

Juliana Grechi Parisotto *
Fernanda Sartor Meinero **

A SUBJETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a subjetividade das decisões judiciais de 1º grau proferidas no ordenamento jurídico brasileiro. O Direito cria meios de ordem para o convívio social, o que gera uma estabilidade nas relações entre os cidadãos, levando a uma segurança jurídica. Esta segurança jurídica está sendo prejudicada em razão das mais diversas decisões judiciais que se mostram contraditórias em situações semelhantes, embaraçando assim, direitos que estão consagrados no ordenamento jurídico. Assim, a importância da abordagem do tema proposto é estudar como se está aplicando os meios subjetivos nas decisões dos magistrados, visto que a sua aplicação com base no livre convencimento do juízo demanda certos cuidados por parte do Poder Judiciário para evitar a indesejada insegurança jurídica.

Palavras-chave: Papel do Juiz. Discricionariedade. Segurança Jurídica.

Abstract: This study aims to analyze subjectivity of judgments handed down 1st degree in Brazilian law. The law creates a means for social order, which generates stability in relations between citizens, leading to a legal certainty. This legal security is being harmed because of various court decisions that show contradictory in similar situations, thus hampering their rights enshrined in the legal system. Thus, the importance of the theme proposed approach is to study how it is applying the subjective means different court decisions, since its implementation based on free conviction of judgment demand some care on the part of the judiciary to avoid unwanted legal uncertainty.

Keywords: Role of the judge. Discretion. Legal certainty.

Introdução

O tema deste estudo consiste no grau da imprevisibilidade¹ das decisões judiciais² ligadas aos princípios da segurança jurídica³ e do livre convencimento⁴ do juiz. O grau de

* Aluna de graduação de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha

** Profa. Especialista, orientadora.

¹ “Imprevisibilidade das decisões judiciais, do surgimento de julgados díspares em casos semelhantes ou até mesmo idênticos, ou seja, é a falta de sintonia e de uniformização na aplicação do direito” (LIMA, Talita Cunha de. A imprevisibilidade das decisões judiciais: violação aos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade. Disponível em: <http://www.faciplac.edu.br/revista/direito/images/artigos/6_A_IMPVISIBILIDADE_DAS_DECISOES_JUDICIAIS_VIOLACAO_AOS_PRINCIPIOS_DA_SEGURANCAJURIDICA.pdf>. Acesso em: 10 out 2013, p. 133).

² Decisão judicial: “Denominação genérica de qualquer manifestação judicial pertinente à demanda, podendo ser também denominada a parte final da demanda” (JUS BRASIL. Decisão Judicial. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/297842/decisao-judicial>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³ “O princípio da segurança jurídica possui seu fundamento legal insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e está intimamente ligado à confiança que o cidadão possui em um ordenamento que está sempre em mutação” (TAKEDA, Tatiana. Segurança jurídica, administração pública e o cidadão. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2701>. Acesso em: 16 out 2013.

⁴ Livre convencimento ou também denominado da persuasão racional “[...] é instrumento fundamental na busca por uma justiça efetiva, célere, pois, ao se deixar a critério do juiz a produção das provas que entende necessárias para o seu convencimento, bem como para sua motivação/fundamentação, exclui-se fatores que possam prolongar as demandas judiciais, no sentido de se evitar a produção de provas que se restam evidentemente

imprevisibilidade das decisões judiciais tem aumentado como ressalta José Augusto Delgado, surpreendendo com o resultado das demandas que, por vezes apresenta processos idênticos, porém decididos de modo contrários, desestabilizando o princípio da segurança jurídica. Esta surpresa ocorre porque havia uma expectativa de resultado, baseada no conhecimento da lei e dos precedentes jurisprudenciais que acabam não sendo aplicados.⁵

Neste sentido, o Direito, como instituição social, tem como uma de suas funções criar meios de ordem para o convívio social, gerando uma estabilidade nas relações entre os cidadãos, levando a uma segurança ordenadora específica a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica. Esta segurança jurídica vem sendo altamente prejudicada em razão das mais diversas decisões judiciais que se mostram contraditórias em situações semelhantes.

Theophilo Cavalcanti Filho define a segurança jurídica como uma razão fundamental do Direito, e afirma que “[...] a certeza e a segurança jurídica têm em última análise como ponto básico o direito estatal ao qual cabe, como atributo essencial, o de se fazer valer de forma inexorável”.⁶

Desse modo o autor entende que a segurança jurídica deve se fazer valer de forma inflexível. Assim, a importância da abordagem do tema proposto é estudar os métodos processuais aplicados quando da prolação de decisões judiciais, bem como a participação do subjetivismo judicial e sua interferência no decisor.

O objetivo geral do estudo é analisar se o subjetivismo das decisões judiciais proferidas pelos juízes de 1º grau, por meio do seu livre convencimento e da discricionariedade, afeta a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica nas relações jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro.

protelatórias, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, quando o conjunto probatório já existe nos autos se resta suficiente para o convencimento do magistrado” (PAVAN, Simone. Princípio do livre convencimento. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/princ%C3%ADpio-do-livre-convencimento>>. Acesso em: 16 out. 2013. p. 1).

⁵ DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciárias e seus reflexos na segurança jurídica. Disponível em: <[www.stj.jus.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICIARIASEUSREFLEXOS NA SEGURNAÇA JURÍDICA.DOC](http://www.stj.jus.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICIARIASEUSREFLEXOS%20NA%20SEGURNA%C3%87A%20JUR%C3%8DICA.DOC)>. Acesso em 26 de ago 2013.

⁶ Theophilo Cavalcanti Filho *apud* NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/seguranca-juridica/>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

2 A evolução histórica do direito processual civil brasileiro

A necessidade da regulamentação da administração da justiça se deu em antigas eras, quando ficou claro que os particulares não deveriam fazer justiça pelas próprias mãos, e que estes conflitos deveriam ser julgados por uma autoridade pública, assim, surgiram normas jurídicas processuais.⁷

Humberto Theodor Júnior leciona que “da fusão de normas e institutos do direito romano, do direito germânico e do direito canônico apareceu o *direito comum*, e com ele o *processo comum*, que vigorou desde o século XI até o século XVI.”⁸

Sobre as características do processo comum, Moacyr Amaral Santos descreve que:

O *processo comum*, impregnado de formas e instituições germânicas, de procedimento inteiramente escrito e demasiado formalista, se apresentava excessivamente moroso e de prática complicada e difícil. Visando a tornar mais rápido e simples o procedimento, ao lado do *processus ordinarius – solemnus ordo iudiciarius*, foi-se formando o *processus summarius*, em que se suprimiam solenidades, reduziam-se os atos, apertavam-se os termos, restabelecendo-se a oralidade, com aumento dos poderes de direção do juiz, e que veio a ser afinal consagrado pela decretal denominada *Clementina Saepe*, de 1306, do Papa Clemente V.⁹

No tempo do Brasil - Colônia o país era regulado pelas leis portuguesas, e por consequência ao seu processo civil.¹⁰ Assim, ficava sob a égide sucessiva das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas¹¹.

O direito processual somente despertou como ciência na segunda metade do século XIX, quando foi definido seu objeto específico e método próprio.¹² O conselheiro Antonio Joaquim Ribas, a mando do Governo Imperial e colocando em prática a execução à Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871, organizou a Consolidação das Leis do Processo Civil.¹³ Com a proclamação da Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891, os Estados passaram

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.12.

⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 1º volume, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

¹⁰ *Ibidem*, p. 51.

¹¹ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 26.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

¹³ MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. 2 ed. Campinas: Millennium, 1998, p. 100.

a legislar sobre o Direito Processual Civil e Penal, e também sobre a organização judiciária.¹⁴ Em 1934 foi criada outra Constituição que acabou por retirar a competência de legislar dos Estados-Membros sobre o processo civil, o que permaneceu na Constituição de 1937.¹⁵

Em 1939 foi promulgado o Código de Processo Civil que tinha como característica a adoção de doutrinas modernas, norteadas pelos princípios da publicidade, oralidade, dispositivo e do julgador ativo.¹⁶ Ainda, a celeridade que era proposta estabelecia prazos curtos para a prática forense, fazendo com que os processos retardassem sem solução.¹⁷

Analisando as problemáticas do Código, Moacyr Amaral Santos relata que:

Essas razões, acrescidas do fato de o Código se achar em muitos pontos alterado por leis extravagantes, posteriores à sua promulgação, e que lhe quebraram a unidade e o sistema, levaram o governo da República, no propósito de renovar toda a legislação de direito material e processual, a encarregar o eminente processualista Prof. Alfredo Buzaid de elaborar um anteprojeto de Código de Processo Civil.¹⁸

Em relação ao trabalho de Alfredo Buzaid, Daniel Mitidiero sintetiza:

Em 1964, entrega Alfredo Buzaid o anteprojeto do Código de Processo Civil [...]. Este anteprojeto foi, anos mais tarde, revisto e discutido por uma Comissão de eminentes juristas, constituída por José Carlos Moreira Alves, Luís Antônio de Andrade, José Frederico Marques e Cândido Rangel Dinamarco, em reuniões que contavam ainda com a presença assídua do não menos eminente jurista José Carlos Barbosa Moreira. Em 1972 o Projeto de Código de Processo Civil foi encaminhado ao Congresso Nacional, por mensagem do Presidente da República. Discutido e aprovado, foi sancionado o Código de Processo Civil em 1973 por Emílio Médici, devidamente coadjuvado pelo seu então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid. A influência da processualística alemã do final do século XIX e, mais fortemente, da doutrina italiana da primeira metade do século XX na formação do Código Buzaid é evidente.¹⁹

¹⁴ *Ibidem*, p. 102.

¹⁵ MIRANDA, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶ SANTOS, *op. cit.*, p. 56.

¹⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 1º volume, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

¹⁹ Daniel Mitidiero, *apud*, JOBIM, Geraldo Cordeiro (Org.); JOBIM, Marco Félix (Org.); TELLINI, Denise Estrela (Org.). Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do sul: Plenum, 2010, p. 116.

O Código de Buzaid é o que atualmente está em vigor, apesar de terem sido feitas diversas reformas ao longo do tempo, devido as necessidades que surgiam com as mudanças na sociedade.

3 O papel do juiz no processo civil atual

O magistrado é quem exerce o poder jurisdicional²⁰ em nome do Estado, sendo a personificação do Poder Judiciário, realizando o direito objetivo.²¹ Em relação ao poder jurisdicional, Couture afirma que “para bem e fielmente cumprir sua missão jurisdicional, o juiz competente há, enfim, de gozar de independência e autoridade e ser responsável”.²²

Ainda, Humberto Theodoro Júnior define que:

A função jurisdicional que toca a todos os juízes, em qualquer grau, para ser válida e eficazmente exercida, reclama a ocorrência de vários requisitos jurídicos, que foram sintetizados por Silva Pacheco, através do seguinte esquema:

- a) *jurisdicionalidade*, isto é, devem estar (os juízes) investidos do poder de jurisdição;
- b) *competência*, ou seja, devem estar dentro da faixa de atribuições que, por lei, se lhes assegura;
- c) *imparcialidade* ou *alheabilidade*, ou seja, devem ficar na posição de terceiro em relação às partes interessadas;
- d) *independência*, isto é, sem subordinação jurídica aos tribunais superiores, ao Legislativo ou ao Executivo, vinculando-se exclusivamente ao ordenamento jurídico;
- e) *processualidade*, isto é, devem obedecer à ordem processual instituída por lei, a fim de evitar a arbitrariedade, o tumulto, a inconseqüência e a contradição desordenada.²³

Cláudia Marlise da Silva Alberton explana que “é dever também do magistrado dirigir sua atenção à realidade social, ao momento político e econômico, que é pluriforme e diferente dependendo do tempo, lugar e tipo de organização social.”²⁴

²⁰ Poder jurisdicional: “é o conjunto de magistrados (ordinários, administrativos, fiscais, constitucionais) a quem é confiada a função jurisdicional.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. 11. reimpressão. Portugal, Coimbra: Almedina, 2000, p. 600.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229.

²² Couture, *apud*, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229.

Uma das funções do magistrado quando a lei se torna omissa é extrair do ordenamento jurídico a norma a ser aplicada com base aos casos análogos, costumes e princípios gerais do direito.²⁵

A lei, naturalmente, é o principal fundamento do poder do julgador, de modo que este muda conforme mudam as leis na sociedade “[...] surgindo daí, o variadíssimo enfoque a respeito do grau do poder que deve ser reservado ao juiz”.²⁶

No mesmo sentido, Alberton analisa:

Através dos postulados de Niklas Luhmann, verificamos que o direito é um sistema próprio, que a partir da norma codificada – portanto fechada – se abre, aguardando uma decisão que resolverá o caso concreto, voltando à sua clausura com a criação de uma nova jurisprudência. [...] É tarefa que não se encerra com a edição de uma lei, mas que depende da ação humana como catalisador do quantum a ser absorvido e reproduzido pelo sistema.²⁷

Ainda, o juiz deve agir com imparcialidade durante todo o processo, pois não é considerado como parte da questão, e caso houver alguma ligação com uma das partes do litígio, o mesmo tem a obrigação de se considerar impedido.²⁸ No mesmo sentido é o princípio da igualdade, que nada mais é que a igualdade formal (jurídica e liberal). Anschütz sintetiza: “As leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”.²⁹ Assim, estes princípios são de extrema importância para a atividade jurisdicional do magistrado, que deve ser imparcial em suas relações.

Em suma, sob todos os ângulos de análise, concluí-se que a atividade da magistratura está vinculada as legislações que a regulam, aos padrões éticos exigidos como conduta social

²⁴ Cláudia Marlise Da Silva Alberton, *apud*, JOBIM, Geraldo Cordeiro (Org.); JOBIM, Marco Félix (Org.); TELLINI, Denise Estrela (Org.). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do sul: Plenum, 2010, p. 80.

²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1º volume, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 69.

²⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 211.

²⁷ Cláudia Marlise Da Silva Alberton, *apud*, JOBIM, Geraldo Cordeiro (Org.); JOBIM, Marco Félix (Org.); TELLINI, Denise Estrela (Org.). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do sul: Plenum, 2010, p. 82.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11. reimpressão. Portugal, Coimbra: Almedina, 2000, p. 665.

²⁹ ANSCHÜTZ, *apud*, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11. reimpressão. Portugal, Coimbra: Almedina, 2000, p.426.

do juiz, intimamente ligados aos princípios que devem ser observados em sua carreira e na própria prestação jurisdicional.³⁰

Além destes, vários são os princípios que norteiam o Direito, há alguns que dizem respeito somente ao magistrado, como será visto a seguir, e outros nos próximos capítulos.

4 Conceito de discricionariedade e seus limites

A discricionariedade³¹ é a livre escolha pela Administração da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, com a finalidade de proteger algum interesse público.³² Essa discricionariedade pode ser de modo explícita ou implícita, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.³³

Deste modo, a discricionariedade pressupõe alternativas, pois se a providência cabível necessária fosse somente uma sempre, esta seria perfeita, não havendo a discricção. Antes, é um fruto da impossibilidade de objetivamente reconhecer (quando a lei não o predetermina), qual será o comportamento, *in concreto*, apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa.³⁴

Assim, o efeito da discricionariedade é a impossibilidade do ser humano ter a capacidade de saber sempre qual a providência que melhor acolhe a finalidade da regra do Direito.³⁵

Hely Lopes Meirelles expõe:

A mera existência dos chamados “conceitos indeterminados”³⁶ ou “imprecisos”, porque não têm conteúdos inequívocos, a nosso ver, não

³⁰ NANNI, Giovanni Ettore. A responsabilidade civil do juiz. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 163.

³¹ Discricionariedade: No ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 220.

³² MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 145.

³³ *Ibidem*, p. 126.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 42.

³⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 43.

³⁶ Maria Di Pietro, explica que nos espaços deixados pela lei, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador, e normalmente essa discricionariedade existe: a) Quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender a conveniência do serviço; b) Quando a lei é omissa, porque não lhe é

gera discricionariedade, mas necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade. Assim, quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la.³⁷

Contudo, o poder discricionário é limitado pela lei, visto que deve respeitar o princípio da legalidade, de forma a impedir abusos e arbitrariedades.³⁸ Já nas relações particulares o princípio aplicável é o autonomia da vontade, onde tudo o que a lei não proíbe, é consentido que as partes o façam.³⁹

Assim, a legalidade se limita a concordância dos atos com as leis. A juridicidade é mais uma limitadora da discricionariedade, pois esta abrange a conformidade dos atos com as regras jurídicas, e exige que os atos observem os princípios gerais de Direito previstas explícita ou implicitamente na Constituição.⁴⁰

Ainda, a necessidade de motivação dos atos também se apresenta como uma via de limitação da discricionariedade por parte da Administração, ou seja, como um *dever*, e não mais como *poder*, visando uma segurança nas relações.⁴¹

5 Princípio do livre convencimento do juízo e sua motivação

Para resolver discricionariedade na esfera jurídica, o juízo tem como uma alternativa o seu livre convencimento. Tal princípio encontra-se consagrado nos artigos 93, inciso IX⁴², da Constituição Federal e 131⁴³ do CPC.

possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico; c) Quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 221

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 126

³⁸ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 219

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65.

⁴⁰ CAMPOS, Alinaldo Guedes. *Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6587/discricionariedade-administrativa/2>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² “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. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2013.

Primeiramente, só existem para o magistrado, os fatos e provas constantes do processo. Não lhe é permitido, portanto, invocar fatos e acontecimentos (salvo se notórios) de que tenha ciência fora dos autos, nem tampouco decidir por íntima convicção.⁴⁴ Vinculado à prova dos autos na formação de seu livre conhecimento, faculdade, no entanto, possui o juiz de, com moderação e equilíbrio, trazer elementos instrutórios e de convicção ao procedimento, atuando *ex officio* (arts. 130, 343, 418, 437 e 440 CPC⁴⁵), bem como lhe cabe indeferir “diligências inúteis ou meramente protelatórias” relativas à produção de provas (art.130).⁴⁶

De acordo com o julgamento *secundum conscientiam*, o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem prova ou até mesmo contra a prova.⁴⁷ No mesmo sentido, Danilo Knijnik expõe que a “liberdade de apreciação das provas não significa ausência de regras a que o julgador deve recorrer no momento da valoração do material probatório.”⁴⁸ Como recentemente salientou Taruffo, “o problema real consiste em determinar como o espaço vazio deixado pelo princípio da livre convicção deve ser preenchido pela prática dos tribunais e pelos critérios sugeridos pelos teóricos”⁴⁹

⁴³ “Art. 131. 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. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 24 ago.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. 2 ed. Campinas: Millennium, 1998, p. 608

⁴⁵ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias

Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

§ 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

Art. 418. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;

II - a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 24 ago.

⁴⁶ MARQUES, *op. cit.*, p. 609.

⁴⁷ PAVAN, Simone. Princípio do livre convencimento. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/princ%C3%ADpio-do-livre-convencimento>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

⁴⁸ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16

⁴⁹ TARUFFO, *apud*, KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

Desse modo, a razão crítica é, basicamente, a aplicação dos princípios do correto entendimento humano com especial fundamento na lógica jurídica, na equidade e na justiça e nos princípios científicos do direito. Outrossim, tem por base a fundamentação das decisões judiciais.⁵⁰ A motivação das decisões judiciárias não se qualifica como princípio, pois se trata de exigência técnica de grande responsabilidade pelo perfil político-democrático do processo, não tendo caráter de idéia-mestra.⁵¹

Danilo Knijnik leciona:

Sempre e necessariamente, a formação do juízo de fato envolve uma ou mais máximas da experiência. Assim, devem ser elas explicitadas pelo julgador, como requisito de fundamentação da própria decisão, ficando também sujeitas ao contraditório e ao debate dos interessados. Somente assim as partes conhecerão as reais razões pelas quais o juízo de fato foi estabelecido no processo, seja quanto a máxima, seja quanto ao modelo de constatação empregado. Certo, nada garante que a adoção das cautelas sugeridas neste trabalho proporcione a tão almejada segurança jurídica no terreno do juízo de fato, o que seria, a bem da verdade, irrealizável. Quando menos, são providencias de conteúdo aberto e flexível que impelem o processo – penal ou não penal – aos valores democráticos que devem ser sempre prestigiados, auxiliando os operadores na delicada tarefa de formação do juízo de fato⁵²

A exigência de fundamentação das decisões judiciais radica em três razões: controle da administração da justiça; exclusão do caráter voluntário e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; melhor estruturação dos eventuais recursos.⁵³ Valendo anotar-se que só o fato de a decisão ser fundamentada longe está de garantir que o juízo de fato se tenha adequadamente formalizado.⁵⁴

⁵⁰ KNIJNIK, *op. cit.*, p. 17.

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 202.

⁵² KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 194.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. 11. reimpressão. Portugal, Coimbra: Almedina, 2000, p.667.

⁵⁴ KNIJNIK, *op. cit.*, p. 194.

O direito tem que respeitar os fatos, as provas, porque são indissociáveis das normas, existindo a necessidade de evitar-se o arbítrio da reconstrução fática, criando mecanismos de vinculação e controle.⁵⁵

Desse modo, tem-se procurado resgatar a ideia de que a liberdade do convencimento judicial, quando não submetido a regras jurídicas predeterminadas de valoração, está sujeito a regras da lógica e a certos postulados jurídico, no sentido de afastar o subjetivismo das decisões que acaba gerando a insegurança jurídica nas relações processuais.⁵⁶

6 O princípio da segurança jurídica no ordenamento Brasileiro

O princípio da segurança jurídica surge como forma de dar uma certeza a parte ao Direito postulado, gerando uma estabilidade nas relações jurídicas, e está previsto implicitamente no preâmbulo⁵⁷ da Constituição Federal, como uma das garantias asseguradas pelo Estado de Direito, e expressamente no *caput* do artigo 5º⁵⁸ e no seu inc. XXXVI⁵⁹.

Conforme expõe José Augusto Delgado:

A segurança jurídica, para bem ser compreendida, deve ser examinada como: a) garantia de previsibilidade das decisões judiciais; b) meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; c) veículo garantidor da fundamentação das decisões; d) obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; e) entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência),

⁵⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2013.

⁵⁸ 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. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2013.

⁵⁹ “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2013.

impeditiva de recursos e vinculante; f) fundamentação judicial adequada.⁶⁰

Segundo Maria Di Pietro, a segurança jurídica se explica pelo fato de existir alteração de interpretação de determinadas normas legais, mudando sua orientação que afetam situações já adotadas anteriormente.⁶¹ Conforme Jaqueline Mielke Silva “a ideia de uma ordem jurídica estática, na qual não haja lacunas e contradições, é uma intervenção doutrinária, cuja finalidade ideológica tende a estratificação social.”⁶²

Segundo Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.⁶³

Para Jaqueline Mielke Silva as “decisões fundamentadas em um conhecimento sumário da causa pelo juiz resultam na segurança jurídica.”⁶⁴ Contudo, não denota que a interpretação da lei não possa ser modificada; devido ao próprio progresso do direito a lei muda frequentemente. O que não se pode permitir é que a interpretação retroaja a situações já resolvidas com base em interpretação posterior válida na época do fato.⁶⁵

Torna-se impossível defender uma ciência jurídica calcada exclusivamente na lei, pois conforme entendimento de Jaqueline Mielke Silva “o engessamento do direito através do normativismo e do positivismo acabam criando um distanciamento do mesmo com a realidade, tornando-o inflexível e, por isto mesmo, anacrônico.”⁶⁶

Se tivéssemos uma legislação clara, completa e coerente, não haveria lugar para que o juiz criasse um direito, ou, ainda, legislasse. Mesmo que fosse admissível alguma

⁶⁰ DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. Disponível em: <www.stj.jus.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES...>. Acesso em 26 de ago. 2013.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85

⁶² SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrumento de realização de direitos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 251

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. 11. reimpressão. Portugal, Coimbra: Almedina, 2000, p. 257.

⁶⁴ SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrumento de realização de direitos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 250.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.86

⁶⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 251.

interpretação na aplicação do direito pelo magistrado, esta deveria ser feita sem que este pudesse avaliar os pontos abarcados no pleito de forma aprofundada e concluísse de forma completamente surpreendente.⁶⁷

Considerações finais

O tema central deste estudo consistiu em uma análise quanto à subjetividade das decisões judiciais e a sua relação com a insegurança jurídica nas relações processuais. O princípio da segurança jurídica é extremamente importante nesta área, pois os cidadãos recorrem aos meios jurídicos como uma forma de assegurar um direito que já não foi respeitado.

Ainda, o medo da insegurança jurídica se justifica no fato de que o Direito tem a função social de criar normas que geram estabilidade nas relações. Assim, o que mais podem temer é que em busca desse direito, o mesmo seja novamente desrespeitado.

Verifica-se que o juiz quando aplica a lei possui também outros meios de fundamentação, igualmente previstos na norma, para aplicar de maneira mais adequada a solução ao litígio. O sistema jurídico adotado pelo nosso país dá poderes ao magistrado que garantem com que este não seja somente um aplicador da lei, visto que possui como um instrumento ao seu favor a discricionariedade e o livre convencimento.

O julgador verifica a lei e aplica conforme o caso concreto, sempre respeitando a sua legalidade, mas também decidindo com base em outros fatores, de maneira devidamente fundamentada, com base no seu livre convencimento. Esta possibilidade, inclusive de discricionariedade, está prevista na própria norma, como forma de garantir que não ocorra uma arbitrariedade por parte do julgador.

O livre convencimento não deve ser visto como uma possibilidade de o julgador poder fazer o que quiser, até porque se assim o fizer poderá ser responsabilizado pelos seus atos. Este deve respeitar os princípios que são observados em sua carreira e na própria prestação jurisdicional, sempre almejando a realização da solução mais justa, buscando aplicá-la de forma razoável e igualitária.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 250.

Esses meios discricionários geram poderes e deveres ao juiz, visto que deve sempre motivar a sua decisão, e estão ao seu alcance para ajudá-lo a conseguir atingir o fim da justiça, pois a lei não tem como prever todas as possibilidades no meio social.

Porém, é necessário que a fundamentação das sentenças ganhe um caráter mais analíticos quando utilizar princípios, conceitos amplos ou indeterminados, e a própria discricionariedade, pois a falta desta conceituação continua gerando insegurança jurídica aos interessados.

Diante disto, constata-se necessária a reforma do atual CPC, tendo em vista que o princípio da segurança jurídica só será devidamente respeitado se disciplinado de forma correta na norma legal, e isso implica que na fundamentação da decisão judicial se explicitem quais os motivos por utilizar determinado instituto, princípio jurídico, conceito ou cláusula geral em detrimento de outro.

Referências

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 24 ago.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 24 ago.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

CAMPOS, Alinaldo Guedes. **Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6587/discricionariedade-administrativa/2>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11. reimpressão. Portugal, Coimbra: Almedina, 2000.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: <www.stj.jus.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES...>. Acesso em 26 de ago. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fortes, 2006.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JOBIM, Geraldo Cordeiro (Org.); JOBIM, Marco Félix (Org.); TELLINI, Denise Estrela (Org.). **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. Caxias do sul: Plenum, 2010.

JUS BRASIL. **Decisão Judicial**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/297842/decisao-judicial>>. Acesso em: 16 out. 2013.

LIMA, Talita Cunha de. **A imprevisibilidade das decisões judiciais: violação aos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade**. Disponível em: <http://www.faciplac.edu.br/revista/direito/images/artigos/6_A_IMPREVISIBILIDADE_DAS_DECISOES_JUDICIAIS_VIOLACAO_AOS_PRINCIPIOS_DA_SEGURANCA_JURIDICA.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Projeto do CPC: crítica e propostas**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. Campinas: Millennium, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIRANDA, Paola Frassinetti Alves de. **O princípio do livre convencimento do magistrado e o art. 9º da Lei nº 11.961/2009**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13571/o-principio-do-livre-convencimento-do-magistrado-e-o-art-9o-da-lei-no-11-961-2009>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

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

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica**. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/seguranca-juridica/>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

PAVAN, Simone. **Princípio do livre convencimento**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/porta/conteudo/princ%C3%ADpio-do-livre-convencimento>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, 1º volume, 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1º volume, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

TAKEDA, Tatiana. **Segurança jurídica, administração pública e o cidadão**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2701>. Acesso em: 25 ago. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.