de direito material (BURGARELLI, 2000, p. 53)

Neste contexto, a figura dos árbitros mediadores e interlocutores de conflitos, surge com a finalidade de intermediar a solução de litígios, e a argumentação passou a ser imprescindível para que os fatos relatados pelas partes fossem julgados como verdadeiros ou não. Neste sentido, para que uma pretensão fosse vitoriosa era preciso provar e convencer, através dos meios legais admitidos.

O que podemos observar diante tais evidencias é que a prova surge como forma de convencimento do juiz, e tem como finalidade alcançar a decisão mais justa possível, concedendo o provimento jurisdicional para quem realmente o mereça, uma vez que os sujeitos do processo buscam ter suas razões e pretensões acolhidas. A prova é instrumento essencial ao processo e para as partes. Destaca-se que as relações processuais veem sofrendo expressivas modificações no que tange aos meios utilizados para o alcance de uma decisão que diga a verdade no processo.

Neste sentido por ser um importante instrumento de convencimento, a prova tem um papel de tal importância que não pode estar de forma alguma viciada, o artigo 5º, inciso LVI, da CRFB/88: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O Código de Processo Penal fala a respeito das provas ilícitas no processo:

Art. 157 do CPP. São inadmissíveis, devendo ser desentranhada do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (BRASIL, 1941)

No judiciário brasileiro, não há espaço para produção de provas ilícitas, com fulcro no entendimento doutrinário que essas afrontam o direito material, sendo consideradas ilegítimas quando afrontarem direito processual. Entende-se, portanto, que mesmo diante a busca pela justiça, existem limites para a liberdade no que tange a produção de provas, sendo assim não se

busca o direito a todo custo, devendo-se respeitar garantias fundamentais que são à base de nosso direito pátrio.

A prova não oferece a verdade nem certeza dos fatos ao juiz, apenas lhe atribui meios de identificar de maneira provável qual das versões apresentadas mais se aproxima com o que efetivamente ocorreu. Em relação à avaliação das provas, o direito processual brasileiro, optou pelo princípio do livre convencimento também chamado de persuasão racional, vejamos o que diz o art. 131 do CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 2015).

Neste sentido, ao julgar, aqui no Brasil, o julgador não está adstrito à lei no que se refere à valoração da prova, nem possui liberdade total para apreciá-la, porque existem limitações, observando os elementos probatórios pertencentes ao processo, consagrado no artigo 93, inciso IX da CRFB/88:

Art. 93 da CRFB/88 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

Nery Junior fala desse princípio ao afirmar:

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure (CF 93, IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo dele que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto. (JUNIOR, 2004, p.218).

Como um dos princípios norteadores do direito processual, o livre convencimento motivado, tem como finalidade primordial dar liberdade ao juiz na sua atuação jurisdicional. Este princípio permite não apenas que o juiz forme seu convencimento de forma livre, mas também lhe autoriza impedir a produção de provas que tenham como única finalidade protelar o andamento do processo, possibilitando assim uma justiça mais célere.

Assim, os magistrados não estão adstritos, sequer, a considerar verdadeiros os fatos sobre cujas proposições estão de acordo as partes. Neste sentido a liberdade de apreciação das provas se entende tanto a valoração quanto a produção de provas. O livre convencimento do magistrado também funciona no processo como uma forma de impedir a entrada de provas

ilícitas, uma vez que o próprio pode rejeitá-las quando entender necessário, devendo o magistrado, se adaptar às constantes mudanças sociais para embasar suas decisões, trazendo esses fatos para o mundo jurídico, no intuito de alcançar decisões cada vez mais justas.

2.6 TIPOS DE RACIOCÍNIOS DESENVOLVIDOS PELOS MAGISTRADOS

Para Bezerra (2018), A decisão judicial é um ato lógico, através do qual o magistrado encaixa, mediante o uso dos postulados da lógica clássica a "identidade", da "não contradição" e do "terceiro excluído", uma ideia menor dentro de uma ideia maior. A esse encaixe dá-se o nome de subsunção, e o seu resultado é sempre necessário, conduzindo o juiz, portanto, a certezas. Esse tipo de visão é adotado nos EUA, Alemanha e Espanha e Brasil.¹²

Boa parte da doutrina propõe técnicas de raciocínio jurídico com potencial de prevenção de resultados injustos e ilegais, mesmo que tenha havido uma notável queda no raciocínio mecânico adotado nessa corrente, ganhando espaços para aplicação de *precedentes* e *ponderações de princípios*.

Os tipos de raciocínio jurídico no presente trazem a ideia, ainda que implícita, que a decisão não decorre de uma inferência dedutiva, algumas respostas e métodos são melhores, do ponto de vista jurídico, que outros. Nesse sentido, destaca-se a forte contribuição dos trabalhos de Dworkin (2008) sobre a atividade da discricionariedade judicial. Para o autor, a decisão judicial é uma busca pela “solução viável” em qualquer litígio.

Antes sua atividade jurisdicional e optar pela interpretação mais adequada, juiz deve observar se está diante de um caso fácil (*simple case*) ou caso difícil (*hard case*). Os casos mais fáceis devem ser resolvidos por meio do raciocínio dedutivos, no qual o magistrado vai deduzir o fato apresentado a uma regra preexistente e formalmente válida. Dworkin (2008), traz de inovação para a ciência do direito a técnica denominada de *abordagem interpretativa do direito*. Com isso, juiz aos se deparar com um litígio, ele deve construir uma teoria para dizer o que é o direito. Esta teoria deve se encaixar nos relevantes entendimento da doutrina e jurisprudência, transformando o direito fácil em ser aplicado no caso.

Para o autor, tanto *a posteriori* do direito quanto a sua teoria são melhor compreendidas como processos de interpretação construtiva, interpretações que transformam seu objeto no melhor que ele pode vir a ser. Essa interpretação construtiva depende da

¹² Conforme as obras de Richard Posner (EUA), Karl Larenz (Alemanha), Manuel Atienza (Espanha) e Tercio Sampaio Ferraz JR

capacidade de atribuição de um valor ou propósito característicos ao objeto de interpretação, sendo este critério para determinar se a interpretação de um objeto é pior ou melhor que sua alternativa. O direito é visto como integral, ou seja, os magistrados devem decidir de forma a tornar o direito mais coerente, preferindo interpretações que façam com que o direito se pareça com um produto de uma visão moral única, aproximando da moral e da justiça que se adequam a corrente do neopositivismo jurídico.

Assim, a justiça seria mais democrática, pois abarcaria não apenas os operadores do direito mas toda sociedade, pois o direito é visto na sua melhor ótica e panorâmico contradizendo com a corrente realista que, afirma que as decisões proferidas pelos magistrados são frequentemente baseadas (conscientemente ou inconscientemente) por valores pessoais ou políticos, construídos a partir de intuições ou pulsões. Os realistas desmistificaram o raciocínio jurídico como um procedimento científico ou racional dedutivo.

Dessa maneira, Nojiri (2000) afirma que regras e conceitos jurídicos geralmente são indeterminados e raramente neutros. E é justamente essa indeterminação que leva os realistas a explicar as decisões judiciais em termos de instintos e pulsões. Para esse autor, os juízes determinam o resultado de um processo judicial antes de decidir se a conclusão é, de fato, fundada em regras ou princípios legais estabelecidos. O juiz, nesses casos, analisa os fatos apresentados e decide antes mesmo de refletir sobre a lei ou o precedente aplicável. Uma vez tomada a decisão, o juiz irá procurar por princípios ou regras existentes que sustentem sua decisão.

Para os realistas, ocorre uma inversão do raciocínio tradicional realizados pelos magistrados significando que eles não raciocinam com base em regras abstratas, mas em função de seus instintos, influenciados por fatores extraleais, no qual os princípios apenas serviriam de apoio para suas convicções.

No processo de construção da decisão judicial, deve-se distinguir entre as operações de fundamentação e justificação. A primeira esta relacionada à construção que o magistrado realiza, traves da linguagem e partir de determinado sistema de referências, do fato jurídico em sentido estrito, este composto pela narrativa dos fatos sociais e pela norma jurídica em sentido estrito, com seu antecedente e conseqüente.

Nesse contexto, a construção da realidade jurídica, representada pelo fato jurídico em sentido estrito, somente é possível ser realizada através da atividade hermenêutica de compreensão e interpretação da linguagem constante da narrativa das partes e dos enunciados normativos.

Ente as diversas metodologias no mundo jurídico, a mais aceita é a estabelecida por Dworkin na resolução dos casos jurídicos pelo magistrado, podendo este fazer dedução ou indução. Se for observado que a dedução não é possível, deve-se recorrer à argumentação. Podemos observar que mesmo diante fatos que inicialmente são de fácil solução, a argumentação não deixa de ser uma opção.

O primeiro passo é aplicar o método dedutivo. O modelo é um juiz no estilo “Sherlock Holmes” Este passo apresenta uma prioridade argumentativa porque, sendo a regra, deve começar intentar resolver um caso mediante dedução, e, se ela não for possível, recorrer à argumentação. [...] deve-se começar pela validade formal, e, se não for possível resolver dessa maneira, avançar para a validade material (LORENZETTI, 2009, p. 159)

Sendo assim, no caso de existir uma regra válida que possa ser aplicada a um caso a ser resolvido judicialmente sem maiores dificuldades de adequação, este deve ser o primeiro passo a ser tomado. No método dedutivo o juiz ao analisar os fatos apresentados, não deixará de observar se a conduta merece amparo judicial, após tal análise, irá identificar qual a norma deverá ser aplicada para solucionar o conflito, e por fim, realizará a dedução aplicando a norma adequada ao caso concreto.

O autor fala sobre esses três passos para a dedução:

I) Delimitar os fatos (elemento fático): delimitar um suporte fático relevante por aplicações das regras processuais (elemento fático- premissa menor). O elemento fático requer que seja determinada a existência de um fato em sentido jurídico, ou seja, que não é qualquer um senão aquele que foi provado conforme fontes e meios probatórios admitidos. II) Processualmente. E essa importância é tal que o desconhecimento dos fatos do caso pelo juiz, seja que ignore os que foram provados na causa ou que tenha como provados os que não foram provados, constitui uma típica situação que se enquadra na doutrina da arbitrariedade de sentenças elaboradas pela Corte Suprema e; III) Identificar a norma (elemento normativo): Identificar um conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formular um enunciado normativo geral (elemento normativo premissa maior). LORENZETTI, 2009, p. 159)

Dessa maneira, requer a identificação de uma norma válida conforme o critério hierárquico, especialidade e temporalidade (juízo de aplicação) e determinar o seu sentido (interpretação). Essa identificação é relevante ao extremo de que, se não há invocação de normas ou se forem invocadas normas derogadas ou não aplicáveis, ou se faz mera transcrição de normas, a sentença pode ser desqualificada com base na doutrina da arbitrariedade das sentenças. É denominada pela doutrina como arbitrariedade normativa, ou seja, o magistrado deve analisar os elementos fáticos e sua correspondência com a norma aplicável, dando a solução ao caso pela via da dedução.

É importante observar, que mesmo no modelo dedutivo a atividade interpretativa do juiz não é deixada de lado, no momento de identificar a norma, o julgador deve atuar de forma integradora, devendo este reconhecer a norma a ser aplicada e reconstruir o significado a ser atribuído a ela, diante um ordenamento jurídico que precisa de segurança jurídica, sendo esta tarefa fundamental para que se possa analisar o contexto em que o texto fora produzido e no qual deverá ser aplicado.

Depois de ser encontrada a solução dedutiva, seria observar as consequências que aquela aplicação poderá trazer ao processo e fora dele, e se realmente alcançou o seu objetivo. Esta tarefa é essencial, uma vez que a eficácia da decisão é fundamental, e se a tarefa não for corretamente executada a solução não será alcançada. O julgador, após fundamentar sua decisão deve está convencido de que baseou sua decisão em precedentes verdadeiros que garantem a igualdade a todos, uma vez que em situações idênticas poderá ser usada a mesma fundamentação, trazendo assim estabilidade e segurança jurídica às relações judiciais, conforme afirma o referido autor: “O que se coloca em jogo aqui é tanto a garantia de igualdade perante a lei, que obriga a dar igual solução nos casos análogos, como a segurança jurídica, que favorece a certeza e estabilidade do direito. (Lorenzetti, 2009, p. 161).”

O magistrado também não pode deixar de observar se a sua decisão é coerente com o ordenamento jurídico que integra isso porque o método dedutivo surge de uma norma juridicamente válida, o que pressupõe coerência em sua aplicação, vejamos a ponderação que Lorenzetti faz a respeito desse elemento da coerência:

Isso é assim porque a solução dedutiva parte de uma norma identificada como válida, mas no sistema atual, onde há pluralidade de fontes, pode se dar o caso frequente de normas válidas que podem ter soluções diferentes. Portanto, é necessário verificar se existe um princípio geral que compreenda um conjunto de normas diferentes. [...] É necessário assinalar que a coerência se presume, de maneira que existe o encargo argumentativo de provar o contrário. (LORENZETTI, 2009, p. 161)

Não podemos deixar também de frisar as consequências sociais trazidas por toda decisão judicial. Neste sentido o magistrado também deve observar as consequências econômicas e sociais que a decisão poderá trazer para a sociedade, uma vez que as decisões produzem efeitos dentro e fora do processo, inclusive influenciando no comportamento das pessoas em geral. Abaixo, é possível a consequências que toda e qualquer decisão judicial é capaz trazer para a sociedade:

Gerais: uma decisão produz efeito para o caso, mas quando se fala de “consequências” é feita alusão às que excedem o âmbito das partes envolvidas e repercutem sobre a sociedade; Jurídicas: a partir deste termo entendemos que a decisão adotada é um incentivo para as futuras condutas das partes não envolvidas no pleito [...]; Econômico-sociais: este vocábulo significa que se deve analisar o impacto na área econômica e na organização social [...]; Função de controle: a análise consequencialista cumpre uma função de controle ou de alarme quanto à justeza da decisão que os provoca. (LORENZETTI, 2009, p. 162-163).

Como o direito é uma ciência em constante construção, existem situações em que as decisões não irão propiciar as consequências esperadas, nesses casos que são os considerados de difícil solução, alguns outros métodos devem ser considerados, para que a decisão alcance sua finalidade, a justiça.

Se as etapas supracitadas tiverem sido alcançadas, a decisão estará pronta para cumprir seus efeitos, porém quando não for possível aplicar o método dedutivo, por dificuldade em encontrar a norma aplicável, ou em interpretá-la ao caso concreto, ou quando a única lei a ser aplicada ferir a legalidade e ir de encontro com as normas constitucionais, nesses casos o julgador poderá tomar duas posturas. O juiz poderá decidir de forma discricionária uma vez que não existe uma forma adequada para julgar, mas sempre deverá primar pela razoabilidade, justificando suas decisões.

Nos caso difíceis há uma discricionariedade: Hart sustenta que “não há uma única resposta correta nos casos difíceis”, pelo que se produz uma “indeterminação normativa”. Isso exige do juiz que exerça um “*discrimen forte*”, porque exige uma escolha entre alternativas. Os limites dessa atividade discricionária são parâmetros de razoabilidade que guiam e controlam a atuação dos juízes como legisladores intersticiais e não como órgãos de aplicação do direito. (LORENZETTI, 2009, p. 163).

Outra possibilidade seria o juiz nesses casos utilizar dos princípios, devendo este aferir cada princípio, com o intuito de ver qual o melhor a ser aplicado ao caso concreto. Nos casos difíceis há uma forma correta de decidir nos casos difíceis o juiz não pode decidir como quiser, senão que deve ser guiado pelos princípios e aplicar o juízo de ponderação, justificando a decisão em termos de correção.

Nos casos difíceis o juiz deve ser guiado pelos princípios e aplicar o juízo de ponderação, justificando a decisão em termos de correção. Neste diapasão se faz necessário também analisarmos a figura do paradigma, que permite a utilização de mesmos princípios e regras de formas diversa. Pode-se observar que a aplicação dos paradigmas é uma tarefa difícil, sobretudo porque interpretar de forma tão subjetiva pode comprometer a própria imparcialidade do julgador, que em seu juízo de ponderação poderia utilizar valores pessoais. Por isso o próprio

Lorenzetti, em sua obra apresenta dois passos para que o paradigma seja aplicado de forma harmônica e explicativa:

Explicação: é necessário expor o paradigma e qual o objetivo a ser alcançado, assim como a tensão que provoca com outro paradigma competitivo; Harmonização: a tensão deve ser resolvida mediante uma harmonização que leve em conta o modelo de democracia deliberativa. (LORENZETTI, 2009, p. 164)

Parece nítido, que por vezes podem surgir conflitos nas formas de julgar, seja entre os passos distintos, seja na verificação dos casos fáceis e difíceis. Porém não se pretende aqui definir uma forma perfeita de julgar, como pudemos observar nas etapas acima, o juízo de valor sempre estará presente de forma imprevisível. Ao observar o primeiro passo deve ser o método dedutivo, podemos nos deparar com situações em que a mera aplicação da lei, não faz justiça no caso concreto, ocorre que, ignorar uma regra sempre leva a uma decisão *contra legem*, o que configura uma arbitragem, vejamos o posicionamento do autor quanto essas decisões.

Nestes casos, as decisões que não se enquadrem com lei de forma fática, deverão ser fundamentadas em precedentes normativos de mesma solução, no caso de serem precedentes com soluções diferentes, se faz necessária à argumentação como forma de fundamentar, sob pena de também está agindo *contra legem*.

Essa solução deve ser controlada com os precedentes (elementos de consistência) e, se o precedente assinala uma solução diferente, deverá ser assumido o ônus de argumentação justificativa da mudança- se isso não for feito, a sentença poderá ser arbitrária. Em casos em que a mudança puder afetar o direito das partes que trabalharam levando em conta a regra anterior, poderá ser razoável deixar dita a solução advertindo a mudança para o futuro. (LORENZETTI, 2009, p. 164)

Não se pode esquecer, que qualquer decisão que venha a ser tomada pelo julgador, deverá estar em sintonia como todo o ordenamento jurídico que integra, uma eventual dissonância deverá vir lastreada de fundamentos que a justifiquem, ou seja fundamentada. A justificação abrange a verificação e a justificação em sentido estrito. A justificação em sentido amplo oferece razões para qualquer juízo que apareça em um discurso. A verificação é uma justificação em sentido amplo é sobre juízos que são verdadeiros ou falsos em uma determinada linguagem, no caso a jurídica.

A justificação em sentido estrito é uma justificação em sentido amplo de juízos que não são nem verdadeiros nem falsos em uma dada linguagem, isto é, não são verificáveis. O conceito de verificação implica suposições filosóficas e lógicas. A verificação depende de uma ontologia. A justificação em sentido estrito trata de técnicas argumentativas distintas da verificação. O nome mais comum para estes argumentos é o de lógica não-formal, ainda que

existam opiniões contrárias ao uso do termo lógica neste contexto e a favor de uma retórica ou argumentação ou tópica.

De qualquer forma, esta área de raciocínio utiliza argumentos que unem diversos juízos em um discurso prático. Sua qualificação não se faz em termos de verdade, mas sim em de boas razões, razoabilidade. A justificação que interessa ao autor é a em sentido estrito, interessa os argumentos que justificam a decisão interpretativa. Se uma decisão está internamente justificada, pode-se dizer que é uma decisão internamente racional porque explicita as razões para esta decisão. Se uma decisão judicial está externamente justificada é externamente racional porque se baseia em boas razões, isto é, razões aceitas pela crítica. A necessidade de justificação depende ou da lei (se explicita quando deve se efetuar uma justificação explícita e quais argumentos são necessários), e/ou dos usos aceitos na prática jurídica, e/ou na doutrina jurídica.

Não se deve esquecer, que toda decisão deve ter como fim maior alcançar a sociedade, neste sentido tais decisões não devem deixar de analisar as consequências não só jurídicas, mas sociais, econômicas e financeiras, não se permitindo decisões que conduzam a um estado de instabilidade institucional. Diante a ocorrência de conflitos na interpretação normativa ou na própria dedução, verificamos a existência de um caso com difícil solução, nestes casos a argumentação jurídica é fundamentada na aplicação de princípios. Decisões com essa motivação permitem que a razoabilidade e discussões em volta da própria democracia judicial lastreie sua fundamentação.

Mas tal solução pode ter sua finalidade distorcida quando os paradigmas são os meios mais adequados para a solução do conflito. Isso ocorre porque nessas situações, o julgador tem uma margem de atuação interpretativa muito grande, e o paradigma por permitir diversas interpretações e conclusões acaba trazendo insegurança para tais decisões. Por isso temos aqui certa preocupação no momento em que o julgador deve utilizar os paradigmas para nortear seus julgados.

Conforme Reinaldo (2009), a possibilidade de um amplo campo de interpretação para o aplicador do direito lhe permitiu uma importante tarefa, a de realizar sua atividade de maneira mais ativa, deixando para traz aquele juiz ultrapassado e inerte. Neste sentido sua tarefa hoje, é interpretar diante os casos apresentados e os argumentos confrontados, usando a norma como um instrumento a seu favor, de forma complementar. A argumentação tem como principal finalidade, persuadir um auditório, com a finalidade de que este se convença da relevância de seu discurso. Para isso, o orador pode se valer de discursos específicos, que se enquadrem ao

caso concreto, ou gerais que se adequem a qualquer caso no intuito de gerar uma maior comoção.

Diante disso o raciocínio jurídico integra o próprio discurso, além de ter uma forte interferência dialógica, uma vez que o objetivo não é encontrar a verdade, mas sim solucionar o problema. E neste contexto do método argumentativo retórico, o método dedutivo vai perdendo lugar, de forma parcial, sendo mais adequada a sua aplicação nos casos de solução fácil. Os discursos no processo devem ser confrontados, para que possam fundamentar a decisão do julgador. O confronto dos discursos para ensejar uma decisão judicial justa e por conseguinte verdadeira não se baseia no consenso entre os discursos apresentados, mas num consenso fundado, que apresente o melhor argumento.

O sentido de verdade não está no fato de que algum consenso seja atingido, mas antes nisto: que a qualquer hora e em qualquer lugar, se entramos num discurso, pode ser obtido um consenso sob certas condições que o tornem um consenso fundado. Um consenso fundado é um consenso que se baseia “na força do melhor argumento.” (HABERMAS 1996, apud Alexy, 2008, p. 127)

Alexy (2008), diz que é crucial que exista lógica no discurso e no próprio contexto da argumentação. O fato de que os contextos de argumentação estejam compostos não de enunciado, mas de atos de fala, é decisivo, uma vez que a lógica do discurso é uma lógica pragmática. A força de um argumento depende não apenas da forma de expressão, mas das oportunidades dadas aos oradores para se manifestar no processo, ou seja, de situações ideais de fala. Habermas alega que a situação de fala é ideal quando:

Há comunicação não pode ser impedida nem por fatores contingentes externos, nem por coações internas da própria estrutura de comunicação. A comunicação permanece livre de “coações apenas se ocorreres uma distribuição simétrica de oportunidades para todos de escolher e efetuar atos de fala. (HABERMAS 1996, apud Alexy, 2008, p. 134)

Para que haja essa simetria, é imprescindível para a existência de paridade de armas, ou seja, que as partes sejam tratadas de forma igual na apresentação dos discursos a serem confrontados, o autor criou quatro condições correspondentes às quatro classes de atos de fala que ele distingue, vejamos:

1. Todos potenciais participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de utilizar atos de fala comunicativos, de modo que possam a qualquer momento iniciar um discurso e conduzi-los com réplicas e trélicas, perguntas e respostas.
2. Todos os participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de realizar interpretações, asserções, recomendações, explicações e justificações e de problematizar, fundamentar ou contestar a pretensão de validade delas, de modo que nenhuma opinião deixe de se tematizada e criticada.
3. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de utilizar atos de fala representativos, isto é, de expressar sua opiniões, sentimento e intenções...
4. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de usar atos de fala regulativos isto é, de ordenar e opor-se, de permitir e proibir, prometer e retirar promessas, a prestar ou pedir contas, etc. (HABERMAS, 1996, apud Alexy, 2008, p. 134)

O discurso jurídico tem sido o mais completo modo de montar uma decisão judicial de forma coerente e fundamentada, baseando-se, sobretudo na linguagem. Cada sujeito que participa do discurso jurídico, ao se manifestar, aciona certas convenções reguladoras das relações entre os vários sujeitos, que produzem mudanças nas atividades da linguagem. Com o atributo da fala, o sujeito passa a ter seu lugar no curso de um processo, que por sua vez complementa a atuação do outro sujeito participante.

Em detrimento, das funções sociais abrangidas pelas ciências jurídicas, o discurso para o direito, reveste-se de características particulares, quais sejam o poder de persuadir e as ideologias pessoais de cada sujeito do processo. O discurso jurídico é altamente persuasivo e essa é a sua principal finalidade, pois possui sempre como destinatário direto ou indireto um indivíduo que, supostamente, veio a infringir o ordenamento jurídico vigente.

Neste sentido, o magistrado atua, com o propósito de mediar relações de força e poder, que existem entre os sujeitos, que no meio de uma relação de ideologias ali posta em discussão, são analisados pelo Estado juiz como indivíduos socialmente adaptados, que utilizam determinados argumentos de “verdade” que lhes servem de sustento, em defesa de seu entendimento no proferimento da decisão judicial.

De certa, forma o Estado Constitucional incorporou os ideais jurídicos ocidentais na garantia da: segurança jurídica e certeza para as relações jurídicas, trazendo maior previsibilidade para os observadores do direito. Existe sempre a esperança de que cada decisão judicial deve se reconduzir aos princípios constitucionais democráticos, reafirmando o princípio da certeza jurídica. Entretanto isso não tem sido observado no judiciário brasileiro afetando positivamente ou negativamente, dependendo do caso analisado, a eficiência do poder judiciário, que será visto mais detalhado no próximo tópico.

2.7 A INTERPRETAÇÃO DO JUIZ E O DISCURSO NO PROCESSO

O que fazem os juízes quando julgam? Ou qual o poder que os juízes possuem diante das normas jurídicas? Esta tem sido a discussão nas diversas correntes e escolas de interpretação durante séculos e que perpetua até os dias atuais diante dos juristas. Para Moretín as etapas lógicas que conduzem a interpretação das normas jurídicas passa pelas seguintes etapas:

a) Aplicação – toda norma jurídica possui um significado que deve ser aplicado a um determinado caso; b) Circulação – as normas jurídicas são destinadas a todos (erga omnes) e por isso pode receber múltiplas interpretações; c) Pluralidade de esquemas interpretativos - as interpretações podem ser diferentes para cada indivíduo; d) Materialização da interpretação da norma - refere aos sistemas interpretativos utilizados pelos interpretes e; e) Um órgão competente atribui o significado para a norma jurídica - Devido as várias interpretações que a norma jurídica produz, um órgão competente, como um tribunal, por exemplo, decide a melhor interpretação da norma para o presente caso. Isso se faz pela decisão de um juiz de primeiro grau ou de juízes competência elevada, como, por exemplo, os Tribunais Superiores de Justiça. (MORETÍN, apud Prince, 2012, p. 291)

De fato, a interpretação feita pelo juiz diante os fatos apresentados e instruídos no processo é o momento mais importante de uma relação processual, uma vez que como sujeito social, o juiz também possui inúmeras concepções pessoais que por vezes podem influenciar no processo, e ele deve evitá-las em respeito a imparcialidade que as decisões judiciais devem ter, conforme aponta Lorenzetti:

Em sociedades pluralistas cada um tem sua concepção de vida e, naturalmente o juiz não escapa dessa regra, mas, se falhar com base na sua própria convicção, afetará aqueles que dela não compartilham. É comum isso ocorrer tanto na doutrina como na vida judicial, porque o jurista se converteu em um militante de verdades parciais, o que é razoável se não tiver de tomar decisões que envolvam partes com convicções diferentes (LORENZETTI, 2011, p. 184).

Neste diapasão, a principal finalidade das partes em um processo é convencer o juiz de que possui uma das versões dentro do processo, é verdadeira. E isso só pode ser alcançado através das provas encontradas dentro do processo, oitiva de testemunhas e qualquer meio lícito de prova, bem como a própria análise do discurso das partes, representado nos termos da audiência.

O discurso jurídico tem servido como um exemplo da linguagem desse poder e da ordem nas análises dos discursos já realizadas. Cada sujeito do discurso jurídico, ao se manifestar, aciona certas convenções reguladoras das relações entre os vários sujeitos, que produzem mudanças nas atividades da linguagem. A tomada da palavra concede a cada sujeito certo lugar complementar ao outro, exigindo que esse outro se mantenha ali e saiba exatamente o lugar ocupado pelo “eu” que fala de seu próprio lugar. No discurso em tela, há uma posição de poder ocupada pelo juiz que coloca o acusado na condição de obedecer, sem que se questione essa competência. É o discurso autoritário, incontestável, que leva a supor que desfaz quaisquer ambigüidades, cristalizando-se numa verdade única. (BRITO, 2009, p. 03)

Resta claro neste ponto à extrema relação que é possível estabelecer entre o direito e o discurso, que aqui se mostra também como um instrumento de poder. Se pensar na linguagem discursiva como um mecanismo de domínio é nítido, fica muito mais claro visualizar isto na linguagem jurídica, que tem a finalidade de convencer. O discurso jurídico se desenvolve por meio dos raciocínios, ou seja, ele interage não se esgota em si mesmo, uma vez que se baseia na lógica argumentativa, onde o melhor argumento vence diante a dialeticidade das provas apresentadas, que tem a finalidade de convencer o juiz no caso específico.

O direito como uma ciência baseada na interpretação de normas jurídicas, não pode ser construído a partir de verdades universais, e muito menos incontestáveis, denominados de *dogmas*, a possibilidade de argumentar e contestar premissas vistas como verdadeiras, permite inúmeras decisões distintas diante situações idênticas, pois a principal preocupação é alcançar a melhor decisão possível para um caso concreto.

O discurso jurídico é construído sobre várias facetas, onde os advogados apresentam suas teses, e os sujeitos parciais defendem suas versões, cruzando assim, vários discursos, que se complementam, e ao mesmo tempo se contradizem, cada interlocutor tenta desempenhar seu papel da forma mais eficiente, onde o melhor discurso convence, finalizando-se com a sentença decisória. O advogado, no exercício de sua atividade profissional, utilizando do discurso para falar em nome deste, se utiliza de argumentos na tentativa de convencer a autoridade julgadora, para que sua pretensão seja efetivada.

Fica nítida posição do juiz como interlocutor do discurso que emerge nesta relação jurídica. Para que o discurso jurídico se complete, o núcleo é a interação existente entre os interlocutores, enfim a relação acima só se solidifica com relação triangular completada com a intermediação do Juiz. O discurso jurídico é uma forte arma de manipulação de poder, e como sua principal finalidade é o convencimento, o discurso aqui apresentado deve ser direcionado a uma situação específica e, organizado com a linguagem adequada para seu fim.

Todo discurso é construído socialmente, apesar de ser elaborado individualmente caso a caso. Por este motivo sua interpretação e sua aplicação deve levar em conta o contexto social

em que ele surgiu. Deve o discurso ser analisado e entendido dentro do contexto social que está inserido. Com isso, estabelece uma relação íntima e coerente entre o a ciência do direito e suas instituições legais, sendo assim, quanto mais bem elaborado, mais força possuirá o discurso sob a sociedade onde vigorar, ou melhor, sobre o seu auditório, aquele que se pretende convencer, mas eficaz ele se torna, vejamos o que Alexy afirma ao analisar Perelman:

O conceito básico da teoria de Perelman é o do auditório (auditoire). Este é o conjunto daqueles sobre os quais o orador que influir por meio de sua argumentação. Para determinar o auditório ao qual se dirige um orador, é necessário entender as intenções deste. A finalidade de toda argumentação é alcançar ou fortalecer a adesão do auditório. Para consegui-lo, o orador deve adaptar seu discurso ao auditório. (ALEXY, 2008, p. 163-164)

A retórica surge junto com a própria exaustão do discurso jurídico, e todos os indivíduos que contribuem para a sua construção. Observa-se na prática, é que o que as partes mais desejam das decisões judiciais, não é justiça, e sim, ver seus direitos e argumentos sendo homologados nas decisões judiciais e nessa conjuntura. O juiz como o profissional capaz de enxergar a justiça, acaba se convencendo dos argumentos apresentados por uma das partes nos autos processuais.

O atual Código de Processo Civil trouxe diversas alterações a respeito da elaboração de sentenças. Agora, passa a existir previsão legal expressa dando cota as situações nas quais não se considera fundamentada uma decisão. Seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. A regra vem reforçar o disposto no art. 93, inciso IX, da CRFB/88 e tendo a evitar os casos de inexistência de fundamentação e os fundamentação inútil e/ou deficiente.

Segundo escólio da doutrina, o rol previsto a seguir é meramente explicativo e a configuração de uma das suas hipóteses leva a nulidade do ato, e não à sua inexistência enquanto tal. Com efeito, na dicção do art. 489, § 1º do CPC, considera fundamentada a decisão judicial que:

- a) Se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar com a causa ou a questão decidida (art. 489, §1º, inciso I, do CPC). Exige do magistrado que suas decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, apontando de forma racional os motivos que levaram aquela tomada de decisão não fazendo mera reprodução do texto da lei;
- b) Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º, inciso II, CPC): Cabe ao magistrado indicar o que levou a atribuir aquele significado ao termo vago, que não é encontrado na

doutrina, jurisprudência ou na lei, mas que esta em sintonia ou congruência com estes. Para Cunha (2015), afirma que a partir do texto indeterminado, o juiz vai construir a norma concreta e determinar seu alcance no caso concreto. Como exemplo: apontar quais as razões que o levaram a considerar comunicações por mensagens de *WhatsApp*¹³ como meio idôneo para fins de comunicação prática nos atos processuais.

- c) Invocar motivos que se preteriam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, §1º, inciso III, CPC): Termos técnicos jamais poderá substituir o teor da fundamentação dentro de uma sentença judicial. Como exemplo: “indefiro o pedido, por falta de amparo legal”.
- d) Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de , em tese, infiltrar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, inciso IV, CPC: O magistrado ao apontar as razões de seu convencimento, deve exaurir todos os argumentos invocados por ele para rebater a tese perdedora (autor ou réu), devendo observar todos os argumentos trazidos pelas partes dentro de um processo, correndo o risco de sua decisão ser considerada inválida conforme o art. 489, §1º, inciso IV, CPC. Foge a essa regra, julgamentos levados a efeito com base em precedentes dos tribunais superiores formados em julgamento de casos repetitivos. De fato, o que o legislador buscou preservar com essa tal previsão foi o dever de análise integral e, portanto, de observância estrita ao teor dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com relação aos argumentos que serão objeto de rejeição. Além disso, não são todos os argumentos, mais sim do que, em abstrato, fariam capazes de infirmar a tese adotada pelo magistrado. Ressalta-se, que o entendimento da obrigatoriedade de análises dos argumentos objeto de rejeição não vale para os seguintes casos: i) de julgamento de recursos repetitivos; ii) incidente de resolução de demanda repetitiva (art. 984, § 2º, do CPC), nos quais todos os argumentos deduzidos necessitarão serem submetidos á análise para amparar a reprodução de casos análogos.
- e) Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles (art. 489, §1º, inciso V, do CPC): O magistrado deve fazer análise de

¹³ WhatsApp é um aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para smartphones. Além de mensagens de texto, os usuários podem enviar imagens, vídeos e documentos em PDF, além de fazer ligações grátis por meio de uma conexão com a internet.

contexto fático-jurídico das situações que ensejaram a edição do precedente. As hipóteses em comento se assemelham bastante, *mutantis mutandis*, com aquela da mera reprodução do ato normativo, previsto no art. 489, §1º, inciso I, do CPC.

- f) Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, inciso VI, do CPC): Nas decisões judiciais o magistrado deve indicar o porquê para não aplicação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte. Assim, o magistrado necessita aplicar os entendimentos cristalizados dos tribunais superiores em suas decisões ou argumentar logicamente o porquê da não aplicação nos casos jurídicos, exceto as súmulas vinculantes do STF.

Há outros elementos da sentença, não disposto no art. 489 do CPC, que, a despeito disso guardam relevância para este ato processual decisório. São eles: a) as sentenças devem ser redigidas, assinaladas e datadas pelos juízes conforme o art. 205 do CPC e; b) as decisões judiciais devem ser publicadas, isto é, tomadas acessíveis ao público em geral. Se proferida em audiência (conciliação ou instrução), a publicidade é instantânea. Quando proferida fora dela, a publicação dar-se-á com seu registro e juntadas aos autos.

Para os magistrados, parece haver uma tendência do CPC de enxergá-lo como alguém que deve optar pela narrativa mais convincente, diminuindo-lhe a necessidade de valoração com a chave verdade/falsidade e relevando a valoração com a chave convincente/não convincente. Não obstante, o CPC, no art. 370, caput, reserva ao magistrado a iniciativa da produção de prova, e no art. 378, ao dizer que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” (BRASIL, 2015).

Parece referir-se à existência de verdades absolutas, no estilo realista, contrariando a noção de verdade argumentativa, que parece emanar dos dispositivos acima analisados e da cultura forense brasileira. Para os magistrados o CPC traz uma ideia de que este seria o único dever de buscar certa verdade absoluta e esta estaria contida ou não, em algum lugar da narrativa apresentadas pelas as partes. Apesar desse entendimento, o CPC, em certas situações, restringe a valoração acerca da verdade, impondo a observância de consenso, como no art. 374 e presunções nos arts. 389, 99, §3º, 341, 344, todos do CPC.

Deve-se compreender que a valoração depende tanto da hermenêutica, que lhe permite realizar a fundamentação das escolhas em função do critério e no contexto de um sistema de

referências, quanto da argumentação, que permite ao magistrado justificar sua fundamentação, bem como convencer as partes e os tribunais revisores, acerca da correção do seu proceder.

2.8 LINGUAGEM E HERMENÊUTICA JURÍDICA

Para os linguísticos, não há uma definição do que seja a linguagem, pois esta é tida como um fenômeno extremamente complexo. Entretanto Petri (2011), afirma ser à linguagem um sistema de sinais empregados pela humanidade para exprimir e transmitir suas ideias e pensamentos. Ela desempenha duas funções: a primeira como representação do pensamento e outra como instrumento da comunicação.

Para Koch (1992), a linguagem pode ser definida como lugar de interação que possibilita aos membros de uma sociedade a prática dos mais diversos tipos de atos, que vão exigir das semelhantes reações, ou comportamentos, levando ao estabelecimento de vínculos e compromissos anteriormente inexistentes. Para Dino Petri (1974), a língua funciona como elemento de interação entre o indivíduo e a sociedade em que atua. É através dela que a realidade se transforma em signos, pela associação de significantes sonoros e significativos, com os quais se processa a comunicação linguística.

A diversos tipos de linguagens, mas o enfoque será na linguagem jurídica, que segundo Cornu (1990), é um ramo da linguística dedicada ao estudo dos fenômenos da linguagem dentro do direito. Ela se desmembra em duas partes: a) a primeira em linguística, ou seja, estudo dos meios linguísticos utilizados no direito (a palavra, os gestos, os símbolos, a arquitetura das instituições, vestimentas, comportamentos, lei, costumes, doutrina e etc.) e; b) jurídico é a impregnação da linguagem pelo direito, ou seja, linguagem própria (da norma, da convenção, das declarações, das negociações, do ensino, das peças processuais e das decisões judiciais).

De certa forma, há uma linguagem do direito porque o direito enuncia de uma maneira particular suas proposições. Os enunciados do direito dão corpo a um discurso jurídico, podendo ter termos de: polissemia externa, interna, termos do direito, expressões latinas e de outros idiomas e etc. Com isso, o direito se utiliza de um extenso vocabulário que traz consigo sentido, termos e base para o discurso jurídico que constrói esta linguagem.

Para a teoria construtivismo lógico-sêmantico, baseada nos estudos da filosofia da linguagem¹⁴ e nos estudos da fenomenologia de Husserl, a realidade é construída e acessada

¹⁴ Para Sylvain Auroux, a filosofia da linguagem é um dos campos mais complexos para a filosofia, pois consegue reunir uma vasta reflexão sobre campos diferentes da humanidade como: técnica de formalismos lógicos; avaliações do papel da linguagem em comum e etc.

por meio da linguagem, pois sem esse recurso não há sentido os fenômenos (físicos ou sociais) para a humanidade. Por meio da linguagem, e somente desta, o ser humano consegue estruturar¹⁵ os fenômenos, inclusive os jurídicos.

A visão de que o mundo é construído pela linguagem¹⁶ também se opõe a outra forma de pensar, que é aquela que compreende a realidade como fruto da pura construção subjetiva do sujeito do conhecimento. Entretanto, para o universo jurídico, a linguagem cumpre o papel de ser matéria-prima para construção de fenômenos jurídicos dentro de um processo, como simular verdades; refutar argumentos e anular perícias técnicas, são exemplos.

Assim, a teoria do construtivismo lógico semântico se adequa mais ao mundo jurídico, pois abarca três estruturas no seu estudo: a) Linguística – foco nas semas, sememas, lexemas, grafemas, palavras, expressões, sintagmas, orações, períodos, frases, discursos, planos de linguagem (sintático, semântico e pragmático); b) Semiótica – entende-se os signos como unidades básicas de significado da linguagem e, portanto, da realidade com a utilização das proposições da Lógica Clássica; c) Lógica: Utiliza de conceitos da lógica clássica como: identidade, não contradição; terceiro excluído e outros para organizar de forma ordenada o sentido e as ideias dentro de um discurso.

Dentro da linguagem, os interlocutores necessitam desempenhar o exercício da interpretação. Esta é uma atividade humana voltada a atribuir sentido a algo. Esse algo pode ser muitas coisas: frases, gestos, pinturas, sons, nuvens. No fundo, tudo pode ser interpretado, pois a qualquer coisa podemos atribuir algum sentido. Em outras palavras, tudo pode ser tomado pelo intérprete como um texto, ou seja, como um objeto interpretável.

A pessoa que interpreta normalmente atua como se estivesse a desvendar os sentidos contidos no texto. A crença de que o sentido é imanente ao objeto faz parte do exercício de quase toda atividade de interpretação. De antemão, sabe-se que os mistérios são inacessíveis, e por isso mesmo eles dispensam interpretação.

¹⁵ Deve-se atentar para fato que há grande celeuma dentro da filosofia, a respeito do processo de formação do conhecimento. Para alguns, como a teoria do construtivismo lógico-semântico, o conhecimento (gnosis) é construído. Já outros, como o silogismo aristotélico e dialética platônica, entende-se que o conhecimento já está pronto na natureza independente da interação do homem com o universo (físico ou social) e interação com o homem com a realidade e dessa interação.

¹⁶ Os trabalhos relacionados com a filosofia da linguagem dentro do campo jurídico seguem duas linhas. A primeira realizada por Paulo de Barros Carvalho com a ótica do construtivismo lógico-semântico, e segundo por Lenio Streck voltado a hermenêutica jurídica crítica a partir das ideias de Heidegger, Gadamer e Dworkin. Ferraz Jr. segue a mesma linha da filosofia da linguagem, entretanto a linguagem jurídica se desenvolve numa relação de poder entre os que compõem discurso jurídico (partes, advogados, magistrado, servidores dos tribunais, promotores e etc.).

Uma vez revelados, os segredos deixam de o ser, porém, é claro que a maioria desse universo não têm as chaves para compreender os segredos do oráculo. Assim, se o sentido interpretado é apenas um segredo a ser desvendado, a capacidade de interpretação é sempre envolta em mistério, pois parece existir algo de mágico no processo interpretativo, algo que ultrapassa nossa capacidade de explicação. Então, os grandes intérpretes são aqueles capazes de desvendar os sentidos que são inacessíveis às pessoas comuns.

Essa capacidade de compreender os segredos, de trazer à luz o que permanece oculto, este é o próprio mistério da interpretação. Portanto, não é à toa que a interpretação sempre foi ligada às artes divinatórias, pois este não tem acesso direto a uma verdade revelada, mas é alguém que sabe ler textos que são incompreensíveis a outros olhares.

O objeto de interpretação do direito, por excelência, é o texto da norma jurídica, apresentados, formalmente, no vernáculo e na forma deôntica. Eles compõem uma linguagem e, nessa qualidade, apresentam-se ao interprete, para que este possa apontar o sentido que possuem. Eles possuem uma linguagem e nessa, qualidade, apresentam-se ao interprete, para que este possa apontar o sentido que possuem.

Na história das ideias vinculadas ao surgimento e desenvolvimento da hermenêutica, percebem-se duas grandes aspirações nos seus cultores: a) desenvolver método ou modos de racionalização para interpretar/compreender a realidade e b) compreender/interpretar a realidade para alcançar a verdade, eliminando, tanto quanto possível, o subjetivismo e o arbitro do interprete¹⁷.

O significado de interpretar é variado ao longo da história, assim como a sua relação de implicação com as ações de entender e compreender, que ora aparecem como resultado da interpretação ora a pressupõem. De certa forma a hermenêutica procura conferir ao interprete segurança com relação aos parâmetros necessários para guia-los em suas deliberações e decisões, sobretudo, com relação às decisões que precisam ser fundamentadas e justificadas a outros indivíduos.

Segundo Grau (2013), o ato de interpretar envolve dois sentidos, o primeiro é uma atribuição de sentidos aos signos linguísticos, no segundo sentido, o ato de interpretar ocorre

¹⁷ No sentido clássico, a hermenêutica se apresenta como uma disciplina auxiliar e de cunho eminente normativo, cujo objetivo era desenvolver métodos compostos por regras, preceitos ou cânones. Através dessa arte, procurava-se fornecer aos intérpretes apoio hermenêutico para interpretar textos, quando estes apresentavam termos ambíguos, vagos ou chocantes. Foi bastante desenvolvido nas áreas da teologia, direito e filologia. Friedrich Schleiermacher forma um dos primeiros sistematizadores da hermenêutica, mas foi Savigny que sistematizou a hermenêutica para o Direito. Com Dilthey a hermenêutica jurídica ganha tons de métodos sendo aplicado nas ciências humanas como conhecimento científico.

dentro de um processo comunicativo denominado de discurso linguístico. O ato de interpretar é fundamental para construção das fundamentações judiciais estando atrelada ao processo linguístico hermenêutico.

Segundo Alexy (2002) o modelo perfeito de decisão é aquele em que surgem do seguinte conjunto: enunciado fático, enunciado normativo, enunciado consolidado em dado sistema jurídico e enunciados criados pela dogmática jurídica. Dentro dessas proposições afirmadas, caso o juiz não encontre solução para o caso, este será tido um caso difícil e para esse tipo de caso, a hermenêutica será frutada, pois nos casos difíceis o juiz deverá adotar o método da valoração o que torna difícil para hermenêutica lidar com esse dilema. Como isso, entra o discurso da argumentação como guia da construção da fundamentação jurídica das decisões judiciais.

Para Heidegger (1995) a própria especificidade do homem no sentido ao ser (*dasein*) e, com isso, converte a mera existência em uma existência significativa. Esse é um modo peculiar de ver o próprio homem: não se trata do animal racional, que se distingue pela sua racionalidade estratégica, pelo seu domínio do raciocínio abstrato, pelo seu *logos*. O que determina a especificidade do homem é justamente o fato de que ele compreende o mundo, no sentido de que ele confere sentido às coisas. Assim, a hermenêutica de Heidegger não tem como objeto textos, mas elucidar a origem desses pré-entendimento que permite a compreensão como existencial ou seja, que permite ao *dasein* compreender e, portanto, existir. Por isso, não existe interpretação sem pré-compreensão.

É justamente por isso que o homem habita um território simbólico pleno de significados¹⁸, e não apenas um mundo empírico de objetos existentes. Para usar uma distinção heideggeriana, o homem não é meramente *ôntico* (no sentido de que ele existe como ser), mas é ontológico (no sentido de que ele compreende o próprio ser). E o objetivo da rede de discursos que compõem a Hermenêutica é justamente o de compreender os modos como o homem compreende o mundo.

Diante tudo que foi exposto, é difícil diante tantas ponderações consideráveis encontrar quem ainda defenda que não há nenhum tipo de interpretação no momento de aplicar a lei. A jurisdição para que funcione plenamente necessita da aplicação da hermenêutica jurídica, seja para identificar qual o texto legal a ser aplicado ou para dar um sentido mais coerente a cada realidade única que existe.

¹⁸ Esse mundo pleno de significação é chamado, na tradição fenomenológica inspirada em Husserl, de *Lebenswelt*, ou seja, de mundo da vida. Assim, o mundo da vida não é apenas uma visão de mundo (*Weltanschauung*) que temos, mas é um mundo no qual habitamos, é o que chamamos mais propriamente de Realidade.

Até meados do século XX, as discussões da hermenêutica jurídica não se envolveram com as da hermenêutica filosófica. A hermenêutica jurídica seguiu seu caminho dogmático e metodológico, desenvolvendo um discurso positivista que culminou no peculiar sincretismo que moldou o senso comum dos juristas no século XX: uma base formalista e sistemática, ligeiramente temperada com argumentos teleológicos.

Esse é um discurso que se tornou especialmente sedutor na medida em que ele ofereceu aos juristas uma linguagem na qual eles podiam enxergar a própria prática e falar sobre ela de modo transparente. Nos discursos de Ferrara e Maximiliano oferecem um mosaico pouco coeso e categorias pouco precisas, porém todas elas dotadas de um alto grau de simplicidade.

No fundo, eles não oferecem uma metodologia interpretativa, mas apenas algumas categorias básicas e alguns tópicos capazes de organizar o discurso de aplicação do direito. O que os move é uma vontade de sistema, expressada pelo próprio Maximiliano quando afirma que ele buscava sistematizar os processos aplicáveis à determinação do sentido e do alcance das normas.

Porém, o que eles oferecem não é uma metodologia interpretativa impessoal e objetiva, mas o esforço de mapear os debates hermenêuticos de sua época e oferecer uma orientação adequada para o discurso prático. Ao tratar do elemento teleológico, por exemplo, Maximiliano (1999) afirma que a hermenêutica usa, mas não abusa da sua liberdade ampla de interpretar os textos; adapta os mesmos aos fins não previstos, porém compatíveis com os termos das regras positivas.

Não se trata de um método científico impessoal, mas de uma organização do discurso dogmático, que se orienta pela virtude prática de uma prudência que nos possibilita usar a liberdade sem abusar dela. O autor também afirma que o intérprete deve ter o intuito de cumprir a regra positiva, e, tanto quanto a letra o permita, fazê-la consentânea com as exigências da atualidade.

O autor defende que pondo em função todos os valores jurídico-sociais, embora levado pelo cuidado em tornar exequível e eficiente o texto, sutilmente o faz melhor, por lhe atribuir espírito, ou alcance, mais lógico, adiantado, humano, do que à primeira vista a letra crua pareceria indicar. Assim, o apelo da hermenêutica não é para a aplicação de um método predefinido, mas para uma avaliação cuidadosa e prudente do caso concreto. Tais concepções reintroduzem a prudência como um elemento relevante na aplicação do direito, pois somente ela é capaz de discernir os momentos em que a literalidade e a sistematicidade deve ser deixada de lado, em nome da garantia de valores sociais de justiça

Porém, uma avaliação mais detalhada do discurso hermenêutico de Maximiliano evidencia que ele não é científico e metodológico, mas dogmático e tópico. E é provavelmente por isso que suas ideias foram tão aceitas entre os “operadores do direito”, que são normalmente dotados de um grande senso prático e de uma profunda recusa por teorias abstratas. Sua atividade é voltada a resolver problemas, a solucionar casos, a oferecer respostas a questões concretas. Por isso mesmo, as categorias que organizam o discurso profissional raramente são aquelas das teorias com maior consistência interna, sendo preferidas as teorias que oferecem categorias adequadas para a formulação de um discurso dogmático percebido como eficaz e legítimo.

Assim foi que, a despeito de sua fragilidade conceitual, a jurisprudência dos interesses tornou-se muito forte na Alemanha e as categorias apontados por Ferrara e Maximiliano continuam a ser referências importantes para o discurso prático dos juristas. E as tentativas de construir uma dogmática jurídica baseada em um cientificismo sociológico tampouco conduziram a teorias científicas sólidas, mas apenas a uma pseudociência, um sociologismo que não chegou a ser sociologia.

Foi justamente contra a pseudociências dessas perspectivas que Kelsen levantou as críticas que o inspiraram a elaborar uma teoria jurídica adequada aos padrões epistemológicos do neopositivismo. Porém, a teoria pura do direito não oferece base adequada para um discurso dogmático, motivo pelo qual ela é uma referência teórica importante, mas com penetração mínima na atividade prática dos juristas. E, no campo da hermenêutica jurídica, a grande virtude da teoria pura do direito foi afirmar de um modo muito claro que os juízes não são capazes de fazer o que eles dizem fazer.

Com isso, a concepção de Kelsen (1998) acentuou o caráter ideológico e político da prática judiciária, exercendo uma crítica ferrenha ao pseudo-cientificismo do discurso sociológico e ao pseudoobjetivismo do discurso legalista. Entende-se que Kelsen teve dificuldades aos estruturar uma metodologia racional de tomada de decisões jurídicas, na medida em que elas sempre implicam posicionamentos valorativos.

Assim, a apropriação que Kelsen (1998) faz da primeira virada linguística resulta em uma afirmação cabal da impossibilidade de uma dogmática científica, que era a pedra filosofal da hermenêutica jurídica. Para Schleiermacher, Savigny, Pound, Géný, todos eles buscaram estabelecer uma orientação científica para o discurso hermenêutico, como se fosse possível um cientificização da atividade decisória.

Kelsen porém, ergueu a pretensão neopositivista de que não há metodologia o tratamento dos valores. Com isso, Kelsen (1998) abriu uma grande ferida no discurso jurídico, pois diz aos juristas que sua linguagem é criadora de mitos: a existência de uma resposta correta a ser buscada não passa de uma crença ideológica, com funções políticas claras, mas que é incompatível com uma mentalidade científica.

Ao conferir uma roupagem científica a uma prática prudencial que possibilitou que os juristas se percebessem como aplicadores de técnicas baseadas em uma ciência. E a importância ideológica dessa afirmação é imensa, como deixa entrever a quantidade de esforço despendido no século XX para caracterizar a dogmática jurídica como uma ciência do direito.

Porém, custo dessa reconciliação era alto, pois exige a atribuição de caráter científico a teorias dogmáticas que, em vez de oferecerem metodologias interpretativas, apresentavam apenas uma justaposição tópica de conceitos e regras de interpretação. Por mais que o método histórico-evolutivo, tal como descrito por Ferrara e Maximiliano, tivesse suas linhas gerais claramente estabelecidas, ele constituía uma metodologia bastante imprecisa para a aplicação das normas, especialmente porque senta suas bases em conceitos muito vagos, tais como interesses e necessidades sociais.

Nessa medida, tais concepções podiam determinar adequadamente o que os juristas deveriam fazer, mas não esclareciam com precisão o modo como esses objetivos poderiam ser alcançados. Embora essa deficiência metodológica não tivesse impacto prático imediato, ela terminava por enfraquecer no plano teórico as concepções intermediárias, abrindo espaço para críticas elaboradas por perspectivas teoricamente mais sólidas, tais como a teoria pura do direito e as teorias inspiradas pelo positivismo sociológico.

Com vistas a suplantar essas dificuldades, alguns juristas reafirmaram que era possível, sim, estabelecer um método jurídico que possibilitasse aos juristas extrair do direito positivo uma solução jurídica para cada caso concreto, mediante procedimentos racionais. Até século XX foi de que interpretar significa desvendar o conteúdo das normas, a partir da identificação do seu sentido sistemático, o qual poderia, em caso de distorções valorativas evidentes, ser corrigido teleologicamente mediante a aplicação de imperativos de justiça.

Essa abertura teleológica do discurso jurídico representou um acirramento da tensão entre justiça e segurança jurídica. No modelo liberal clássico, essa tensão inexistia porque não havia dúvida de que a segurança jurídica era um dos aspectos mais relevantes da justiça, pois uma ordem jurídica justa não poderia ser influenciada pelas posturas individuais dos juízes. Frente a um modelo em que a autoridade máxima do estado era uma pessoa, o liberalismo

acentuou a importância da impessoalidade, como garantia de um tratamento isonômico. Esses foram os tempos em que a garantia da igualdade formal ainda representava um grande avanço na realização dos valores modernos, pois contrapunha-se à existência de relações de escravidão e servidão, bem como a qualquer hierarquia fundada em critérios hereditários.

Assim, desde meados do século XX, especialmente no campo do direito constitucional, o debate hermenêutico dá-se em torno da elaboração de categorias capazes de orientar essa fusão de deontologia e teleologia, tal como a distinção entre regras e princípios, que aos poucos vai sendo incorporada ao senso comum dos juristas. Esse processo de reelaboração sistemática acarretou um reforço do projeto moderno da busca de uma decisão valorativa racional, de modo que a interpretação continua a ser pensada como um processo racional de determinação do sentido da norma.

Com isso, a verdadeira interpretação continuou sendo o objeto da busca dos intérpretes e a pedra de toque do senso comum dos juristas. Porém, a valorização do historicismo fez com que essa interpretação correta deixasse de ter a imobilidade anterior, pois passou a ser admitido que a própria verdade muda com o tempo, acompanhando as alterações da sociedade.

Não obstante, permanecia vivo o ideal de que, em cada momento de aplicação, a interpretação deve ser objetiva e impessoal. Essa valorização do historicismo e da teleologia permeou o senso comum dos juristas, fazendo com que ele passasse a conter uma certa tensão entre literalidade, sistematicidade e teleologia, que é resolvida mediante uma articulação que tipicamente privilegia os argumentos gramaticais, que se abre à sistematicidade na medida em que identifica antinomias ou que os sentidos literais possíveis sejam colidentes, e que, no limite, possibilita uma abertura intra-sistêmica para a teleologia nos pontos em que o sentido deontológico conduz a absurdos éticos.

Gadamer afirma, respeito desta importante tarefa: “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz” (Gadamer, 2005, p. 452). E ainda continua:

Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar” (GADAMER, 2005, p. 407-408)

Neste sentido, a atuação do magistrado é de complementar o sentido das normas, que não se complementam em si. A função do juiz, ao exercer sua atividade jurisdicional, é antes de tudo interpretativa, ele deve buscar resolver os conflitos da forma mais criativa possível, enveredando conclusões possíveis diante os fatos e provas arroladas, dando sua interpretação à lei, diante o que lhe é apresentado, com o finto de dizer o direito da forma mais justa possível.

A interpretação assume aqui um papel único a cada caso e a cada sentença proferida, onde o principal papel do magistrado é por meio da hermenêutica pacificação dos conflitos sociais. Com a finalidade de alcançar à verdade dos fatos, o juiz pode buscar a melhor forma de interpretação que lhe for possível. A interpretação deve levar em consideração não só o sentido semântico da linguagem, mas toda a relação processual envolvida na atividade jurisdicional. Seja na coleta das provas, na instrução processual, na análise dos discursos apresentados pelos sujeitos do processo (parciais e imparciais), na própria identificação da norma mais adequada a ser aplicada.

Primeiro, interpretar quer dizer tentar entender algo – uma afirmação, um gesto, um texto, um poema ou uma pintura, por exemplo – de maneira particular e especial. Significa tentar descobrir os motivos o as intenções do autor a falar, representar, escrever ou pintar como o fez. [...]. Em segundo lugar, a interpretação tenta mostrar o objeto da interpretação – o comportamento, o poema, a pintura ou o texto em questão – com exatidão, exatamente como ele é, e não como você sugere, visto através de uma lente cor-de-rosa ou em sua melhor luz. Isso significa recuperar as verdadeiras intenções históricas de seus autores, e não impingir os valores do intérprete àquilo que foi criado pelos autores.(DWORKIN 2002, apud Almeida, 2010, p.13)

A atividade interpretativa não é fácil, cada julgador pode chegar a conclusões diferentes diante um mesmo fato, isso se dá pelas amplas possibilidades de se nortear a atividade interpretativa e pela contínua mutabilidade do direito. Isso ocorre, sobretudo, nas interpretações dadas às leis. A de salientar, que as opiniões podem ser revistas, e as conclusões reformuladas. Diante disso, se estabelece o instável mundo das interpretações, conforme afirma Kelsen, no qual a norma jurídica pode conter vários significados.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vistas da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. (KELSEN, 1998, p. 396)

Diante disso, é necessário rever as principais escolas de hermenêuticas jurídica e suas características para entender o processo de construção de uma decisão judicial feita pelos magistrados brasileiros, de preferência algumas decisões cíveis proferidas pelos magistrados do

Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), que será mais detalhado em tópico a parte desse trabalho. Primeiramente, a doutrina majoritária adota critérios semelhantes para dividir as escolas hermenêuticas, em dois grupos: dogmático (tradicional) e novas escolas (news school).

Maximiliano (2009), por sua vez, divide as escolas hermenêuticas em dogmáticas – que se limitavam a expor a matéria dos Códigos artigo por artigo (Mens Legis); histórico-evolutivas – aproximando a vontade do legislador (Mens Legislatoris) contida na lei do contexto histórico em que esta é aplicada; Escolas científicas do direito – análise teleológica, sociológica; e à Escola do Direito Livre.

Entretanto a classificação de Perelman (2004) é mais apropriada pois se aproxima com as ideias defendidas pelo neoconstitucionalismo, como a reflexão do conceito de Justiça e ponderação das normas-princípios no ordenamento jurídico. Assim, Perelman afirmava que o período pós-guerra de 1945 fez o Estado refletir sobre suas instituições judiciárias, ou seja, de como aplica as decisões judiciais em um contexto de intensa valorização dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana:

Com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que a ‘Lei é Lei’, e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao direito. (PERELMAN, 2014, p. 91)

Assim, será apresentada as principais características dos métodos hermenêuticos das principais Escolas de Hermenêutica Jurídica, que influencia no processo de elaboração das decisões judiciais dos tribunais brasileiros, seja de primeiro, segundo ou tribunais superiores.

Escola da Exegese – De origem francesa, o direito estaria contido na norma jurídica de forma codificada. Assim, o magistrado aplicaria a “letra da lei” ao caso concreto, que estaria devidamente tipificado no próprio ordenamento jurídico. Não haveria tarefa intelectual interpretativa relevante do juiz (poder discricionário), que estaria adstrito a dizer a vontade do legislador.

Os magistrados franceses realizariam a técnica de subsunção do fato à norma por meio de um raciocínio silogístico, em razão da completude do sistema de leis (formal e onipotente), do qual previa todas as possíveis ocorrências jurídicas em sociedade, não havendo razões para superar o que está literalmente previsto em lei pelo legislador. Se utilizava métodos interpretativos como gramatical, lógico e sistemático, que quando a norma fosse obscura, insuficiente ou com lacunas havia a intervenção do legislativo (criador de normas) para o juiz prosseguir com o julgamento.

Entretanto, o modelo tradicional da escola da exegese demonstrou-se insuficiente para solucionar todas as demandas levadas a julgamento pelo Judiciário. Em muitas hipóteses havia evidente lacuna legal a respeito do tema e, em outros casos, a mera aplicação silogística da lei traria imperfeições na busca da vontade do legislador, gerando o fenômeno da caducidade das normas, em virtude das mudanças sociais que as sociedades complexas vivencia durante o tempo.

A Escola da Livre Interpretação Científica do Direito – Desenvolvida por François Geny, permitia aos magistrados, no momento de silêncio ou de indecisão do legislador (lacunas no ordenamento jurídico), interpretar, com bases científicas, escolher e decidir livremente a norma jurídica a ser aplicada ao caso em análise. Essa norma jurídica deveria estar dentro do próprio ordenamento (lógica interna), podendo se utilizar do método gramatical, teleológica, histórica, “*ocassio legis*” (sociológica) e a “*ratio legis*” (razão e motivos do legislador). Com isso torna possível a atividade criadora do judiciário, que passa a determinar decisões às lides por meio de tarefa interpretativa, para além do Código Civil.

De acordo com Diniz:

O jurista e o magistrado, ao desempenhar suas funções, não agem arbitrariamente, procuram ater-se aos dados, procedendo à sua valoração com base na justiça, e não nas preferências ou pontos de vista pessoais (...), fundando sua interpretação e decisão (construído) sobre elementos de natureza objetiva, que são os dados, levando em conta os interesses das partes, sem afetar o equilíbrio que deve haver entre os interesses conflitantes. (DINIZ, 2017, p. 63)

O direito é criado a partir da análise de dados inferidos da vida social, os quais o intérprete não pode alterar e deve apreciar objetivamente. Após a análise dos dados que podem ser naturais, históricos, racionais ou ideais, caberia aos magistrados depreender o direito naturalmente existente nas relações sociais para construir o direito para aquela situação, evitando a contaminação da decisão judicial com as convicções pessoais do julgador.

A Escola Histórica do Direito – Oriunda da França, mas com influência do pensamento jurídico alemão, o intérprete deveria, no momento da aplicação da norma, recriá-la no sentido de não apenas declarar a vontade do legislador, mas aquilo que ele pretenderia caso fosse formular a norma no momento de sua aplicação.

Os magistrados poderiam utilizar dos métodos interpretativos como, lógico, sistemático, histórico, vontade do legislador, analogia, costumes, equidade e por último, tradições comuns do povo “*Volksgeist*” pois, o direito é uma criação da consciência coletiva da população e não do Estado. bem como a vontade do legislador, surgindo assim, as primeiras formas de jurisprudência nos tribunais. Um fator importante dessa escola é o entendimento que

a sintaxe do direito estaria no processo histórico e não em relações sintáticas e semânticas estanques, por isso não havia ênfase no método gramatical.

A jurisprudência dos Conceitos – Oriunda na Alemanha do século XIX, essa escola entendia que para se chegar ao espírito da lei seria necessário buscar a finalidade do legislador ao editar determinada norma jurídica. Portanto, considerando que a interpretação histórica não seria capaz de intuir a vontade do legislador “*mens legis*”, caberia ao intérprete, para além da análise dos projetos de lei e sua contextualização em determinado período, a tarefa fundamental de extrair o que pretendia de fato o legislador ao criar a norma.

O direito não é um sistema mais ou menos fechado, que os magistrados devem aplicar utilizando os métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados. É um instrumento que se serve o legislador para atingir seus fins, para promover valores. Assim, o juiz deve remontar da norma jurídica à intenção que guiou sua redação, ou seja, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade, podendo em alguns casos, a norma ter seu alcance extensivo, restritivo ou literal.

Os magistrado poderiam utilizar dos métodos gramaticais, lógico, sistemático e origem e significados dos termos da norma para aplicar a verdadeira intenção em determinado caso jurídico, ou seja, por meio de análise lógico-dedutivo ou lógico indutivo, poderia solucionar determinadas lacunas do ordenamento jurídico, apenas entendendo a conotação ou denotação dos conceitos em um determinado contexto, inferindo assim, em um poder discricionário de menor intensidade para os magistrados no ato de proferimento de uma decisão judicial.

A Escola da Jurisprudência dos Interesse – Oriunda na Alemanha do século XX, afirmava que o trabalho hermenêutico deve se pautar pela investigação dos interesses e, de forma alguma, pelo raciocínio lógico dedutivo. As normas jurídicas constituem juízos de valor a respeito desses interesses. O magistrado ao proferir uma sentença, deve, ante o caso concreto, descobrir a vontade do legislador quis proteger, ou seja, quais interesses dos grupos sociais antagônicos deve prevalecer, ou mesmo, se esses interesses devem ser sobrepostos pelos da comunidade como um todo.

Assim, o juiz está obrigado a obedecer ao direito posto (positivo) ajustando os interesses oriundos da norma para resolver conflitos sociais. O litígio é visto como um conflito de interesse do qual, necessita valorar, conforme o legislador estabeleceu na norma, evitando qualquer critério pessoal do magistrado na sentença.

Outra característica importante é quando as normas fossem incompletas, inadequadas e até contraditórias, o legislador deveria esperar do juiz não que obedecesse literal e cegamente

às palavras da lei, mas expandisse os critérios axiológicos nos quais a lei se inspira, conjugando-os com os interesses em conflito. A função é proteger a totalidade dos interesses que o legislador considerou digno proteção. E protegê-los, em grau de hierarquia, segundo estimativa do legislador. Os principais métodos interpretativos dessa escola são: analogia, justiça social, costumes, teleológico de forma restritiva ou extensiva, vontade do legislador ou da lei, dependendo do caso que resultaria no poder discricionário dos juízes de menor intensidade.

Por fim, a Jurisprudência dos valores “Wertjurisprudenz” é a interpretação da lei segundo os valores por ela tutelados, ou seja, valores fundamentais superprotegidos, na chamada “*Allgemeine Grundrechtslehre*”. Os magistrados poderiam utilizar de métodos interpretativos como: axiológico, sociológico, teleológico, analogia ponderação de princípios, equidade e costumes. Existe o respeito pela vontade do legislador e da lei, mas que os valores tutelados nas normas norteiam o magistrado no ato elaborar a decisão judicial. Com isso, a uma dicotomia do poder discricionário dos magistrados de menor intensidade para maior intensidade, quando os valores ganham conotação política.

Habermas criticou duramente a Jurisprudência de Valores, afirmando que a atribuição livre de valores pelo juiz lhe concedia um poder acima da racionalidade jurídica: “Tal jurisprudência dos valores levanta realmente o problema da legitimidade, pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente.” (HABERMAS, apud Souza, 2004, p. 239).

Diante deste campo de incertezas, é necessário que o magistrado estabeleça um método com base na norma jurídica, jurisprudência e na própria hermenêutica jurídica, para dar fundamentação às interpretações aos núcleos de suas decisões judiciais com a finalidade de alcançar uma solução mais adequada para o caso concreto. Para isso, a ciência jurídica conseguiu desenvolver métodos de raciocínios que facilitaram o magistrado no proferimento da decisão judicial.

2.9 DECISÕES JUDICIAS E SEUS EFEITOS RADIANTE NA ECONOMIA

É possível encontrar no Direito Romano possível aproximação entre o direito na economia. Como exemplo, às proteções dos negócios jurídicos envolvendo a propriedade e as relações parentais – notadamente nos aspectos da transmissão da herança –, evidenciando uma das funções preambulares do jurídico nas relações sociais, a saber, a regulação de interesses de ordem econômica e patrimonial. Em meados do século XX, fatores como o processo de

exclusão social e da marginalização provocado pelo modelo de crescimento econômico, dissociado do desenvolvimento social que marca este momento do capitalismo, gerou uma série de mazelas sociais que precisam ser de alguma forma gerenciadas – mesmo que com paliativos governamentais.

Dessa maneira, em virtude as fortes disputas ideológicas do período, o poder judiciário tem que ganhar uma nova roupagem para se habilitar em proferir decisões judiciais mais céleres e eficazes com as mudanças do século XX. Assim, o Estado-Juiz mais compromissado com a manutenção da pacificação das relações sociais, teve que ser mais independente dos poderes e das formas de controles do exercício destes poderes pelos diferentes órgãos da Administração Pública e do Legislativo. Em segundo lugar, o Judiciário vai operar mais no âmbito preventivo das violações de direitos individuais e coletivos, dando maior efetividade à jurisdição como espaço de garantia e concretização das regras formais estabelecidas pelo sistema jurídico como um todo, sem muitas preocupações com o custo econômico disto.

De certa forma, a aproximação da Economia com o Direito vem sendo explorada intensamente por diversas universidades do Ocidente, principalmente dos estudos norte-americanos denominados de *Law and Economics*, que tem efetivamente discutido sobre as dimensões econômicas de problemas jurídicos os mais diversos, notadamente a partir das pesquisas desenvolvidas por Guido Calabresi, Ronald Coase, Richard Posner e seus críticos com fortes ramificações na América Latina e inclusive no Brasil.

Em análise econômica, Posner (2002) chegou a afirmar que o homem pós-moderno tem uma tendência de maximização racional do próprio interesse, a ponto de, caso o ambiente em que se encontra mude de modo tal, que possa aumentar sua satisfação, isto opera mudanças no comportamento pessoal deste homem. Assim, o direito construído pela decisão judicial, por exemplo, deve maximizar o valor dos títulos jurídicos tomando como medida seus equivalentes monetários, razão pela qual a melhor interpretação judicial é aquela que maximiza o rendimento e o lucro, tendo na eficiência de mercado o critério normativo para avaliar o direito legítimo e o processo decisional jurídico eficiente.

Os juristas devem colocar sua atenção em questões atinentes à regularidade das relações materiais envolvendo os sujeitos de mercado, para garantir-lhes segurança, certeza, previsibilidade e cumprimento de expectativas, do que se preocupar com problemas de justiça. Entretanto, a partir da década de 1980, uma segunda geração de economistas-juristas refutaram a pretensão cientificista do formalismo econômico da primeira geração, para adotar uma perspectiva mais pragmática, no sentido de reconhecer que a própria autonomia da análise

econômica é limitada. Assim, o conhecimento e a compreensão jurídicos não podem ser explicados a partir de uma perspectiva econômica objetiva, centrada em conceitos reducionistas de eficiência quantitativa dos mercados.

Esse viés centrado na teoria das escolhas públicas (reduzidoras do ativismo judicial em face do conceito parlamentar de legitimidade exclusiva à ação político-legislativa), ainda é refratária à tendência pluralista e mais liberal que caracteriza o conceito de jurisdição democrática da era pós New Deal, a despeito de colocarem em dúvida a eficácia da orientação de que a interpretação judicial deve ser objetiva e autônoma, livre das distorções políticas, como pregava a primeira geração. Nestes termos, os magistrados devem exercer seus ofícios com níveis altíssimos de autocontrole normativo, deixando ao legislativo a solução de questões políticas e dos problemas substanciais de valores.

Kornhauser (2000) propõe identificar a teoria da segunda geração a partir de quatro premissas estruturantes: a) Tese Comportamental - no qual a economia pode oferecer uma teoria útil às predições do comportamento regulado pelo direito; b) Tese Normativa - na qual o direito deve ser eficiente (sob a perspectiva de atingir resultados no menor espaço de tempo e com o menor custo); c) Tese Fatural ou Positiva, que preconiza a estrutura e funcionamento da Common Law como a mais capaz de alcançar a eficiência referida; d) a Tese Genética, pela qual a Common Law seleciona normas eficientes, bem como cada norma individual deve sê-lo.

A partir de tais premissas, esta segunda geração considera a atividade do juiz um exercício de análise custo-benefício nos seguintes termos: redução dos custos dos contratos; valoração dos riscos e maximização da riqueza. Assim, segundo Leal (2015), o magistrado tem a competência de efetivar verdadeira engenharia social, com preocupação específica de modelar o direito subjetivo e as responsabilidades decorrentes dele em nome da eficiente alocação dos recursos. Em outras palavras, resta patenteado aqui a pressuposição de que o direito possa ser compreendido como um sistema racional de comportamentos individuais baseados sobre o interesse econômico.

Para Posner (2002), em sentido diferente, a litigância no âmbito do direito comunitário, ou seja, aquele que possui questões morais da sociedade como relativas e seus saberes enquanto produtos de circunstâncias sociais espacial e temporalmente localizadas, poderia fortalecer ou enfraquecer os precedentes que conformam a linha de atuação e decisão dos Tribunais, mas não a ponto de revertê-lo completamente, uma vez que este sistema vem caracterizado por mudanças graduais e não abruptas. Leal (2015) sustenta, por uma outra ótica, com base na chamada Teoria da Dependência de Rota "*Path Dependence*", que o sistema do direito

comunitário pode gerar, em face dos precedentes, resistências às mudanças jurisprudenciais, o que implica ônus quando as regras vigentes se apresentam divorciadas da realidade em que operam

Por essa razão, Posner (2002) e a segunda geração da se afastam da teoria do direito do formalismo jurídico, para operar com outra perspectiva não tanto cientificista, o que os levou a estudar a importância das instituições e do comportamento econômico das organizações burocráticas no processo das relações de mercado e sociais concretas. É preciso que as formas de governança tenham a consciência e desenvolvam ações para lidar com possibilidades futuras de rompimentos contratuais, no qual o poder judiciário, tem a responsabilidade de coordenar e minimizar os custos de transação econômica, através de mecanismos que desenhem, monitorem e exijam o cumprimento das obrigações entabuladas. No caso específico do Judiciário, conforme North (2002), defende o argumento que quando toma decisões que desestabilizam a ordem constituída espacial, de forma temporal e as expectativas das pessoas gera efeitos de descréditos vago da sua legitimidade democrática assim como dos demais poderes instituídos.

Um reflexo disso, são dados trazidos pelo Correio Brasiliense (2006, apud Leal, 2015, p.37) que revelou a insegurança causada por decisões judiciais brasileiras serem morosas, revisionistas de negócios jurídicos entabulados, custaria ao país de 0,8% a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB), o que significaria, em termos de crescimento econômico, caso existisse estabilidade nas regras, respeito a contratos e a Justiça fosse mais rápida e eficiente, em vez dos estimados 2,5%, 3,3% a 4% no ano de 2006. Na época, os cálculos apresentavam dificuldades nesse campo, pois a taxa de investimentos no país poderia saltar de 20% do PIB para mais de 23%, e contribuir para elevar a expansão econômica em 1,5% do PIB.

A pesquisa evidencia que foram os fatores da chamada morosidade judiciaria em decidir questões públicas e privadas, a imprevisibilidade das sentenças e a falta de unidade no entendimento jurisprudencial destas e de tantas outras questões estratégias à economia, os responsáveis significativos pela má formação de um bom ambiente para a atividade econômica, retirando daí a conclusão da necessidade de reestruturar o Judiciário.

Nas palavras de Franco:

Os economistas não trabalharam sozinhos nos “pacotões”, os quais, por sua vez, geraram injustiças e desequilíbrios, difíceis de arbitrar, mas também incontáveis tentativas, no plano judiciário, de se extrair vantagens indevidas, ou de se recuperar “perdas” imaginárias, especialmente da Viúva, sempre culpada, e amiúde ineficiente na defesa de seus interesses. As demandas judiciais movimentaram bilhões e bilhões, com honorários proporcionais, assim alimentando uma próspera indústria que se sustenta sobre o afastamento entre a Economia e o Direito, e que será sempre obstáculo à convergência das disciplinas. (FRANCO, 1995, p. 50)

Para Pinheiro (2009), quando a Justiça ignora as leis econômicas, pode fazer tanto estrago quanto o mal economista dentro de uma empresa. Ao afastarem-se da Lei munidos do ideal de corrigir os problemas econômicos no varejo, tal como os percebem, a Magistratura nem sempre percebe que agrava os problemas que pretende corrigir.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sustentava a tese que a reforma feita pelo governo Lula neste setor judiciário, tinha vantagens, pois com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que exerce o controle externo, e da súmula vinculante, com a qual o Supremo Tribunal Federal (STF) unifica as decisões houve melhorias no sistema judiciário brasileiro.

Ainda argumentava que as mudanças infraconstitucionais, como as alterações na legislação processual, com o objetivo de reduzir o número de recursos possíveis, aceleraria a tramitação dos processos e se concentrar nas decisões de mérito. Esses pontos já vinham sendo debatidos no governo de Fernando Henrique Cardoso. Para os economistas da instituição citada, existe no judiciário brasileiro a denominada indústria de liminares, ou seja, medidas cautelares, tutelas de urgências, que muitas das vezes não parecem o mérito mas, prejudica os efeitos do mérito das decisões judiciais. Por exemplo: a postergação nas decisões de licitações públicas, o funcionamento ilegal de atividades que caracterizam concorrência desleal, atraso no recolhimento de tributos, e outros.

No Brasil há dois casos que exemplifica esse dilema: os dos postos de combustíveis e dos bingos. Nesses casos, com a agravante de que houve corrupção e compra de sentenças em algumas situações, a concessão de medidas de urgência efetivamente gerou uma série de inseguranças jurídicas envolvendo uma rede/cadeia de produtores e comerciantes muito grande, que por sua vez prosperou com grande volume de investimentos e geração de empregos. Pela ótica estatística isso gerou problemas para os motoristas, pois demandaria manutenção dos veículos e lucro para as oficinas.

Weisbrot (2009, apud Leal, 2015, p. 40), afirma que os problemas que afetam o Judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento, traduzindo-se em justiça morosa e, por vezes, parcial ou imprevisível, prejudicando o desempenho econômico desses países de diferentes maneiras, como o desencorajamento dos investimentos e a utilização do capital disponível distorcendo, o sistema de preços ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios.

O relatório do Banco Mundial (1997), apontava três características que há em um bom judiciário: independência; força, e instrumentos eficazes para implementar suas decisões; e

eficiência gerencial. Em concordância com isso, Sherwood (2009, apud Leal, 2015, p. 41-42), aponta que se o Judiciário funcionasse bem no Brasil, os investimentos estrangeiros aumentariam em 12% e o emprego cresceria 18%, afirmando que um passo fundamental para reformar o Judiciário é estudar, com profundidade, as influências do trânsito judicial para fora, ou seja, dos impactos que as decisões judiciais provocam nos diversos setores da economia e da sociedade.

Ele ressaltou que se o controle do Executivo por parte do Judiciário, não custariam nada e significariam um grande crescimento, ao passo que a instalação de varas especializadas em diversas áreas estratégicas do desenvolvimento do país – como meio ambiente recuperação de empresas, relações de consumo, e outros que, requer um maior investimento, poderia auxiliar no funcionamento dos mesmos.

Pinheiro (2001) relata que na década de 1990, o Instituto de Brasileiro de Pesquisa e Geografia (IBGE), apontou que dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à justiça. Numa outra pesquisa, feita pelo Ibope em 1993, 87% dos entrevistados diziam que o problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça, que é lenta, e 80% achavam que a justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo.

2.10 RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA DENTRO DAS SENTENÇAS CÍVEIS

A ideia de responsabilidade civil vem do princípio de que aquele que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano. Segundo Rodrigues (2017) a responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Para Diniz (2018), o instituto da Responsabilidade Civil pode ser definido da seguinte forma:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2017, p. 34)

Sua origem remete ao surgimento dos Direitos Fundamentais de primeira geração (liberdades positivas) em decorrência do iluminismo, vindo expressamente na Declaração dos

Direitos do Homem de 1948. Afirma Dias (2011) que toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Vale ressaltar ainda, conforme as lições de Gagliano e Pamplona Filho (2017), que se fosse feito um estudo histórico do direito, os institutos primordiais para o direito seria: o crime, o contrato a propriedade e a responsabilidade civil. A atual carta magna foi clara ao estabelecer que é o legislador ordinário deverá estabelecer parâmetros sobre da responsabilidade civil e definir os perdimentos dos bens.

De regra a responsabilidade civil e a obrigação de reparar o dano surgem da conduta ilícita do agente que a ocasionou. O ato ilícito gera o dever de compensação da vítima, mas nem toda obrigação de indenização deriva de ato ilícito. Não se cogita indenização e dever de reparação somente nos casos em que haja conduta injurídica causadora de dano, a responsabilidade civil pode ter origem na violação de direito que causa prejuízo a alguém, desde que observados certos pressupostos.

Para Venosa (2016):

Na realidade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar. No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquele conduto que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor. (Venosa, 2016, p. 12)

De certa forma, existe divergência doutrinária em relação aos pressupostos da responsabilidade civil. Venosa (2016) enumera quatro pressupostos para existir o dever de indenizar: *ação ou omissão voluntária, nexo causal, dano e culpa*. Para Diniz (2018) entende que são três os pressupostos: *ação ou omissão, dano e nexos de causalidade*. Rodrigues (2017) apresenta como pressupostos da responsabilidade civil: *a culpa do agente, ação ou omissão, relação de causalidade e dano*. Diante disso, passará a adotar a classificação promovida por Venosa, pois abarca mais clareza para esse instituto.

A conduta humana, pode ser definida como ato da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem. É o ato do agente ou de outro que está sob a responsabilidade do agente que produz resultado danoso, seja por *dolo, negligência, imprudência ou imperícia*. Este ato gera a obrigação de reparação. Para Diniz (2018, p. 37) define conduta humana como sendo "o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros".

O nexos causal é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Se o dano sofrido não for ocasionado por ato do agente, inexistente a relação de causalidade. Venosa definiu esse instituto:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuidado, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vultoso que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem danos ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima (VENOSA, 2016, p. 39)

Portanto, é necessária a relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano e tal forma que o ato do agente seja considerado como causa do dano. Em um processo, é a parte autora necessita demonstrar, por meio de provas lícitas, a existência do dano e certeza efetividade. Não pode haver subjetividade nesse instituto; evitando que ninguém seja responsabilizado por danos supostos e incertos e evite o enriquecimento ilícito.

O dano é a perda ou redução do patrimônio material ou moral do lesado em decorrência da conduta do agente, gerando para o lesado o direito de ser ressarcido para que haja o retorno de sua situação ao estado em que se encontrava antes do dano ou para que seja compensado caso não exista possibilidade de reparação.

Assim, Diniz, conceitua este como a “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral (DINIZ, 2018, p.112)”. Venosa, afirma que:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuidado, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vultoso que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima. (VENOSA, 2018, p. 28)

Por fim, a culpa se caracteriza quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência, imperícia causa dano e deve repará-lo. A imprudência ocorre por precipitação, quando por falta de previdência, de atenção no cumprimento de determinado ato o agente causa dano ou lesão. Na imprudência, estão ausentes prática ou conhecimentos necessários para realização de ato. A imperícia ocorre quando se

prática o ato para o qual não está preparado por falta de conhecimento aptidão capacidade e competência. A negligência ocorre quando o agente não toma os devidos cuidados, não acompanha a realização do ato com a devida atenção e diligência, agindo com desmazelo.

Ficando comprovado a presença de um dos três elementos: *negligência, imperícia ou imprudência* fica caracterizada a culpa do agente, surgindo o dever de reparação, pois mesmo sem intenção o agente causou dano. O instituto do dolo pode estar presente na responsabilidade civil. Ele acontece quando há intenção de causar dano, ou seja, os atos do agente deseja o resultado e age na intenção de provocá-lo, podendo ser oriundo da *imprudência, negligência ou imperícia*.

No que tange ao sujeito da responsabilidade, esta pode ser classificada em: objetiva ou subjetiva. Para a consecução desta atividade, leva-se em conta apenas a primeira. Desta forma, a responsabilidade objetiva, também denominada de responsabilidade pelo risco, é um instituto jurídico que originalmente pertence ao Direito Civil, que estabelece a necessidade apenas do nexo causal para os casos de possíveis reparações descartando, assim, a existência da culpa como fator obrigatório.

Afirma ao art. 927 do Código Civil de 2002 (CC/02):

Art. 927 do CC/02. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002)

Assim, a responsabilidade pelo risco da atividade poderá ocorrer de forma direta, ou seja, aquela em que o agente pratica diretamente o ato, ou ainda por terceiros. Por esta última, tem-se a denominação de responsabilidade objetiva indireta ou por atos de outrem. Assim, dispõe, no art. 932 do CC/02:

Art. 932 do CC/02. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002).

Nesse mesmo sentido, o art. 927 do CC/02 estabelece:

Art. 927 do CC/02 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Assim sendo, a responsabilidade pelo risco da atividade poderá ocorrer de forma direta, ou seja, aquela em que o agente pratica diretamente o ato, ou ainda por terceiros. Esta, é denominada de responsabilidade objetiva indireta ou de outrem. E assim, no arts. 932 e 933, ambos, do CC/ 02: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Para doutrina majoritária, entende que a Responsabilidade Civil é dividida da seguinte forma: Responsabilidade Civil Contratual ou Negocial e Responsabilidade Civil Extracontratual. Tartuce (2017), afirma que a Responsabilidade Civil Contratual vem de um descumprimento de obrigação resultante de um contrato, diferentemente da Responsabilidade Civil extracontratual, que resulta do abuso de poder ou ato ilícito, conforme os arts. 186 e 187, ambos do CC/02.

Desse modo, dispõe o art. 186 e 187 do CC/02:

Art. 186 do CC/02 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

Art. 187 do CC/02 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Dessa maneira, o instituto do dano moral decorre de prática de ato ilícito, tendo em vista que não existe um relação jurídica anterior entre as partes que a justifique a obrigação de reparação do dano, enquadrando-se, portanto, na responsabilidade civil extracontratual.

Nesse sentido o que se verifica é que a reparação de danos morais é um meio que surge para assegurar o direito personalíssimo da vítima que teve sua intimidade violada, de modo que, a indenização seja a forma que o legislador encontrou de assegurar àquele que teve seus direitos pessoais violados, a reparação ao mal causado, estando devidamente amparado no art. 5º, inciso X, da CFRB/88:

Art. 5º da CFRB/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Na esfera consumerista, o danos morais e materiais também ganham amparo constitucional no art. 5º, inciso XXII, da CFRB/88 perante os tribunais brasileiros. A defesa do consumidor decorre da relação de consumo, assim, para Cavalieri Filho (2017, p. 517) “É a relação contratual ou extracontratual, que tem numa ponta o fornecedor e produtos e serviços e na outra o consumidor, é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor tendo por objeto a circulação de produtos e serviços”.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 1988)

Assim, o Estado passou a controlar certos tipos de relacionamento contratual, onde a existência de uma desigualdade, motivada por razões de ordem econômica e cultural entre as partes, era mais flagrante, resultando no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que delimitou o âmbito de abrangência e eficácia das normas que regulam tal matéria, facilitando a construção das decisões judiciais pelos magistrados trazendo maior celeridade na aplicação da justiça.

Estabeleceu-se, no art.4º, inciso I, do CDC o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Aliás, num quadro político e econômico marcado por profundas diferenças sociais, como é o caso do brasileiro, a toda evidência que não poderia ser diferente essa previsão outorgada ao polo indubitavelmente mais frágil no mercado econômico capitalista. Comparato afirma:

O consumidor certamente é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, deve se submeter ao poder dos titulares destes, concluindo que, por conseguinte, consumidor é, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. (COMPARATO, 1994, p. 39)

Nesse sentido, verifica-se que no âmbito do Direito do Consumidor, a Responsabilidade Civil é objetiva, ou seja, independente de culpa, no entanto, é necessária a

comprovação do nexa causalidade entre o dano e a ação. Neto define: “o nexa causal, portanto, qualquer que seja a modalidade de responsabilidade civil, é fundamental” (Neto, 2017, p. 206).

Montenegro (2017) afirma que são dezenas de processo que tramita no poder judiciário brasileiro sendo os de natureza de responsabilidade civil e direito do consumidor o que se destaca, com pedidos de indenizações e danos morais, chegando a 67% das demandas desse tipo. Ante aos dados alarmantes mencionados, nota-se que grande parte faz demandas consumeristas, além de boa parte ter como pedidos, a reparação por danos morais, há pedidos de indenização por danos materiais, cabendo ao juízo *ad quo* verificar o mérito desses pedidos. É necessário que o julgador, no caso concreto verifique efetivamente se a pretensão do autor preenche os requisitos para a efetivação de tutela pleiteada, aplicando de imediato a tese do mero aborrecimento ou negando os pedidos formulados pela parte autora, evitando a instituto do mero aborrecimento.

Para doutrina majoritária, se aplica aos negócios jurídicos bancários o disposto no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), equiparando aos consumidores, todas as pessoas determináveis, ou não, expostas às práticas nele previstas, o que alcançaria todos aqueles que levassem a cabo as práticas abusivas previstas neste estatuto, além, é óbvio, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor. Para Wambier (2002), afirma que aquele que se submete ao regime de publicidade em massa pode ser vítima da propaganda enganosa e, neste ponto, estará sujeito ao art. 37, que trata do tema. O mesmo se diga a respeito das normas que vedam as cláusulas abusivas, previstas no art. 51 do diploma de defesa dos consumidores.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2591274, contou com o voto-vista do Ministro Nelson Jobim no sentido de conferir interpretação conforme a norma constitucional ao artigo 3º, § 2º, do CDC, para os fins de excluir do seu alcance as principais operações bancárias, sustentando que somente os serviços como custódia de valores, fornecimento de informações a correntistas e atendimento ao público, poderiam ser alcançados pelas regras consumeristas, o que não ocorreria no caso das chamadas operações bancárias típicas, tais como depósitos, hipotecas, poupanças e cheques especiais.

Do outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em 09 de setembro de 2004, editou a Súmula 297, asseverando que: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, fruto do entendimento dos seguintes julgamentos: RESP 57.974, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 29.5.1995; RESP 106.888, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 5.8.2002; RESP 175.795, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 10.5.1999; RESP 298.369, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Percebe-se que os produtos bancários são verdadeiros serviços ao consumidor, necessitando toda uma infraestrutura proteção deste produto no Brasil como:

- a) os Serviços de Proteção ao Crédito (SPCs), ligados ao setor do comércio, e que contam com arquivo de dados em nível nacional, operado pelos Serviços de Proteção ao Crédito, departamentos das Câmaras de Dirigentes Lojistas (CDLs), informando aos seus usuários as pendências financeiras dos consumidores perante o comércio;
- b) o SERASA, empresa privada de sociedade anônima, constituída em 1968, originalmente para assessorar os bancos nas informações que precisam no giro de suas atividades específicas, também se identifica como órgão restritivo e é hoje uma das maiores empresas de análise, informação econômico-financeira e cadastral do mundo;
- c) o Cadastro Informativo de Créditos (CADIN), instituído pelo Decreto Federal nº 1.006, encontrando regulamentação na Circular nº 2.407/1994, do Banco Central do Brasil, constituindo-se em serviço do Banco Central, integrado por várias secretarias (Tesouro Nacional, Receita da Fazenda etc.), órgãos e demais entidades federais, cujo escopo é o de tornar disponíveis à Administração Pública Federal e entidades por ela controladas, informações sobre créditos não quitados para com o setor público.

No plano da dogmática jurídica forense, a evolução dessa matéria oportunizou inclusive algumas sedimentações jurisprudenciais anteriores à ADI nº2591, tais como as que envolvem a taxa de juros reais, a comissão de permanência e a periodicidade dos juros capitalizados nos contratos celebrados entre bancos e consumidores. Como exemplo de súmulas são:

- a) é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula 121, STF);
- b) a comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis (Súmula 30, do STJ);
- c) a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores (Súmula 286, do STJ).

Todas estas decisões judiciais têm causado impactos significativos na própria estruturação organizacional das instituições financeiras do país, fazendo com que, em algumas

situações, elas revejam o fornecimento de determinados produtos ao mercado, exatamente em face da possibilidade de intervenção judicial e perigo de perdas de rendimentos – geralmente milionários.

O impacto é tão visível que o Supremo Tribunal Federal operou-se em profunda revisão jurisprudencial sobre a matéria, no sentido agora pró-instituições financeiras, basta ver o teor das seguintes súmulas desse tribunal:

- a) A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor. Súmula nº 380;
- b) Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. Súmula nº381;
- c) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Súmula nº382;
- d) Cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda. Súmula nº384;
- e) Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia. Súmula nº385.

Todo esse arsenal possibilitou ao magistrado de primeiro grau proferir decisões judiciais em consonância com os precedentes dos tribunais superiores, entendimento majoritário da doutrina civilista e adequação aos princípios fundamentais da hermenêutica jurídica. Assim, será analisado algumas sentenças proferidas pelo Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), principalmente da 4º Vara Civil de Campina Grande – PB, bem como alguns casos da 7ª vara Civil da mesma comarca.

O primeiro processo, sob o nº 0805740-16.2017.8.15.0001, em anexo 01, é possível encontrar extratos emitidos pelo SPC e SERASA, que confirma a existência de débito feito pela parte autora. A magistrada aplicou a técnica de subsunção do art. 2º e 3º do CDC, do qual reconheceu que a presente lide era consumerista, bem como o réu ficou isento da responsabilidade objetiva do art. 14, caput, § 1º, do CDC, pois se aplica o § 3º, inciso II, desse mesmo dispositivo. Dessa maneira, prevaleceu o entendimento da Súmula nº 384 do STF, entendimento já pacificado, do qual a inscrição devida nos órgãos de proteção ao crédito (SPC e SERASA) não cabe danos morais ou/e indenização material, bem como inexistência de ato ilícito pelo réu.

Na sentença, a magistrada utilizou interpretação teleológica restritiva, sistemática e ponderação dos princípios jurídicos entre o conceder a indenização por danos morais por violar os direitos de personalidade do art. 11 do CC/02 em consonância com o art. 1º, inciso III, da CRFB/88, com a isenção da responsabilidade civil objetiva do art. 14, §3, inciso III, do CDC, prevalecendo este, e respeitando assim, a vontade e o interesse da legislação brasileira “*mens legis*”. Por se tratar de um caso simples, prevaleceu o método dedutivo na presente sentença, no qual a magistrada vai deduzir o fato apresentado a uma regra preexistente e formalmente válida, com suporte ao entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores.

No segundo processo de nº 0801129-88.2015.8.15.0001, anexo 02, proferida na mesma vara, observou-se na sentença, se utilizou conceitos doutrinários para construir o raciocínio jurídico. Assim, utilizando da Genealogia dos Conceitos da Escola Jurisprudência dos Conceitos, qual era o significado do instituto alienação fiduciária, para reconhecer a relação jurídica entre as partes.

Na sentença, a magistrada reconhece, pela exposição de fatos, que a parte autora quitou o referido contrato antecipadamente, requerendo ao Banco-réu a baixa do gravame, sendo de inteira responsabilidade da instituição financeira realizar esse procedimento. Entretanto não houve a baixa imediatamente, mesmo com o pagamento pela autora da referida taxa, causando-lhe prejuízos na esfera patrimonial e extrapatrimonial, conforme o art. 11 do CC/02, em consonância ao art. 1º, inciso III, da CFRB/88, denominado de princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, após apreciar e analisar as provas, concluiu que a irrisignação da parte autora não mereceu prosperar, pois o promovido não praticou qualquer ilícito. Ao contrário, o mesmo cumpriu com sua obrigação que era comunicar ao órgão de trânsito a quitação do contrato de financiamento dentro do prazo legal.

Essa conclusão, foi oriunda da aplicação dos entendimentos da Resolução nº 320/2009 do CONTRAN e art. 23, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro, que permitiu na fundamentação da decisão judicial, refutado os argumentos apresentados pela parte autora no referido processo. Assim, foi julgado como improcedente os pedidos da promovente, pois não compete ao promovido a obrigação de pagamento da taxa de desalienação referida na inicial, descaracterizando a aplicação de indenização por danos morais e matérias para a autora.

Dessa maneira, a magistrada se utilizou como técnicas interpretativas a vontade da lei (*mens legis*), lógico, sistemático e restritivo em não conceder danos morais e materiais a promovente, em virtude da clareza da lei aplicados aos fatos apresentados no processo,

excluindo o promovido de uma possível condenação monetária, além de evitar a prática do enriquecimento ilícito e indústria do danos extrapatrimoniais dentro dos tribunais.

No terceiro processo nº 0802599-91.2014.8.15.000, anexo 03, no qual deferiu a indenização por danos morais a parte autora. A magistrada se utilizou do entendimento pacificado dos tribunais superiores para condenar ou isentar o promovido da responsabilidade de indenizar a parte autora dos danos morais e materiais. Ao fazer apreciação das provas encontradas no processo, ficou devidamente comprovado que o réu inscreveu o nome da promotente nos órgãos de proteção ao crédito (SPC e SERASA) de forma indevida, cabendo a indenização por esse ato lesivo.

Atenta-se que a magistrada, utilizou da vontade da lei (*mens legis*), da jurisprudência, sistemático, restritivo, axiológico, teleológico, e ponderação dos princípios como técnicas interpretativas no ato de proferimento da decisão judicial, prevalecendo assim, a Escola de Valores e Livre Investigação Científica do Direito no teor decisivo dessa sentença.

Ao auferir o *quantum*, indenizatório, a magistrada utilizou dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em conformidade com o art. 8º do CPC e pela doutrina de Robert Alexy evitando-se o instituto do enriquecimento ilícito pelas partes ou condenações exorbitantes, que possam prejudicar o réu no pagamento da indenização, além de evitar que demandas sejam ingressadas no poder judiciário.

No processo 001.2011.122.560-6, anexo 04, o magistrado se utiliza de conceitos doutrinários para entender e demonstrar que a presente lide se tratava de responsabilidade civil, pois os elementos que configura esse instituto (dano, nexos causal e culpa) ficaram bem visíveis na presente lide. Por uma subsunção da norma jurídica ao fato, seu resultado foi moldado pelo laudo pericial, que determinou pela indenização, em dinheiro, para a parte autora de forma equitativa. Assim, o magistrado se utilizou do raciocínio dedutivo com interpretação gramatical, sistêmica e lógica, com prevalência da Jurisprudência dos Conceitos e Valores nessa sentença.

Diferente no processo sob nº 0001734337.2012.815.0981, anexo 05, que improcedeu os pedidos formulados pela parte autora diante das provas apresentadas nos autos e da fragilidade dos argumentos demonstrados pela promotente. Na construção da sentença, o magistrado se utiliza de conceitos doutrinários e toda construção lógica, semântica e sintática das partes (oitiva das partes e da testemunha) dentro das audiências desse processo, para trazer entendimento e esclarecimento sobre os fatos da demanda.

Feito isso, o magistrado comparou as versões trazidas pelas partes com toda a produção de prova trazida no interior do processo (fotografias e vídeos). Assim, ficou demonstrado que aos argumentos trazidos pela parte autora não deveriam prosperar, resultando no improcedimento dos pedidos deste. Diante disso, o magistrado se utilizou de uma interpretação teleológica, sistemática, axiológica e restritiva com forte apelo a justiça social equilibrada pelo princípio da equidade processual, que caracteriza influências da Escola do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses.

Por fim, no processo sob nº 001.2005.015.049-7, anexo 06, a sentença deferiu o pagamento do valor da dívida e indenização por danos patrimoniais ao promovente. Na elaboração da sentença o magistrado se de conceitos doutrinários, com apelo historiográfico para entender determinados institutos jurídicos que forma aplicados na sentença civil.

Utilizou da ponderação de princípios entre o Princípio *Pacta Sunt Servanda* com o Princípio da Ordem Pública, prevalecendo este como pilar de sustentação dos demais argumentos trazidos pelo magistrado. As provas dos autos demonstraram ser suficientes em demonstrar, que a dívida se encontra consolidada, devendo o promovente adimplir com a dívida com o promovido. No teor da sentença foi utilizado uma interpretação sistemática e lógica dos dispositivos do Código Civil, sendo utilizado o critério da equidade para determinar o julgamento parcial procedente para a parte autora.

Assim, o magistrado se utilizou dos métodos teleológico, axiológico, ponderação de princípios, equidade, restritivo e vontade da lei como métodos de interpretação, o que evidenciam a forte influência da Escola de Jurisprudência dos Valores com a Escola de Investigação Científica do Direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto é cristalino o entendimento, que é na sociedade que o homem encontra um ambiente propício para o seu desenvolvimento tecnológico e cultural. No meio social, o ser humano se depara com conflitos oriundos das diversas interações com o seu semelhante ocasionando a necessidade da intervenção de um terceiro que aplique uma tomada de decisão que almeje a pacificação do conflito.

Nas sociedades tidas como simples ou sem escrita, as tomadas de decisões judiciais eram realizadas por um chefe tribal ou sacerdote, que detinham algum conhecimento sobre espiritualidade ou sobre leis baseadas no costume ou tradição passada de geração em geração

via oral, que serviam de parâmetros para a tomada de decisões pacificadoras, podendo ser acompanhada com alguma sanção.

Com o desenvolvimento das sociedades complexas e tecnocratas, a figura do Estado é consolidada para gerenciar e governar um determinado povo, limitado a um território específico sob uma jurisdição específica. Assim, o estado desenvolve e estabelece um sistema devidamente legitimado em leis, para intervir nos conflitos sociais com coação, sanção e eficácia para os indivíduos, visando estabelecer a ordem e a paz social.

O direito é um desses sistemas de referências, de maneira que as decisões jurídicas devem buscar nele os critérios avaliativos e valorativos que permitam a sua consecução. A decisão judicial é uma espécie de decisão jurídica. O que caracteriza as decisões jurídicas é que o principal critério para a sua operacionalização é a norma jurídica em sentido amplo, tratando-se, portanto, de critério fixo e definido “a priori”. Disso se conclui que o sistema de referência também é definido: o direito. As decisões jurídicas são tomadas no âmbito da prática do direito, por agentes públicos, por advogados e pelos cidadãos, sempre que precisam orientar as suas ações segundo as leis do direito.

A decisão judicial, por sua vez, é espécie de decisão jurídica tomada pelos órgãos do Poder Judiciário e que consiste no trabalho dos juízes e tribunais, sem caráter científico, mas que tem como sistema de referência o ordenamento jurídico, a ciência do direito e a jurisprudência, esta composta pelo conjunto das decisões judiciais tomadas no âmbito do Poder Judiciário que materializa o conceito de justiça convencional.

Esta justiça é amparada e reconhecida pelo próprio ordenamento jurídico que a confere requisitos de validade e eficácia para toda a população, entretanto, no Brasil, é possível reconhecer antropologicamente, uma justiça comunitária nascida nos subúrbios das grandes metrópoles do Brasil, que visa aplicar uma justiça mais célere, mas que não tem força de sanção e não consegue oferecer as partes solução a determinados casos jurídicos e sociais como a justiça convencional.

Em ambas, o fenômeno da tomada de decisão acontece em ambas, entretanto é na decisão judicial proferida pela justiça convencional que é dotada de recursos, símbolos, raciocínios e linguagens que são devidamente específicas da ciência jurídica. Esta durante séculos procurou desenvolver ferramentas e recursos necessários para os magistrados proferissem decisões fundamentadas nas próprias normas do ordenamento jurídico e na ausência delas para o caso específico, o julgador recorresse a hermenêutica jurídica ou as normas princípios com ponderação na tentativa de solucionar casos complexos.

De certa forma, a construção da decisão judicial envolve, invariante, um processo de criação da realidade pelo magistrado e que é composto de duas passagens: a) da narrativa apresentada pelas partes para a narrativa dos fatos inferida pelo juiz; b) da lei como critério geral de qualificação jurídica da narrativa para a norma jurídica, que é critério específico da construção do fato jurídico em sentido estrito.

Fundamentar é construir o sentido da linguagem através da atividade interpretativa. A fundamentação da decisão judicial ocorre a partir do processo valorativo da interpretação da linguagem das petições, das provas e das leis, que é realizada da construção da narrativa juridicamente qualificada do juiz.

A justificação da decisão justificação da decisão judicial não se confunde com a fundamentação. A fundamentação da decisão judicial é relacionada à construção que o magistrado realiza, através da linguagem e a partir de determinado sistema de referência, do fato jurídico em sentido estrito, este composto pela narrativa dos fatos sociais e pela norma jurídica em sentido estrito, com seu antecedente e conseqüente. Nesse contexto, a construção da realidade jurídica, representada pelo fato jurídico em sentido estrito, somente, é possível ser realizada através da atividade hermenêutica de compreensão e interpretação da linguagem constante na narrativa das partes e dos enunciados normativos.

Esse processo de construção da realidade é complexo, porque envolve a atribuição de sentido a linguagem, atividade que, tanto do ponto de vista puramente linguístico (sintagmas e paradigmas), é marcado pelo conjuntos de valorações que precisa, ser justificadas, a partir dos sistemas de referências identificadas, para que seja possível aferir acerca da sua correção e validade e, assim, tornar possível a apresentação de questionamentos, esclarecimentos e objeções.

Em tais termos, justificar é uma atividade que consiste em explicar, provocando ou demonstrando, os critérios utilizados e respectivos sistemas de referências, utilizados pelo magistrado no processo de valoração que redundam na atribuição de sentido à linguagem e, portanto, na criação da realidade jurídica que é própria decisão.

De certo modo, justificar é apresentar proposições com o objetivo de respaldar as conclusões às quais chegou na sentença, ou seja, explicar como o magistrado chegou a tal resultado, que métodos foram utilizados e que raciocínio empregou para aceitar determinados pontos da narrativa e rejeitar outros, para conferir ao enunciado normativo determinado o sentido e rejeitar o outro, assim, como para entender que determinada norma jurídica é válida, enquanto outra, não.

O processo de hermenêutica e argumentação, necessita da valoração, simplesmente porque toda compreensão e atribuição de sentido coloca o intérprete diante de escolhas, que, para serem resolvidas no plano jurídico, requerem decisão, e estas somente podem ser levadas a termo mediante critérios de qualificação da opção a ser escolhida.

São necessárias diversas valorações que vão sendo realizadas de diferentes maneiras, conforme as categorias filosóficas e jurídicas que são: critérios históricos, sociológico ou fundamentalista; concepção de verdade, ciência, razão e justiça; conceito de norma jurídica, ordenamento jurídico, e sistema jurídico; compreender a relação entre direito e moral; uso da hermenêutica ou como uma atividade doadora de sentido e justificativa. Essas valorações se concretizam com o uso da linguística lógica e semiótica.

Com a predominância do neoconstitucionalismo no Brasil, as decisões judiciais que podem ser despachos, decisões interlocutórias e sentenças, devem ter amparo nas normas constitucionais como alicerce para o teor da fundamentação, sendo este um direito estritamente fundamental de qualquer indivíduo ou cidadão. Não há dúvidas que para se atingir a tutela jurisdicional pretendida, o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso IX, da CRFB/88, prevê nulidade para as decisões não fundamentadas.

As inovações promovidas Código de Processo Civil preconizam a satisfação desses postulados constitucionais para que efetivamente sejam asseguradas as prerrogativas dos indivíduos que se valem do sistema judiciário, garantindo-se a máxima equidade e isonomia no tratamento das partes na tentativa de se buscar a genuína justiça de uma decisão. Dentre as inovações processuais o magistrado é capaz de oferecer uma solução consensual de conflitos homologando este acordo em sentença judicial, reduzindo a numerosa demanda processual encontrado no interior dos tribunais brasileiros.

Não deixando de observar o tratamento igualitário das partes, o juiz irá confrontar as regras do discurso e norteando-se pelas regras de justificação dentro e fora do processo (consequências sociais), ou seja, observando a argumentação jurídica, não deixando de observar também as normas constitucionais e os próprios princípios que norteiam a atividade jurisdicional.

Diante disso, o ponto inicial para se alcançar uma decisão judicial pautada no senso de justiça ou próximo a ela e com fulcro na verdade processual é submeter o caso (fato) a norma, e fundamentar o motivo de tal adequação. Em seguida deverá demonstrar a existência de liame subjetivo entre a norma e o pedido, que está sendo apreciado. As decisões do órgão julgador,

principalmente no que diz respeito ao mérito, devem necessariamente demonstrar a relação ou a ausência de relação entre o direito e os pedidos formulados.

Após iniciar sua atuação, com as posturas supracitadas, o julgador não pode eximir-se da justificativa externa e interna de sua decisão final. A justificativa interna coincide com a proposta prevista no silogismo jurídico de Alexy, com a devida justificativa das premissas utilizadas. O devido processo legal, que antecede a próprio juízo de mérito do julgador, também não deve deixar de ser respeitado, como maneira de tornar todo o procedimento ilegítimo.

Os precedentes também funcionam como norteadores das decisões, uma vez que traz homogeneidade a todo ordenamento, quando se conclui que em regra casos iguais serão resolvidos de maneira idênticos, trazendo segurança jurídica e igualdade, e desenvolvimento econômico. Sendo assim, pode observar que o julgador, além de conhecer a lei, deve utilizar de todos os meios disponíveis para alcançar uma decisão justa, sejam as normas legais os princípios, e, sobretudo os próprios argumentos apresentados, buscando o equilíbrio com a margem de sentir o que o caso concreto quer, e ouvir o que as partes podem revelar.

Fica nítida posição do juiz como interlocutor do discurso que emerge na relação jurídica. Para que o discurso jurídico se complete, o núcleo é a interação existente entre os interlocutores completada com a intermediação do Juiz. O discurso jurídico é uma forte arma de manipulação de poder, e como sua principal finalidade é o convencimento, o discurso aqui apresentado deve ser direcionado a uma situação específica e, organizado com a linguagem adequada para seu fim. Observou-se nas sentenças cíveis do TJPB, o que as partes mais desejam, não é apenas a justiça no senso comum, e sim, ver seus direitos e argumentos sendo homologados nas decisões judiciais e nessa conjuntura. O juiz como o profissional capaz e habilitado de enxergar e homologar a justiça, acaba se convencendo dos argumentos apresentados por uma das partes nos autos processuais.

Neste sentido, independentemente do método decisivo utilizado pelo juiz, seja indutivo ou dedutivo, a argumentação, sem dúvida é imprescindível para formar o seu convencimento, pois recorre da interpretação e da construção do discurso de forma racional e construtiva com uso de hermenêutica jurídica, entendimento dos tribunais, precedentes, doutrina e outra fonte complementar do direito.

De fato, a jurisdição para que funcione plenamente necessita da aplicação da hermenêutica jurídica, seja para identificar qual o texto legal a ser aplicado ou para dar um sentido mais coerente a cada realidade única que existe. O processo interpretativo não é fácil, e cada julgador pode chegar a conclusões diferentes diante um mesmo fato, isso se dá pelas

amplas possibilidades de se nortear a atividade interpretativa e pela contínua mutabilidade do direito.

Por isso, ao refletir sobre o teor das decisões judiciais justas e fundamentadas requer um amadurecimento sobre o papel do próprio julgador, este, revestido de imparcialidade deve superar a função de subjugador do fato a norma, devendo sempre beber dos ensinamentos da hermenêutica jurídica para ter sabedoria e eficiência aliada com a técnica precisa, clara e objetiva de uma decisão judicial.

Em sua missão o magistrado é responsável por decidir e solucionar conflitos de terceiros, deve ter a consciência de que existem inúmeras formas de julgar, mas deve estar em conformidade com os valores da Carta Magna, do ordenamento jurídico, dos entendimentos dos tribunais superiores, dos precedentes, súmulas e evitando o a prática do ativismo judicial,

Quando não há uniformidade nas decisões judiciais do 1º e 2º grau de um tribunal, as consequências dos efeitos das decisões repercutem a economia local ou do país. Fatores como a morosidade judiciária, a imprevisibilidade das sentenças e a falta de unidade no entendimento jurisprudencial destas e de tantas outras questões estratégias à economia, chega a conclusão da necessidade de reestruturar o judiciário brasileiro. Percebe-se que já houve uma melhoria na última década a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que exerce o controle externo, e da súmula vinculante, com a qual o Supremo Tribunal Federal (STF) unifica as decisões houve melhorias no atual sistema judiciário

Conforme apresentado, a falta de unificação e entendimento dos tribunais prejudica o desempenho econômico faz o desencorajamento dos investimentos e a utilização do capital disponível para abertura e manutenção das empresas; distorcendo o sistema de preços e venda e introduzindo fontes de risco no comércio. Assim, o sistema judiciário para alcançar seu grau de excelência institucional necessita desenvolver independência e autonomia; força, e instrumentos eficazes para implementar suas decisões; e eficiência gerencial e aprimoramento no suporte tecnológico.

Na área cível, o maior número de ações que tramitam nos tribunais brasileiros versa sobre a temática responsabilidade civil, danos morais e materiais correlacionado com o direito do consumidor. Isso é resultado da maior atuação do Estado em controlar certos tipos de relacionamento contratual, onde a existência de uma desigualdade, motivada por razões de ordem econômica e cultural entre as partes, era mais flagrante, resultando na criação do CDC, que delimitou o âmbito de abrangência e eficácia das normas que regulam tal matéria,

facilitando a construção das decisões judiciais pelos magistrados trazendo maior celeridade na aplicação da justiça.

O consumidor, por exemplo, certamente é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e de modo geral, é aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários necessitando a criação do princípio vulnerabilidade econômica, pelo legislador para equilibrar a presente relação jurídica, bem como outros tipos de princípios consumeristas que norteiam e facilita no ato da decisão judicial.

Bem como a criação e entendimento pacificado de nos tribunais superiores a exemplo do STF e STJ, que criaram súmulas vinculantes capazes de pacificar o entendimento na presente matéria. A súmula nº 297, facilitou para os magistrados *ad quo*, aplicação do CDC nas ações de responsabilidade civil que tinha como um dos pelas instituições bancárias. Assim, a evolução dessa matéria oportunizou inclusive algumas sedimentações jurisprudenciais como a taxa de juros reais; a comissão de permanência e; a periodicidade dos juros capitalizados nos contratos celebrados entre bancos e consumidores, desencadeando as seguintes súmulas: 121 do STF; 30 e 286 do STJ.

Por fim, esse arsenal contribui para os magistrados de primeiro grau possam proferir decisões judiciais em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana; reparação indenizatório proporcional e razoável; uso de precedentes e das súmulas dos tribunais superiores e; análise do teor das provas apresentadas dentro do processo, como se observa na decisões proferidas nas varas da 4º e 7º Vara Civil do TJPB. Além do mais, deve apresenta essas decisões apresentaram uma redação clara, objetiva e discurso de fácil compreensão para todas as partes, cumprindo com o seu dever de eficiência jurídica com a sociedade complexa tecnocrata que necessita de um judiciário pronto para atender os impactos da econômica do século XXI.

Assim, o direito cumpre sua meta mais ampla, de promover o bem comum, que implica justiça, segurança, bem-estar e progresso sendo fator decisivo para o desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da produção das riquezas, a preservação da natureza, progresso das comunicações, a elevação do nível cultural de uma sociedade pois promove uma formação de uma consciência nacional.

4. METODOLOGIA

Para Lakatos e Marconi (2018, p. 85) definem método como “o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando nas suas decisões”. Segundo Galliano (2016, p. 6), em consonância com os autores acima, método é um “conjunto de etapas, ordenadamente dispostas, que devem ser vencidas, na investigação da verdade, para se alcançar determinado objetivo”. Na mesma corrente, Oliveira (2002, p. 58) afirma que “método é um conjunto de regras ou critérios que servem de referência no processo de busca da explicação ou da elaboração de previsões em relação a questões ou problemas específicos”.

Assim, quanto aos tipos de métodos científicos utilizados na pesquisa, esta classifica-se como indutiva e observacional. Indutiva pois busca fundamentar-se na generalização de propriedades comuns em determinado número de casos possíveis de serem observados em toda ocorrência de fatos similares que seja verificada no futuro. Nesse sentido, afirmam Mezzaroba e Monteiro sobre o método indutivo: “O propósito do raciocínio indutivo é chegar a conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas nas quais está fundamentado”. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2014, p. 88)

Para Lakatos (2018) a indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Uma característica que não pode deixar de ser assinalada é que o argumento indutivo, da mesma forma que o dedutivo, fundamenta-se em premissas. Mas, se nos dedutivos, premissas verdadeiras levam inevitavelmente à conclusão verdadeira, nos indutivos, conduzem apenas a conclusões prováveis (LAKATOS, 2018, p. 86)

No mesmo sentido Gil retrata o método indutivo: “Nesse método, parte-se da observação de fatos ou fenômenos cujas causas que se deseja conhecer. A seguir, procura-se compará-los com a finalidade de descobrir as relações existentes entre eles.” (GIL, 2017, p. 10-11).

Fachin, reforça esse entendimento afirmando que no método indutivo a observação é empírica e, parte é um procedimento do raciocínio que, a partir de uma análise de dados particulares, encaminhamos para as noções gerais. Assim, ela retrata: “Partindo da observação empírica de que a prata é minério condutor de eletricidade e que se inclui no grupo dos metais,

ela faz, por sua vez, parte dos minérios. Assim, inferimos por análise indutiva que a prata é condutora de eletricidade”. (FACHIN, 2003, p. 29-33).

Sobre o método observacional, Gil (2017) afirma que apenas se observa algo que acontece ou que aconteceu, sendo primordial nas pesquisas das ciências sociais e jurídicas, possibilitando meio diretos e satisfatório para estudar uma ampla variedade de fenômenos. Lakatos (2018, p.83) entende que a observação é uma técnica de coleta de dados que se utiliza os sentidos na obtenção de determinados aspectos da realidade, no qual o pesquisador examina os fatos ou fenômenos que se deseja pesquisar.

Com isso, a observação é um elemento de investigação científica, utilizando na pesquisa de campo, que se constitui técnica de extrema importância para as ciências sociais, jurídicas e antropológica. Ela ajuda o pesquisador a identificar e a obter provas a respeito de objetivos sobre os quais os indivíduos não consciência, mas que orientam seu comportamento, pois obriga o pesquisador a participar com contato direto com a realidade, sendo um ponto de partida da investigação social.

Selltiz afirma que a observação torna-se científica à medida que:

a) Convém a um formulado plano de pesquisa; b) É planejada sistematicamente; c) É registrada metodicamente e está relacionada a proposições mais gerais, em vez de ser apresentada como uma série de curiosidades interessantes; d) Está sujeita a verificações e controles sobre a validade e segurança. (STELLTIZ, apud Lakatos, 2017, 83-84)

Lakatos aponta as seguintes vantagens, do ponto de vista científico, a utilização do método observacional:

a) Possibilita meios diretos e satisfatórios para estudar ampla variedade de fenômenos. b) Exige menos do observador do que as outras técnicas; c) Depende a coleta de dados sobre um conjunto de atitudes comportamentais típicas; d) Depende menos da introspecção ou da reflexão; e) Permite a evidência da dados não constantes do roteiro de entrevista ou de questionários. (Lakatos, 2017, p. 84)

Estabelecido os métodos a serem utilizados, é necessário indicar quais meios que serão adotados se alcanças os objetivos da pesquisa. Com isso, adotar-se-á a classificação promovida por Vergara (2016), do qual a pesquisa pode ser quantos aos fins e quantos aos meios, sendo apresentados de modo claro o processo metodológico que será utilizado nessa monografia.

Quantos aos fins, a pesquisa será exploratória, descritiva e explicativa. Exploratória pois, a buscará informações doutrinárias, administrativo-judiciário, legislativo que instiga na busca de informações para concretizar os objetivos dessa monografia. Descritivo, pois visa

descrever as técnicas e as operações hermenêuticas, que os magistrados efetuam na elaboração das decisões judiciais, principalmente dentro da responsabilidade civil. Explicativa, pois visa esclarecer quais os fatores contribuem de alguma forma para a ocorrência de um fenômeno, facilitando compreensão deste.

Quanto aos meios, a pesquisa se utilizará de meios bibliográfico e estudo de caso. Bibliográfico, pois busca aproximar o pesquisador do problema apontado, representando um estudo sistematizado desenvolvido com material obtido em doutrinas jurídicas, legislação, artigos científicos, livros e outros que são acessíveis para o público, que contribuíram para o embasamento do referencial teórico.

Estudo de caso pois, representa muito mais do que a simples descrição de um objeto, tendo em vista que “é o circunscrito a uma ou poucas unidades, entendidas essas como pessoa, família, produto, empresa, órgão público, comunidade ou mesmo país”. (VERGARA, 2016, p. 43-44). Em concordância com Vergara, os autores abaixo fazem a seguinte afirmação sobre o estudo de caso:

No estudo de caso, o objeto sofre um recorte metodológico radical, de maneira que o pesquisador assume o compromisso de promover sua análise, de forma profunda, exaustiva e extensa, o que equivale a dizer que deverá examinar seu objeto sempre levando em consideração os fatores que acabaram influenciando direta ou indiretamente sua natureza e desenvolvimento. (MEZZAROBIA; MONTEIRO, 2014, p. 92)

Quanto aos meios técnicos da investigação, a pesquisa compreenderá em monográfico, pois fundamenta-se na ideia de que o estudo aprofundado de um determinado estudo de caso, seja ele institucional, comparado, factual e etc. Gil (2018) entende que o método monográfico parte da premissa que o estudo detalhado de um determinado caso é capaz de desmontar uma representação bastante semelhante da realidade de muitos casos, independentemente da classificação deste, conforme aponta Gil (2018).

Quanto a obtenção das decisões judiciais, estas ocorreram no Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), comarca de Campina Grande – PB, Fórum Afonso Campos, localizado na Rua Vice-Prefeito Antônio de Carvalho S/N, no complexo judiciário - Estação Velha, na 4ª Vara Cível nos meses de outubro de 2018 a janeiro de 2019, em virtude da realização da prática judicante cível da Residência Judicial da Escola Superior da Magistratura (ESMA).

Os residentes tinham acesso ao PJE, modalidade assessoria de gabinete restrita em algumas funções, que continha um banco de dados, no qual permitia observar diversos processos digitais que tramitavam nas varas do tribunal. Assim, foi escolhido alguns, processo da 7ª Vara

Cível, que continha decisões judiciais proferidas, em virtude da facilidade de encontrar mais ações de responsabilidade civil do que as demais varas do Tribunal. Desse modo, optaram-se por uma metodologia e método eficazes e prontos para contemplar o trabalho a ser desenvolvido, representando as opções de maior viabilidade para o sucesso do trabalho de acordo com as suas necessidades específicas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional com Teoria da Fundamentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2008; p. 33-34, 127, 134, 163-164.
- ALMEIDA, Caê Matos Teixeira de. **Hermenêutica e aplicabilidade**. UFB, 2010. p. 13.
- AUROUX, Sylvain. **Filosofia da linguagem**. Tradução de Marcos Marcionilio. São Paulo: Parábola, 2009.
- ASSIS, Olney Queiro; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 63.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros 2017.
- BANCO MUNDIAL (EUA). **World Development Report 1997: The State in a changing World**. New York: Oxford University Press, 1997. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/518341468315316376/pdf/173000REPLACEMENT0WDR01997.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- BARRETO, Alex Muniz, **Direito Administrativo Positivo**. 4. ed. Leme: Edijur, 2017.
- BARRETO, Alex Muniz, **Direito Constitucional Positivo**. 4. ed. Leme: Edijur, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas do Conselho Federal da OAB. 4. ed. Janeiro/Fevereiro. 2009. p. 09. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- BECKER, Gary S. **A treatise on the family**. Cambridge: Harvard University. Disponível em: <<https://brunofvieira.files.wordpress.com/2012/12/gary-becker-a-treatise-on-the-family.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- BEZERRA, Bianor Arruda Neto. **Limites dos juízes e tribunais em suas decisões judiciais**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-15/bianor-arruda-limites-juizes-tribunais-decisao-judicial>>. Acesso em: 20 dez. 2018
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 538.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Editora Ícone, 1995. p. 135-136.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Diário Oficial da República**

Federativa do Brasil, de 22 de novembro de 1969. Brasília, 06 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. República Federativa. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. República Federativa. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. República Federativa. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 07 fev. 2019.

BRASIL. República Federativa. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. República Federativa. **Constituição Federal da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRITO, Dda Diná Tereza de. **Linguagem: O Poder no discurso jurídico**. Diálogo e Interação, Cornélio Procópio, v. 1, p.1-10, 2009. Disponível em: <<http://www.facrei.edu.br/wp-content/uploads/2016/10/diartigos14-1.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 53.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo. 1. ed. Editora Lejus, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 517.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Proteção ao Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico**. In Revista de Direito Mercantil, ns.15/16, ano XIII,1994, p.39.

CORNU, G. **Linguistique juridique**. Paris. Montchrestien, 1990. Disponível em: <http://bu.univ-tln.fr/clientbookline/service/reference.asp?output=PORTAL&INSTANCE=EXPLOITATION&DOCBASE=UTLV&DOCID=088061892>. Acesso em: 28 nov. 2018.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001. p. 26-32.

DAHL, Robert A. **Um prefácio à teoria democrática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 34, 63.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 37, 112.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: Conceito e Extensão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Abril, 1978.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EUA. JUSTIA US SUPREME COURT.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>: Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483. 1952. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 29-33.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas. 2017.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio Janeiro: Nau. 1996.

FRAGA, Mirtô. **O novo Estatuto do Estrangeiro comentado: Lei nº 6.815 de 1980, alterada pela lei nº 6.964 de 1981**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 306.

FRANCO, Gustavo H. B. **Celebrando a Convergência**. 2005. Disponível em: <<http://www.economia.puc-rio.br/gfranco/Prefacio%20livro%20direito%20e%20economia.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2018. p. 50.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 407-408, 452;

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 4: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva: 2017

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 10-11.

GALLIANO, Alfredo Guilherme. **O método científico: teoria e prática**. São Paulo: Harbra. 2016. p. 6.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052 >. Acesso em 23 jan. 2019.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998. Disponível em: < <https://msu.edu/~orourk51/800-Phil/Handouts/Readings/CT/Habermas,%20BFN%201.pdf> >. Acesso em: 20 dez. 2018.

Haidar, Rodrigo. **Juízes estudam impacto das decisões**. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-28/juizes-estudam-impacto-social-economico-decisoes>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

HEIDEGGER, M. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes. 1995.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Safe, 1991. p. 120.

HAYEK, F. A. **O Caminho da Servidão**. São Paulo: Instituto Liberal, 1990.

HERODOTO, **História**, 2. ed. eBooksBrasil: 2006, p. 50, 376-377. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/historiaherodoto.pdf> >. Acesso em: 18 jan. 2019

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 256.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na constituição Federal**. 5ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribuanis. 2004. p. 176, 278.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 396.

KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KOCH, I.G.V. **A inter-ação pela linguagem**. São Paulo: Contexto, 1992.

KOLM, Serge Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**. 1. ed. São Paulo: 2000, p. 04;

KORNHAUSER, Lewis. **Sequential decisions by a single tortfeasor**. New York: Preuss, 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/journal/0047-2530_The_Journal_of_Legal_Studies. Acesso em: 23 out. 2018.

KÜMPEL, Siegriffler. **Proteção do Consumidor no Direito Bancário e no Direito de Mercado de Capitais**. In Revista de Direito do Consumidor, vol.52, outubro/dezembro 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 85-86.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de Pesquisa**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 83-84.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DAS DECISÕES JUDICIAIS: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS**. Porto Alegre: Enfam, 2010. p. 37, 40-42. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial, Fundamentos de Direito**. 2ª Edição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009. p. 159, 161-164, 184.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 85, 320, 551.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. p. 101-102.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Dialética. 2000.

MAMEDE, Amanda Guedes. **O instituto do dano moral e os desafios do poder judiciário: A indústria do enriquecimento sem causa**. 2017. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2017. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/16144/1/PDF%20-%20Amanda%20Guedes%20Mamede.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Teoria do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 47-48.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela Dos Direitos Mediante Procedimentos Diferentes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARX, Kal. **O Capital: crítica da economia política**. 8. ed. v. 1. São Paulo: DIFEL, 1982.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Forense. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88, 92.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MIGALHAS (Brasil). **Repercussões econômicas de decisões judiciais preocupam magistrados**. 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI81153,21048-Repercussoes+economicas+de+decisoes+judiciais+preocupam+magistrados>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. Manaus: Conpedi, 2009. p. 11, 12, 14, 106: Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

MONTENEGRO, M. C. **Cresce na Justiça número de queixas contra serviços bancários**. CNJ: 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84718-cresce-a-judicializacao-de-queixas-de-servicos-bancarios>. Acesso em: 14 jan. 2019;

MORRISON, Wayne. **Filosofia Do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2017. p. 378-379.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 25, 28, 29, 30, 105.

NALINI, José Renato. 13. ed. **Ética e justiça**. São Paulo: Oliveira Mendes, 2016.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORTH, Douglas C. **Structure and Change in Economic History**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

NÓBREGA, Rafael Estrela. **Breve Reflexão da Competência do Foro do Domicílio do Consumidor**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_174.pdf>. p. 174. Acesso em 13 jan. 2019.

NORONHA, Pedro Henrique Baiotto. **A responsabilidade civil do magistrado e do estado no exercício da prestação jurisdicional**. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19779&revista_caderno=7>. Acesso em: 12 fev. 2019.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **Pressupostos da responsabilidade civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>>. Acesso em: 12 fev. 2019;

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica: projetos de pesquisa, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. p. 54.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN. Chaïm. **Lógica Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. p. 91.

PETRI, Maria José Constatino. **Manual de Linguagem Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. .1 ed. São Paulo: Edijur. 2009. Disponível em: <<http://www.ifb.com.br/download.php?tindex=estudos&id=14>>. Acesso em 16 dez. 2018;

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados**. 1. ed. São Paulo: IDESP. 2001. Disponível em: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf, Acesso em 08 jan. 2019.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Disponível em: http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

POPPER, Karl R. **Sobre la teoria de la democracia**. 1 ed. Press: 1995.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 2 ed. Boston: Little, Brown & Co., 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/journal/1469-9656_Journal_of_the_History_of_Economic_Thought. Acesso em. 20 dez. 2018.

PRETI, Dino. **Sociolinguística: os níveis de fala, um estudo sociolinguístico do diálogo na literatura brasileira**. São Paulo: Nacional, 1974.

PRINCE, Jorge Eduardo Douglas. **La decisión judicial**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012. p. 29.

RADAELLI, Samuel Mânica. **O Operado do Direito e seu Papel de Interprete da Lei.** Disponível <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/781/502>>. Acesso em 18 jan. 2019; p. 195.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões:** Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. ano 14, n. 2299. Teresina: Revista Jus Navigandi. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13707>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

NETO, João Máximo Rodrigues. **A RELEVÂNCIA DOS PRECEDENTES NA ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA – um Estudo de Law and Finance.** 20176. Disponível em: <https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/383/505>>. Acesso em: 12 fev. 2019. p. 206.

RODRIGUES, Cristiane de Brito. **Responsabilidade civil do estado pelo ato judicial da antecipação de tutela.** 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=927>. Acesso em: 12 fev. 2019.

SAMPAIO, Claudio. **A influência das decisões judiciais no Custo Brasil.** 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-influencia-das-decisoes-judiciais-no-custo-brasil/>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SOUZA, Alvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.239.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Método, 2017; UFB, 2010. p. 13.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** Vol.4. 16 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2016. p. 12, 28 e 39.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos de pesquisa em administração.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 44-46.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Os Contratos bancários e o Código de defesa do Consumidor.** In **Revista de Direito do Consumidor.** Vol.18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.125-132.

WEBER, M. - **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva.** vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

ANEXOS

SENTENÇAS DA 4º VARA CIVIL.....	111
ANEXO 01.....	111
ANEXO 02.....	115
ANEXO 03.....	120
SENTENÇAS DA 7º VARA CIVIL.....	124
ANEXO 04.....	124
ANEXO 05.....	127
ANEXO 06.....	131
IMAGENS DO SISTEMA PJE – TJPB.....	137



**ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
4ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE**

ANEXO 01

PROCEDIMENTO COMUM (7) 0805740-16.2017.8.15.0001

[INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ANTECIPAÇÃO DE TUTELA / TUTELA ESPECÍFICA]

AUTOR: SONIA MARIA MARTINS DE SOUSA

RÉU: BANCO DO BRASIL

SENTENÇA

AÇÃO DECLARATÓRIA DA
INEXISTÊNCIA DO DÉBITO E
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C
PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE
URGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER E
NÃO FAZER. DIREITO DO CONSUMIDOR.
DIREITO CIVIL. DIREITO
CONSTITUCIONAL. ISENÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA
DO FORNECEDOR. INSCRIÇÃO DEVIDA
NO SPC E SERASA. NÃO APLICAÇÃO DE
DANOS MORAIS. IMPROCEDENTE.

1. A falta de pagamento de débitos obriga a instituição bancária a inscrever devidamente em cadastro de inadimplentes não configura ato ilícito;
2. As provas apresentadas pelas partes comprovam a obrigação da promovida em exigir o devido pagamento pela promotente.
3. O cadastramento devido no SPC e SERASA pela promovida não gera dano moral e *quantum indenizatório*, conforme Súmula n. 385 do STJ. IMPROCEDÊNCIA do pedido da parte autora.

Vistos, etc.

SÔNIA MARIA MARTINS DE SOUSA, devidamente qualificada através de advogado regularmente habilitado nos autos, promoveu **AÇÃO DECLARATÓRIA DA INEXISTÊNCIA DO DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS** em face do **BANCO BRASIL S.A.**, devidamente qualificado, alegando em síntese, na inicial (Id n. 7313929), ter possuído um cartão de crédito, Ourocard Visa de nº 4984 xxxx xxxx **3487**, da promovida, na época que seu marido trabalhava na empresa Transcon, tendo requerido o cancelamento do referido cartão após a demissão do seu marido.

Entretanto, afirma que mesmo após ter solicitado o cancelamento do cartão, passou a receber cobranças e faturas de um novo cartão de nº 4984 xxxx xxxx **4621** por parte da ré, jamais solicitado nem recebido pela promovente. Aduz que no dia 04 de dezembro de 2015, seu nome foi inserido pelo promovido no cadastro de proteção ao crédito (SPC e SERASA), causando-lhe inúmeros prejuízos. Requereu a concessão de Tutela de Urgência para determinar a imediata exclusão da negativação. No mérito, pugnou pela declaração de inexistência do débito, e condenação da promovida ao pagamento de indenização por danos morais, em valor não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Juntou documentos e provas (Id n. 7313929, 7313930, 7313932, 7313941, 7313947, 7313948, 7313953 e 7313956).

Prolatada decisão indeferindo o pedido de tutela de urgência e deferindo o pedido de justiça gratuita (Id n. 7422705).

Contestação apresentada pelo promovido (Id n. 9696134 e 9696157) aduzindo que autora possuía contas bancárias com o banco, e que mesmo após o cancelamento destas, restou débitos no cartão de crédito da promovente, vindo posteriormente as devidas cobranças e a inserção do nome da autora no cadastro de proteção ao crédito. Defendeu, preliminarmente, impugnação do pedido de justiça gratuita, ausência dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, e falta de interesse de agir da parte autora em relação ao réu. Requereu a improcedência dos pedidos formulados pela parte autora. Juntou documentos e provas (Id n. 9696165, 9696168, e 9696171).

Realizada audiência de conciliação (Id n. 9880239), a qual não foi possível em virtude da ausência da parte promovente.

Intimada a parte autora para apresentar impugnação à contestação (Id n. 10226327), a mesma manteve-se inerte (Id n. 11199982).

Despacho prolatado no Id n. 12474002 determinando a intimação das partes para, querendo, produzir outras provas e/ou se concordam com o julgamento antecipado do mérito, além de dar ciência da aplicação de multa de 1% (um por cento) para parte autora.

A promovente informou não ter mais provas a produzir, concordando com o julgamento antecipado da lide (Id n. 15004985), ao passo que o promovido não se manifestou (Id n. 12474002).

É O RELATÓRIO. DECIDO.

1. EM PRELIMINAR

O promovido, em sede de contestação, impugnou a gratuidade deferida, arguiu ausência dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, e a falta de interesse de agir da parte autora.

Sobre a **impugnação ao pedido de justiça gratuita**, o réu alegou que a parte autora não faz *jus* ao benefício legal. Contudo, cabe ao promovido o ônus de provar o não atendimento aos requisitos necessários para a concessão da gratuidade de justiça, haja vista que milita, em favor do declarante, presunção de sua hipossuficiência conforme o art. 99, § 3º, do CPC. Desse modo, verifico que o réu não trouxe elementos aptos a afastar a referida presunção, bem como o fato da parte autora ter constituído advogado particular e não ter optado pela defensoria pública, não impede a concessão da gratuidade judiciária conforme o art. 99, § 4º, do CPC. Dessa maneira rejeito a impugnação e mantenho o deferimento do benefício de justiça gratuita para a promovente, conforme a decisão (Id n. 7422705).

Sobre a preliminar de **ausência dos requisitos para a concessão da tutela antecipada**, tem-se que esta foi analisada na decisão de Id n. 7422705, contra a qual não foi interposto Recurso, não podendo a mesma ser impugnada em sede de contestação.

Quanto à preliminar de **falta de interesse de agir** da parte autora, em face de não ter procurado o promovido para sanar o problema via administrativamente, a mesma também há de ser

rejeitada. Com efeito, é cediço que, salvo hipóteses expressamente previstas legalmente, não é necessário que a parte autora esgote a via administrativa para sanar o problema, podendo ajuizar ação judicial, em razão do princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição, encontrado no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88. Assim, rejeito a preliminar.

2. DO MÉRITO

Trata-se de feito envolvendo relação consumerista, caracterizando a parte autora como consumidora, conforme o art. 2º do CDC e o réu como fornecedor de acordo com o art. 3º do mesmo código.

Segundo consta, a parte promovida inseriu o nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito (SPC e SERASA) em face de débitos existentes em cartão de crédito. Entretanto, afirma a autora que desconhece a solicitação de novo cartão enviado pelo réu, bem como que não realizou qualquer compra com o mesmo.

Pois bem.

De acordo com a fotocópia do cartão com terminação **3487**, acostada à inicial, denota-se que o mesmo possuía validade até **novembro de 2012**, não havendo comprovação de pedido de cancelamento. Denota-se, ainda, que a negativação realizada pelo promovido é decorrente de dívida com vencimento em **16/10/2014** (Id 7313948, p. 2), sendo as faturas juntadas decorrentes do cartão com terminação **4621**, presumidamente emitido e enviado em substituição ao anterior com validade expirada.

Segundo as provas documentais apresentada pelo réu na contestação (Id n. 9696134 e 9696168), depreende-se que de fato houve o cancelamento das contas n. 11.39-6 e 11.168-5, sendo a primeira pertencente à parte autora, e a segunda ao esposo da promovente, ambas as contas vinculadas ao Banco do Brasil, ora promovido. Porém, denota-se que há débitos para a parte promovente no valor de R\$ 156,44 (cento e cinquenta e seis reais e quarenta e quatro reais) (Id n.9696168), os quais não foram adimplidos e geraram a negativação do nome da autora (Id n. 7313948) perante os órgãos de proteção ao crédito (SPC e SERASA).

Tais documentos, trazidos em contestação (Id n. 9696134), não foram impugnados especificamente pela parte autora, conforme demonstra a certidão Id n. 11199982, gerando sua validade.

Assim, havendo débitos não quitados pela autora, não há que se falar em declaração de inexistência, conforme pretendido na inicial.

Quanto à responsabilidade civil, esta é um instituto jurídico que visa reparar o dano moral ou patrimonial ocasionado por ação, omissão ou ato ilícito conforme o art. 927 do Código Civil de 2002 (CC/02). Sendo o promovido uma instituição bancária, esta se enquadra no dispositivo do art. 14 do CDC, sendo sua responsabilidade objetiva, independentemente da existência de culpa. Entretanto, comprovada nos autos a existência de débito na conta bancária da parte autora, o réu fica livre da responsabilidade objetiva afirmada pelo art. 14, caput, § 1º, do CDC, pois se aplica o § 3º, inciso II, desse mesmo dispositivo.

Assim, havendo comprovação de débito em nome da autora, a inscrição de seu nome em órgão de proteção ao crédito pelo promovido (Id n. 7313948), constituiu exercício regular de direito, não havendo que se falar em conduta ilícita, tampouco em dano moral.

3. DO DISPOSITIVO

ISSO POSTO, e considerando o mais que dos autos consta, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos iniciais, mantendo a decisão de indeferimento da tutela antecipada, e, ato contínuo, **EXTINGO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno a parte promovente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa, com exigibilidade suspensa, face a gratuidade deferida .

Intime-se a promovente para pagamento da multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa aplicada na decisão Id n.12474002, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de inscrição em dívida. Não efetuado o pagamento, oficie-se para inscrição.

Após o trânsito em julgado desta decisão, e o cumprimento das determinações acima, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Campina Grande, 10 de janeiro de 2019.

Audrey Kramy Araruna Gonçalves
Juíza de Direito



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
4ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE

ANEXO 02

PROCEDIMENTO COMUM (7) 0801129-88.2015.8.15.0001

[ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, Alienação Fiduciária]

AUTOR: MARIA JOSE CANDIDO DA SILVA

RÉU: BANCO PAN S.A.

SENTENÇA

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – FINANCIAMENTO DE VEÍCULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – QUITAÇÃO – COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO – REALIZAÇÃO PELA FINANCEIRA - TAXA PARA NOVO DOCUMENTO SEM O GRAVAME – PAGAMENTO - OBRIGAÇÃO DO COMPRADOR – REQUERIMENTO PARA O BANCO PAGAR – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CLÁUSULA NO CONTRATO - IMPROCEDÊNCIA – DANO MORAL – AUSÊNCIA DE CONDUTA INDEVIDA – IMPROCEDÊNCIA.

- Havendo a quitação do financiamento de veículo com alienação fiduciária compete à instituição financeira tão somente comunicar ao órgão de trânsito, dentro do prazo legal, a quitação para baixa do gravame.

- É devida a cobrança de taxa para emissão de novo documento veicular sem a anotação do gravame conforme resolução do CONTRAN e Código de Trânsito Brasileiro, competindo ao proprietário a obrigação pelo pagamento.

Vistos, etc.

MARIA JOSE CANDIDO DA SILVA, devidamente qualificada por advogado, promoveu **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA** em face do **BANCO PANAMERICANO S/A**. Alegou, em síntese, que adquiriu um automóvel Chevrolet/Prisma, ano 2013, no dia 01 de março de 2013, no valor de R\$ 38.190,00, pagando R\$ 20.000,00 de entrada, e financiando com o promovido o valor de R\$ 18.190,00 (dezoito mil

e cento e noventa reais), a ser pago em 24 (vinte e quatro) parcelas iguais e consecutivas, com vencimento todo dia 11 de cada mês. Afirma que no momento da negociação assinou o contrato de financiamento e a proposta sem que ambos estivessem preenchidos. Aduz que em 11/11/2013 quitou antecipadamente o contrato e requereu ao promovido a baixa do gravame, sendo informado que a promovente teria que arcar com a “Taxa de Desalienação” junto ao Detran, no que discordou. Relata que com o impasse, o gravame somente foi baixado, parcialmente, em 06/03/2014, pois apesar de realizar a baixa do gravame, o automóvel ainda continua gravado de alienação ao promovido, pois este não quis assumir o pagamento da taxa de desalienação. Aduz que o promovido autorizou a baixa perante o Detran, porém impôs a autora assumir o ônus de pagar a taxa de desalienação, no valor de R\$ 102,66, o que tem lhe causado prejuízos, pois está impedida de negociar o automóvel por se encontrar com o gravame ativo perante o Detran. Por tal motivo, requer a condenação do requerido na obrigação de fazer de retirar o gravame e pagamento de danos morais. Juntou procuração e documentos (Id n. 1229406, 1229410, 1229412, 1229418, 1229421, 1229428, 1229433, 1229437 e 1229440).

Decisão de indeferimento de justiça gratuita (Id n. 1720572).

Interposto Agravo de Instrumento, foi deferida a gratuidade judiciária pela decisão monocrática acostada no Id 2102200.

Tutela Antecipada indeferida pela decisão Id 2449036.

O promovido interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão que indeferiu a Tutela Antecipada, o qual foi convertido em Agravo Retido conforme Decisão Monocrática acostada no Id 3923891.

Citado, o promovido apresentou contestação (Id n. 7202510), impugnando preliminarmente a justiça gratuita deferida à autora. No mérito, afirma que respeitou o estabelecido pela Resolução n. 390/2009 do CONTRAN, a qual estabelece o prazo de 10 dias úteis após a liquidação do contrato para dar baixa no gravame no Sistema Nacional de Gravames, o que foi cumprido. Aduz que o contrato de financiamento n. 55196343 foi formalizado entre as partes em 11/03/2013, e liquidado em 24/2/2014, tendo o promovido realizado a baixa da restrição financeira em 06/03/2014. Afirma que, diferente do afirmado pela autora, em nenhuma parte do contrato consta que a taxa de desalienação seria de responsabilidade do promovido, ao contrário, consta expressamente do item 8, cláusula C6, que as despesas com registro do contrato/gravame no órgão de trânsito não estão inclusas no financiamento. Assim, sustenta a impossibilidade de sua responsabilização por danos morais face a inexistência de conduta ilícita, pugnando, ao final, pela improcedência dos pedidos autorais. Juntou documentos (Id 7202524, 7202531 e 7202539).

Impugnação à contestação apresentada no Id 8374666.

Intimadas as partes para informarem se tinham outras provas a produzir, ambas pugnaram pelo julgamento antecipado da lide (Id 9914325 e 10193415).

É O RELATÓRIO. DECIDO.

1. DAS PRELIMINARES

Quanto à preliminar de **impugnação ao benefício de assistência jurídica**, denota-se que esta já se encontra superada, eis foi deferida em grau recursal, através de decisão monocrática, já transitada em julgado (Id n. 2102200). Ademais, caberia ao promovido o ônus de demonstrar situação superveniente capaz de gerar o não atendimento aos requisitos necessários para a concessão da gratuidade judiciária ao autor, haja vista que milita, em favor do declarante, presunção de sua hipossuficiência conforme o art. 99, § 3º, do CPC. Desse modo,

verifico que o requerido não trouxe elementos aptos a afastar a referida presunção, pela qual rejeito a impugnação.

A parte promovida também apresentou **preliminar de falta de interesse de agir** aduzindo não ter havido exaurimento prévio da via administrativa. Entretanto, é cediço que o esgotamento da via administrativa, salvo situações excepcionais e expressamente previstas, não é condição para o ajuizamento da ação, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade do acesso judicial. Assim, rejeito a preliminar de falta de interesse processual.

Assim, ultrapassadas as preliminares ao mérito conforme o art. 337 do Código de Processo Civil, passo à análise do mérito dessa lide.

2. DO MÉRITO

Segundo a legislação pátria, a alienação fiduciária é a transferência da posse de um bem móvel ou imóvel do devedor ao credor para garantir o cumprimento de uma obrigação. Assim, o credor toma o próprio bem em garantia, de forma que o comprador, apesar de ficar impedido de negociar o bem com terceiros, pode dele usufruir. Esse instituto é celebrado entre as partes, sendo uma, geralmente, uma instituição financeira (Banco), proprietária do veículo alienado, e a outra o próprio adquirente daquele veículo (pessoa física ou jurídica), que obterá a propriedade definitiva sobre aquele bem, após cumprir todas as condições estabelecidas no contrato de alienação fiduciária celebrado.

Isso se verifica na presente lide, pela qual a promovente celebrou o contrato de alienação fiduciária nº **55196343**, (Id 1229412, p. 9) com o promovido, que é uma instituição financeira, para adquirir um veículo Chevrolet/Prisma, zero quilômetros, ano 2013, no valor total de R\$ 38.190,00 (trinta e oito reais e cento e noventa), dando como entrada o valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais), e financiando o valor de R\$18.190,00 (dezoito mil e cento e noventa reais), dividido em 24 (vinte e quatro) parcelas iguais mensais de R\$ 956,53 (novecentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e três centavos).

Conforme alega na inicial, a parte autora quitou o referido contrato antecipadamente, em 11 de novembro de 2013, requerendo ao promovido a baixa do gravame. Entretanto, aduz que não houve a baixa imediatamente, mesmo com o pagamento pela autora da “*taxa de desalienação*” de R\$ 102,66 (cento e dois reais e sessenta e seis centavos) junto ao Detran/PB. Segundo a promovente, a obrigação do pagamento desta taxa era do banco promovido, tendo sido aquela compelida a efetuar o pagamento, e ainda assim não conseguiu que houvesse a liberação do gravame, o que lhe causou diversos prejuízos, motivo pelo qual requer a condenação da requerida na obrigação de fazer de realizar a baixa e no pagamento de danos morais.

Pois bem.

Segundo o art. 370 do CPC, é cabível a apreciação das provas e documentos nos autos para a formação do convencimento do julgamento da lide.

Ao contrário do afirmado pela parte autora, não consta do contrato acostado aos autos nenhuma cláusula que determine que caberia ao promovido arcar com as despesas referentes à taxa de desalienação do gravame perante o órgão de trânsito.

Sabe-se que nos contratos de financiamento por CDC, desde o início do contrato o veículo fica em nome do comprador, porém, com gravame para a instituição financeira. No campo de observação do documento do veículo consta o termo “alienação fiduciária”, seguida do banco. Uma vez pagas todas as prestações, é de responsabilidade da instituição financeira comunicar ao DETRAN o fim do pagamento. Automaticamente é inserida a informação desalienação.

É o que estabelece o art. 23, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro, que assegura ao promovido a emissão do novo Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV), no qual não deverá mais aparecer a restrição, após comprovação de quitação do financiamento, sendo no DETRAN/PB estabelecida a taxa administrativa no valor de R\$ 102,66 para transferência da propriedade veicular.

Conforme a Resolução nº 320/2009 do CONTRAN a empresa-ré é responsável, quando quitado o contrato, a providenciar automática e eletronicamente a baixa do gravame junto ao órgão no qual o veículo estiver registrado e licenciado, conforme os arts. 8º e 9º da presente resolução.

Ou seja, compete à instituição financeira realizar a comunicação de quitação ao órgão de trânsito, denominada de “*baixa de gravame*”.

A referida “*taxa de desalienação*”, na verdade, corresponde a uma taxa cobrada pelo órgão de trânsito para outro serviço, qual seja, a emissão de novo documento do veículo, desta feita, sem constar a anotação do gravame. Trata-se de serviço que pode ser realizado a qualquer tempo pelo proprietário, costumeiramente realizado apenas quando o mesmo pretende efetivar a venda do veículo.

Assim, a aludida resolução determina ao réu, no prazo de 10 (dez) dias úteis apenas providenciar a comunicação ao Detran-PB para a referida baixa do gravame, o que foi cumprido neste caso, eis que a mesma foi realizada no dia 06 de março de 2014 no Sistema Nacional de Gravames, conforme informação trazida pelo promovido no Id n. 7202510, p. 3, e não impugnada especificamente pela autora.

Desta forma, o contrato de financiamento n. 55196343 formalizado entre as partes em 11/03/2013, foi quitado em 24/2/2014, tendo o promovido realizado a baixa da restrição financeira em 06/03/2014, tendo cumprido o prazo estabelecido pela Res. nº 320/2009 do CONTRAN.

A irresignação da parte autora não merece guarida, eis que o promovido não praticou qualquer ilícito. Ao contrário, o mesmo cumpriu com sua obrigação que era comunicar ao órgão de trânsito a quitação do contrato de financiamento dentro do prazo legal.

O pagamento da taxa para emissão de novo documento, desta feita sem constar a existência de gravame é obrigação que incumbe ao proprietário, no caso, a autora, não havendo qualquer previsão no contrato juntado no Id 1229412 que disponha de forma diversa.

Assim, há de ser julgado improcedente o pedido de obrigação de fazer, eis que não compete ao promovido a obrigação de pagamento da taxa de desalienação referida na inicial.

Da mesma forma, verifica-se que não foi praticado qualquer ato indevido pelo promovido, não havendo que se falar em dano ocasionado à promovente, seja de cunho moral ou material, ocasionado por conduta do requerido. Assim, não havendo responsabilidade civil a ser reconhecida, há de ser o pedido julgado improcedente também neste ponto.

3. DO DISPOSITIVO

ISSO POSTO, e considerando o mais que dos autos consta, **JULGO IMPROCEDENTES os pedidos de obrigação de fazer, dano moral e material**, contidos na petição inicial, mantendo o indeferimento da tutela antecipada (Id 2785442), e, ato contínuo, **EXTINGO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, conforme o art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno a parte promovente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da causa, na forma do art. 85, §2º, do CPC, com exibibilidade suspensa, face a gratuidade judiciária, na forma do art. 98, § 3º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Após o trânsito em julgado desta decisão, archive-se.

Campina Grande, 28 de novembro de 2018.

Audrey Kramy Araruna Gonçalves
Juíza de Direito



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
4ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE

ANEXO 03

PROCEDIMENTO COMUM (7) 0802599-91.2014.8.15.0001
 [INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES]

AUTOR: MICHELE BARROS BRITO
 RÉU: BANCO TRIANGULO S/A

SENTENÇA

AÇÃO DE DANOS MORAIS – CONTRATO BANCÁRIO REALIZADO POR TERCEIRO EM NOME DA AUTORA – FRAUDE – DOCUMENTOS ADULTERADOS – COMPROVAÇÃO – RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO - SÚMULA 479 STJ – INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL IN RE IPSA – CONFIGURAÇÃO – PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

- Ao caso em comento é aplicável a súmula 479 do STJ, de modo que a Instituição Financeira responde objetivamente pelas operações financeiras por ela realizadas.

- Comprovado que o contrato foi feito por terceira pessoa utilizando-se de documentos da autora adulterados, é de ser considerada indevida a inscrição em órgão restritivo oriunda do inadimplemento daquela avença.

- A inscrição em órgão de proteção ao crédito em face de dívida ilegítima enseja reparação por dano moral.

Vistos, etc.

MICHELLE BARROS BRITO, devidamente qualificada, promoveu AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS em face de **TRIBANCO – BANCO TRIÂNGULO S/A**, devidamente qualificado, alegando em síntese, que a empresa promovida e outras financeiras negativaram seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, o que vem lhe causando dificuldade para abrir conta corrente em seu nome. Aduz que em consulta ao órgão de restrição foi encontrado o apontamento feito pelo promovido referente ao contrato nº 0006363754434273009, no valor de R\$ 204,49 (duzentos e quatro reais e quarenta e nove centavos), com vencimento em 15/01/2013, e outra restrição realizada pela BV FINANCEIRA, referente ao contrato nº 12054000105486, no valor de R\$ 46.337,30, a qual já está sendo objeto da ação n. 001.9711-13.2013.815.001, distribuída para a 6ª. Vara Cível desta comarca. Aduz que desconhece qualquer relação financeira com essas instituições bancárias, e que teve todos seus documentos pessoais roubados, conforme Boletins de Ocorrência lavrados em 02/10/12 e

06/12/12. Afirma que houve fraude de terceiros que utilizaram seus documentos para abertura de crédito, e negligência da promovida em não ter averiguado com devido cuidado e cautela que os mesmos não pertenciam a quem os estava utilizando, causando danos à autora. Pugnou, ao final, pela condenação do promovido ao pagamento de indenização por danos morais em valor a ser arbitrado. Juntou documentos.

Deferido pedido de justiça gratuita (Id n. 864672).

Citado (Id 982028), a promovida deixou escoar o prazo legal sem apresentação de contestação (Id n. 1098426), sendo decretada sua revelia (Id. 1116375).

A autora requereu por meio de petição (Id n. 10722840) a revelia do réu e o julgamento antecipado da lide.

Intimada a parte autora para informar acerca da intenção de produção de outras provas, a mesma pugnou pelo julgamento antecipado da lide (Id n. 1219332).

O promovido apresentou contestação extemporânea no Id n. 1281911, e juntou documentos (Id n. 1281917, 1281927, 1281928, 1281929).

Realizada audiência de conciliação (Id n. 1978213), não houve consenso entre as partes.

Determinada a intimação da parte autora para manifestar-se sobre a contestação e os documentos apresentados (Id n. 8848774), a mesma silenciou conforme certidão exarada pela escrivania (Id n. 16507784).

É O RELATÓRIO. DECIDO.

1. EM PRELIMINAR

Trata-se de ação de indenização por danos morais movida por Michelle Barros Brito em face do Banco Triângulo S/A pelo fato da promovida ter negativado o nome da autora perante os órgãos de proteção ao crédito (SPC e SERASA) em virtude de possível contrato bancário feitos pela promovente e não quitado.

A defesa não se manifestou no prazo legal, tendo sido decretada sua revelia. Nos termos do art. 344 do CPC, “*se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor*”. Trata-se do instituto da revelia, cujos efeitos consistem na presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor na petição inicial e na desnecessidade de intimação do revel acerca dos atos processuais, conforme o dispositivo acima mencionado.

Ocorre que a presunção de veracidade dos fatos alegados na peça inaugural não é absoluta, podendo o magistrado, ao analisar o conjunto probatório, elidir a presunção que favorecia ao autor, de acordo com o princípio do livre conhecimento do juiz.

O feito comporta julgamento antecipado do mérito, posto não foi requerida produção de outras provas em audiência, consoante art. 355, inciso I, CPC.

2. DO MÉRITO

Da inscrição em órgão de restrição ao crédito

Alega a autora que teve seu nome indevidamente inserido pelo promovido em órgãos de restrição ao crédito em virtude do contrato nº 0006363754434273009, no valor de R\$ 204,49, porém afirma que sequer tem conhecimento do referido contrato. Por tal motivo, pugna pela condenação do requerido em danos morais.

Pois bem.

Compulsando-se os autos verifica-se que assiste razão à promovente. Com efeito, é entendimento consolidado do STJ através da súmula 479 do

respectivo Tribunal, a responsabilidade objetiva da instituição Financeira em suas operações Bancárias. Cabe à instituição bancária exercer o dever de cuidado, exigindo e conferindo os documentos pessoais apresentados quando da contratação de empréstimos bancários.

Ao que se denota dos autos, a autora teve seus documentos roubados em 02/10/2012, lavrando dois Boletins de Ocorrência em 02/10/12 e 06/12/12 (840794, p.6 e 7). Conforme documentos trazidos pelo próprio promovidos no Id 128.1927, p.8, o contrato de crédito somente foi assinado em 10/12/2012, ou seja, mais de dois meses após o roubo dos documentos pessoais da autora.

O promovido juntou cópia do contrato e da documentação apresentada no ato da contratação e é visível não ter sido o mesmo realizado pela autora.

No RG juntado no contrato e constante do ID 1281927, p. 05 denota-se que o verso é igual ao RG original da autora constante no ID 840794, p.4. Porém, o anverso do RG foi adulterado, possuindo foto, assinatura e digitais totalmente diferentes das constantes no documento original.

O contrato juntado no ID 1281927, p. 7/8 também possui assinatura totalmente diferente da assinatura da autora, datado de 10/12/2012, ou seja, posterior ao roubo de sua documentação.

Assim, pelas provas acostadas, encontra-se patentemente comprovado que houve adulteração dos documentos pessoais da autora, que foram roubados em 02/10/2012, e com os documentos roubados foi realizado o contrato objeto deste processo.

Denota-se, ainda, que com a mesma documentação adulterada foram realizados outros contratos, os quais poderiam ter sido reunidos em um único processo, porém preferiu a autora distribuir várias ações, devendo, assim, as indenizações, acaso devidas, serem mitigadas a fim de evitar o enriquecimento ilícito.

Desta forma, entendo que restou demonstrado que o contrato objeto deste processo não foi realizado pela autora, tendo havido inobservância do dever de cuidado pelo banco requerido ao formalizar o contrato e, ato posterior, inserir o nome da autora nos órgãos de restrição ao crédito em virtude da inadimplência da referida obrigação.

Faço constar que não obstante ser reconhecida a inscrição indevida, não se torna possível determinar a sua exclusão dos órgãos de restrição em virtude de não haver pedido autora neste sentido, não podendo haver pronunciamento neste ponto, sob pena de incorrer em julgamento *ultra petita*.

Dos Danos Morais

No que diz respeito ao pedido de **Danos Morais**, há que se destacar que a inscrição indevida gera dano moral *in re ipsa*, restando tão somente dosar o valor da indenização de maneira que não se configure enriquecimento ilícito e nem perca seu caráter pedagógico.

Neste sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO NO SPC. SERVIÇO DE TV POR ASSINATURA. FRAUDE EM NOME DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO NEGATIVA INDEVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. Configurado o dano moral pela inscrição indevida do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito, que possui natureza "in re ipsa. Reparação que é de rigor. Indenização arbitrada em valor que

merece ser majorado, pois insuficiente o fixado para ressarcir o prejuízo padecido pelo autor. Sentença parcialmente reformada. Sucumbência mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA RÉ E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR. UNÂNIME. *(Apelação Cível Nº 70066431362, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 29/10/2015)*

Foi reconhecido que o contrato não foi celebrado pela autora e a inscrição nos órgãos de restrição encontra-se comprovada pelo documento Id 840794, p. 9.

No caso dos autos não há notícia objetiva e comprovada de maior repercussão na vida da promovente. Embora a mesma afirme que tem obtido dificuldade para abrir conta corrente em seu nome, não há nos autos qualquer comprovação deste fato, e, ainda que existisse, tal situação, por si só, não seria suficiente para gerar abalo exacerbado.

Além disso, denote-se que além da inscrição objeto deste feito, há outra inscrição em nome da autora, também referente a contrato bancário, e, mesmo que esteja sendo discutida judicialmente, não foi ainda reconhecida como inscrição indevida.

Atente-se, ainda, para o valor diminuto da negativação, qual seja, R\$ 204,48 (duzentos e quatro reais e quarenta e oito centavos).

Assim, atenta a tais pormenores, entendo como salutar a fixação de indenização a título de danos morais no montante de **R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais)**.

3. DO DISPOSITIVO

ISSO POSTO, e considerando o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL**, e condeno o promovido ao pagamento à autor de indenização por **danos morais no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais)**, e, ato contínuo, **EXTINGO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, o que faço arrimada no art. 487, I do CPC.

Sobre esse valor deverá recair correção monetária a partir da data do arbitramento, conforme estabelecido na súmula 362 do STJ e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Custas processuais pelo promovido e honorários advocatícios que de logo arbitro em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º do CPC.

P. R. I.

Transitada em julgado, proceda-se ao cálculo das custas e intime-se o promovido para pagamento no prazo de 05 (cinco) dias.

Campina Grande, 16 de novembro de 2018

Audrey Kramy Araruna Gonçalves

Juíza de Direito



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
7ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE

Anexo 04

Processo : 001.2011.122.560-6
 Natureza : Ação de Indenização
 Autora : Carla Pereira Cardoso
 Réus : Midway International Labs Ltda e Redepharma Ltda.

S E N T E N Ç A

DIREITO CONSUMERISTA E PROCESSUAL CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral e material. Admissibilidade teórica e normativa. Inseto em suplemento alimentar. Ausência de demonstração do dano e do nexo causal. Ausência de provas. Perícia técnica inconclusiva. Improcedência do pedido. Resolução de mérito.

- Deixa de possuir embasamento jurídico a pretensão da parte autora para propor ação indenizatória, visando reparação civil por inseto encontrado em suplemento alimentar, quando não demonstrado o nexo causal, sendo a perícia inconclusiva.

Vistos etc.

Carla Pereira Cardoso, já qualificada, por intermédio de advogada regularmente habilitada, ingressou com a presente Ação de Indenização em face do Midway International Labs Ltda e Redepharma Ltda., igualmente qualificados, objetivando a reparação de danos em razão de ter sido encontrado inseto em suplemento alimentar fabricado pela primeira ré e vendido pela segunda promovida. Juntou documentos (fls. 11/27).

Contestação da primeira ré (fls. 88/104) e da segunda promovida (fls. 139/148), por meio das quais arguiram preliminares e, no mérito, rebateram a pretensão da autora.

Não houve composição amigável (fl. 166)

Perícia técnica (fls. 224/229).

Vieram-me os autos conclusos para os fins legais.

É o relatório. Decido.

O processo encontra-se pronto para julgamento, até mesmo porque todos os fundamentos em que se lastreia o pleito autoral, bem como a tese defensiva dos demandados, circunscrevem-se aos temas que foram objeto da documentação aportada aos autos e à prova pericial realizada.

Em primeiro lugar, rejeito a preliminar de carência de ação, arguida pela primeira demandada em sua defesa (fls. 88/104), haja vista que a autora preencheu todos os requisitos legais para o exercício do direito de ação, sobretudo a legitimidade das partes e o interesse de agir.

Em segundo, afastado a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada na contestação da segunda promovida, porquanto demonstrada a sua pertinência subjetiva com o objeto desta lide. Isto é assim porque os documentos acostados aos autos demonstram que a venda do suplemento alimentar foi feita no estabelecimento da própria ré, não cabendo, pois, o acolhimento de sua exclusão desta relação processual.

No mérito, convém esclarecer que a responsabilidade civil é a expressão utilizada para designar o conjunto das normas que disciplinam a situação de todo aquele a quem, por qualquer razão, incumbem as consequências jurídicas de um fato danoso.¹

Nesse sentido, a responsabilidade civil por dano moral ou moral pode ser conceituada como a obrigação dos entes que provocaram os prejuízos de reparar os danos, morais ou materiais, causados a terceiros no exercício de suas atividades, mediante o pagamento da indenização equivalente ao *eventus damni*.

Versa a lide sobre os consectários jurídicos dos danos alegados pela autora, os quais esta entende que são devidos em virtude de ter encontrado, como afirmou, um inseto no suplemento alimentar, o qual supostamente foi ingerido pela manhã e causou nojo e ânsia de vômito.

Para a teoria civilista, um dos principais elementos caracterizadores do dever de ressarcimento funda-se em um fator de natureza *subjetiva* (*subjectus*), ou seja, a *culpa do sujeito* que, ao agir intencionalmente (dolo) ou sem observar as cautelas devidas (culpa em sentido restrito, isto é, imprudência, imperícia ou negligência), provoca o evento danoso.

Assim, conforme o ordenamento jurídico nacional, estará configurada a responsabilidade civil com a presença de três pressupostos: a) a ocorrência de um *dano*, de natureza moral ou material; b) a *prova da culpa*, em sentido lato, pela má prestação do serviço; c) o *nexo de causalidade*, ou seja, que esse prejuízo experimentado pela vítima tenha decorrido, direta ou indiretamente, de uma atuação dos causadores do dano, seja de forma omissiva ou comissiva.

Compulsando detidamente os autos, entendo que assiste razão aos demandados. De fato, a parte promovente não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia nos autos, porquanto a perícia técnica é inconclusiva não só quanto ao momento em que o inseto ingressou no material do produto (se antes ou depois da embalagem ter sido aberta), bem como se houve alguma contaminação da substância a ponto de causar algum tipo de dano efetivo ao organismo.

Com efeito, a perícia técnica de fls. 224/229 deixou claro que não é possível identificar quando o inseto entrou na embalagem do produto, inclusive ressaltando que se trata de espécie comum e de distribuição mundial (p. 229, quesito 5 do laudo pericial).

Assim, no que se refere à matéria probatória, vejo que a parte autora não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar os fatos alegados na inicial. Todos os fatos mencionados na vestibular têm como elemento de “comprovação” apenas as alegações da própria autora, a qual não é suficiente para embasar uma condenação das promovidas.

Por todos esses motivos, no entendimento deste órgão jurisdicional, tais fatos levam à conclusão de que a concessão de indenização à autora, em razão da causa de pedir desta lide, se afastaria dos preceitos imanentes à equidade.

¹ ZANOBINI, Guido. *Curso di Diritto*. 6 ed., v. 1, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 269.

Conforme a jurisprudência pátria:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO – IMPROCEDÊNCIA DA INICIAL. Ato ilícito não caracterizado. Danos morais e materiais inócorrentes. Provimento do apelo, para julgar-se improcedente o pedido inicial. Decisão unânime. (TJPE – AC nº 61775-4, Rel. Des. Márcio Xavier, DJPE 13.04.2002, p. 69).

Assim, os pressupostos normativos necessários à obtenção do ressarcimento não estão nos presentes autos, desautorizando, por completo, a viabilidade formal e material da pretensão da parte promovente, diante da falta de elementos probatórios aptos a lastrear as suas alegações.

Atento à prova dos autos, vejo que os elementos dessa definição normativa não se encontram suficientemente demonstrados nestes autos, conforme o ônus previsto no art. 373, I, do CPC.

Entendendo como suficientemente fortificado o posicionamento adotado, prossigo com os efeitos processuais decorrentes, inclusive no que tange à regra de procedibilidade do julgamento definitivo da relação, tal qual inserta no art. 487 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, atento aos princípios e normas de Direito aplicáveis à espécie e ao mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, isto diante da prova suficiente do fato e do dever de indenizar, razão por que condeno a ré ao pagamento do valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, tudo conforme a legislação em vigor.

Condeno a ré no ônus da sucumbência, cujos honorários advocatícios arbitro em R\$ 1.000,00. Tais valores serão devidos pelo prazo de cinco anos, desde que venha a se fazer prova de que a promovente possui condições de pagá-los sem prejuízo de seu sustento ou de sua família (art. 12, da Lei nº 1.060/50).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Campina Grande, 28 de abril de 2017.

ALEX MUNIZ BARRETO
JUIZ DE DIREITO



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
7ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE

ANEXO 05

Processo : 00017343-37.2012.815.0981
Natureza : Ação de Indenização
Autor : Ailton Santos Pereira
Réu : Shopping Boulevard Campina Grande
Litisdenciada: Shanally Serviços de Vigilância Ltda.

S E N T E N Ç A

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - Responsabilidade Civil. Constrangimentos provocados em estacionamento de centro comercial. Dano moral. Admissibilidade teórica e normativa. Ausência de comprovação da culpa e do nexu causal. Comportamento da vítima. Improcedência do pedido. Resolução de mérito.

- Deixa de possuir embasamento jurídico a pretensão da parte autora para propor ação indenizatória visando reparação civil por constrangimentos causados em estacionamento de centro comercial da promovida, isto quando demonstrada a conduta culposa da empresa promovida na consecução de suas atividades.

Vistos etc.

AILTON SANTOS PEREIRA, por meio de advogado habilitado, ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais em face do SHOPPING BOULEVARD CAMPINA GRANDE, igualmente qualificado, alegando, em síntese, ter sofrido constrangimentos perpetrados por seguranças contratados pela empresa-ré, chegando inclusive a ser agredido no estacionamento do estabelecimento comercial desta última. Pediu, por fim, indenização por danos morais, bem como juntou os documentos de fls. 10/13 dos autos.

Citação realizada (fl. 16).

Contestação da promovida (fls. 17/20), com pedido de denunciação à lide da empresa Shanally Serviços de Vigilância Ltda, acostando-se procuração e documentos (fls. 21/50), na qual rebateu as alegações da inicial e pugnou pela improcedência do pedido.

Deferida a denúncia, a litisdenunciada fora devidamente citada e apresentou contestação (fls. 60/67), na qual ressalta a ausência de elementos capazes de ensejar a reparação civil pugnada pelo autor da lide principal.

Impugnação do autor (fls. 70/72).

Frustrada a conciliação, fora realizada audiência instrutória (fls. 107 e 122), na qual foram tomados os depoimentos das testemunhas e declarantes arrolados pelas partes.

Razões finais das partes, sucessivamente, às fls. 123/131, 134/139 e 141/142), com alegações essencialmente reiterativas aos seus articulados.

Vieram-me os autos conclusos para os fins legais.

É o relatório. Decido.

O processo encontra-se pronto para julgamento, até mesmo porque todos os fundamentos em que se lastreia o pleito autoral, bem como a tese defensiva da demandada, circunscrevem-se aos temas que foram objeto da documentação aportada aos autos e da prova produzida em audiência.

No mérito, tem-se que a responsabilidade civil é a expressão utilizada para designar o conjunto das normas que disciplinam a situação de todo aquele a quem, por qualquer razão, incumbem as conseqüências jurídicas de um fato danoso.¹

Nesse sentido, a responsabilidade civil por constrangimentos causados ao consumidor pode ser entendida como a obrigação do agente causador do prejuízo (produtor, fornecedor ou vendedor) de reparar os danos, morais ou materiais, causados aos consumidores na oferta de bens e serviços com irregularidades, mediante o pagamento da indenização equivalente ao *eventus damni*.

Entendo que a alegação da ré, no sentido de que a pretensão autoral não estaria suficientemente embasada, isto por falta de provas de conduta culposa dos agentes que atuaram em nome da promovida na produção do fato tido como danoso, merece ser acolhida por este juízo processante.

Isso é assim porque, diante do *sistema da persuasão racional do juiz*, constato que as espécies probatórias, como as que foram aportadas aos presentes autos, notadamente, as testemunhas ouvidas na instrução, demonstram que a conduta do autor também contribuiu para a provocação do incidente relatado nos autos.

Versa, a lide, sobre os consectários jurídicos de uma relação nitidamente regida pelo direito consumerista, sendo que a *responsabilidade* pelos danos morais por supostas agressões e constrangimentos ao autor mostra-se como ponto central da discussão meritória.

Para a teoria civilista, um dos principais elementos caracterizadores do dever de ressarcimento funda-se em um fator de natureza *subjetiva* (*subjectus*), ou seja, a *culpa do sujeito* que, ao agir intencionalmente (dolo) ou sem observar as cautelas devidas (culpa em sentido restrito, isto é, imprudência, imperícia ou negligência), provoca o evento danoso.

Assim, conforme o ordenamento jurídico nacional, estará configurada a responsabilidade civil, com a presença de três pressupostos: a) a ocorrência de um *dano*, de natureza moral ou material; b) a *prova da culpa*, em sentido amplo; c) o *nexo de causalidade*, ou seja, que esse prejuízo experimentado pela vítima tenha decorrido, direta ou indiretamente, de uma atuação omissiva ou comissiva do agente responsável.

Compulsando detidamente os autos, entendo que assiste razão à parte ré. De fato, pelos elementos coligidos nos autos, não conseguiu demonstrar, o autor,

¹ ZANOBINI, Guido. *Curso di Diritto*. 6 ed., v. 1, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 269.

qualquer fator normativo que imponha a responsabilidade da ré pela situação tumultuosa ocorrida no estacionamento do *shopping*.

A prova colhida nos autos demonstra, ao contrário da tese autoral, que não só os agentes de segurança estavam com ânimo alterado, mas também o próprio autor e seus acompanhantes, sendo que aquele deu início à confusão ocorrida no estacionamento do centro comercial, abalroando seu veículo em outro que estava parado e, ainda, havendo relatos de que estava com sintomas de ter ingerido bebida alcoólica.

Para tais conclusões, analisamos atentamente as imagens contidas no cd de gravação que consta à fl. 85 dos autos, em cujas cenas se observa o tumulto gerado no local, o qual, inclusive, teve início com o abalroamento provocado pelo autor em outro veículo de clientes que foram até o referido centro comercial, além de ter tentado estacionar em local proibido.

Por outro lado, não há como prosperar a tese de que, logo após o promovente ter batido em outro veículo e tentado estacionar em local proibido, tenham os seguranças dado início a uma abordagem violenta, como narra a inicial. Sem sombra de dúvidas, houve provocação e o patrulhamento administrativo reagiu à conduta do promovente e de seus acompanhantes.

Conforme depoimento de fl. 106:

“[...] que tanto o depoente quanto Wallison foram repetidamente agredidos de forma verbal pelo autor, por Júlio César e por outra pessoa que estava no veículo, que eram apenas seguranças, eram desqualificados, e se estivessem em Pernambuco morreriam em menos de 24 horas”.

Ainda mais:

“[...] que o promovente foi logo batendo no peito do depoente e dizendo que ele era um tenente da marinha, bem como perguntando ao depoente se ele sabia com quem estava falando [...] que os dois outros ocupantes do veículo passaram a agredir o depoente” (depoimento de fl. 121).

Este magistrado presidiu pessoalmente toda a instrução e diante de tais depoimentos, da firmeza com a qual tais testemunhas depuseram e das imagens contidas no cd de fl. 85, pode-se concluir que houve excesso de ambos os lados, não se podendo acatar a tese de que o autor foi apenas uma vítima da alegada truculência dos seguranças do *shopping*. Houve, sim, agressões e revide de ambos os lados, o que desautoriza o acatamento da alegação que coloca o autor apenas como vítima dos fatos.

Quanto às testemunhas e declarantes arrolados pelo promovente, são pessoas que intervieram diretamente na situação, cujos depoimentos devem ser sopesados considerando o grau de parcialidade inerente à situação ocorrida.

In casu, não resta demonstrada a conduta culposa da empresa demandada (como *conditio sine qua non* do fato), devendo-se afastar a responsabilidade civil da promovida, até mesmo porque o autor não trouxe aos autos meios probatórios suficientes para impor à ré a responsabilidade extracontratual.

Dessarte, os pressupostos normativos necessários à obtenção do ressarcimento não estão nos presentes autos, desautorizando a viabilidade formal e material da pretensão do promovente, diante da falta de elementos probatórios aptos a lastrear a tese esboçada na inicial.

Entendendo como suficientemente fortificado o posicionamento adotado, prossigo com os efeitos processuais decorrentes, inclusive no que tange à regra de julgamento definitivo da relação processual.

Ante o exposto, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, e com fundamento nos princípios e normas de Direito aplicáveis à espécie e ao mais que dos autos consta, considerando prejudicada a pretensão regressiva contida na litisdenúncia (por prejudicialidade reflexa), JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, com resolução de mérito, diante da ausência de comprovação de culpa da ré, tudo conforme a prova encartada aos autos e na forma da legislação em vigor.

Condeno o autor em custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, os quais fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, cuja cobrança restará suspensa em face da gratuidade judiciária (fl. 14v).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Superado o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Campina Grande, 28 de novembro de 2016.

ALEX MUNIZ BARRETO
JUIZ DE DIREITO



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
7ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE

ANEXO 06

Processo nº 001.2005.015.049-7

Tipo : Ação de Cobrança

Autor : Valdemir Pedro de Barros

Ré : Maria Darcilene de Assis

SENTENÇA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – Cobrança – Ônus probatório – Demonstração do débito alegado – Reconvenção – Produto instalado em desacordo com as normas vigentes - Construção insuscetível de legalização – Procedência da reconvenção – Compensação dos valores pagos a título de correção dos vícios detectados pelo ente fiscalizador – Resolução do mérito.

- Tendo sido devidamente comprovado, durante a instrução processual, o débito que a promovente imputa à parte demandada, impõe-se a compensação dos valores despendidos pela reconvinte, com o fim de regularizar a obra, respeitando-se, com isto, a regra pacta sunt servanda e os preceitos imanentes à equidade.

Vistos etc.

Valdemir Pedro de Barros, já devidamente qualificado nos autos, ingressou em juízo, com a presente Ação de Cobrança em face de Maria Darcilene de Assis, para tanto, os fundamentos alinhados na peça exordial, os quais consistiram, em síntese, no inadimplemento contratual da promovida, quanto ao pagamento remanescente dos valores pactuados. Juntou documentos (fls. 07/23).

Realizada a citação, a promovida apresentou sua contestação (fls. 28/33), por meio da qual refutou as alegações do promovente, sem matéria preliminar. Apresentou, outrossim, reconvenção (fls. 61/67), na qual pugnou pela reparação civil pelos prejuízos suportados em decorrência de vícios detectados na construção levada a efeito pela promovente-reconvinda. Juntou vários documentos.

Em seguida, o autor ofertou impugnação à contestação (fls. 103/108) e resposta à reconvenção (fls. 109/115).

Realizada a audiência preliminar (fl. 119), a composição amigável entre as partes restou inexitosa, sendo que estas, posteriormente, pugnaram pelo julgamento antecipado da lide (fl. 135).

Razões finais (fls. 137/142), essencialmente remissivas. Vieram-me os autos conclusos para os fins legais.

É o relatório. Passo a decidir.

O processo encontra-se pronto para julgamento, até mesmo porque todos os fundamentos em que se lastreia o pleito autoral, bem como a tese defensiva da demandada, circunscrevem-se à matéria que fora objeto das provas documentais acostadas aos autos.

Versam os autos sobre a dívida que o autor alega existir por conta de contrato celebrado entre as partes, o qual entende aquele ter sido inadimplido, porquanto haveria o valor remanescente de R\$7.000,00 a ser pago pela ré.

O contrato, em geral, rege-se pela cláusula *pacta sunt servanda*, faz lei entre as partes, devendo suas cláusulas ser fielmente cumpridas. Tal princípio, entretantes, não é absoluto encontrando restrição forte no princípio da predominância da ordem pública, que segundo o magistério de Bassil Dower:

“Através desse princípio, impõe-se a vedação de ajustes contrários à moral, à ordem pública e aos bons costumes. (...) Subordina-se à vontade individual, ao interesse coletivo através de normas cogentes. Estas são normas de ordem pública, inseridas no âmbito privado em contínuo alargamento da noção da ordem pública” (*in: Curso Moderno de Direito Civil – Direito das Obrigações. Vol. 3. São Paulo: NELPA – Edições Jurídicas Ltda., p. 11*).

É esse o entendimento de Washington de B. Monteiro:

“Essa autonomia efetivamente não é absoluta; no direito público ela já foi proscrita sendo substituída pela lei como fonte de direito. (...) O natural limite, que fixa o campo da atividade individual, é estabelecido pelo princípio da supremacia da ordem pública, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que não podem ser derogados pelas partes” (*in: Curso de Direito Civil, Vol. 5. 25 ed., São Paulo: Saraiva, p. 09*).

É importante ressaltar que, desde as origens romanísticas do contrato, está prevista a possibilidade de revisão ou desfazimento dos ajustes, desde que comprovada a existência de fatos supervenientes ou a ocorrência de vícios capazes de lhes comprometer a plena licitude.

In casu, constato que não ocorrem nem estes nem aqueles. Isto é assim porque não resta configurado que o contrato firmado entre as partes - inclusive as suas cláusulas indicadas na petição inicial - possua qualquer vício ou contrariedade à norma, impondo-se, pois, a aplicação da regra *pacta sunt servanda*.

Compulsando os presentes autos, constato que, durante a fase instrutória desta lide, foram aportados os elementos capazes de demonstrar o débito alegado pela parte autora. Com efeito, a prova dos autos aponta para o fato de que a demandada realmente celebrou negócio jurídico válido com o demandante, como tais demonstrados pelo contrato de venda e instalação acostado à petição inicial (fl. 07).

O conjunto probatório constituído nos presentes autos permite a este julgador chegar a uma conclusão firme de que realmente a parte ré estaria na condição de devedora do autor. Em outras palavras, há provas suficientes de que a dívida encontra-se consolidada, sendo isto necessário para a sentença condenatória em uma relação jurídica de natureza obrigacional.

No caso dos autos, os meios probatórios de que se valeu o autor são suficientes à demonstração do débito alegado.

Dessarte, entendo que o promovente se desincumbiu do ônus probatório que a lei lhe impõe, isto para ver comprovada a relação de direito material inadimplida, até mesmo porque os recibos que a promovida acostou aos autos comprovam apenas o pagamento *parcial* dos valores avençados, conforme se depreende dos documentos de fls. 42 e 43 do caderno processual.

Resta, então, apreciar as alegações da ré-reconvinte de que os valores da dívida seriam indevidos, em virtude da constatação de vários vícios na instalação dos itens adquiridos, o que a levou a despendar numerosas quantias para a reparação das irregularidades perpetradas pelo promovente-reconvindo. E tudo isto para se sopesar a existência do direito da promovida à *reparação civil* pelos referidos vícios, sendo este o objeto central da reconvenção.

Convém esclarecer que a responsabilidade civil é a expressão utilizada para designar o conjunto das normas que disciplinam a situação de todo aquele a quem incumbem as consequências jurídicas de um fato danoso.¹

Nesse sentido, a responsabilidade civil por dano material pode ser conceituada como a obrigação dos entes que provocaram os prejuízos de reparar os danos patrimoniais causados a terceiros no exercício de suas atividades, mediante o pagamento da indenização equivalente ao *eventus damni*.

Para a teoria civilista, um dos principais elementos caracterizadores do dever de ressarcimento funda-se em um fator de natureza *subjetiva* (*subjectus*), ou seja, a *culpa do sujeito* que, ao agir intencionalmente (dolo) ou sem observar as cautelas devidas (culpa em sentido restrito, isto é, imprudência, imperícia ou negligência), provoca o evento danoso.

Assim, conforme o ordenamento jurídico nacional, estará configurada a responsabilidade civil com a presença de três pressupostos: a) a ocorrência de um *dano*, de natureza moral ou material; b) a *prova da culpa*, em sentido lato, pela má prestação do serviço; c) o *nexo de causalidade*, ou seja, que esse prejuízo experimentado pela vítima tenha decorrido, direta ou indiretamente, de uma atuação dos prestadores de serviços, seja omissiva ou comissiva.

Neste ponto da discussão meritória, é imprescindível destacar que o contrato firmado entre as partes consistiu na *venda e instalação* dos itens adquiridos (fl. 07), e não somente nesta última obrigação, como quis fazer crer o autor-reconvindo, em suas razões finais. Tal ponto é de total relevância para se fixar os limites da responsabilidade civil do construtor por eventuais vícios na edificação, inclusive no que tange aos materiais empregados na obra contratada.

¹ ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto*. 6 ed., v. 1, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 269.

Compulsando detidamente os autos, entendo que assiste razão, em parte, à reconvinte. De fato, esta experimentou prejuízos patrimoniais em decorrência das irregularidades detectadas nas instalações levadas a efeito pelo promovente-reconvindo, embora não tenha comprovado o dispêndio de recursos para todos os vícios que imputou a este último.

A responsabilidade civil do autor-reconvindo - que conduzirá à procedência parcial da reconvenção - decorre do fato de que a edificação realizada por este resultou numa construção absolutamente insuscetível de legalização,² haja vista que houve a instalação de equipamentos que desatendem às normas vigentes e incidentes na área de atuação pretendida pela reconvinte, o que contraria, num critério apriorístico, o ordenamento jurídico e evidencia o dever reparatório do edificante.

Conforme a doutrina nacional:

"Se o devedor não cumpre espontaneamente a obrigação, pode o credor obter a satisfação do crédito através de medidas coativas que, a seu requerimento, são aplicadas pelo Estado no exercício do poder jurisdicional. Pressupõe, intuitivamente, o inadimplemento, mas reclama, também, a existência de crédito que possa ser satisfeito no seu conteúdo congênito. Assim, a faculdade de executar, tomada a expressão em sentido estreito, não se exerce nos créditos transformados pelo inadimplemento da obrigação em pretensão ao ressarcimento dos prejuízos verificados".¹

Dessa forma, deve-se reconhecer que a prova do adimplemento dos valores remanescentes pactuados incumbiria à promovida, a qual não demonstrou o pagamento total do débito nestes autos, conforme asseverado acima. Todavia, conforme preleciona a zetetica jurídica, notadamente quanto aos preceitos imanentes à equidade, não se pode negar que a ré (contratante-reconvinte) experimentou prejuízos patrimoniais. Isto em virtude da irregularidade da aposição dos tanques de combustível, de forma divergente da preceituada pelos imperativos da ordem pública (Resolução nº nº 273/2000 do CONAMA – conforme doc. 54), o que, inclusive, asseguraria o pleno cumprimento do contrato celebrado e, principalmente, evitaria danos aos futuros consumidores do estabelecimento comercial.²

In casu, constata-se que são flagrantes o dano experimentado pela promovida-reconvinte e a conduta culposa do promovente na consecução de suas atividades e na execução do contrato regularmente firmado.

Além disso, não pode ser chancelada por este Juízo a tese de que a responsabilidade pela inadequação dos tanques de combustível seria da ré, posto que a ninguém é dado alegar o desconhecimento da norma jurídica, que, no caso dos autos, é incumbência do autor-construtor. É que este deveria ter previsto no contrato, conforme o caso, a necessidade do material adequado à edificação e, assim, cobrar os valores que entendesse justos e cabíveis; nunca construir instalações de área voltada ao atendimento da coletividade com equipamentos e materiais inadequados, os quais, ressalte-se, foram fornecidos por ele mesmo, conforme os termos pactuados.

² TJRJ – AC nº 2473/2001, Relator Des. Jessé Torres, j. 03.10.2001.

¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed., p. 210.

² TJRJ – AI nº 8588/2000, Relator Des. Cláudio de Mello Tavares, j. 24.08.2000.

Como medianamente é cediço, a responsabilidade pelos vícios encontrados na edificação é do empreiteiro-contratado (aqui, autor da ação), ao qual incumbe a plena observância de todas as normas aplicáveis à espécie.

De acordo com a jurisprudência pátria:

"Ação de cobrança. Atraso na entrega. Descumprimento contratual. Nulidade de cláusula contratual que prevê a transferência de responsabilidade a terceiros. Força maior e caso fortuito inocorrentes. Responsabilidade da contratada" (TJRS - APC nº 599288024, Relatora Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 15.06.1999).

Ainda mais:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL E MATERIAL – Sentença que julga procedente o pedido. Montante indenizatório em patamar compatível com a jurisprudência. Preliminar rejeitada e recurso improvido” (TJRJ – AC nº 4724/2001 – Relator Des. Luiz Eduardo Rabello, j 24.10.2001).

Todos os pressupostos normativos necessários à obtenção do ressarcimento por dano material estão nos presentes autos, autorizando, parcialmente, a viabilidade da pretensão da reconvinte, diante da falta de elementos probatórios aptos a lastrear as alegações evasivas do autor-reconvindo.

O Código Civil, reiterando em todos os termos os preceitos da legislação anterior (art. 159) e reafirmando o instituto basilar da responsabilidade civil por condutas culposas, assevera que:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Os elementos dessa definição normativa encontram-se suficientemente demonstrados nestes autos quanto aos danos materiais.

Dessa forma, entendo que procede o pleito reparatório da reconvenção quanto aos prejuízos materiais decorrentes da aposição dos tanques de combustível inadequados. Todavia, este deve ocorrer em valor atenuado, haja vista que, com relação ao pedido de reparação dos demais prejuízos materiais alegados, como, *verbi gratia*, a deficiência da estrutura metálica instalada, há apenas orçamentos nos autos (fls. 56/59), o que, obviamente, não demonstra documentalmente a efetiva realização dos serviços de conserto e o conseqüente pagamento destes valores pela ré.

Como os danos materiais – todos, sem exclusão de qualquer deles - dependem de prova específica para que sejam reconhecidos pelo Juízo Processante, entendo que a reconvenção deve ser julgada parcialmente procedente, com a conseqüente *compensação*¹ do valor remanescente devido ao autor-reconvindo.

Diante de tais fundamentos fáticos e jurídicos, atento à prova dos autos e aos princípios de Direito aplicáveis à espécie, julgo procedente o pedido da ação, isto para fixar o débito originário da demandada em R\$ 7.000,00 (sete mil reais), bem como julgo parcialmente procedente a reconvenção, para condenar, o autor-reconvindo, ao

¹ TJDF – APC nº 20010150057964, Relator Des. Jeronymo de Souza, DJU 12.06.2002, p. 189.

ressarcimento das despesas quanto aos tanques de combustível irregulares, suas retiradas do estabelecimento e transporte respectivo, no valor comprovado nos autos de R\$ 12.180,00 (doze mil, cento e oitenta reais), conforme recibos de fls. 52, 55 e 60, RESULTANDO, por compensação, no valor reparatório final de R\$ 5.180,00 (cinco mil, cento e oitenta reais), a título de danos materiais em favor da ré-reconvinte, tudo na forma preceituada pelos arts. 487, I, do CPC.

Destaco que o valor acima fora sopesado com base na equidade, na extensão do dano, na prova dos autos, na capacidade financeira das partes, bem como nas suas condições econômicas e sociais.

Tratando-se de obrigação que até a prolação desta sentença era de natureza *ilíquida*, denoto que incidirão correção monetária e juros legais de mora a partir da citação, conforme precedentes.¹

Custas e despesas processuais de forma proporcional (*pro rata*), bem como honorários advocatícios, haja vista a sucumbência recíproca.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Superado o prazo recursal *in albis*, aguarde-se, por dez dias, a iniciativa da parte autora, para os fins do art. 523 do Código de Processo Civil. Transcorrido esse último prazo sem requerimentos, arquite-se, com as cautelas legais.

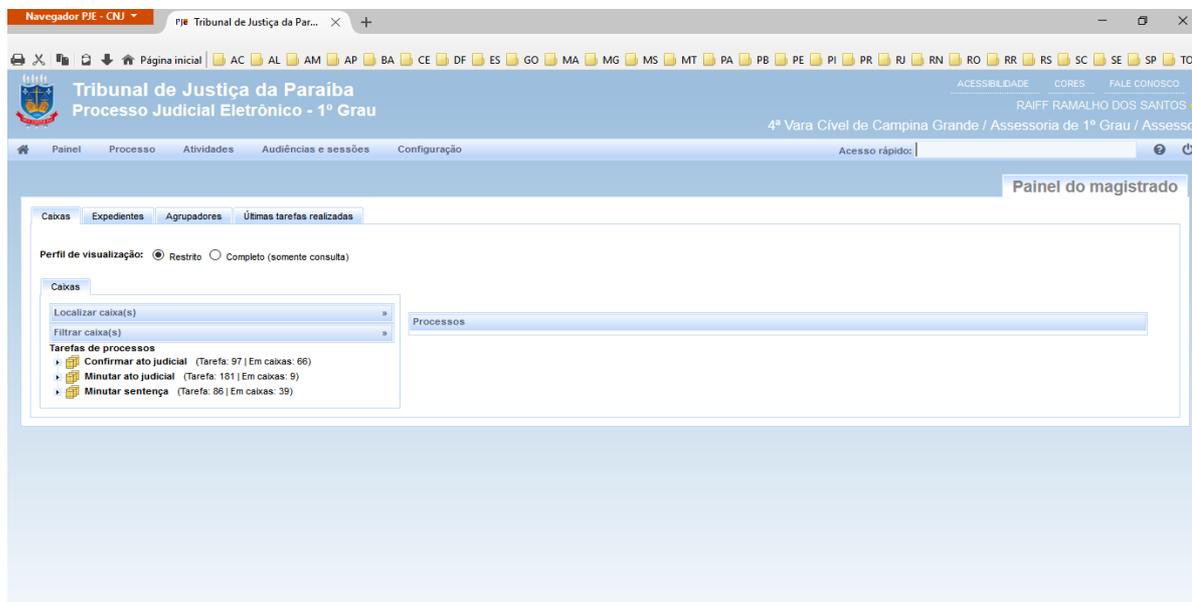
Campina Grande, 14 de outubro de 2017.

ALEX MUNIZ BARRETO
JUIZ EM SUBSTITUIÇÃO CUMULATIVA

¹ “A iliquidez da obrigação atrai, como termo inicial da incidência dos juros da mora e da correção monetária, a data da citação. Não havendo pactuação entre as partes sobre a taxa de juros moratórios, deve-se aplicar o disposto no art. 406 do Código Civil de 2002, ou seja, 1% (um por cento) ao mês” (TJPB – Processo nº 888.2002.009934-1/001, Rel. Des. Antônio de Pádua Lima Montenegro, DJ 31.10.2003).

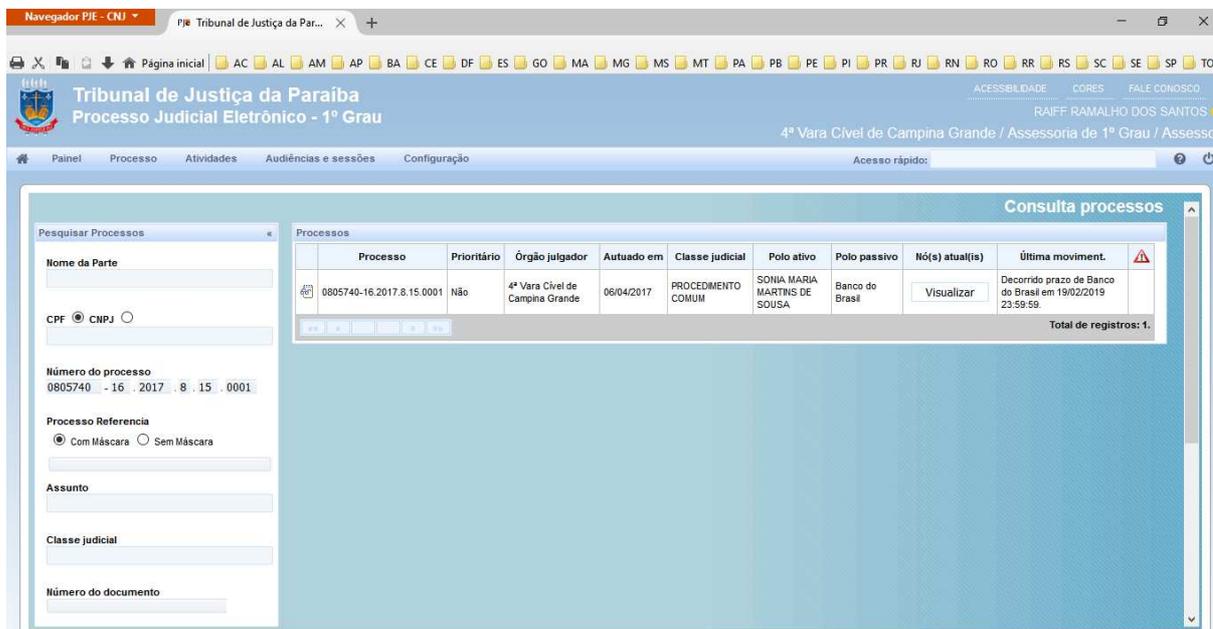
IMAGENS DO SISTEMA PJE - TJPB

FIGURA 1 – PANORÂMICO DO SISTEMA PJE – ASSESSORIA



FONTE: PJE – TJPB (2018)

FIGURA 2 – BUSCA DOS PROCESSOS NO BANCO DE DADOS



FONTE: PJE – TJPB (2018)

FIGURA 3 – DOWNLOAD DOS PROCESSOS CONTENDO AS DECISÕES JUDICIAIS

Tribunal de Justiça da Paraíba: Detalhes do Processo - Navegador PJE - CNJ

4ª Vara Cível de Campina Grande/Juiz de Direito
ProComum 0805740-16.2017.8.15.0001 - INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES - Processo com documentos não lidos

SONIA MARIA MARTINS DE SOUSA X BANCO DO BRASIL

Dados do processo

Classe judicial: PROCEDIMENTO COMUM (7) Órgão julgador: 4ª Vara Cível de Campina Grande Autuação: 06/04/2017

Valor da causa: R\$ 10.000,00

Processo: Incluir petições e documentos Audiência Expedientes Características do processo Perícia Redistribuições

Impressão de lista de documentos Download de documentos em PDF Paginador

Detalhes do processo

Assuntos: INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES (8226) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (19655) ANTECIPAÇÃO DE TUTELA / TUTELA ESPECÍFICA (8961)

Polo ativo: SONIA MARIA MARTINS DE SOUSA - CPF: 690.797.144-53 (AUTOR) GUSTAVO GUEDES TARGINO - OAB PB14935 - CPF: 041.858.144-45

Segredo de justiça? NÃO Justiça gratuita? SIM

Documentos

Movimentações do Processo

Download de documentos em PDF

Selecione os filtros

Documentos do Processo

<input checked="" type="checkbox"/>	Id	Documento	Tipo de Documento	Data de juntada
<input checked="" type="checkbox"/>	19293134	Apelação	Apelação	18/02/2019
<input checked="" type="checkbox"/>	16839282	Sentença	Sentença	10/01/2019
<input checked="" type="checkbox"/>	16115481	Certidão de Decurso de prazo	Certidão de Decurso de prazo	22/08/2018
<input checked="" type="checkbox"/>	15004985	Petição	Petição	25/06/2018
<input checked="" type="checkbox"/>	14838252	Expediente	Expediente	14/06/2018
<input checked="" type="checkbox"/>	12474002	Despacho	Despacho	07/02/2018
<input checked="" type="checkbox"/>	11199982	Certidão de Decurso de prazo	Certidão de Decurso de prazo	28/11/2017
<input checked="" type="checkbox"/>	10226327	Expediente	Expediente	16/10/2017
<input checked="" type="checkbox"/>	9930585	AR citação e intimação processo Banco do Brasil S/A	Aviso de Recebimento	27/09/2017

Cronologia
 Crescente Decrescente

Gerar PDF

FONTE: PJE – TJPB (2018).