



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ROBERTO HERMIDAS DE ARAGÃO FILHO

**A LIBERDADE JUDICIAL E A BUSCA DA SOLUÇÃO JUSTA NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CÍVEIS**

**RECIFE – PE
2005**

ROBERTO HERMIDAS DE ARAGÃO FILHO

**A LIBERDADE JUDICIAL E A BUSCA DA SOLUÇÃO JUSTA NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CÍVEIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Neoconstitucionalismo: Direito Fundamentais, Justiça e Processos Constitucionais

Orientador: Prof. Dr. Geraldo de Oliveira Santos
Neves

**RECIFE – PE
2005**

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Maria Siméia Ale Girão

Aragão Filho, Roberto Hermidas de
A liberdade judicial e a busca da solução justa nos juizados especiais cíveis /
Roberto Hermidas de Aragão Filho.- Recife, PE : UFPE, 2005.
122 f. ; 30 cm

Inclui referências.

Dissertação (Mestre. Direito público). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco. Orientador: Prof. Dr. Geraldo de Oliveira Santos Neves.

1. Juizados especiais cíveis – Brasil 2. Brasil. Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995 I. Título

CDU (1997): 347.994(81)(043.3) / A659lib

ROBERTO HERMIDAS DE ARAGÃO FILHO

**A LIBERDADE JUDICIAL E A BUSCA DA SOLUÇÃO JUSTA NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CÍVEIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do grau de Mestre.

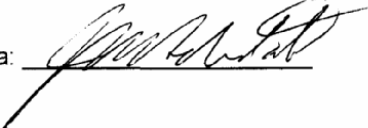
Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Neoconstitucionalismo: Direito Fundamentais. Justiça e Processos Constitucionais

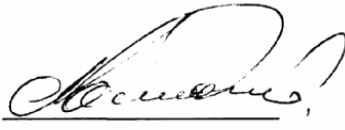
Orientador: Prof. Dr. Geraldo de Oliveira Santos Neves.

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. João Maurício Leitão Adeodato, Dr. UFPE – Examinador

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Prof. Manoel Severo Neto, Dr. UNICAP – Examinador

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Profa. Fabiola Santos Albuquerque, Dra. UFPE – Examinadora

Julgamento: Aprovado Assinatura: Fabiola S Albuquerque

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva.

Ao meu querido filho, Roberto Hermidas de Aragão Neto, pequeno ser que ensinou-me a ver sublimidade em singelos gestos, como num estender de mão.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que sempre me incentivaram a perseguir meus objetivos acadêmicos, e possibilitaram a oportunidade de frequentar este curso.

À minha mulher, Karla Frota, que teve a paciência e compreensão de dispor de minha companhia no período em que estive desenvolvendo meus estudos.

Aos coordenadores do curso, Professores Doutores José Braga, Raymundo Juliano e George Browne, que encamparam com desprendimento o desafio de levar este curso adiante, não obstante as dificuldades de ordem financeira e geográfica.

Ao meu orientador, Geraldo Neves, sempre disposto em atender-me, mesmo em horários impróprios.

Aos amigos e também colegas de trabalho, Doutores Vítor Liuzzi e Alberto Pascarelli, os quais prestaram grande auxílio no empréstimo de livros e na orientação acadêmica.

Aos demais professores que lecionaram no decorrer deste curso, em especial aos professores Vallisney e Gustavo, os quais contribuíram de forma decisiva para a conclusão de meus estudos.

A Deus por ter-me propiciado saúde e discernimento intelectual no transcorrer deste curso.

RESUMO

ARAGÃO FILHO, Roberto Hermidas. A Liberdade Judicial e a Busca da Solução Justa nos Juizados Especiais Cíveis. 2005. 122 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A lei nº 9.099/95, que regula os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que entrou em vigor, promoveu substancial transformação no sistema jurídico brasileiro, na medida em que facilitou o acesso do jurisdicionado à justiça e purgou os ritos processuais da exasperada formalidade que tanto atrasava a efetiva entrega da tutela jurisdicional. Nada obstante os incontestáveis benefícios já mencionados, eles não são suficientes para que a decisão seja alcançada com verdadeiro conteúdo de justiça. O conteúdo de justiça a que se faz alusão, significa que o juiz deve se preocupar em dar ganho de causa para aquele que realmente tenha razão, o que muitas das vezes não ocorre por falta de paridade de armas na dialética processual. Para que isso ocorra, é preciso dar azo ao ativismo judicial, que deve realizar-se desde o ajuizamento da petição inicial, até o desfecho da instrução processual. É nesse ponto que a Lei nº 9.099/95 traz dois dispositivos *sui generis*. Tratam-se dos artigos 5º. e 6º. da mencionada lei que apregoam respectivamente que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” e que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”. Portanto, a finalidade deste estudo será justamente conjugar a aplicação dos referidos dispositivos com o dirigismo judicial, para que seja alcançada a decisão equânime em cada caso concreto.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis. Liberdade Judicial. Equidade.

SINTESI

ARAGÃO FILHO, Roberto Hermidas. La Libertà Giudiziale e la Ricerca della soluzione giusta Nel Giudizio Speciale Civile. 2005. 122 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

La legge n° 9.099/95, che normalizza le Corte Speciali Civili e Criminali, da quando è entrata in vigore, ha promosso sostanziale trasformazione nel sistema giuridico brasiliano, nel provvedimento in cui ha facilitato lo accesso del giurisdizionato alla giustizia e ha purgato i riti processuali della esasperata formalità che tanto ritardava la consegna effettiva della tutela giurisdizionale. Nonostante gli incontestabili benefici già nominati, non sono sufficienti affinché la decisione sia giunta con il vero contenuto di giustizia. Il contenuto di giustizia a cui si fa riferimento, significa che il giudice deve preoccuparsi in concedere la vittoria della causa per quello che infatti abbia ragione, cosa che per varie volte non succede per assenza di parità delle armi nella dialettica processuale. Acciocchè questo avvenga, è necessario concedere causa all'attivismo giudiziale, che deve realizzarsi dall'inizio della citazione della petizione iniziale, fino allo scioglimento della istruzione processuale. È in questo punto che la Legge n° 9.099/95 porta due dispositivi *sui generis*. Trattandosi degli articoli 5° e 6° della nominata legge che predicano rispettivamente quello "il giudice presiederà il processo con libertà per determinare le prove ad essere prodotte, per apprezzarle e per concedere valore speciale alle regole di esperienza comune e tecnica" e che "il giudice adotterà in ogni caso la decisione che considerare più giusta e imparziale, deferendo ai fini sociali della legge e alle esigenze del bene comune". Dunque, la finalità di questo studio sarà giustamente conciliare la applicazione degli anzidetti dispositivi con la conduzione giudiziale, affinché sia raggiunta la decisione imparziale in ogni caso concreto.

Parole - chiavi : Corti Speciali Civile. Libertà Giudiziale. Equità.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I: INCURSÃO SOBRE A PECULIAR REALIDADE DOS JUIZADOS ESPECIAIS	15
1.1 Idiossincrasias da Lei nº 9.099/95.....	15
1.2 O uso judicial da eqüidade nos Juizados Especiais.....	17
1.3 A liberdade judicial para determinar provas de ofício.....	20
1.4 Os princípios Orientadores do Microsistema.....	25
1.4.1 Princípio da Oralidade.....	26
1.4.2 Princípios da Informalidade e da Simplicidade.....	30
1.4.3 Princípios da Economia Processual e da Gratuidade.....	31
1.4.4 Princípio da Celeridade.....	33
CAPÍTULO II: A LIBERDADE DO JULGADOR NA SELEÇÃO E VALORAÇÃO DAS PROVAS	35
2.1 A iniciativa judicial no processo.....	35
2.1.1 A igualdade substancial inter partes no processo.....	37
2.1.2 Determinação e seleção das provas pelo magistrado.....	40
2.1.3 A imparcialidade do juiz e as garantias processuais das partes.....	43
2.1.4 O compromisso estatal com a solução justa.....	45
2.2 O livre convencimento judicial.....	48
2.2.1 Mitigação do conceito de prova plena frente ao livre convencimento do juiz	50

2.2.2 As regras de experiência comum do juiz em consonância com <i>o jura novitt curia</i> e o princípio do livre convencimento.....	52
2.2.3 A experiência comum do juiz e a vulnerabilidade do consumidor.....	54
2.3 Sobre a indispensabilidade de motivação das decisões judiciais.....	57
2.4 Coletânea de Jurisprudência acerca da experiência comum do julgador.....	59

CAPÍTULO III: ATITUDES QUE PODEM SER TOMADAS PELO JUIZ DIANTE DE UM QUADRO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA..... 69

3.1 A insuficiência de Provas.....	69
3.1.1 A técnica de Cognição <i>Secundum Eventum Probationes</i>	70
3.1.2 A Inversão do ônus da Prova.....	72
3.2 A Presunção Judicial.....	73
3.3 O convencimento judicial a partir do comportamento das partes em juízo.....	76

CAPÍTULO IV: LIBERDADE JUDICIAL E EQÜIDADE..... 79

4.1 A eqüidade como princípio nos juizados especiais.....	79
4.2 O conceito de “bem comum”.....	82
4.3 Os fins sociais da Lei.....	83
4.4 Coletânea de jurisprudência comentada sobre a eqüidade.....	84

CAPÍTULO V: APROXIMAÇÃO DA EQÜIDADE COM AS PROPOSTAS DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO E COM O PRAGMATISMO NORTE-AMERICANO..... 94

5.1 O surgimento do sociologismo jurídico.....	94
--	----

5.2 Principais movimentos.....	96
5.3 A escola sociológica norte-americana.....	99
CAPÍTULO VI: EQÜIDADE É BOM SENSO.....	102
6.1 O inarredável subjetivismo do julgador.....	102
6.2 A sensibilidade ao decidir.....	103
6.3 O julgamento tendo como pressuposto a convicção que o Magistrado tem do justo: eqüidade e o princípio da proporcionalidade.....	105
CAPÍTULO VII: O JUIZ SE APODERA DA PARTE DISCRICIONÁRIA DA LEI.....	108
7.1 Há mais de uma possibilidade de decisão.....	108
7.2 Críticas: o direito sem balizas, a um passo da arbitrariedade.....	109
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

A presente dissertação se propõe a demonstrar que o microsistema dos juizados especiais conta com uma gama de dispositivos e princípios próprios que propiciam ao magistrado maior liberdade no momento do julgamento, facultando-lhe maior possibilidade de utilização da eqüidade e das regras da experiência comum para avaliar as provas que compõem o processo, tudo com o desiderato de entregar a tutela jurisdicional de maneira efetiva e ideal para a solução do litígio.

Cuida-se, portanto, da análise de uma realidade pragmática, bastante peculiar à sistemática judicial empregada nos Juizados Especiais Cíveis, regulada pela Lei 9.099/95, seara onde tramitam as causas de menor complexidade, normalmente aquelas cujo valor é de até quarenta salários mínimos.

Dentro desse contexto, o estudo abordará mais especificamente os artigos 5º e 6º da precitada lei, dispositivos estes que garantem maior liberdade ao julgador, se comparada à esfera ordinária, tanto no que se refere à iniciativa judicial para determinar prova *ex officio*, quanto na possibilidade de solucionar a lide consoante a experiência comum que o julgador tem do justo ao caso concreto (decisão por eqüidade).

A dissertação em lume trata também do dirigismo judicial no processo, ou, mais especificamente, da iniciativa judicial para a coleta das provas que deverão compor o feito, e de que forma isso pode ser engendrado, sem afetar princípios basilares do processo civil (inclusive aqueles de envergadura constitucional).

Isso vai implicar, logicamente, no desdobramento de outros princípios que regem o processo, como o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional do juiz, no princípio dispositivo, no da imparcialidade do juiz, no da ampla defesa, do devido processo legal, entre outros, que serão esmiuçados no transcorrer deste trabalho.

Ademais, o estudo se preocupa em mostrar o juiz da contemporaneidade, ser atuante e sensível à realidade circundante e disposto a dosar a aplicação rígida da lei com os critérios informativos do microsistema dos juizados, entre os quais, a equidade, que tem a precípua finalidade de compor o litígio de forma justa.

Com efeito, tem-se, a título de exemplo, o caso do consumidor que vem a juízo, desacompanhado de advogado, impugnar cobranças realizadas por administradora de cartão de crédito, a pretexto de estar sendo lesado por cobranças abusivas de juros, o que tecnicamente diz-se 'anatocismo'.

Em hipótese como a da espécie, a pessoa que vem a juízo, muitas das vezes humilde e de pouco estudo, mal tem idéia das provas que deve arregimentar para conformar a sua pretensão.

É então que entra o dirigismo judicial, cabendo ao juiz perquirir a realidade dos fatos aventados, e não apenas aceitar comodamente que as partes formem o arcabouço probatório ao talante delas próprias.

In casu, o juiz tem o dever de intervir ativamente na lide, determinando a confecção de prova de ofício, como a realização de parecer contábil (pelo próprio contador do Poder Judiciário), a fim de inteirar-se sobre se a empresa está aplicando juros sobre juros na cobrança guerreada.

Nesse elastério, da técnica da inversão do *onus probandi* também pode se valer o magistrado, como forma de diminuir a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor de serviços ou fabricante.

O precitado instituto jurídico, previsto no Código de Defesa do Consumidor, diz que o juiz pode inverter o ônus da prova em favor da parte hipossuficiente (consumidor), a fim de possibilitar-lhe condição mais favorável no processo.

Sucedo que o desavisado, ou melhor, aquele que desconhece a técnica processual, não tem noção do indigitado amparo judicial, e por tal condição, não está apto a sequer cogitá-lo. Eis que surge mais uma vez a oportunidade do ativismo judicial para socorrer o leigo, invertendo o ônus da prova de ofício, isto, é, sem ser provocado pela parte, prática esta sujeita a censuras, por pretensamente infringir o princípio da imparcialidade do julgador.

Outra hipótese. A do jurisdicionado desassistido de advogado que litiga contra uma grande firma, defendida naturalmente por grandes causídicos. Em audiência, o magistrado percebe a desigualdade de armas. O que fazer? A Lei 9.099/95, em seu artigo 9º., autoriza ao juiz aconselhar a parte vulnerável a ter o patrocínio de um defensor público. Mas, se ela o recusar? Pode o juiz nomeá-lo *ex officio*? Penso que sim, porque a compreensão do leigo, muitas das vezes analfabeto, chega mesmo a retirar-lhe o discernimento a respeito das possibilidades jurídicas de lograr êxito na demanda.

Vale anotar que imparcialidade não significa neutralidade diante dos valores que estão em jogo no processo. Não há qualquer dessintonia entre tal princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, esta é a mais lúdima intenção do

processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tenha razão.

Estas e outras questões serão abordadas nesta dissertação, sempre levando-se em consideração a liberdade judicial, consoante os dizeres dos artigos 5º. e 6º. da mencionada lei que apregoam respectivamente:

O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Vale anotar que o tema sob enfoque será primeiramente analisado a partir de uma rápida incursão na realidade vigente dos Juizados Especiais, suas especificidades e princípios, a fim de que o leitor se familiarize com os ideais do microssistema.

O estudo traz também em seu bojo, dois grandes capítulos que pretendem dilucidar os vários aspectos da aplicação pragmática da equidade e das regras de experiência.

Concomitantemente à isso, será derreada farta casuística concernente ao tema, perlustrando a efetiva concretização dos inculcados preceitos (art. 5º e 6º da Lei nº 9.099/95).

CAPÍTULO I
INCURSÃO SOBRE A PECULIAR REALIDADE DOS JUIZADOS ESPECIAIS
CÍVEIS

1.1 Idiossincrasias da Lei dos Juizados Especiais

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os "Juizados Especiais Cíveis e Criminais" e dá outras providências, está fundada nos artigos 24, X, e 98, I, da Constituição Federal de 1988 – Visa, ao revogar a Lei nº 7.244/84 – esta referente exclusivamente ao "Juizado de Pequenas Causas" (artigo 97 da Lei nº 9.099/95) –, a criação de um Órgão da Justiça Ordinária destinado a apreciar não só as "causas de pequeno valor", mas também as "causas de menor complexidade", a fim de que, nessas ações, seja viabilizada a rápida procura da verdade, propiciando decisões lógicas e com equidade. E que se dê um tratamento conciliatório e igualitário aos litigantes, com garantias de acesso à Justiça (Direito do Cidadão) e à liberdade do cidadão (presente na esfera Criminal), além de possibilitar um processo menos oneroso tanto para as partes como para o Estado (artigo 2º da Lei nº 9.099/95).

Inspirado em tais ideais, os juizados surgiram com a difícil missão de promover o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário – à medida que aproxima o jurisdicionado do Justiça – facilitando e desburocratizando o acesso do

cidadão comum na lúdima intenção de proporcionar-lhe a entrega das pretensões resistidas ou insatisfeitas de direito material.

De fato, a lei tem tudo para revolucionar, eis que prevê um rito estreito, com reduzido número de recursos, além do que, não impõe, em primeiro grau, a cobrança de custas judiciais ou honorários.

Estes, sem dúvida, são fatores dessa equação que tem tudo para dar certo, posto que resulta na afluência de um maior número de jurisdicionados e no dinamismo na entrega da tutela jurisdicional.

Nesse diapasão desburocratizante, no qual sobreleva-se a simplicidade e a informalidade dos atos judiciais, pode-se dar ainda especial relevo ao que predispõe o artigo 6º da mencionada lei, que confere ao juiz em seu papel de aplicador da lei, “a possibilidade de decidir de forma mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”, constituindo-se este um dos principais enfoques deste estudo.

Pela própria natureza e função do microssistema instituído pela Lei nº 9.099/95, a lei prevê (em seu artigo 6º), de maneira expressa, o abrandamento da jurisdição de direito (em seu sentido dogmático), permitindo um julgamento com maior liberdade judicial, com o especial fito de identificar a justiça em cada caso concreto.

Inegável que o referido artigo permite ao intérprete-aplicador corrigir a inadequação da norma à realidade fático-social e aos valores positivados, harmonizando o rígido e abstrato caráter da norma à realidade, mitigando seu rigor, corrigindo-lhe os desacertos, ajustando-a do melhor modo possível ao caso concreto, ou seja, aplicando a equidade em sua dose certa.

Outra inolvidável idiosincrasia da Lei nº 9.099, é prevista em seu artigo 5º, que proporciona maior liberdade para o juiz dirigir o processo e para nele determinar as provas úteis para o deslinde da controvérsia, mesmo que assim o faça de ofício, circunstância que demonstra a mitigação do princípio dispositivo e o enaltecimento daquele que preceitua que o 'juiz conhece o direito'.

Para dar lastro à aplicação dos artigos antes enunciados, cumpre discorrer acerca dos critérios informativos do microsistema, enumerados em seu artigo 2º, que são os seguintes: oralidade, informalidade, simplicidade e economia processual.

1.2 Uso Judicial da Eqüidade nos Juizados Especiais

Antes de tratar do uso da judicial da eqüidade, vale anotar que ela pode ser conceituada como o restabelecimento da justa proporção, o exato equilíbrio entre o Direito e a Vida.

Para Aristóteles, eqüidade é a mitigação da lei escrita, por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar e ao tempo. Wolff a entende como uma virtude que nos ensina a dar a outrem aquilo que só imperfeitamente lhe é devido. Os romanos viam na eqüidade a *iustitia dulcore misericordiae temperata*, ou a justiça doce e temperada de misericórdia¹.

Com essa concepção é que no âmbito dos juizados especiais, o juiz deve preocupar-se em dar o melhor desfecho possível à demanda que lhe é submetida, encontrando a decisão que lhe pareça justa para compor o litígio.

¹ SIDOU, J.M. Othon. **Fundamentos do Direito Aplicado**. [s.l]: Forense Universitária, 2003. p. 162.

Não que para tanto o faça ao arripio dos procedimentos traçados para o processo, mas que o julgador utilize-se de sua sensibilidade e perspicácia para perceber, em realidade, quem está verdadeiramente tendo a sua pretensão de direito material fustigada e que, por tal condição, mereça a devida reparação.

É com esse entendimento, que se pretende demonstrar neste trabalho, que a equidade, na seara da Lei nº 9.099, não será empregada apenas e tão somente àqueles casos onde há lacuna da norma, ou seja, onde o sistema jurídico não prevê regulação específica.

A equidade não é, no microsistema dos juizados, apenas meio de integração de lacunas, constitui mesmo dispositivo que alcança status de princípio coadjuvante do juiz para que seja realizado o julgamento justo.

Na dicção do professor Ricardo Cunha Chimenti:

Sem as limitações previstas no artigo 127 do CPC, o artigo 6º da Lei nº 9.099/95 autoriza o julgamento por equidade sempre que esse critério atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Conforme leciona o Prof. Antônio Cláudio da Costa Machado, “a equidade é a permissão dada ao juiz para fazer justiça sem sujeitar-se de forma absoluta à vontade contida na regra legal; é liberdade para dar a cada um o que é seu sem subordinar-se rigorosamente ao direito escrito²”

Isso porque infiro que o caráter de excepcionalidade para a aplicação da equidade vigente na justiça comum, por força do disposto no artigo 4º, da LICC³ – no sentido de que ela só será aplicada quando a lei for omissa – ou pelo que prescreve o artigo 127 do Código de Processo Civil⁴, não se compatibiliza com a natureza

² CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 74.

³ Lei de Introdução do Código Civil, artigo 4º: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito”.

⁴ Impede que o juiz integre a lacuna por este método, exceto nos casos previstos em lei, como no caso do artigo 1.109 do Código de Processo Civil.

informal e desburocratizante que rege o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis⁵.

Aliás, é a própria lei nº 9.099/95 que coíbe a aplicação supletiva da legislação ordinária quando esta não for compatível com seus preceitos e princípios orientadores⁶.

Bem verdade, cabe ao magistrado, na ausência de dispositivo específico da lei para a regulação do caso concreto, usar de sua criatividade para encontrar soluções que atendam aos seus critérios informativos, afastando-se, preferencialmente, das regras preconizadas no Código de Processo Civil ou em Leis especiais, sempre que estas entrem em conflito com qualquer dos princípios orientadores do microsistema, vazados no artigo 2º.

Nesse elastério, é de bom grado consignar, que o ato processual inovador será sempre válido desde que: seja fundamentado na lei; atinja a finalidade para qual foi produzido; e que não cause qualquer prejuízo à parte *ex-adversa* dentro da dialética processual, consoante dicção do artigo 13 da propalada lei.⁷

Também não é exato afirmar que se queira dar azo ao ativismo jurídico, posto que o que se intenta é, nada mais nada menos, proporcionar aplicação aos instrumentos que a própria lei colocou à disposição do magistrado para mitigar os rigores da norma como: a) o controle *in concreto* da constitucionalidade das leis, podendo o juiz deixar de aplicar norma que considere inconstitucional; b) a

⁵ Art. 2º. da Lei nº 9.099/95. Estabelece os critérios norteadores do sistema, como o da informalidade e da simplicidade dos atos processuais.

⁶ FIGUEIRA JR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos J.E.Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 39.

⁷ Art. 13. “Os atos processuais serão sempre válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no artigo 2º. Desta lei.

interpretação da lei no sentido de atender aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum⁸.

1.3 Liberdade Judicial para determinar as provas no processo

Outro fator que propicia ao decisor maior liberdade, especialmente nos Juizados Especiais, tem a ver com a valoração das provas, sobretudo porque é na seleção e valoração delas que o magistrado encontrará sustentação para declinar uma decisão justa.

Com efeito, essa predisposição vem bem delineada no artigo quinto da retratada Lei dos Juizados Especiais, quando prescreve: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica”.

Nesse corolário, e colimando chegar a uma decisão justa, poderá o juiz, como dirigente do feito, determinar as provas úteis para o deslinde da controvérsia, devendo descartar, por outra via, as provas desnecessárias ou protelatórias, tal como já observava o artigo 130 do Código de Processo Civil⁹.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

⁹ 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”.

É o caso da decisão judicial que denega a realização de perícia datiloscópica em ação de danos morais decorrentes de saques indevidos engendrados por meio de cheques fraudados em conta-corrente¹⁰.

Na hipótese, o ponto nodal do litígio reside em lucubrar se a assinatura lavrada em cheque foi ou não fraudulenta. O magistrado pode descartar a perícia quando é flagrante a fraude, ou seja, quando a assinatura engendrada na cártula é visivelmente divergente da legítima rubrica do correntista.

Claro que o convencimento do juiz vai arrimar-se em outros elementos de prova, como, o local onde foi emitido o cheque (geralmente localidade diversa de onde reside a vítima), o fato de a parte autora ter comunicado com antecedência o furto do talonário, entre outros.

No exemplo citado, o juiz foi capaz de dilucidar o litígio por outros meios de prova. E o fato de ele ter repudiado a perícia, prova intrincada que retardaria o processo (e o afastaria da esfera de competência 'das pequenas causas', eis que a seara não admite a realização de perícia) foi salutar para a pronta e efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Note-se que o princípio "Dispositivo" – aquele no qual o juiz no processo deve ser inerte, um mero depositário das provas coligidas pelas partes – perde espaço para o princípio da "Livre Investigação da prova", e para o *jura novit curia* – o juiz conhece o Direito – o que constitui mais um exemplo de que o magistrado, durante o desenrolar da instrução do feito (e não apenas quando da prolação da sentença), deve estar, a todo instante, atento com a composição das provas no processo, a fim de que não lhe seja desvirtuada a tese que se lhe afigurará mais justa quando da

¹⁰ VOTO: Se a adulteração nos valores dos recibos apresentados pela demandada, fls. 09 e 10, é flagrante, grosseira, o julgador pode desconsiderar os documentos desde logo, independentemente de perícia. Após, determinará às providências tendentes à responsabilização criminal do responsável (2ª TURMA RECURSAL, PORTO ALEGRE – RS; PROCESSO Nº 01596930972)

prolação da sentença, assim também com o seu dever de ofício, que é de velar pela rápida solução do litígio (art.125, II do Código de Processo Civil).

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, lembra com toda a propriedade que:

O Código, como se vê, não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento é oficial. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito. Eis porque o Juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa¹¹.

Dessarte, tem sim o julgador maior iniciativa probatória na seara dos juizados especiais cíveis, mormente naquelas hipóteses em que existe significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes envolvidas no litígio.

Alerte-se apenas, que o magistrado deve atentar para não violar o princípio da imparcialidade judicial, bem como os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e outros tantos de igual envergadura.

Para tanto, cumpre sempre motivar a decisão, no tocante a produção de prova determinada de ofício, fazendo-o no sentido de que tal mister seja imperioso para a formação do seu livre convencimento e para a elucidação do imbróglio judicial.

Ainda sobre o dispositivo em comento, poderá o juiz atribuir especial valor à determinada prova, atendendo às regras de experiência comum ou técnica, para o julgamento da lide.

O Código de Processo Civil, em idêntico sentido já dispunha em seu artigo 335, que: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 147.

experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

O retratado dispositivo supõe a falta de normas jurídicas relativas às provas e confere ao juiz a oportunidade e o dever de aplicar regras de experiência comum, que, naturalmente, provenham de observação do que de ordinário acontece, bem como as regras de experiência técnica, ressalvando quanto a esta, o exame pericial.

Observe-se que a regra de experiência comum, na justiça ordinária, só é aplicável se não houver regra jurídica especial a respeito. Pontes de Miranda assinala a respeito que:

Há, aí, subsidiariedade: não havendo regra jurídica particular (no tocante a espécie), aplica-se a regra de experiência comum. De outro modo, a regra de experiência comum não se faz regra jurídica, porque, em verdade, o artigo 335 é que é regra jurídica, incidente na falta de regras jurídicas particulares. Alguns comentadores não atendem a que há regra jurídica por sobre a regra jurídica da experiência comum, ou mesmo de experiência técnica. Não se jurisdicizam tais regras de experiência, apenas delas se faz conteúdo de regra jurídica, que é, por exemplo, a do artigo 335¹².

A Lei dos Juizados Especiais, em contrário, admite que o juiz confira especial valor às regras de experiência comum ou técnica, a despeito da existência ou não de normas jurídicas particulares, tendo, pois, maior alcance prático do que a norma inserida no CPC.

Dessume-se que, no microssistema em análise, a experiência comum convolou-se em regra jurídica de plena aplicação, e não apenas uma medida complementar ou subsidiária, como bem anotou Pontes de Miranda.

Cumprе esclarecer o que são as regras de experiência comum.

Ronaldo Frigini, discorre acerca do tema que:

¹² PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. [s.l.]: Forense, p. 280. Tomo 4.

Inicialmente, cumpre esclarecer o que são regras de experiência comum. Com se disse acima, o juiz não é um ser sobrenatural, mas faz parte de um todo social. Tem as mesmas sensações, as mesmas emoções naturais a qualquer pessoa; não é alguém superior, pois, como parte de um todo unitário, penetra a realidade dos semelhantes, de onde acrescenta conhecimentos extrajudiciais à sua cultura jurídica. E, da conjugação dessa vivência, transportará para a decisão a sua observação do que comumente acontece em face deste ou daquele bem da vida¹³.

A vivência do Juiz, desde as experiências mais corriqueiras, passando pelos informes que lê nos noticiários ou mesmo aqueles repassados por pessoas com que trava relação, bem ainda pelas adversidades que enfrenta no cotidiano, são fundamentais ao decidir a vida das pessoas.

Eis o porquê de o magistrado utilizar tal experiência, a qual, aliada a sua empatia em relação às partes, a fim de poder entender a conduta de cada uma delas, poderá, então, sopesar tais elementos e guiar-se não só pelas leis, mas também pelo bom-senso e pelo sentimento de equidade para fazer justiça ao caso concreto.

Retira-se que o precitado dispositivo é mais uma fonte destinada a propiciar ao magistrado maior liberdade judicial, pois ele, utilizando-se de sua argúcia e sensibilidade poderá chegar à decisão tomada a partir da equidade e de sua experiência comum a respeito dos fatos apresentados e não só a partir da interpretação literal da lei.

Por óbvio que, com a aplicação do dispositivo em comento, não se está liberando o magistrado do dever de motivação.

Ao se aplicar as regras da experiência comum, deve o julgador motivar seu ato decisório, a fim de garantir, pela transparência, o efetivo controle sobre a legitimidade.

¹³ FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis**. 2. ed. [s.l.]: JH Mizuno, 2004. p. 127.

Maria Thereza Gonçalves Pero, acentua que é a partir da motivação das decisões judiciais que as partes envolvidas no processo poderão distinguir o juízo pautado na lei da arbitrariedade.

A respeito, transcreve-se a citação abaixo:

Interpretando os motivos que levaram o julgador a decidir desta ou daquela forma, e num apelo ao passado, o observador pode constatar sua consonância com o ordenamento e os fins por ele propostos, o que a transforma (a motivação), no elemento-chave que irá distinguir o legítimo exercício do poder – aquele poder de que o juiz é investido e que emana do povo e em seu nome é exercido – da arbitrariedade¹⁴.

1.4 Os Princípios orientadores dos Juizados Especiais

Como já declinado nos tópicos precedentes, a lei nº 9.099/95 cuidou de delinear um microsistema com suas próprias peculiaridades, com suas idiosincrasias, tanto é que só se pode acorrer ao Código de Processo Civil subsidiariamente e se a aplicação de tais regras guardarem ressonância com as preceituadas na lei especial.

Disto resulta que os juizados possuem realidade particular, a qual deve ser pautada pelos seus próprios critérios informativos ou princípios insculpidos no artigo 2º, cuja redação enuncia que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação e a transação”.

¹⁴ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da Sentença Cível**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.176.

Tais princípios informativos, orientadores de todo o microsistema dos Juizados Especiais, inseridos no precitado artigo são os seguintes: oralidade, informalidade, simplicidade e economia processual.

Estes princípios têm como escopo predominante a realização de acordo, pois o fim primeiro da lei é o de atingir a pacificação social. Entrementes, isso não ocorrendo, deve o juízo perseguir a entrega célere da tutela judicial aos jurisdicionados, sem as amarras burocratizantes do formalismo exagerado.

A seguir serão explicitados os princípios antes enumerados, um a um, para a melhor compreensão da realidade vigente no indigitado microsistema.

1.4.1 Princípio da Oralidade

Por este princípio, sobreleva-se a importância da palavra oral sobre a escrita, com o fito de conferir maior agilidade na entrega da prestação jurisdicional¹⁵.

O princípio da oralidade desdobra-se em outros sub-princípios, quais sejam:

a) Prevalência da palavra falada

Prevalece a palavra falada como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e de documentação.

¹⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.64.

Para concretizar tal orientação é que o legislador, para dar mais celeridade ao ato processual, autoriza a gravação das audiências, devendo ser registrados no termo, apenas os atos essenciais ao desate da lide.

Nestes termos, o parágrafo terceiro do artigo 13 da lei em comento, enuncia:

apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos, poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.

Da mesma forma, na colheita da prova oral, na audiência de instrução e julgamento, dá-se ênfase à oralidade, conforme diz o artigo 36 da mesma lei, *in litteris*: “ A prova oral não será reduzida a escrito¹⁶, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos”.

b) Imediatidade entre as partes e o juiz e com as pessoas cujas declarações serão tomadas em audiência.

Consiste na relação direta que deve haver entre o magistrado, as partes que compõem a relação processual e as pessoas que deverão depor, como testemunhas, técnicos ou peritos.

Este princípio guarda especial relevância, porque é do contato direto entre o juiz e a prova oral que se extrairá importantes elementos para a formação da persuasão racional do magistrado.

Quer-se dizer que a impressão retirada da conduta das partes ou testemunhas, quando em depoimento na audiência instrutória, a partir de suas

¹⁶ Mas poderá ser gravada (art.13, par. 3º.), sendo facultado às partes requerer a transcrição dessa gravação, na oportunidade do recurso (art. 44).

reações, como expressão facial, tom de voz, se hesitante ou firme é que sobressairão elementos de convicção para a integração do convencimento judicial.

Daí é que Moniz de Aragão, ao comentar o artigo 332 do CPC, afirma, categoricamente, que ele autoriza o julgador a extrair argumentos de prova da conduta processual das partes.

Especialmente supérflua qualquer norma legal expressa que obrigue ou proíba o juiz de tomar em consideração, no momento de sentenciar, a conduta processual das partes. [...] o comportamento da parte é dado relevante, que pode ser tomado em consideração à face do texto expresso do artigo 332. ainda nesse ponto, a lei civil apenas explicita o que é aceito e assente¹⁷.

E não é só isso. O imediatismo entre juiz e partes é o que verdadeiramente traz ao julgador o drama vivenciado por elas, ao vivo e em cores, o que lhe faz sentir o clamor das pretensões aduzidas em juízo com maior nitidez do que a frias letras constantes das petições.

c) Identidade Física do Juiz

Quando o juiz examina diretamente a prova realizada em audiência, é capaz de aclarar e descobrir os elos entre os principais elementos do julgamento, sentindo-se assim mais conhecedor da realidade factual e sensível às peculiaridades do caso concreto.

¹⁷ ARAGÃO, E. Moniz de. Regras de Prova no Código Civil. **Revista do Processo**, São Paulo, v.116, p. 21, [s.d].

d) A concentração da Causa no Tempo

Todos os atos processuais devem concentrar-se em uma única oportunidade, que é a audiência de instrução e julgamento, onde será oferecida a defesa, para em seguida, caso frustrada a tentativa conciliatória, serem tomados os depoimentos pessoais da partes e das testemunhas. Ato contínuo, a sentença deve ser promulgada, ou, quando o magistrado não se sentir seguro, intimar as partes da data em que será publicada a decisão.

e) A Irrecorribilidade das Interlocutórias

Para pôr em prática a oralidade e a concentração dos atos, exige-se, ademais, que a decisão do incidente não seja recorrível em separado da questão principal, sendo por isso incabível a interposição de agravo, seja instrumentalizado ou retido.¹⁸

Entrementes, quando se tratar de decisão teratológica e que pode trazer dano iminente e irreversível para a parte prejudicada, ela pode impetrar mandado de segurança para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais¹⁹.

¹⁸ “Das decisões proferidas nos Juizados Especiais, somente são cabíveis os recursos previstos nos artigos 41 e 48 da Lei nº 9.099/95 (recurso inominado e embargos de declaração), não se admitindo o recurso de agravo, instrumentalizado ou retido”. Enunciado 10 do Colégio Recursal de Pernambuco.

¹⁹ Súmula 08 da Coordenadoria dos Juizados Especiais do Poder Judiciário do Estado do Amazonas: “O mandado de Segurança não se pode constituir em sucedâneo dos recursos de agravo de instrumento e inominado, à exceção quando manejado contra despacho de natureza teratológica ou quando importar em prejuízo iminente”.

1.4.2 Princípios da Informalidade e da Simplicidade

Seguindo a orientação de que o processo não é um fim em si mesmo e que o objetivo maior deve ser a persecução da decisão justa, de forma simples e desburocratizada, é o que o artigo 13 da lei especial estatui que “independente da forma adotada, os atos processuais serão considerados válidos desde que atinjam a sua finalidade”.

Nos Juizados Especiais podem ser citadas as seguintes simplificações:

A citação postal da pessoa jurídica é efetivada pela simples entrega de correspondência ao encarregado da recepção (art.18, II da Lei 9.099), ao passo que no Código de Processo Civil, impõe-se a entrega à pessoa com poderes de gerência ou administração.

A petição inicial pode ser formulada sem todos os requisitos do artigo 282 do CPC, sendo bastantes a qualificação das partes, bem como a declinação do pedido e da causa de pedir (art.14, parágrafo 1º da Lei nº 9.099/95).

Caso alguma das partes tenha mudado de endereço sem a devida comunicação ao juízo, reputar-se-á efetivada sua intimação com o simples encaminhamento da correspondência ao seu endereço, tendo a nota de devolução da correspondência o mesmo valor do aviso de recebimento²⁰.

²⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d]. p. 12.

Também é considerada válida a intimação pela via telefônica ou por qualquer meio idôneo de comunicação, devendo a secretaria certificar por termo nos autos quanto a sua ocorrência²¹.

1.4.3 Princípio da Economia Processual e da Gratuidade

O princípio da economia processual consiste na obtenção do máximo resultado com o menor número possível de atos processuais.

Nesse corolário, deve-se dispensar a confecção de atos processuais inócuos e que tendem a protelar o andamento do processo como, por exemplo, a reconstituição de acidente de trânsito, prova esta que só merece ser refeita se houver flagrante contradição do laudo pericial ou nulidade crassa.²²

Outra prática que se deve evitar é a abertura de prazo para o oferecimento de alegações finais pelas partes.

O procedimento da Lei dos Juizados Especiais não prevê tal oportunidade. Por isso, perde-se tempo e retarda-se a entrega do provimento judicial, posto que as partes terão de fazer carga dos autos, bem como terão prazo para engendrar suas derradeiras proposições.

Além do que, é natural que as novas peças introduzidas aos autos tragam maior dificuldade para o julgamento, vez que o magistrado despenderá mais tempo estudando-as.

²¹ Enunciado 11 da Coordenadoria dos Juizados Especiais do Poder Judiciário do Estado do Amazonas.

²² Enunciado 25 da Coordenadoria dos JEC do Estado do Amazonas: “não há cerceamento de defesa quando o magistrado do Juizado Especial de Trânsito indefere, motivadamente, pedido de reconstituição de acidente”.

Contudo, para não prejudicar a ampla defesa das partes, sobretudo naqueles casos em que foram produzidas provas em copiosa quantidade durante a instrução, recomenda-se que o magistrado confira oportunidade aos patronos para aduzirem suas alegações finais na própria audiência, fazendo-se valer o princípio da oralidade.

Com o fito de atingir a mesma finalidade acima declinada, impõe-se ao magistrado decidir, de plano, acerca das preliminares e incidentes argüidos em audiência de instrução, reservando-se à sentença final apenas para o julgamento do mérito²³.

A medida é imperiosa por economia processual, haja vista que seria perda de tempo realizar longa instrução quando seria o caso, *verbi gratia*, de extinção do feito por uma das hipóteses do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Já o princípio da gratuidade estabelece que, da propositura da ação até o julgamento pelo juiz singular, em regra, as partes estão dispensadas do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Entrementes, nos casos em que o juiz constatar litigância de má-fé, poderá condenar o vencido ao pagamento das custas e honorários de advogado (artigos 54 e 55 da Lei nº 9.099/95).

O fator determinante da gratuidade é o grau de jurisdição e não a espécie do processo (conhecimento ou execução). Conseqüentemente, mesmo na hipótese da improcedência dos embargos à execução, não serão devidos os honorários de advogado, impondo-se ao vencido em primeiro grau tão somente a obrigação de pagar às custas do processo.

²³ Enunciado 9 da Coordenadoria dos JEC do Estado do Amazonas da Coordenadoria dos JEC do Estado do Amazonas.

1.4.4 Princípio da Celeridade

A celeridade processual tem a ver com a exigüidade do tempo com que os atos processuais devem ser desempenhados, fator este preponderante para o sucesso dos Juizados, os quais podem funcionar ininterruptamente, no sentido de que as causas em andamento não devem se suspender com o advento das férias forenses (provimento 806 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo), pois seria um elemento prejudicial à referida característica do processo²⁴.

Como exemplo da celeridade, tem-se que o magistrado, ao término da audiência de instrução e julgamento, quando não for possível prolatar de logo a decisão, deve intimar as partes da data em que será publicada a sentença.

A medida é salutar eis que se evita a perda de tempo com a expedição de cartas de intimação²⁵.

Outra providência que se destina ao ganho de tempo e efetividade no processo, concerne ao início do prazo para a interposição do recurso inominado, que é contado da data do recebimento da intimação da sentença e não da juntada do AR ou do mandado aos autos.²⁶

A preocupação com a celeridade processual também pode ser percebida no artigo 50 da retratada lei, que cuida da contagem do prazo para a interposição dos embargos declaratórios.

²⁴ FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis**. 2. ed. [s.l.]: JH Mizuno, 2004. p. 63.

²⁵ Enunciado 6 da Coordenadoria dos JEC do Estado do Amazonas.

²⁶ Enunciado 31 da Coordenadoria dos JEC do Estado do Amazonas.

O dispositivo em comento tem o seguinte enunciado: “Quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para recurso”.

É aí que se percebe mais uma peculiaridade da citada lei, a de que os embargos não interrompem, mas apenas suspendem a contagem do prazo recursal, diferentemente do que prediz o artigo 538 do Código de Processo, onde se lê que os embargos interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, o artigo 50 estabelece tão somente a suspensão do prazo, do que se infere que o lapso recursal, a partir do julgamento dos embargos, não é renovado integralmente, mas sim recomeça no estado em que parou.

CAPÍTULO II

A LIBERDADE DO JULGADOR NA SELEÇÃO E VALORAÇÃO DAS PROVAS

2.1 A Iniciativa Judicial no Processo

A partir da segunda metade do século XIX, a liberdade individual chega ao ápice e tal liberalismo envolve o processo e a atuação do juiz. Nessa época, o Direito Processual é extremamente individualista, nele prevalece a vontade privada sobre o interesse público, inexistente demanda promovida de ofício, o impulso processual depende do alvedrio das partes, e o juiz não tem nenhum poder para produzir provas.²⁷

O lema predominante era: *laissez faire, laissez passer*... Nesse contexto, a liberdade individual exacerba-se e até mesmo o processo é visto como um contrato, posto que mesmo o andamento dele depende do acordo de vontade das partes.

Dinamarco resume bem a situação do Direito Processual Civil e do processo até meados do século passado:

Tinha-se, então, a remançosa de uma visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como o Direito Subjetivo Lesado (ou o resultado da lesão ao Direito Subjetivo), a jurisdição como o sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento), incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*ius quod sibi debeat, iudicio persequendi*), e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco

²⁷ GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo**. [s.l.]: Forense, [s.d]. p. 26.

participativa do juiz. Era o campo mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais, que são diretos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigente²⁸

Entretanto, com a transição do liberalismo individualista para o Estado Social de Direito, ocorre marcante incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade.

No plano processual, a substancial mudança pode ser traduzida no fenômeno pela “intensificação da atividade do juiz na direção do processo”, cujo comportamento já não pode ser a de um ente impassível e distante da atuação das partes, à espera somente do momento culminante do procedimento, que é o de proclamar o resultado da pendenga jurídica.

O Código acolheu o princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata parium iudicare debet*). Mas o abrandou, permitindo a iniciativa probatória do juiz, haja vista que a publicização do processo e a socialização do direito implicam, cada vez mais, a busca da verdade real.

O juiz, entretanto, somente deverá tomar a **iniciativa** probatória quando a **prova** se fizer necessária ao conhecimento da verdade que interessa ao melhor e mais justo julgamento da causa. Essa iniciativa reclama, no entanto, constante perspicácia do julgador em face de provas contraditórias, confusas, incompletas ou de cuja existência ele tenha conhecimento. Chega-se a ilação, portanto, que a iniciativa probatória do juiz pode ocorrer em qualquer fase, uma vez que a mesma não se sujeita aos efeitos inerentes à preclusão²⁹.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 14.

²⁹ **Código de Processo Civil Anotado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. Artigo 1.

O juiz contemporâneo, pois, não é mais esse ser inanimado. Do contrário, revela-se dinâmico na incessante busca da verdade real. Não que ele se utilize dos poderes de juiz tal qual um ditador, em detrimento dos direitos das partes, mas para equilibrar o interesse privado destas, de verem satisfeitas suas pretensões, com o interesse público inerente ao escopo máximo da jurisdição: a solução pacífica e justa dos conflitos intersubjetivos.

Nas palavras do Prof. Vallisney de Souza Oliveira:

De fato, após acionada a jurisdição, ao juiz cumpre atuar de ofício para colher as provas necessárias ao julgamento da causa, conduzir o processo e, enfim, dar a prestação jurisdicional, independente de provocação da parte sendo esses atos oficiais inerentes à própria função jurisdicional. Contudo, tal oficialidade não elimina a necessidade de a parte dispor de seu direito, salvo se esse direito for legalmente indisponível ou se o interesse público e a efetividade da justiça exigirem uma atuação judiciária que possa influenciar na disposição do direito material do litigante.³⁰

Adverte-se, porém, que apesar de o magistrado poder praticar atos probatórios de ofício, não poderá, como regra, afastar-se da vontade manifesta no pedido da parte, sob pena de violar o princípio da congruência, o que importa em julgamento *extra, ultra ou citra petita*.

2.1.1 A Igualdade substancial inter partes no Processo

A iniciativa judicial, no microssistema em análise, é tão imperativa que se presta até para justificar princípios constitucionais, como o da isonomia e da ampla

³⁰ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da Sentença e o Princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

defesa, em face do permissivo do artigo 9º da Lei dos Juizados, que permite ao leigo postular desassistido de advogado.

Nesse sentido, tome-se como exemplo o caso da pessoa carente e de pouco escolaridade que ingressa em juízo contra uma grande firma.

Naturalmente que a firma virá representada por grandes advogados, ao passo que aquele carente, mal saberá expressar a sua pretensão.

Daí impende ao magistrado nomear advogado público, a despeito da renitência da parte postulante em aceitá-lo. Fará, desta forma, nada mais que aplicar o artigo 9º da Lei dos Juizados que prediz: “ sendo facultativa a assistência (por advogado), se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial na forma da lei local”.

E adiante acrescenta em seu parágrafo segundo: “o juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar”.

Como já salientado, cumpre ao juiz agir de ofício no intento de proporcionar a real isonomia entre as partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal (igualdade de tratamento e de oportunidades), mas principalmente sob o aspecto material, ou seja, a igualdade substancial, podendo esta ser entendida em sua dimensão dinâmica assumida no processo, onde o Estado tem o dever de agir para suprir as desigualdades reais existentes inter partes.

Como bem anota Paulo Henrique dos Santos Lucon:

No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta a igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva

em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres. Ao Julgador compete assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto.³¹

A respeito da paridade de armas no processo, Comoglio erigiu importante estudo do novo artigo 111 da Constituição Italiana, destacando-a como condição essencial e irrenunciável do justo processo, consoante a seguinte transcrição:

A regulamentação da lei acerca das condições essenciais (inalienáveis e irrenunciáveis) do justo processo, delineada no novo artigo 111, par. 2º., indica peremptoriamente que o processo não pode ser dito justo, senão enquanto a lei respeite as suas intrínsecas condições, quais sejam: o contraditório, a paridade de armas, a imparcialidade do juiz e a sua razoável duração³²

Ainda sobre a igualdade substancial adverte Marinoni:

O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adiante igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado Social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa eliminar. Na realidade, na verdade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje³³.

³¹ Apud TUCCI, José Rogério Cruz e. A garantia do tratamento paritário das partes. In: **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97.

³² COMOGLIO, Luigi Paolo. Il Giusto Processo Civile in Italia Nella Dimensione Comparatistica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 170, out./2002.

La regolamentazione per legge delle sole componenti o condizioni essenziale (ed inalienabili o irrinunciabili) Del giusto processo, delineate nel nuovo art.111, 2º. comma. Nell' indicata concezione, è certo, invece, che il processo non possa dir-si giusto, se non in quanto la legge, da cui comunque regolato, rispetti ab intrinseco le predette condizioni, quali sono: il contraddittorio, la parità delle armi, la terzietà e imparzialità del giudice e la ragionevole durata

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 102.

2.1.2 Determinação e Seleção das Provas pelo Magistrado

O papel desempenhado atualmente pelo magistrado não é mais de mero espectador ou depositário de provas. O juiz tem se mostrado ativo na dialética processual, conduzindo o feito alvitando atingir o resultado justo ao caso concreto.

Daí é que a partir da compreensão do imbróglio jurídico, o magistrado deverá descartar as medidas e provas protelatórias e mesmo requisitar outras não solicitadas pelas partes, mas que poderão levar à decisão ideal.

Não que o juízo tenha a liberdade para escolher as provas ao seu talante. Isso seria um erro grave, eis que poderia resultar em violação ao direito de ampla defesa, cânone constitucional.

Entretanto, o juiz tem a liberdade de denegar a confecção de prova evidentemente protelatória, desde que o faça fundamentadamente.

Por exemplo, um pedido de reconstituição em acidente de veículos. Este é um pleito corriqueiro em varas de trânsito, formulado geralmente por aquele que teve contra si a conclusão do laudo pericial. Todavia, a pretensão, por seu caráter manifestamente protelatório, só deve ser autorizada excepcionalmente, como na ocasião de flagrante contradição ou nulidade crassa do laudo original³⁴.

³⁴ ACIDENTE DE TRÂNSITO. PREFERÊNCIA. CULPABILIDADE.

Processual Civil – Indenização - Responsabilidade civil – Acidente de veículo – Ingresso em via marginal – Preferência – Culpabilidade – Não reconstituição do acidente – Ausência de nulidade. Decide com acerto o magistrado ao reconhecer a responsabilidade civil do motorista do veículo que ingressa em via marginal sem respeitar a preferência dos veículos que por esta trafegam, causando o acidente e conseqüentes danos ao outro veículo envolvido, baseando-se na prova produzida (boletim de ocorrência). **Não ocorre vício que possa macular o processo, seja por ofensa ao devido processo legal ou por cerceamento de defesa, em face da não realização de perícia - reconstituição do acidente - se os elementos trazidos aos autos são capazes de firmar a convicção do julgador da responsabilidade indenizatória. Recurso conhecido a que se nega provimento.** (Rec. Civ. nº 393/97 - Natal - Rel. Juiz Ibanez Monteiro - j. 17.07.97 - v. u.)

Também, poderá o juiz determinar perícia de ofício, sem que isso importe em abandono de sua posição de terceiro imparcial. Ora, juiz não é adivinho, não pode saber de antemão se o resultado da perícia vai favorecer qualquer dos litigantes, o que interessa em casos como esse, é se a diligência vai ser útil para aclarar ponto obscuro das circunstâncias fáticas do processo.

Por outra via, o magistrado pode determinar a realização de prova imprescindível para a consagração do justo. Veja-se o caso de revisão de juros abusivos praticados por instituições de crédito. Nesta hipótese, muitas das vezes o consumidor, leigo e desavisado, normalmente deixa de coligir aos autos a prova dos juros capitalizados. Para suprir tal deficiência probatória, o juízo, de ofício, determina ao técnico do Tribunal que erija a indigitada prova, circunstância que em hipótese alguma lhe retira a imparcialidade.

Vale frisar que no microsistema dos Juizados Especiais deve o magistrado inclusive determinar medidas cautelares tendentes a assegurar a eficácia da sentença a ser proferida, evitando dano irreparável à parte³⁵.

Trata-se do mais amplo poder geral de cautela concedido ao juiz, que atuará sempre de ofício, ao contrário do que preceitua o artigo 798 do CPC, que entende ser possível a intervenção judicial tão somente mediante a provocação da parte³⁶.

³⁵ FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis**. 2. ed. [s.l.]: JH Mizuno, 2004. p. 65.

³⁶ Art. 798: Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o Juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Da mesma forma, admite-se nos Juizados a concessão de tutela antecipada *ex officio*, desde que preenchidos os pressupostos autorizadores da medida, quais sejam, a prova inequívoca do direito alegado e o perigo da demora³⁷.

E não se diga que o dirigismo judicial lhe retira a imparcialidade. Isso porque imparcialidade não significa neutralidade diante dos valores a serem salvaguardados por meio do processo. Não há nenhuma incompatibilidade entre tal princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, este é o verdadeiro intento do processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tem razão. Nisto consiste sua imparcialidade.

Quem quer os fins quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue tanto quanto possível bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se pelos meios que tenha à mão.

A prova desvincula-se de quem a propõe ou produz, dizendo somente com seu destinatário, o Juiz. É esse o fim do sistema da persuasão racional, ou do livre convencimento: os termos da inicial limitam a sentença, mas não os argumentos pelos quais a parte busca a procedência do pedido. A decisão, pois, é de ser exaustivamente fundamentada, restando ao julgador, sempre, a via legal do art. 130 do CPC para que, se necessário, determine a produção de provas que sustentem sua convicção.

³⁷ ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – Mandado de segurança – Concessão de ofício – Admissibilidade no Juizado Especial – Possibilidade quando o recurso tem apenas o efeito devolutivo – Ordem negada. Recurso nº 21/99 (Mandado de Segurança).

ACÓRDÃO

Ementas oficiais:

Antecipação da tutela – Concessão de ofício – Possibilidade, no Juizado Especial, em face de suas peculiaridades processuais.

No Juizado Especial, em princípio, nada impede que, preenchidos os requisitos legais, a antecipação da tutela seja deferida *ex officio* pelo juiz. Incongruente seria o legislador se permitisse à parte comparecer em Juízo sem assistência de advogado somente para depois vir a submetê-la aos rigores do formalismo processual.

Quando o juiz determina a realização de prova para maior esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, usurpando a função da parte; não está agindo no lugar dela fazendo algo que a ela, e só a ela, incumbia fazer. Sua iniciativa não é, a rigor um sucedâneo da iniciativa da parte, é qualquer coisa inerente à sua missão de julgador. Ele, não atua como substituto da parte, atua como juiz – como juiz empenhado em julgar bem.³⁸

Neste sentido ensina Barbosa Moreira:

Ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo “X” ou o indivíduo “Y”, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença quem efetivamente tenha razão³⁹.

2.1.3 A Imparcialidade do Juiz e as Garantias Processuais das Partes

A atribuição de poderes instrutórios ao órgão judicial não tem qualquer incompatibilidade com a preservação das garantias processuais das partes. O argumento teria alguma consistência se a atuação do juiz compromisse indevidamente o exercício dos direitos conferidos àquelas pela lei. Certo que excessos isolados são suscetíveis de ocorrer, mas seria um acidente, nunca a substância.

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no Processo Civil. In: Doutrina Nacional. **Revista de Processo**, v. 122, abr./2005.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a Prova. **Revista do Processo**, n. 35, p.178.

Determinar *ex officio* que se ouça o depoimento de alguém não significa necessariamente cercear o direito da parte de nomear e fazer ouvir suas testemunhas.

Não fica tolhida a parte em seus direitos referentes à prova pericial pelo mero fato de ordenar o órgão judicial, *sponte propria*, a realização da indigitada diligência. Equivocado é raciocinar que cada ato do juiz fira o direito de atuação da parte.

O exercício de poderes instrutórios pelo órgão judicial perfeitamente se compadece com a preservação das garantias processuais das partes. Pressupondo-se que, como cumpre, elas sejam devidamente cientificadas das iniciativas oficiais, e que se lhes abra a possibilidade de participar das diligências, de impugna-las caso lhes pareçam descabidas, e de manifestar-se sobre os respectivos resultados, não se vislumbra que garantia terá sido desrespeitada.

É o que sói acontecer com a prova pericial, inclusive por enunciação expressa de vários dispositivos que a regulam, v.g. o do parágrafo 1º. do artigo 421 – “incumbe às partes, dentro de cinco dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito, 1) indicar assistente técnico; 2) apresentar quesitos” – e do artigo 423 – “O perito pode escusar-se, ou ser recusado por impedimento ou suspeição, ao aceitar a escusa ou julgar procedente a impugnação, o juiz nomeará novo perito”.

O que não é admissível é que o Juiz substitua a atividade das partes, como se fosse uma espécie de investigador civil, um inquisidor do caso *sub judice*.

No dizer de Enrico T. Liebman:

O direito à prova implica a liberdade das partes de deduzirem prova sem limitações injustificadas, mas disto parece de tudo impossível deduzir que, de conseqüência, o juiz não deva ou não possa dispor de ofício à aquisição de provas não apresentadas pelas partes. É bem verdade que o direito das partes à prova não significa monopólio exclusivo das partes sobre elas, e,

então, não significa a exclusão de autônomos poderes instrutórios do juiz. Se as partes podem deduzir todas as provas que entendam relevantes, não deriva em linha de princípio alguma preclusão a eventuais iniciativas probatórias do juiz, dirigida a uma mais completa verificação dos fatos; por outro lado, se as defesas probatórias das partes são completas, o exercício dos poderes instrutórios do juiz torna-se simplesmente supérfluo.⁴⁰

Dessarte, não é a simples determinação de realização de prova pericial *ex officio* que vai retirar a imparcialidade do julgador; a uma porque é ele quem necessita dilucidar os pontos nevrálgicos da *quaestio iuris* que demandem conhecimentos técnicos; a duas porque as partes poderão manifestar-se sobre a nomeação do perito e participar atentamente do seu desempenho e formular quesitos quanto ao laudo pericial formulado; e a três porque é escopo primordial da *iuris dictio* a de velar pelo desfecho justo da lide.

E é especialmente sobre o terceiro ponto acima ilustrado que será erigido o próximo tópico deste capítulo.

2.1.4 O compromisso estatal com a solução justa

O caráter da imparcialidade é inseparável do órgão jurisdicional. Portanto, continua válida, como condição de validade da relação processual, a máxima de que o juiz, como ente imparcial, deve “estar entre as partes e acima delas”.

Mas, a regra torna-se obsoleta se compreendida como a imagem de um juiz impassível com o desenrolar do feito e o resultado justo da lide.

⁴⁰ Apud ENRICO, Tulio Liebman; FIGUEIRA JR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos J.E.Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 39.

Nesse contexto, sobressai antiquado o entendimento esposado pelo mestre Giuseppe Chiovenda, o qual propugnava a inércia do juiz na dialética processual a fim de garantir a intangibilidade do princípio da igualdade processual.

Os nossos juízes propendem a argumentar com fatos não alegados pelas partes a pretexto de “emergirem dos autos”; receiam eles amesquinhar-se na sua missão, se não exercitarem com absoluta independência seu engenho sobre tudo quantos dos autos resulte. Esse descompassado exercício, todavia, é perigoso. Se ao juiz repugna sentir-se cerrado no cingidouro da vontade dominadora das partes, deve inclinar-se, ao menos, ao vínculo de uma consideração prática, e é que as partes constituem os melhores juízes de sua própria defesa e que ninguém⁴¹ pode conhecer melhor que fatos são de alegar-se e que outros não.

[...] quando o juiz toma, por si, em consideração um fato que a parte, a quem interessa, não alegou, confronta, sempre, a possibilidade de errar. Enquanto uma das partes não alega um fato que lhe interessa, o adversário não tem por que argüir a existência desse fato, ou por que alegar outros fatos que lhe elidam as conseqüências, logo, o juiz, sobre tirar partido de um fato não esclarecido à luz do contraditório, ofende com investir-se em defensor de uma das partes, o princípio da igualdade delas, que representa um dos princípios fundamentais do processo civil

Em verdade, atualmente, a preocupação maior reside na igualdade substancial inter partes no processo e com a imparcialidade judicial, no sentido de que o juiz seja subjetivamente capaz, ou seja, que a incapacidade subjetiva dele, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afete profundamente a relação processual⁴².

Isso não representa que o juiz descure de sua ativa participação para a coleta adequada das provas que vão constituir o processo e com o resultado do pleito, já que fazer justiça é uma das funções primordiais do Estado, do qual ele é órgão imanente.

⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. [s.l.]: Bookseller, 2002. p. 412.

⁴² ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos *et all*. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 54.

Ademais, há uma série de implicações que devem ser levadas em conta, para que haja o compromisso judicial com o julgamento justo, conforme será demonstrado abaixo:

- a) Em hipóteses cada vez mais numerosas, ficam sujeitas aos efeitos do julgamento e à própria autoridade da coisa julgada pessoas estranhas ao feito não raro vastos setores da população; é o que se dá, *v.g.*, no Brasil, nos chamados processos coletivos (exemplo: ação civil pública – Lei nº 7.347/1985, art. 16);
- b) Em certos casos, isso acontece com a totalidade dos jurisdicionados, com nas ações diretas de declaração da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) de lei ou de outro ato normativo (Carta da República, art. 102, § 2º.; Lei nº 9.868, de 10.11.1999, art. 28, par. Ún.);
- c) Com bastante freqüência, são atingidos reflexamente pelos efeitos da sentença terceiros titulares de relações jurídicas conexas com a deduzida em juízo, os quais, por isso mesmo, se vêem autorizados (mas não obrigados) a ingressar no processo, na qualidade de assistentes da parte em cuja vitória tem interesse (CPC, art. 50 e segs.), e bem assim a recorrer das decisões a ela desfavoráveis (CPC, art. 499);
- d) visto que sucessivas decisões no mesmo sentido vão formando um corpo de jurisprudência capaz de influir no julgamento de futuros casos análogos, o resultado do processo é capaz de afetar todos quantos se encontrem em situação semelhante a apreciada pelo juiz; o fenômeno alcança intensidade máxima, óbvio, nos sistemas jurídicos que atribuam eficácia vinculativa a precedentes judiciais, mas não deixa de manifestar-se nos outros, conforme atesta, por exemplo, a proteção dada no Brasil a concubina, por criação jurisprudencial, muito antes que o legislador consagrasse a figura da “união estável”;
- e) mesmo fora desse âmbito, o fato de um julgamento adotar esta ou aquela tese jurídica pode produzir conseqüências relevantes para o ordenamento jurídico, na medida em que dê margem ao cabimento de recursos circunscritos a *quaestiones iuris* e a incidentes como o da uniformização da jurisprudência (CPC, arts. 476 e segs.; e 555, par.1º).⁴³

Por tais argumentos é lícito afirmar-se que o litígio submetido a exame e decisão judicial deixa de ser, *ipso facto*, litígio cuja repercussão fica restrita ao âmbito puramente privado.

Expressões que respectivamente, dizem: “Uma lide, submetida à justiça estatal deixa de ser matéria puramente privada” e “por força do recurso ao juiz, a lide

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no Processo Civil. In Doutrina Nacional, **Revista de Processo**, v.122, p. 18, abr./2005.

afastou-se do terreno privado e converteu-se em assunto público” é o que explica o fato de os julgamentos serem públicos (salvo raras exceções, como em ações que cuidem de interesses de incapazes), como também que a imprensa divulgue decisões de tribunais, que revistas especializadas lhes reproduzam os textos, que a doutrina as comente e discuta, que advogados, noutros pleitos, as invoquem e assim por diante.

2.2 O Princípio do Livre Convencimento Judicial

O nosso ordenamento jurídico adotou o princípio do livre convencimento⁴⁴, ou da persuasão racional do Juiz pelo qual o juiz deve fundamentar a sua decisão de acordo com as provas arregimentadas ao processo, e na apreciação destas atentar ‘aos fatos e circunstâncias constantes dos autos qualquer que seja a sua natureza ou a forma por que se manifestam (art. 131 do CPC).

Daí a consagração do brocardo *quod non est in actis nos est in mundo*.

Se por um lado, não está o juiz adstrito à rigidez matemática das provas do sistema legal, também não está liberado de decidir baseado em argumento que não encontre respaldo na prova dos autos.

Por força deste princípio, a título de exemplo, é que o juiz não está jungido aos efeitos da revelia. Certo que o mencionado decreto confere presunção de veracidade aos fatos alegados na peça de ingresso. Contudo, é entendimento

⁴⁴ 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”.

enviesado o que conclui que a revelia decretada impõe ganho automático de causa a quem dela se beneficia.

Os artigos 319 do Código de Processo Civil e 20 da Lei nº 9.099/95, que dispõem acerca dos efeitos da revelia, não vinculam o juízo a aceitar inexoravelmente como verdadeiros os fatos aduzidos na peça de ingresso. Isso porque se trata de presunção *juris tantum* de veracidade (a que admite prova em contrário), não devendo, portanto, o magistrado descurar da análise das provas coligidas ao processo, tampouco da matéria de direito agitada no pedido. E mais, o juiz não deve, ainda que decretada a revelia, conformar-se com o conjunto probatório disposto nos autos, se insuficiente, sendo recomendável que determine de ofício as provas necessárias para o deslinde da *quaestio iuris*. Sobre o assunto, o aresto abaixo colacionado:

Labora em equívoco, o patrono do embargante ao afirmar que o v. Acórdão teria desconstituído a revelia. A revelia foi mantida tal e qual o procedimento do juiz monocrático, o que se entendeu por bem em modificar-se foram os efeitos da revelia e a presunção fática dela decorrente.

Se é verdade que a revelia gera presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor, salvo naquelas hipóteses em que se tratar de prova indisponível, direitos indisponíveis ou tendo o réu sido citado de maneira ficta; não é menos verdade que a presunção de que trata o artigo 319 do Código de Processo Civil e a parte final do artigo 20 da Lei 9.099/95 é relativa (*juris tantum*), ou seja, admite prova em contrário.

Nesse sentido vale transcrever o escólio de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed. revista e ampliada, RT, São Paulo, 1996, pág. 745) quando trata do artigo 319 do Código de Processo Civil: "Os fatos atingidos pelos efeitos da revelia não necessitam de prova (CPC 334, III). Mesmo não podendo o réu fazer prova de fato sobre o qual pesa a presunção de veracidade, como esta é relativa, pelo conjunto probatório pode resultar na composição da prova em contrário àquele fato, derrubando a presunção que favorecia o autor". (os grifos não constam do original).

Não é outro o pronunciamento da jurisprudência:

"A presunção de veracidade dos fatos alegados, em conseqüência da revelia, não é absoluta, podendo ceder ante a evidência dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz" (RT 50/259).

Não é porque deduzida a pretensão do autor através de petição inicial ou de simples reclamação - caso dos Juizados Especiais -, e após, citação válida, ausente o réu ou reclamado é que tudo que se disse na inicial será acatado na inicial.

A par de diversas razões uma sobressai espancando quaisquer dúvidas: vige em nosso sistema processual o princípio do livre convencimento motivado, pelo qual as decisões judiciais devem ser fundamentadas (artigo 93, IX, Constituição Federal), o juiz pode filiar-se a uma versão existente nos autos, mas para tanto deve justificá-la, evitando a instalação do arbítrio judicial. (os grifos não constam do original).

No caso foi o que ocorreu: julgada procedente a reclamação e provido o competente recurso manejado pelo reclamante, a despeito de ser ele revel, entendeu por bem a Turma Recursal, através de pronunciamento judicial fundamentado em reformar a decisão monocrática⁴⁵.

Neste sentido, o magistrado deve fundamentar sua convicção externada na decisão, utilizando-se para tanto das provas contidas nos autos, dos seus conhecimentos jurídicos, os da lógica e as regras de experiência. Destarte, demonstrará o juiz na sentença, pela motivação, as razões do seu convencimento, evidenciando que este provém das provas produzidas no processo. Motivar as decisões é exigência constitucional, imposta ao juiz (CF, art.93, inc. IX)⁴⁶.

2.2.1 Mitigação do conceito de prova plena frente ao livre convencimento judicial

Na dicção do artigo 332 do CPC: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos”, ainda quando não especificados no aludido diploma legal“ são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

De outra banda, no sistema processual ordinário, alguns limites persistem quanto a exigência de determinada prova para certos fatos. É o que se dá, por exemplo, com a prova alusiva a contratos cujo valor exceda o décuplo do salário

⁴⁵ Autos nº 97/019, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis/PR, Curitiba, Rel. D'artagnan Serpa Sá. Embargante: Jan Lebiedziejeski. j. 15.12.98, un..

⁴⁶ GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do Juiz na Instrução do Processo**. [s.l.]: Forense, 1995. p. 93.

mínimo existente no país, ao tempo em que foram celebrados (art. 401 do CPC). Trata-se de evidente limite legal imposto ao juiz na valoração da prova.

Outro limite consta no artigo 366 do mesmo Código: “quando a lei o exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Assim, a prova da compra e venda de imóvel somente é possível mediante escritura pública, não sendo permitido substituir tal modalidade de prova por outra, pelo fato de haver norma legal considerando a escritura pública elemento pertencente à substância do ato (C.C. art.134).

Ainda assim, recusa-se o entendimento de que exista ‘prova plena’, uma vez que não existe prova absoluta, estando o contexto probatório sempre adstrito ao processo de interpretação que o magistrado lhe dará.

A respeito do tema, o seguinte excerto:

No contraste entre a regra maior, da livre apreciação, e a menor, que em certos casos atribui à prova eficácia plena, esta não exclui a outra; não submete o juiz a aceitar cegamente a prova, por ter eficácia plena. Cabe lembrar que, nesse contexto, a interpretação jurídica é de sua natureza essencialmente teleológica. Mas também não fica excluída a eficácia que decorre de ser ela plena. O juiz terá de aceitá-la, como consequência da determinação legal. No entanto, se outras provas conduzem a conclusão diversa, o juiz avaliará com liberdade o conjunto e emitirá seu julgamento, necessariamente fundamentado⁴⁷.

Qualquer porém que seja a natureza da prova, fica ao arbítrio do juiz avaliar se ela se quadra à questão enfrentada.

A prova que a lei considera plena, subsiste enquanto não se provar o contrário, ou por que se convenceram de falsos os meios por que ela foi feita, ou por qualquer das formas que o direito estabelece.

⁴⁷ ARAGÃO, Egas Moniz. Regras de Prova no Código Civil. **Revista do Processo**, v. 116, p. 28, 2004.

2.2.2 Das regras da experiência comum do juiz em consonância com o *Jura Novit Curia* e o Princípio do Livre Convencimento

Nos juizados, entretanto, infiro que o artigo 5º. Da Lei nº 9.099/95, quando assinala que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica” permite maior liberdade ao magistrado diante da possibilidade de ele apor na decisão ponto de vista baseado em sua experiência pessoal, ou seja, da experiência extraída de sua vivência de mundo.

Para ilustrar tal entendimento, tomemos como exemplo um caso típico do Estado do Amazonas, onde, nas regiões periféricas, praticamente não existe “propriedade” em seu termo legal, qual seja, aquele imóvel devidamente registrado em cartório, o que é resultado das constantes invasões perpetradas pela população desprovida de recursos mínimos à sobrevivência digna.

Pois bem, estas áreas são compradas por meio de meros recibos, muitas das vezes esquecidos ou extraviados pela parte que o adquiriu. Com base nesses dados, suponhamos a ocorrência de divergência entre dois confinantes no tocante a colocação de cerca.

A parte que se sente prejudicada procura a justiça para reivindicar a demarcação dos terrenos. Ora, a ação demarcatória é ação típica de quem possui a propriedade de imóvel (art. 946, inciso I do CPC). Para empiorar a situação, o postulante não apresenta sequer o recibo da compra do imóvel.

Em um caso como o da espécie, como se pode perceber, o magistrado não pode ser um burocrata. Por isso, não se deve adstringir àquelas limitações legais do Código de Processo Civil, uma vez que ele não terá a escritura pública como prova do alegado, mas tão somente as provas testemunhais que serão arroladas pelas partes. E ele poderá valer-se exclusivamente das testemunhas para decidir a questão mesmo que o imóvel esteja hoje avaliado em valor superior ao décuplo do salário mínimo vigente⁴⁸.

Para tanto, cumprirá aplicar o velho brocardo *jura novit curia* (o juiz conhece o direito), a fim de entender o pleito como pretensão “possessória”.

Ora, considerando-se que o juiz não pode se escusar de julgar (*non liquet*), bem como, que seria medida anti-social decretar a extinção do processo por inadequação da via processual eleita, porque prolongaria o quadro de instabilidade social, melhor seria que o julgador enfrentasse a lide dando-lhe alcance diverso do pedido formulado, sobrelevando o conteúdo dos fatos aduzidos na reclamatória⁴⁹.

A postura assumida pelo magistrado, além de teleologicamente correta, eis que pacificaria o conflito social, estaria em consonância com o princípio da equidade

⁴⁸ No mesmo sentido a seguinte jurisprudência. **EMENTA: Prova exclusivamente testemunhal. Juizados Especiais. Inaplicabilidade do artigo 401 do CPC.** Inteligência do artigo 32 da Lei 9.099/95. Recurso Provido para Anular a Sentença. Desde que se enquadre na competência do valor atinente aos Juizados, a Prova exclusivamente testemunhal pode perfeitamente servir para comprovar contrato de valor superior ao décuplo do salário mínimo, visto que o artigo 32 da Lei 9.099/95 não estabelece qualquer limite aos meios de prova. (Rec. 25/96 – Colégio Recursal de Araçatuba-SP. J. em 30/10/1996, v.u., rel. Juiz Antônio Encimas Manfré).

⁴⁹ No mesmo sentido o seguinte julgado: **Voto:** Entendo por bem de manter a sentença, alterando seus fundamentos. **Inicialmente, consigno que na verdade não caberia ação de despejo para uso próprio pois, como dito pelo próprio autor da inicial, não havia locação, mas comodato. Assim, a ação própria seria a de reintegração de posse e, considerando a possibilidade aberta pela Lei 9.099/95 de que ações da espécie tramitem perante os JECs, entendo por bem de decidir a lide nesses termos, pois que nada autoriza crer-se que se trata de imóvel de valor superior ao limite legal (inc. IV do art. 3º da Lei 9.099/95) e tendo presentes os princípios da economia processual e efetividade (negrito não constante dos originais).** Alegações de autor e réu, bem como depoimentos das testemunhas, aliados à prova de fl. 39, fazem certo que o imóvel em litígio é de ocupação irregular. O autor inequivocamente exerceu direitos de posse sobre o mesmo e, mediante comodato verbal, cedeu-a aos réus. Afirma o autor que havia prazo determinado, o que foi confirmado pela testemunha Vanderlei. Assim, vencido o prazo, caracterizou-se esbulho possessório, merecendo, portanto, o autor ser reintegrado na posse (1ª. T. Recursal, RS, Recurso: 01598535415, Gustavo Alberto Gastal Diefenthäler).

constante no artigo 6º da precitada lei que lhe faculta “a possibilidade de decidir de forma mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Entretanto, é de bom alvitre ressaltar, que não se propugna o rompimento com princípios outros do ordenamento jurídico, como v.g. o da Congruência (a sentença deve jungir-se ao pedido). Mas, o que representaria a persuasão racional do juiz senão a que procura equilibrar autoridade (da lei) com liberdade (de atuação judicialmente motivada)?

2.2.3 A experiência comum do juiz e a vulnerabilidade do consumidor

Afora a questão da liberdade judicial na valoração das provas para decidir consoante o justo, o magistrado também poderá valer-se da experiência comum, do que de ordinário percebe no dia a dia, circunstância que muitas das vezes irá viabilizar a procedência da ação, quando o postulante é parte vulnerável no feito.

O conceito de vulnerabilidade, previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º., inciso I), representa a presunção de que o consumidor seja a parte mais fraca da relação de consumo, presunção que precisa ser sentida pelo magistrado quando se defronta com o caso concreto.

Tal vulnerabilidade, compreende três modalidades, a técnica, a fática e a jurídica. Em poucas palavras, na primeira, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre as qualidades e utilidades técnicas daquilo que está adquirindo, por ser leigo no assunto. A vulnerabilidade fática é a desproporção de forças,

intelectuais ou econômicas entre os participantes da relação de consumo e, finalmente a jurídica significa falta de possibilidades de o consumidor recorrer a um especialista⁵⁰.

O desequilíbrio ou desproporção de forças entre os litigantes deve ser perceptível ao magistrado, o qual deverá atuar no sentido de minimizar esta falta de equidade inter partes no processo.

Pode-se citar como exemplo, a hipótese em que o consumidor pede pela inexigibilidade de débitos que lhe são assacados por companhia telefônica, ao argumento de que eles são indevidos porque pedira a rescisão contratual com antecedência.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121.

Pois bem, nesse caso, a decisão judicial pode arrimar-se na experiência comum do julgador, que sabe que o sistema de atendimento de tais empresas, engendrado pelo famigerado “call Center” além de ser falho não permite qualquer registro formalizado de eventuais reclamações formuladas pelos consumidores⁵¹.

Também pode ser aplicada à experiência pessoal o caso de furto a consumidor praticado em estabelecimento comercial, como supermercados. Em casos como este, os estabelecimentos não permitem qualquer registro, pois não querem engendrar prova contra si mesmos. Daí porque, muitas das vezes, o juízo aceita como única prova o boletim de ocorrência e a sua própria convicção de que o postulante está falando a verdade, convicção esta normalmente sentida através do depoimento pessoal da parte colhido em audiência.

Observe-se, que a utilização de tal preceito deve ser feita com muitas reservas e apenas quando houver dificuldade em colher elementos de prova e

⁵¹ EMENTA: RECURSO INOMINADO. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELECOMUNICAÇÕES. QUALIDADE DO SERVIÇO. DANO MORAL BEM CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Voto: Aduz a autora em sua queixa que a fornecedora recorrida lhe cobrou ligações telefônicas realizadas no período em que a linha se encontrava bloqueada, fato que já ocorrerá no passado, pedindo danos morais. O juízo monocrático reconheceu apenas os danos materiais, negado a violação ao patrimônio imaterial da consumidora recorrente. Nas razões do recurso a consumidora alega que teve vários inconvenientes para tentar regularizar administrativamente a indevida cobrança: "quem já passou pela experiência de ter sido cobrado por ligações telefônicas não efetuadas bem sabe quanto constrangedor e humilhante é sua tarefa de se ver livre da cobrança ilegal. Filas imensas, tratamento grosseiro, perda de grande parte do seu tempo para não pagar o que não deve. E, na maioria das vezes, sem qualquer sucesso. Ou, mesmo quando obtido o êxito, tudo se repete no mês seguinte, tal qual ocorreu no caso sub judice. Por duas vezes, a empresa recorrida cobrou o custo de ligações telefônicas de um terminal que sequer estava instalado." Em face de tais argumentos a consumidora pede a reparação moral. [...] O Magistrado é um Agente Político do Estado e como tal tem a Missão de promover o Bem Comum, para não frustrar fundamentos constitucionais, dentre os quais a cidadania, a dignidade da pessoa humana, artigos 1º, incisos II e III e 3º, inciso IV, da CF/88. Não é em vão que na estrutura legal dos Juizados Especiais, também chamado de Justiça Cidadã, **o Magistrado pode valorar as provas e fundamentar seu convencimento com base na Experiência Comum, art. 5º, da Lei nº 9.099/95.** O fato envolvendo a consumidora ocorreu em momento crítico. Suas assertivas são verossímeis, impondo-se a inversão do ônus da prova. A fornecedora do serviço não se desincumbiu do ônus de demonstrar que o atendimento da usuária se deu de modo adequado, atendendo a padrões mínimos de qualidade, principalmente quanto aos critérios de gentileza e rapidez, o que reduziria o fato alegado na inicial ao simples deslocamento da usuária, um mero aborrecimento do cotidiano, de modo a não ensejar a reparação moral. Não há que se exigir da usuária que traga para depor pessoas que com ela sofreram as amarguras por ela vivenciadas. Deveria e poderia a fornecedora demonstrar os padrões de satisfação de seus clientes. A violação de comezinho direito do consumidor é fato que extrapola o mero aborrecimento do cotidiano. De modo a ensejar a reparação moral. Dano configurado. (JEC da Casa Amarela, Estado de Pernambuco. Proc. 204/2000, Rel. Luiz Mário de Góes Moutinho).

desde que seja patente a vulnerabilidade do consumidor no processo, alertando-se que, por exigência constitucional (art.93, inciso IX da C.F. de 1988), todas as decisões judiciais devem ser motivadas.

Cabe ressaltar que, em um quadro como o acima aventado, poderia ser deferida pelo juiz a inversão do ônus da prova. A inversão do *onus probandi*, ocorre quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte⁵².

Na hipótese, é certo que as dificuldades materiais do consumidor para a realização da prova e a presunção de que o fornecedor de serviço se encontra em melhores condições para provar os fatos ligados à sua atividade, justificariam a concessão do benefício.

Mas, deve-se atentar que a inversão não se dá de forma automática, dependendo a sua concessão do convencimento do juiz, bem como que a declaração de inversão deve ser feita durante a instrução processual a fim de não violar o direito de ampla defesa da parte *ex adversa*.

2.3 Sobre a indispensabilidade de motivação das decisões judiciais

É a própria Constituição Federal que estabelece o dever de motivação das decisões judiciais, consoante o disposto em seu artigo 93, IX.

Nesse compasso, a fundamentação das decisões judiciais surge como manifestação reveladora de vigência do estado de direito, sendo pressuposto mesmo à letra da norma constitucional que a refira expressamente.

⁵² Vide mais especificamente no tópico 6.1.2

O próprio artigo 458, inciso II do Código de Processo Civil Pátrio exige, como requisito da sentença que o juiz relate os fundamentos de fato e de direito em que se baseou para decidir a causa que lhe foi posta sob apreciação.

As decisões interlocutórias, da mesma forma, necessitam ser fundamentadas, ainda que de modo conciso, segundo enuncia o artigo 165 do CPC. Aliás, a Lei nº 8.952/94, que alterou o CPC, em seus artigos 273 e 461, preceitua claramente que a decisão do juiz que antecipa a tutela de mérito seja fundamentada (CPC, arts. 273, par.4º. e 461, par. 3º., segunda parte).

Motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no artigo 5º. da CF, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado).⁵³

Porquanto, declinar em decisão as razões que abalizaram o convencimento do juiz não é tarefa das mais fáceis, eis que implica na exposição concatenada de seu raciocínio, com a indispensável manifestação dialética sobre as provas, não descurando da fundamentação “substancial”, ou seja, que a lógica empregada pelo julgador tenha lastro na lei.

Outrossim, a motivação das decisões judiciais é compreendida como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma.

⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 182.

Tradicionalmente, era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação, conforme a dicção dos artigos 381 do CPP, 165 c/c art.458 do CPC e art.832 da CLT.

Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quis-quis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Por isso, diversas Constituições – como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas – haviam erguido o princípio da motivação à estrutura constitucional, sendo agora seguidas pela brasileira de 1988, a qual veio adotar em norma expressa (art.93, IX), o princípio que antes se entendia defluir do par. 4º. do artigo 153 da Constituição de 1969⁵⁴.

2.4 Coletânea de jurisprudência acerca da experiência comum do julgador

Vastíssima a jurisprudência sobre o assunto em comento, qual seja, a aplicabilidade da experiência comum como argumento de decisão.

Os arestos abaixo procuram apenas exemplificar a utilização prática da experiência comum por juízes e Tribunais, trazendo também, logo em seguida, comentários de modo a facilitar a compreensão do julgado.

⁵⁴ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e outros. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.70.

FURTO – INTERIOR DE CINEMA – OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR O DANO MATERIAL – VALOR - DANO MORAL – INEXISTÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – SUCUMBÊNCIA DESCABIDA.

1 – Estando consumidora em interior de cinema, situado em Shopping Center, tem ela o legítimo direito de imaginar estar segura, tendo o direito de ser ressarcida quando vê bolsa sua furtada, notadamente quando a prestadora do serviço descuida da obrigação de zelar pela segurança, o que podia fazer, até pela experiência que tem em situações deste tipo. 2 – Correta a valoração dos bens levados, e a sua aceitação como existente, quando de leva em conta a experiência comum, e a existência de fatos públicos e notórios. 3 – Descabe falar-se em dano moral, quando a consumidora também contribuiu para o fato, não tomando os cuidados que se espera do homem médio, e, ainda, quando os fatos acontecidos não revelam a ocorrência de situação constrangedora ou humilhante. 4 - Não deve a recorrente pagar as custas processuais e honorários advocatícios, porque isto só se daria, nos exatos termos do artigo 55 da Lei 9099/95, se fosse seu recurso improvido integralmente. 5 - Descabida a imposição à recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, já que o artigo 55 da Lei 9099/95 só diz ser a condenação aplicável quando for vencido o recorrente⁵⁵.

Comentários: possuindo a recorrente corpo de seguranças, fato que é público e notório, e sendo eles pessoas experientes, evidente que poderiam, de maneira prévia, fazer fiscalização, impedindo, ou acompanhando pessoa suspeita que entrasse em sala de cinema. A conduta da recorrida não pode ser tomada como sendo totalmente descuidada. Natural que mulheres estejam sempre com bolsas, e que as deixem sobre cadeiras, sabendo todos que assim as coisas se dão, sendo também natural que durante exibição de filme a atenção para ele se volte. A experiência comum do julgador foi no sentido de ser pertinente a indenização material dos utensílios furtados, mesmo sem a prova cabal de que estavam no interior da bolsa, por reputar crível que moças em geral portam dentro dessas valizes, óculos escuros, celular e dinheiro para os gastos naturais de tal entretenimento,

⁵⁵ 2ª. Turma Recursal do DF; Ap. Cível n. 2003.01.1.109559-2. Rel. Luciano Vasconcelos.

CONTESTAÇÃO – ATO ESSENCIAL – NECESSIDADE DE REDUÇÃO A TERMO – ATENDIMENTO DA DETERMINAÇÃO – ATO ELOGIÁVEL - RECURSO – NECESSIDADE DE NELE EXISTIR PEDIDO E MOTIVOS PARA SEU ATENDIMENTO – DESCUMPRIMENTO –APRECIAÇÃO LIMITADA – DANO MATERIAL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VALOR DA CONDENAÇÃO – FALTA DE ORÇAMENTO – APLICAÇÃO DA REGRA COMUM DE EXPERIÊNCIA - FIXAÇÃO CORRETA – SENTENÇA MANTIDA – SUCUMBÊNCIA.

1 – Sendo a contestação, a exemplo da inicial e da sentença, ato essencial, deve ser ela reduzida a termo na ata de audiência, em obediência ao artigo 13, § 3º, da Lei 9099/95, não estando ele atendido com a simples gravação de seus termos na fita, devendo o magistrado que assim procede ser elogiado pela atitude correta que pratica. 2 – Desatendendo o recorrente o que determina o artigo 42 da Lei dos Juizados, a 9099/95, e não trazendo, no corpo do recurso, os motivos para que se atenda todo o pedido que faz, que se mostra desprovido de fundamentação, em parte, não pode ele, o pedido, ser totalmente apreciado, estando limitado pela fundamentação do recurso, não se podendo perder de vista que o recurso é peça técnica, preparada por profissional do direito. 3 – Orientando o artigo 5º, da Lei 9099/95, que na valoração da prova se dê especial atenção às regras de experiência comum, é de manter a decisão que a observa, quando tem valor dado como o do prejuízo, mesmo desacompanhado de orçamento, correto, uma vez que ele se situa em patamar razoável, levando-se em conta a extensão do acidente, não tendo o recorrente demonstrado o desacerto do entendimento. 4 – Mantendo-se a sentença, deve o recorrente pagar as custas processuais e honorários advocatícios⁵⁶.

Comentários: Orienta o artigo 5º, da Lei nº 9099/95, que na apreciação das provas se deve dar especial valor à regra de experiência comum. Conta a experiência do homem comum que a destruição de mais de 75% da estrutura básica de um carro, o que ficou evidente pelas fotografias trazidas aos autos, significa perda total do veículo. Estabelecida a perda total, é absolutamente dispensável a realização de perícia para poder-se aferir o quantum indenizatório, vez que isto pode ser observado através de simples pesquisa de mercado do bem sinistrado.

⁵⁶ 2ª. Turma Recursal Cível do DF. Apelação n. 2003.01.1.082846-9.

GRATUIDADE DA JUSTIÇA – PEDIDO NÃO APRECIADO EM PRIMEIRO GRAU – CONCESSÃO EM SEGUNDO GRAU – POSSIBILIDADE – DEFERIMENTO – PEDIDO CONTRAPOSTO - NÃO SUSCITAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU – NÃO CONHECIMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DEMONSTRAÇÃO DE SUA OCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO – SUCUMBÊNCIA. 1 – Podendo pedido de concessão de gratuidade ser concedido em qualquer grau de jurisdição, e demonstrando a parte que a pede a ela ter direito, deve haver a sua concessão em segundo grau. 2 - Não se pode, em segundo grau, suscitar questão não argüida no Juízo singular. 3 – Revelando o conjunto probatório, que tem se aliado à regra de experiência comum, como quer o artigo 5º, da Lei 9099/95, ser correta a versão de que diz ter sido contratado para realizar serviços de pedreiro, e não ter recebido por eles, deve ser mantida a decisão que condena a contratante a fazer o pagamento. 4 – Negado provimento ao recurso, deve a recorrente pagar as custas processuais e honorários advocatícios⁵⁷.

Comentários: O reclamante, contratado, pedia a indenização por serviços de pedreiro realizados e não pagos pela reclamada, contratante. Embora nos autos não houvesse prova testemunhal da execução dos serviços pelo reclamante e nem da contratação do mesmo, o julgador valeu-se de mera declaração da contratante, na qual ela pedia um cheque da sua cunhada cujo beneficiário era o reclamante, circunstância que serviu de prova cabal de que ela havia assumido o cogitado compromisso.

RECURSO INOMINADO. CONSTITUCIONAL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ARTIGO 170, INCISO V DA CF/88. MONOPÓLIO ESTATAL DA JURISDIÇÃO, ARTIGO 5º, INCISO DA CF/88. JUSTIÇA PRIVADA. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

O consumidor recorrido veio a juízo pedir indenização por danos morais e materiais decorrentes da cobrança indevida de consumo de energia elétrica e corte do fornecimento em razão de inadimplemento, pedindo ainda, a desconstituição da dívida cobrada a maior.

O juízo a quo entendeu que o autor não fez prova de suas alegações, não sendo o caso de inverter o ônus da prova, ante a falta de verossimilhança de suas assertivas.

A relação controvertida é típica relação de consumo, posto que presentes todos os seus elementos constitutivos, quais sejam: consumidor, fornecedor e bem de consumo (produto/serviço), artigos 2º e 3º, do CDC, sendo por isso inafastável a aplicação do Código Consumerista.

⁵⁷ 2ª. Turma Recursal Cível do DF. Acórdão n. 210088, Relator Luciano Vasconcellos.

Dispõe o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, de aplicação compulsória, que é direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

Ao contrário do entendimento do juízo monocrático, a hipótese é de inversão de ônus da prova. Aliás, tratando-se de fornecimento de energia elétrica a inversão do ônus da prova é a regra, ante a hipossuficiência técnica do homem médio comum, segundo as regras ordinárias de experiência.

Verificados os pressupostos legais, impõe-se a inversão do ônus da prova, cuja natureza é de regra de julgamento e não de distribuição de ônus processual, quando verificado o "non liquet" pelo julgador.

A inversão será sempre em favor do consumidor como medida de realização material da justiça, em face da natural desigualdade existente entre o consumidor e fornecedor.⁵⁸

Comentários: Foi invertido o ônus da prova a fim de favorecer a parte hipossuficiente no processo, que é o consumidor. A medida é imperiosa no caso sob comento, vez que é difícil a tarefa do consumidor de provar que o seu consumo está sendo medido a maior. Na espécie, até poderia ter sido aplicada a experiência comum do julgador, com base na excessiva variação dos valores constantes das faturas impugnadas que estão a indicar que houve erro na medição.

COBRANÇA. Dívida. Compra, venda e conserto de veículo usado. Pagamento. Prova. Princípio da imediatidade.

Se o autor pagou parte do preço do veículo, que depois foi objeto de busca e apreensão, deve receber o valor pago, com a devida correção monetária. Despesas de restauração do veículo. A prova das despesas para reparos do veículo dependem de prova, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC, sem o que improcede o pedido de ressarcimento. Valor relativo ao uso do carro. Se o autor perdeu a posse do bem por culpa de terceiro, não tem a responsabilidade de indenizar pelo tempo que usou o veículo. Ainda, no caso concreto, de fato, os valores estarão compensados com os consertos realizados pelo autor que, pelo menos, deram a manutenção ao veículo. Princípio da imediatidade. Nos litígios onde a prova é eminentemente testemunhal, como é o caso dos autos, cresce o prestígio do princípio da imediatidade, pelo qual o Juiz instrutor "sente" a prova produzida e forma a convicção para o julgamento(grifos meus).

Recurso improvido⁵⁹.

⁵⁸ Recurso nº 0790/2000, Juizado Especial Cível/PE, Consumo, Rel. Luiz Mário de Góes Moutinho. Recorrente: Leonardo Navais de Vasconcelos. Recorrida: CELPE - Cia Energética de Pernambuco. j. 15.02.2001, DOE 23.02.2001.

⁵⁹ 2ª. T. Recursal/RS; Proc.01196886277; RELATOR: Claudir Fidélis Faccenda, j. em Porto Alegre em novembro de 1996.

Comentários: Os contratos de compra e venda de veículos usados, como cedição são totalmente informais, daí a dificuldade do julgador em dilucidar a questão por meio de provas documentais. Neste caso, ele recolheu a inferência lógica ilustrada na sentença da convicção esboçada pelas partes em seus depoimentos em flagrante demonstração do princípios da imediatidade e informalidade que norteiam os Juizados Especiais.

PROCESSO CIVIL - ÔNUS PROBATÓRIO - CELERIDADE - DESAPEGO À FORMA - PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ.

1. O sistema dos juizados especiais não permite preciosidades procedimentais porque visa resolver com rapidez questões de pouca complexidade, destinadas a aplacar e atender os anseios sociais da comunidade.

2. Inexigível do juiz o exame particularizado de detalhes, no mais das vezes desinfluentes para a resolução da lide e que não consultam os interesses da celeridade da jurisdição, bastando apenas a motivação de seu convencimento e a valoração das provas em que firma o seu entendimento decisório⁶⁰.

Comentários: o sistema dos juizados especiais não permite preciosismo no trâmite procedimental porque visa resolver com rapidez questões de pouca complexidade, destinadas a aplacar e atender os anseios sociais da comunidade. Assim, inexigível do juiz o exame particularizado de detalhes, no mais das vezes desinfluentes para a resolução da lide e que não consultam os interesses da celeridade da jurisdição, bastando apenas a motivação de seu convencimento e a valoração das provas em que firma o seu entendimento decisório.

PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADES ATIVA E PASSIVA - NÃO ACOLHIMENTO - CONSÓRCIO - DEVOLUÇÃO - CONTRATO NASCIDO DE ENGANO - DIREITO - PEDIDO IMPLÍCITO - POSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA. 1) Tem legitimidade passiva para estar no processo pessoa jurídica que, além de receber o valor devido em razão do contrato, em nome próprio, tem responsabilidade por ser fornecedora de serviço. 2) Não pode parte invocar em segundo grau ilegitimidade ativa, inovando, quando não o fez em primeiro grau, estando a questão

⁶⁰ Recurso nº 99/003, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis/PR, Curitiba, Rel. Ribeiro Martins. Recorrente: Luiz Rosalino Novalski. Recorrido: Irajá de Souza Reis. j. 18.10.99, un.

preclusa. 3) Demonstrado que o contrato nasceu em razão de equívoco a que foi levado o contratante, direito tem ele de obter sua rescisão e de ter de volta o que pagou em razão dele. 4) Decorrendo a devolução de rescisão, fazendo-se pedido relacionado a ela, implícito nele está o pedido de rescisão, como implícito também fica na sentença, ao se atender o pedido de devolução, que a rescisão foi decretada. 5) Mantida a sentença, deve a recorrente pagar as custas processuais e honorários advocatícios. Voto: Sobre a preliminar de ilegitimidade. Como o consórcio foi comercializado no interior da loja da recorrente, sendo o recorrido ali atendido por pessoa que se qualificava como seu empregado, evidente ser ela fornecedora do serviço que seria prestado por terceira pessoa, o consórcio, e, nos exatos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sua é a responsabilidade para reparar danos, o que a ela também confere legitimidade passiva.

[...] Chego ao mérito.

Penso que a sentença não reclama correção.

Disse o recorrido que o contrato assinado, que o tem de fato como um dos contratantes, muito embora feito em nome de terceira pessoa, amiga sua, nasceu em decorrência de erro.

Este erro teria sido a ele ser dito, pelo vendedor, de pré-nome Welmar, que possível seria, com lance de aproximadamente R\$5.000,00, obter-se contemplação no consórcio, o que se revelou, logo depois, não verdadeiro.

Como consignado em sentença, esta amiga, ouvida como testemunha, sem qualquer restrição, mesmo estando a recorrente presente ao ato em companhia de advogado, afirmou que houve a promessa de que lance naquele valor permitiria a contemplação.

Também não se pode perder de vista que, ao se julgar, se deve levar em conta, como orienta o artigo 5º, da lei dos Juizados, as regras de experiência comum, sendo fato público e notório, principalmente em se tratando de venda de consórcios, que vendedores tudo prometem para obter adesão, ainda que o que digam ser possível efetivamente não o seja (sublinhados meus)⁶¹.

Comentários: no caso em lume o julgador reconheceu que o consumidor foi influenciado pelo vendedor do serviço a antecipar valor de lance em consórcio, com a garantia de que seria contemplado. Trata-se de vício de informação bastante comum em relações negociais como a da espécie, mas de difícil comprovação. Entretanto, o magistrado a reconheceu, valendo-se das regras de experiência comum, as quais denunciam que tal conduta é cada vez mais comum nessa modalidade de consórcio.

⁶¹ Órgão: 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/DF; N. Processo: 2001.01.1.059037-0; Relator(a) Juiz(a): LUCIANO MOREIRA VASCONCELOS; j. em 26.02.2002

PROCESSO CIVIL. CIVIL. CDC. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. DANO MORAL CARACTERIZADO. BANCO RÉU FORNECEDOR DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CARTÃO DE CRÉDITO CANCELADO SEM NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. NÃO NOTIFICADO. 1. Não induz litispendência quando, embora os pedidos sejam idênticos e as partes sejam as mesmas, a causa de pedir é distinta. 2. A relação entre o Banco, na qualidade de fornecedor de serviços, e seu cliente, como consumidor final, é de natureza consumerista, aplicando-se, portanto, as regras protetivas do CDC a este último. 2.1. Dentre elas, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova em seu favor, quando verossímil sua alegação e for o consumidor considerado hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (inc. VIII do art. 6º do CDC); assim como, atribuindo a responsabilidade objetiva ao Fornecedor de serviços e/ou produtos, na reparação de danos que causarem aos consumidores, independentemente de culpa (art. 14 do CDC). 3. Segundo as regras de experiência comum revelam, o consumidor que tem seu cartão de crédito cancelado pelo fornecedor do serviço, sem prévio aviso, e disso toma conhecimento através de terceiros, ao tentar utilizá-lo numa compra, passando por situação constrangedora e vexatória, evidentemente sofre dano moral, que deve ser ressarcido. 4. Recurso conhecido, rejeitando-se a preliminar que invocava a existência de litispendência, para, no mérito, improvê-lo, à unanimidade de votos, mas com a manutenção do valor arbitrado para os danos morais, por maioria, contra o voto do relator⁶² (sublinhados meus).

Comentários: a experiência comum aqui é empregada para consubstanciar a prova do dano moral. Na hipótese exemplificada, não se pode exigir a prova do alegado dano de ordem moral, mormente por se tratar de dano que se deflagra no íntimo da pessoa, sendo suficiente a demonstração do evento danoso. Nestes termos, a circunstância danosa se solidifica com a experiência comum do julgador que sabe ser constrangedor ao consumidor ter sua expectativa de compra frustrada ao saber, por terceiros, que possui o nome incluído nos cadastros do Serasa.

RESPONSABILIDADE CIVIL - CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - VIOLAÇÃO DA BAGAGEM DA PASSAGEIRA E SUBTRAÇÃO DE DIVERSOS ACESSÓRIOS E PEÇAS DE VESTUÁRIO QUE A GUARNECIAM - DANOS MATERIAIS CARACTERIZADOS - REPARAÇÃO DEVIDA - INDENIZAÇÃO NÃO SUJEITA AOS LIMITES TARIFÁRIOS DERIVADOS DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA E DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. Excerto do voto: (...) Com efeito, joeirando-se detidamente a liquidação promovida pela eminente Juíza singular infere-se que observara efetivamente os comprovantes de compra que foram carreados para o seio dos autos pela recorrente e, aplicando as regras de experiência comum, depreciara os objetos usados relacionados, de forma que não merece qualquer reparo

⁶² Órgão: 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/DF; N. Processo: 2001.01.1.093305; Relator(a) Juiz(a): BENITO AUGUSTO TIEZZI, j. em 24/04/2002.

ou mitigação. E isso se verifica porque, se a prestadora de serviços não exigira a efetivação de um inventário dos bens embarcados no momento em que a bagagem fora confiada à sua guarda e responsabilidade, sujeita-se, então, à inversão do ônus probatório preconizada pelo Estatuto Consumerista, determinando que, diante dos comprovantes de compra apresentados por sua passageira e da relação complementar que apresentara, evidenciasse que efetivamente não haviam sido embarcados e extraídos da mala que fora profanada enquanto esteve sob sua guarda. Em sendo assim, se a recorrente não cuidara de exigir da sua passageira um inventário dos bens armazenados na sua bagagem e que foram confiados ao seu transporte, assumira o risco de, em se verificando o extravio ou violação dos invólucros que os indumentavam, sujeitar-se à discriminação promovida pela própria passageira, consoante prescreve o artigo 6º, inciso VIII, do Estatuto Consumerista, pois que a descrição contida na inicial guarda compatibilidade com o volume de bagagem que fora extraído da mala danificada (1,700 kg.) e com o poder aquisitivo da passageira, que provinha de uma viagem internacional, revestindo de verossimilhança a argumentação e o arrolamento promovidos. Diante dessas circunstâncias, impõe-se, então, a ratificação da liquidação promovida pelo julgador singular, corroborando-se o importe alcançado pela condenação que fora imposta à prestadora de serviços, que, ressalte-se uma vez mais, não está sujeita aos limites tarifários delimitados pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e pela Convenção de Varsóvia, pois não produziu qualquer elemento de convicção passível de infirmar a relação formulada por sua passageira ou evidenciar que os bens inventariados não haviam sido embarcados e restaram subtraídos durante o interregno em que estiveram sob sua guarda. Deflui dos argumentos alinhados que restaram apurados a ação da recorrente, que consistira na imperfeita prestação dos serviços que lhe estavam debitados, permitindo a violação da mala pertencente à sua passageira e a subtração de diversos bens que a guarneciam, o dano, que é representado pela subtração e extravio das vestimentas e dos acessórios que guarneciam a bagagem violentada, o nexo de causalidade jungindo a negligência da prestadora de serviços aos prejuízos experimentados pela consumidora, e, por fim, a irreversível culpabilidade da recorrente, ficando, então, caracterizados todos os pressupostos para a geração da obrigação de compensar os danos que provocara, impondo-se a rejeição da pretensão reformatória que veiculara e a confirmação do provimento que lhe fora desfavorável e desafiara. Diante da argumentação delineada, improvejo o recurso manejado, ratificando integralmente a ilustrada sentença guerreada. Em vassalagem ao princípio da sucumbência albergado pelo artigo 55 da Lei de Regência dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), condeno a recorrente ao pagamento das custas processuais, deixando, todavia, de cominar-lhe qualquer verba honorária, visto que a recorrida, malgrado tenha sido regularmente intimada, não contraria o apelo ora sob apreciação⁶³.

Comentários: Na hipótese demonstrada o juiz valeu-se das regras da experiência comum para liquidar os danos materiais invocados. Em se tratando de extravio de bagagem, era tarefa quase impossível a de pormenorizar, um a um, os utensílios que compunham o precitado volume. Entretanto, a fim de não inviabilizar

⁶³ 2ª. Turma Recursal do Distrito Federal. Ap. nº 2002.01.1.019655-8 - Relator: JUIZ TEÓFILO RODRIGUES CAETANO NETO, j. em 06 de novembro de 2002.

o pleito, o magistrado considerou os comprovantes de compra e inverteu o ônus da prova, coligindo que, se a empresa não exigiu um inventário dos bens que a mala guardava, no momento em que era colocada à sua disponibilidade, deveria então a companhia aérea arcar com os prejuízos alegados.

CAPÍTULO III

**ATITUDES QUE PODEM SER TOMADAS PELO JUIZ DIANTE DE UM QUADRO
DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA**

3.1 A Insuficiência Probatória

O rito estabelecido pela lei nº 9.099/95 é bastante estreito, resumindo a sua fase probatória a um único ato judicial, qual seja, a audiência de conciliação, instrução e julgamento.

Esta é a oportunidade de oblação, onde todas as provas devem ser carreadas aos autos, a começar pelo oferecimento de contestação pela parte reclamada, desde que, reste frustrada a possibilidade de acordo.

Ato contínuo, o juiz instrui os processos, sanando eventuais irregularidades de técnica processual - observará se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como apreciará as preliminares agitadas na contestação – e, se não for o caso de extinção do processo com base no artigo 267 do Código de Processo Civil, nem de julgamento antecipado da lide em razão de o mérito abarcar matéria exclusivamente de direito, colherá o depoimento das partes e testemunhas, além de ouvir o perito, se houver necessidade ou requerimento das partes nesse sentido.

Ocorre que, em face da singeleza e celeridade do precitado rito, ou mesmo em razão da dificuldade material em perscrutar acerca da veracidade de determinado evento, muitas das vezes a instrução se exaure tendo como resultado um contexto de insuficiência probatória.

Surge aí um sério problema para o julgador, mormente naqueles casos em que ele sente que o postulante tem razão, mas não dispõe de fonte probatória segura para deferir o pleito.

Diante desse quadro, surge a necessidade de racionalizar a questão da insuficiência probatória, avaliando as conseqüências negativas de decisões que, não obstante calcadas no ônus da prova em sentido objetivo (incumbido normalmente ao autor pelo que predispõe o artigo 333, inciso I do CPC), geram mais instabilidade e inseguranças sociais, porque, nesta hipótese, a coisa julgada material está assentada em uma situação incerta, a qual, se fosse mais bem investigada (caso existissem provas suficientes ou mais adequadas), poderia conduzir a um julgamento diverso, já que a circunstância de a parte não ter fornecido as provas necessárias para comprovar suas alegações não significa serem suas afirmações não verdadeiras⁶⁴.

3.1.1 Técnica de Cognição *Secundum Eventum Probationes*

A técnica da cognição *secundum eventum probationes* foi utilizada pelo legislador brasileiro em diversos procedimentos, para, em razão da falta ou

⁶⁴ CAMBI, Eduardo. Coisa Julgada e Cognição *Secundum Eventum Probationis*. **Revista do Processo**, v. 109, p. 76, jan./2003.

insuficiência das provas, impedir que a questão seja decidida – remetendo-se as partes para as “vias ordinárias” ou para discussão a ser travada em ação própria- ou para permitir que a causa seja decidida sem caráter de definitividade, a fim de que seja não seja alcançada com a autoridade de coisa julgada material.

Nos Juizados Especiais Cíveis, a competência jurisdicional se restringe às questões de menor complexidade (art. 3º. da Lei nº 9.099/95).

Antes de qualquer observação, é preciso esclarecer que as questões de maior complexidade são aquelas que envolvem alta indagação, não estando relacionadas com o valor da causa. Logo, a causa pode ter valor inferior a quarenta salários mínimos e, mesmo assim, ser considerada de alta complexidade.

Por outro lado, quando a solução do litígio envolve questões de fato que realmente exijam a realização de prova intrincada, após a tentativa de conciliação do processo, ele deve ser extinto e as partes encaminhadas para a justiça ordinária. Nesse contexto, é a real complexidade probatória que afasta a competência dos Juizados Especiais⁶⁵.

Desse modo, quando o ponto controvertido da causa demandar a produção de prova pericial, ou a oitiva de um número maior de testemunhas do que o previsto na lei específica (o artigo 34 prevê a oitiva de três testemunhas para cada parte), o juiz deve declarar-se incompetente e remeter as partes para as vias ordinárias, extinguindo o processo sem o julgamento de mérito.

Frise-se que este procedimento é salutar na medida em que resguarda com maior intensidade as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como possibilita maior alcance do direito à prova.

⁶⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d]. p. 61.

Digno de destaque também é que tal decisão, nada obstante encerrar o processo por ausência de provas, não tem força de coisa julgada material. Com isso, não fecha as portas de acesso à justiça ao jurisdicionado, o qual poderá renovar a ação em foro apropriado.

3.1.2 A Inversão do Ônus da Prova

Há casos que não se quadram à hipótese ventilada no tópico precedente, por não se tratar de questão que exija a produção de prova de maior complexidade (como a perícia) , mas que ainda assim terá o juiz dificuldade com a colheita do material probatório .

Eis que surge a possibilidade da inversão do ônus da prova, técnica prevista no artigo 6º., inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, aplicável quando a tese erigida pelo postulante for verossímil diante dos fatos por ele apresentados ou quando o consumidor for hipossuficiente na relação jurídica, situação em que ele terá facilitada a defesa dos seus direitos, cabendo ao prestador-réu provar que a alegação não é verdadeira.

O escopo da inversão é o de equilibrar as partes na demanda judicial, sempre que o consumidor for economicamente hipossuficiente ou quando a alegação dele for verossímil diante do contexto probatório dos autos.

A regra contida no artigo 6º., VIII, do CDC, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se.⁶⁶

Convém esclarecer que a técnica de inversão do ônus da prova não é automática, ficando ao critério do juiz concedê-la ou não, a depender da verossimilhança da alegação ou quando for o consumidor hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

3.2 A Presunção Judicial

A presunção judicial resulta da dificuldade de produção da prova do fato e das necessidades do direito material, constituindo mais uma técnica de produção de prova.

As presunções judiciais permitem a formação do convencimento judicial segundo as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, é possível afirmar-se que tal presunção faz com que o juiz se convença da verossimilhança preponderante.

⁶⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 43, p. 87, jul./set./2002.

A doutrina sueca concluiu que o julgamento poderia fugir da regra do ônus da prova quando existisse um mínimo de preponderância da prova, ou seja, um grau de 51%. Ou seja, se a posição de uma das partes é mais verossímil que a da outra, ainda que minimamente, isso seria suficiente para lhe dar razão. Nesse sentido, ainda que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria um julgamento mais racional e melhor motivado que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada⁶⁷.

Não é difícil imaginar situações em que o juiz não disporá de elementos capazes de corroborar nenhum dos fatos que consubstanciarão a pretensão, mas apenas elementos que em torno dela gravitam, suficientes apenas a induzi-lo a convencer-se de que os fatos objeto da causa de pedir efetivamente ocorreram.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

É importante notar que as presunções assumem papel relevante nesse campo, prestando-se, por vezes, como uma espécie de “redução do módulo de prova”, aplicando técnica de diminuição das exigências legais e judiciais sobre a solidez das provas que seriam necessárias para aceitar um fato como verossímil. Em outras palavras: verificando o legislador ou o juiz que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da idéia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo a conclusão da sua ocorrência pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria. Como se vê, esse poderoso instrumento é um importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação⁶⁸.

Dessarte, por meio da presunção judicial, tem-se uma dedução da ocorrência de um fato pela verificação (prova) de outro, através de raciocínio executado exclusivamente pelo juiz.

O conhecimento do fato probando resulta de uma inferência lógica, formulada pelo magistrado a quem é submetida a causa, a partir do conhecimento de outro fato – que se prova nos autos, ao qual, normalmente, a ocorrência do fato ignorado está ligada.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova, Convicção, e Justificativa, Diante da Tutela Antecipatória. **Revista dos Tribunais**, Doutrina Civil, v. 834, p. 123, abr./2005.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 162. Vol. 5, Tomo I.

Nesse corolário, ainda Marinoni e Arenhart:

No raciocínio presuntivo, como já explicado, o juiz parte de um *indício* e da prova indiciária para chegar ao fato probando, enquanto que a formação do juízo de mérito depende da valoração da prova do fato direto e da *presunção* formada a partir da prova do *indício*. O juiz, ao raciocinar sobre a presunção ou ao raciocinar sobre o mérito, baseia-se nas regras de experiência, que são imprescindíveis não apenas *para a verificação da presunção a partir do indício*, mas também *para a análise do mérito com base na própria presunção*.

Frise-se que a presunção judicial não exige que a regra de experiência faça concluir, de modo preciso e absoluto, que do fato indiciário decorra o fato probando. Isso, aliás, diante da possibilidade de soma ou contradição entre as presunções judiciais, é bastante evidente. Contudo, nada pode impedir, em casos excepcionais, que o juiz forme um juízo de procedência a partir de presunções que apontem apenas para uma “verossimilhança preponderante”.⁶⁹

Entende-se por “verossimilhança preponderante” a tese segundo a qual deve prevalecer a alegação que mais assemelhar-se com a verdade, independente de haver nos autos provas fortes o suficiente a embasá-la⁷⁰.

Assim, prepondera a posição que se mostra mais pertinente, capaz de proporcionar um julgamento mais racional e melhor motivado do que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada.

Sublinhe-se, contudo, que a redução das exigências de convicção, ao final do procedimento, somente pode ser admissível em casos excepcionais; jamais como regra, como pretende a teoria sueca da verossimilhança preponderante.

A convicção da verossimilhança preponderante só pode ser racionalmente justificada ao final do processo, a partir das necessidades do direito material e do caso concreto.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 168. Vol. 5, Tomo I.

⁷⁰ Apud WALTER, Gerhard in MARINONI, Luiz Guilherm; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 129. Vol. 5, Tomo I.

3.3 O Convencimento Judicial a partir do comportamento das partes em juízo

A ciência processual prevê a possibilidade de o comportamento das partes, em juízo (e mesmo fora dele), produzir o convencimento, sobretudo quando a fonte principal dos indícios for o depoimento pessoal das partes como meio de prova que se vale o juiz para tentar conformar os fatos em que se funda a ação.

Moacyr Amaral dos Santos, depois de assim conceber, muito bem observa que o seu mérito está em que “graças às respostas do interrogado se precisam melhor os fatos controvertidos, facilitando a sua prova, inclusive fornecendo ao juiz argumentos probatórios, inclusive indícios e presunções”⁷¹.

O comportamento exteriorizado fora do âmbito processual também tem se mostrado relevante para a formação do convencimento judicial, desde que tornado processual pelos meios próprios.

Isso quer dizer o comportamento extraprocessual desde que se manifeste diretamente no processo é meio hábil como prova indiciária.

A título de exemplo, tem-se o usuário de serviço de telefonia móvel que resolve impugnar faturas de cobrança com ligações desconhecidas. Nesse caso, o consumidor obviamente não tem como provar um fato negativo. De outra parte, a empresa de telefonia, mesmo que invertido o ônus da prova e a fim de embasar a cobrança, trará ao juízo toda a relação das ligações feitas do aparelho do usuário, como prova de que prestou os serviços.

⁷¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 168.

Na hipótese vertente o juiz levará em conta como indício de veracidade do fato probando as atitudes extraprocessuais manifestadas pelo consumidor, como o fato de ele demonstrar, em seu depoimento, bastante convicção do direito que empunha, bem ainda a circunstância de ele ter realizado, antes de adentrar na esfera judicial, inúmeras reclamações administrativas junto à própria empresa e ao Procon, bem como o resultado da experiência comum de vida, que indica ser bastante corriqueira a prática de clonagem de aparelhos celulares⁷².

Embora os indícios e o comportamento processual das partes não figurem entre os meios de prova disciplinados no Código de Processo Civil, é estreme de dúvida a sua admissibilidade em juízo.

Tal é a conseqüência natural do sistema adotado pelo código na indicação dos meios de prova admissíveis, que é o da sua enunciação *numerus apertus* (CPC, art. 332), conferindo ao juiz, ademais, poderes instrutórios amplos, por força do princípio da iniciativa oficial, que autoriza a determinar as providências necessárias à instrução do processo (art. 130)⁷³.

Por outro lado, regulando o emprego, pelo juiz, das chamadas máximas da experiência (art.6º. da Lei nº 9.099/95), a lei tem em vista a prova indiciária, mencionada no tópico anterior, uma vez que, segundo o dispositivo legal, o magistrado poderá aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece.

Significa isso dizer que o juiz não pode, em face da prova, ser mero espectador, nem há de transformar-se naquele registro passivo e mecânico dos fatos. Ao revés, a sua atuação nesse campo, exige iniciativa, atenção perspicácia,

⁷² Salvador- Bahia, Juizado Modelo Especial Cível, Proc. 41012-8/2001, Juíza Andréa Paulo Matos R. de Miranda, data de julgamento 11.06.2002.

⁷³ GOUVÊIA MEDINA, Paulo Roberto. A Prova das Intenções no Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 115, p. 83, maio/2004.

cautela, autoridade, enfim, todos os atributos do bom observador e do zeloso julgador, comprometido desde o início com o desfecho da causa, o que quer dizer, com a realização de justiça.

CAPÍTULO IV

LIBERDADE JUDICIAL E EQÜIDADE

4.1 A eqüidade como princípio nos Juizados Especiais

Discricionariedade, sensibilidade na perscrutação do caso concreto e o desapego ao rigor formal são a ordem do dia nos Juizados Especiais, Cíveis e Criminais, implantados pela Lei Federal nº 9.099/95.

Nesse espeque é que se permite especial aplicação da eqüidade na realidade dos Juizados Especiais Cíveis, ou seja, o uso dela não apenas como forma de integração da norma, mas como princípio coadjuvante utilizado pelo juiz na perscrutação da decisão justa ao caso concreto, perseguindo sempre o bem comum e os fins sociais da lei.

Note-se que a eqüidade, como princípio, já vem sendo aplicada em outros ordenamentos, como no Código de Defesa do Consumidor⁷⁴.

Assim, por exemplo, em um contrato entre fornecedor e o consumidor, deve haver o equilíbrio contratual entre direitos e deveres. Para alcançar a almejada justiça contratual, o CDC institui normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que asseguram vantagens

⁷⁴ Art.7º., *caput*, da Lei nº 8.078/90.

unilaterais ou exageradas para o fornecedor de serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a eqüidade⁷⁵.

O princípio da eqüidade no caso em lume é cogente, pouco importando se a cláusula abusiva era de conhecimento do consumidor ou se ela foi imposta unilateralmente pelo fornecedor.

O que vai sobrelevar será apenas o resultado da relação contratual, se houve efetivamente desequilíbrio contratual, se trouxe vantagem excessiva para o fornecedor, se foi contrária às normas de ordem pública de proteção do CDC. A autonomia da vontade não prevalecerá e sim o senso de justiça espelhado no equilíbrio contratual inter partes⁷⁶.

Daí advém a construção jurisprudencial da Onerosidade Excessiva, hoje já acolhida pelo recente Código Consumerista (art. 6º, inciso V da L.8.078/90) e pelo Novo Código Civil (art. 478), que autoriza o reequilíbrio entre as obrigações contratuais, afetadas por fatores exteriores imprevisíveis.

A lição do jurista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA merece vir à baila:

Todo contrato é previsão, e em todo contrato há margem de oscilação de ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Mas, quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da livre concorrência tolera, e é atingido o plano de desequilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro à ruína completa, e extraia para si o máximo benefício. Sentido que este desequilíbrio na economia do contrato afeta o próprio conteúdo de juridicidade, entendeu que não deveria permitir a execução rija do ajuste, quando a força das circunstâncias ambientes viesse criar um estudo contrário ao princípio da justiça do contrato. E acordou de seu sono milenar um velho instituto que a desenvoltura individualista havia relegado ao abandono, elaborando então a tese da resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva da prestação⁷⁷.

⁷⁵ art. 51, IV do CDC, Lei nº 8.078/90.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 390.

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 98. Vol. 3.

Portanto o princípio da equidade já tem sido abarcado pelos ordenamentos jurídicos mais atuais, como no Código Consumerista e até no Código Civil reformulado (de 2002⁷⁸), podendo ser entendido por meio de outros sub-princípios como o da boa-fé objetiva nos contratos, o da transparência, da confiança contratual, entre outros⁷⁸.

O artigo 8º. da Consolidação das Leis Trabalhistas também permite expressamente a decisão por equidade, fornecendo, ainda, outros parâmetros como a jurisprudência, analogia, outros princípios e normas gerais de direito, usos e costumes e o direito comparado, para que as autoridades administrativas e o magistrado possam decidir a lide na justiça do trabalho⁷⁹.

No âmbito dos juizados especiais, portanto, a equidade não pode ter seu conceito resumido apenas como critério de integração da norma quando nela houver lacuna, mas verdadeiramente como princípio orientador do juiz utilizado para promover o restabelecimento do direito material violado, assim como meio de pacificação social a ser alcançada pela resolução justa do caso concreto.

Não que o decidir por equanimidade, aqui anotado, seja no sentido de criar direito à margem da lei, mas que a função jurisdicional seja prestada sem a legalidade estrita, sensível à realidade apresentada.

Melhor dizendo, por força da interpretação sociológica e teleológica, deve a função jurisdicional ser oferecida abrandando os rigores legais quando a norma jurídica produzir um resultado que ela mesma não desejou.

Nesse corolário, Eros Roberto Grau, citando Aristóteles pontifica:

⁷⁸ Art. 422 e 423 do CC/2002 e art.47 e 51 do CDC.

⁷⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

Aristóteles distingue a eqüidade e o eqüitativo, relacionando-os ao justo, então observando que o eqüitativo, nada obstante ser justo, não é o justo segundo a lei, senão um corretivo da justiça legal. A razão disso está em que a lei é sempre geral e há casos em ralação aos quais não é possível estipular-se um enunciado geral que se aplique com retidão. Nos casos nos quais é necessário que o enunciado se limite a generalidades, sendo impossível faze-lo corretamente, a lei não toma em consideração senão os casos mais freqüentes, sem ignorar os erros que isso possa importar. Nem por isso ela é menos correta, porque a culpa não está na lei, nem no legislador, mas sim na natureza das coisas. E isso porque, em razão de sua própria essência, a matéria das coisas de ordem prática reveste-se do caráter de irregularidade. Por isso, quando a lei expressa uma regra geral e surge algo que se coloca fora dessa formulação geral, devemos, onde o legislador omitiu a previsão do caso concreto e pecou por excesso de simplificação, corrigir a omissão e fazer-nos intérpretes do que o legislador teria dito, ele mesmo, se estivesse presente neste momento, e teria feito constar da lei se conhecesse o caso em questão⁸⁰.

Com essa compreensão pode-se dizer, com absoluta segurança, que a proposta da Lei 9.099/95, é a de ultrapassar as barreiras da mera subsunção, para se atingir, de uma vez por todas, uma interpretação e aplicação da norma jurídica dentro de padrões sociológicos e axiológicos capazes de atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

4.2 O conceito de “bem comum”

A noção de *bem comum* é bastante complexa, metafísica e de difícil compreensão, cujo conceito dependerá da filosofia política e jurídica adotada. Esta noção se compõe de diversos elementos ou fatores, o que dará origem a várias definições.

⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 281.

Em regra se reconhecem como elementos do bem comum a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social e a solidariedade⁸¹.

A noção de bem comum é voltada para o campo coletivo, transcende, pois o individualizado ou sectário de um grupo. Isso ocorre por um fundamento lógico: a lei não pode ser destinada a favorecer uns em desfavor de outros. O legislador quando a cria, o faz pensando na felicidade dos seus concidadãos.

No dizer de Othon Sidou:

O bem comum, indispensável ao homem coletivizado e à coletividade organizada, é o conjunto de circunstâncias qualitativas e quantitativamente dispostas a assegurar-lhes paz e liberdade. Na sociedade organizada, o homem é beneficiador e reciprocamente beneficiário do bem comum. Daí vem que a aplicação do direito há de ser inspirado no bem comum, qualquer que seja o método empregado nos processos de interpretação⁸².

4.3 Os fins sociais da Lei

Já fim social, considera-se o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituíram a razão de sua composição, abrangendo assim o útil, a necessidade social, seus anseios, o equilíbrio de interesses e etc⁸³.

O fim social da lei, pois, tem o propósito de atender as legítimas expectativas da coletividade, suas lícitas aspirações, do que retira-se que o conceito de fim social da lei e bem comum estão assaz imbricados, vez que todos buscam a felicidade do grupo como um todo.

⁸¹ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **As lacunas da Lei e as formas de aplicação do Direito**. Disponível em: <http://www.JusNavigandi.com.br/principal/doutrina/hermenêutica_jurídica/geral>.

⁸² SIDOU, J.M. Othon. **Fundamentos do Direito Aplicado**. [s.l]: Forense Universitária, 2003. p. 173.

⁸³ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **As Lacunas da Lei e as Formas de Aplicação do Direito**. Disponível em: <http://www.JusNavigandi.com.br/principal/doutrina/hermenêutica_jurídica/geral>.

Por ser impossível interpretar o preceito positivo sem perder de vista as exigências do bem comum, ou da justiça social, este elemento extrínseco ao caso concreto é preponderante, é “diretriz de cúpula”, antepõe-se e sobrepõe-se ao próprio preceito positivo.

Nesse diapasão deverá o intérprete e aplicador atender as mudanças socioeconômicas e valorativas, examinando a influência do meio social e as exigências da época, o desenvolvimento cultural do povo e os valores vigentes na sociedade, concluindo-se assim que as expressões "fins sociais" e "bem comum" do artigo 6º da Lei nº 9.099/95, devem ser entendidas como sínteses éticas da vida em sociedade, pressupondo uma unidade de objetivos na conduta social do homem.

4.4 Coletânea de jurisprudência comentada sobre a equidade

Os arestos abaixo procuram exemplificar a utilização prática da equidade por juízes e Tribunais (em especial nos Juizados Especiais), trazendo também, logo em seguida, comentários de modo a facilitar a compreensão do julgado.

EMENTA - CIVIL - ACIDENTE DE VEÍCULOS - DESPESAS COM TAXI - 1. A indenização deve ser o mais completa possível e abrange, como dano emergente, os gastos no período em que o veículo abalroado estiver no conserto. 1.1 Todavia, não necessariamente, o juiz condenará o réu ao pagamento da importância reclamada na petição inicial, podendo adotar a solução que reputar mais justa e equânime, atento às peculiaridades da causa e às regras da experiência. 2. Sentença modificada para reduzir-se o quantum da indenização.

A indenização devida por acidente de veículo abrange, como dano emergente, os gastos havidos e comprovados com locomoção no período em que o veículo abalroado estiver no conserto. Porquanto, a indenização deve ser o mais ampla possível. Todavia, nos Juizados Especiais o julgador não se encontra adstrito ao critério da legalidade estrita podendo, em cada caso e observadas suas peculiaridades, adotar a decisão que

reputar mais justa e equânime, "atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum". (art. 6º Lei 9.099/95).

Deste modo, penso que razão assiste, em parte, ao Recorrente no concernente à atenuação do valor da condenação. Destarte, é verdade que o Recorrido ficou impossibilitado de utilizar seu veículo por culpa do Recorrente e, em razão disto, teve gastos com locomoção (taxi), porém, o valor da condenação afigura-se-me acima do que me parece justo, afinal de contas a esposa do Recorrido não é parte na ação, a despesa com ônibus interestadual é questionável, uma vez que a experiência demonstra que mesmo os proprietários de veículos utilizam-se daquele meio de transporte, porque mais seguros e econômicos, deixando muitas vezes o carro na garagem e, finalmente, porque o valor da condenação corresponde a uma diária de pouco mais de R\$ 50,00 (cinquenta reais), preço de uma diária de um veículo bem mais novo que o do Recorrido. Enfim e diante das peculiaridades da causa, reduzo para R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), o valor da condenação, corrigidos da forma prevista na r. sentença⁸⁴.

Comentários: O juiz não usou qualquer critério legal, senão a equidade, para reduzir a condenação pelos danos emergentes. Considerou o magistrado que o parâmetro utilizado para a fixação dos lucros cessantes (pagamento de diária de um táxi) foi excessivo. Para tanto, levou em conta que o autor poderia também fazer uso do sistema viário para locomover-se, prática bastante comum na metrópole onde vive.

Civil. Código de Defesa do Consumidor. Consórcio. Preliminares afastadas. Contrato. Vício de consentimento. Nulidade. Inversão de ônus da prova. Responsabilidade solidária. Devolução imediata das parcelas pagas. Princípio da boa-fé. Não retenção das taxas de adesão e de administração. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. 1. A alegação de ofensa aos princípios da paridade, contraditório e ampla defesa encontra-se coberta pelo manto da coisa julgada vez que já fora objeto de apreciação pela sentença dos embargos à execução de fls. 136/137, onde a mm. Juíza prolatora a afastou ao fundamento de ausência de qualquer nulidade ou prejuízo à defesa. 2. "perante os juizados especiais, devem prevalecer os princípios da simplicidade, da informalidade (art. 2º da lje), da justiça e equidade na busca dos fins sociais da lei (art. 6º do cdc), em detrimento da exigência da perfeita técnica processual, quando a petição inicial é elaborada pela própria parte autora, leiga em matéria de direito e desassistida de advogado" (precedente). 3. Não se vislumbra mudança de causa de pedir por ocasião da audiência vez que o depoimento pessoal do recorrido está em conformidade com o contido na inicial, não resultando qualquer prejuízo para a ré, ademais, presente esta ao ato, não fez uso das prerrogativas concedidas pelo princípio da oralidade, incorrendo em preclusão consumativa. 4. A condenação da recorrente encontra fundamento na

⁸⁴ Órgão: 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, N. Processo: 2001.01.1.032095-3; Relator Juiz: JOÃO EGMONT LEÔNIO LOPES

quebra do princípio da boa-fé, que consistiu na falsa afirmação dada ao recorrido de que não estaria participando de um consórcio, mas adquirindo uma carta já contemplada com liberação imediata. 5. Em face do conjunto probatório coligido aos autos mostra-se desvirtuada da realidade a alegação de que o recorrente estava ciente de que a contemplação seria por sorteio ou lance. 6. A questão probatória nas relações de consumo esta inserta no artigo 6º do cdc o qual elenca alguns direitos básicos a seus destinatários, entre eles a inversão do ônus da prova constante do inciso viii do mencionado artigo o qual foi estabelecido visando facilitar a defesa dos direitos do consumidor. 7. Para que o julgador inverta o ônus da prova faz-se necessária a presença da verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, sendo essa última a hipótese dos autos em virtude da situação fático-jurídico no qual se insere toda a sistemática consorcial, assim, fica a cargo da recorrente demonstrar que não agiu de forma temerária, no entanto, se limitou a tecer acusações sem fundamentos ao recorrido. 8. A responsabilidade existente entre a administradora e sua representante autônoma é solidária por força do art. 34 do cdc o qual garante ao consumidor o reparo de direito lesado. 9. É abusiva e, portanto, nula, cláusula contratual que impede a imediata devolução de parcelas pagas pelo consumidor, segundo os princípios do cdc. 10. Não há que se falar em devolução das taxas de adesão e administrativa face à nulidade do contrato por vício de consentimento. 11. Há que prevalecer os juros fixados na sentença vez que declarada nula a cláusula 82, ii do contrato. 12. Recurso conhecido e improvido. Será colacionada ampla gama de jurisprudência correlacionada à atuação judicial no âmbito dos juizados especiais, no tocante ao julgamento fulcrado na equidade⁸⁵.

Comentários: quando se postula em juizados especiais, prevalecem os princípios da simplicidade, da informalidade (art. 2º da lei), da justiça e equidade na busca dos fins sociais da lei (art. 6º do CDC), em detrimento da exigência de esmerada técnica processual, sobretudo quando a petição inicial é formulada pela própria parte autora, leiga em matéria de direito e não assistida por advogado.

Seguro – Contrato de Adesão – Cláusulas que devem ser interpretadas em favor do aderente, atendendo-se a boa-fé, a equidade das relações econômicas e ao finalismo contratual – Aplicação do Código de Processo Civil.

Ementa Oficial: o contrato de seguro é de adesão e se submete ao Código de Processo Civil, devendo suas cláusulas ser interpretadas em favor do aderente, atendendo-se à boa-fé, à equidade das relações econômicas e ao finalismo contratual⁸⁶.

⁸⁵ 1ª. Turma do JEC/DF, Acórdão n. 210280, j. em 08/03/2005. Relator, Juiz Nilsoni de Freitas Custório.

⁸⁶ RT, Vol. 808, p. 424.

Comentários: Se realmente existia cláusula no sentido de excluir a cobertura pela doença que acometeu o segurado, deveria ela ter sido redigida com destaque, permitindo a sua imediata e fácil compreensão. É o que prescreve o artigo 54, par. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, cláusula que exclui totalmente o benefício que constitui o próprio objeto do contrato, é cláusula iníqua e abusiva, devendo por isso ser declarada nula de pleno direito, nos moldes do artigo 51, parágrafo 1º, inciso III do CDC.

Sistema Financeiro de Habitação - Contrato para aquisição da casa própria – Possibilidade de transferência a terceiros dos direitos e obrigações – Cláusula de impedimento que é considerada nula de pleno direito – Aplicação dos princípios da boa-fé e da equidade previstos na Lei 8.078/90.

Ementa da redação: É possível a transferência a terceiros dos direitos e obrigações do contrato de financiamento de casa própria pelo Sistema de Financiamento de Habitação. A Cláusula de impedimento da transferência é considerada cláusula nula de pleno direito, por ser incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade previstos na Lei nº 8.078/90⁸⁷.

Comentários: Este é o caso do alcunhado “contrato de gaveta”, que pode ser conhecido como o pacto que se perfaz apenas entre a parte cedente e o cessionário dos direitos e obrigações do contrato de financiamento para aquisição da casa própria, sem, no entanto, dar-se conhecimento desta alienação ao órgão financiador. Esta providência tem sido corriqueira porque as regras do Sistema Financeiro de Habitação não permitem o mencionado tipo de transação ao pretexto de ela desvirtuar o propósito assistencial da moradia. Por isso, em caso de revenda do bem financiado, há severas cláusulas contratuais que estipulam o vencimento antecipado da dívida. Daí a referida alienação ocorrer à revelia da instituição financiadora. Entretanto, o judiciário tem reconhecido este tipo de contrato, declarando, por consequência, nula de pleno direito a cláusula de impedimento, por ser incompatível

⁸⁷ RT, Vol. 814, p. 238.

com os princípios da boa-fé e da equidade (consoante o que prescreve o artigo 52, IV do Código de Defesa do Consumidor) e por considerar preponderante a relevância social do direito referente à aquisição da casa própria, uma vez que o interesse da prestadora de dinheiro, não obstante as peculiaridades e as normas do Sistema Financeiro de Habitação, não podem ferir o direito de propriedade dos adquirentes do imóvel.

EMENTA: RECURSO INOMINADO. DIREITO DO CONSUMIDOR. É DEVER INARREDÁVEL DO FORNECEDOR PRESTAR TODAS AS INFORMAÇÕES E ESCLARECIMENTOS SOBRE O SERVIÇO OFERTADO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA TRANSPARÊNCIA. COMPROVADO O DESCUMPRIMENTO DESTA EXIGÊNCIA IMPÕE-SE O CANCELAMENTO DA TAXA DE HABILITAÇÃO DE TELEFONE CONVENCIONAL. SENTENÇA MONOCRÁTICA PRECISA. RECURSO IMPROVIDO.

Trata-se de Recurso inominado, tempestivo, preparado e contra arrazoado, visando reformar sentença que julgou procedente pedido inaugural, declarando a nulidade de cláusula contratual que impõe cobrança de tarifa de habilitação não informada de maneira clara à consumidora/recorrida e cujo valor não foi explicitado pela fornecedora/recorrente.

Restou incontroverso que a consumidora firmou contrato de adesão para a prestação de serviços de Telefonia Fixa Comutada com a concessionária Recorrente. Restou certo, outrossim, que a informação fornecida para a usuária foi inadequada e insuficiente para esclarecê-la, mormente acerca da existência e valor da taxa de habilitação prevista na cláusula 6.4 do aludido contrato. Como bem observou a sentença 'a quo' - não houve nitidez nem precisão na informação - muito menos nos termos do pacto celebrado, não restando alertada a usuária acerca da cobrança do valor de R\$199,00(cento e noventa e nove reais) para a habilitação da citada linha convencional. Diferentemente do quanto exposto na peça recursal as alegações da aderente são verossimilhantes, impondo-se a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente, ainda mais na hipótese dos autos, aonde as informações atacadas e tidas como defeituosas foram prestadas por telefone, vale dizer, pelo serviço 0800 085 0000, não restando registro ou prova inequívoca dos termos e declarações prestadas, assumindo a Recorrente o ônus da sua inércia⁸⁸.

A sentença atacada não merece reforma e, bem por isso deve ser mantida pelos próprios fundamentos, acrescidos dos ora mencionados. O vencido/recorrente pagará as custas processuais e os honorários advocatícios, arbitrados à razão de 10% sobre o valor da causa.

Comentários: a decisão coloca em pauta a usual falta de transparência nas informações repassadas ao consumidor pelo fornecedor de serviços. Verificando a hipossuficiência do consumidor e a ânsia do fornecedor de vender-lhe a todo custo

⁸⁸ Recife – Juizado Especial do Consumidor. Recurso Nº: 133/2001. Proc. 3.475/2000. Juiz Emanuel Bonfim Carneiro Amaral Filho.

seu serviço, muitas das vezes aquele fica prejudicado pela falta de transparência e boa-fé nas informações que lhe são repassadas, devendo prevalecer o senso de justiça do magistrado para dar guarida à parte mais vulnerável da relação de consumo.

EMENTA: CANCELAMENTO DE LINHA TELEFÔNICA – PEDIDO DE REVISÃO DE CONTAS COM VALORES EXCESSIVOS – COBRANÇA DO VALOR DA ASSINATURA SEM A UTILIZAÇÃO DO SERVIÇO.

VOTO: (...) A ré deveria ter procedido o cancelamento da linha em junho, porque assim determina o regulamento, e porque esta era a expectativa da consumidora, que não tinha interesse em continuar pagando por um serviço que não estava mais utilizando. Não se pode admitir que a consumidora seja penalizada severamente, com a obrigação de pagar o valor da assinatura da linha por todos aqueles meses, sem receber qualquer benefício correspondente, tão somente por ter exercido o seu direito de reclamar das contas que, ademais, efetivamente incorretas. Negar esta realidade seria recusar aplicação ao princípio da boa-fé objetiva, que deve nortear todas as relações de consumo⁸⁹.

Comentários: no exemplo acima citado, recorreu-se à equidade e à boa-fé objetiva para determinar-se o comportamento leal e correto das partes, diante das circunstâncias de cada caso (função hermenêutica integrativa). O julgamento foi baseado no senso de justiça do julgador, como também em uma ponderação objetiva do contrato para concluir, no caso concreto, o que seria lícito que as partes esperassem; o que seria razoável exigir da contraparte, e que tipo de expectativa ou de confiança o contrato teria gerado legitimamente nas partes.

APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO.

O julgador, ao fundamentar a sentença, não precisa rebater, um por um, os argumentos das partes, mas, sim, apresentar a sua justificação à decisão proferida. Ao mesmo tempo, o princípio da identidade física do Juiz não é violado na hipótese de o magistrado ser afastado por motivo de férias, remetendo os autos ao seu sucessor, para que sentencie. A relação entre a Federação Gaúcha de Futebol, como organizadora de eventos esportivos, e os torcedores é de consumo. Caracteriza vício do produto o fato de os consumidores, que adquiriram ingressos para partida de futebol, não conseguirem adentrar no estádio, onde a mesma seria realizada.

⁸⁹ Salvador – Bahia, Juizado Especial Cível, Proc. 41012-8/2001, Juíza André Paulo Matos R. de Miranda, julgado em 11.06.2002.

Configurados o inadimplemento contratual e o justo sentimento de revolta dos autores, cabível o ressarcimento a título de danos morais, que foram arbitrados dentro dos critérios de **eqüidade** e razoabilidade. Improvidos a apelação e o recurso adesivo, no tocante à majoração da indenização arbitrada, não se conhecendo deste quanto aos lucros cessantes⁹⁰.

Comentários: A eqüidade tem sido muito utilizada também para a quantificação dos danos morais. Fixar os danos morais em cada caso concreto é tarefa eminentemente discricionária, haja vista que não existem parâmetros determinados pela lei para tal quantificação. Vai então prevalecer o bom senso e o critério da razoabilidade do julgador para de um lado, evitar seja a indenização exasperada para não propiciar o enriquecimento ilícito do pleiteante, e, de outro, que a ela não seja tão ínfima para que possa incutir efeito pedagógico ao infrator.

PROVA. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA PERSUASIVA QUANTO A CULPA DO RECORRENTE. CONDUTOR DE VEÍCULO INABILITADO. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DO ARTIGO 6º. DA LEI 9.099/95. RECURSO IMPROVIDO.

Prevalece, no direito moderno, o princípio da persuasão racional, fruto da moderna compreensão da atividade jurisdicional. Além do mais, a Lei dos Juizados Especiais permite de forma expressa o abrandamento da jurisdição de direito, ao possibilitar o julgamento por eqüidade. Não por eqüidade pura, indesejada faceta da justiça alternativa, mas de acordo com os fins sociais da lei e às exigências do bem comum⁹¹.

Comentários: O julgado destaca o abrandamento da jurisdição de direito em prol do uso da eqüidade, enaltecendo o princípio da persuasão racional e ressaltando que a eqüidade, nada obstante existir o permissivo legal para a sua aplicação, não pode ser utilizada aleatoriamente, mas de acordo com os fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

⁹⁰ Apelação Cível nº 70.001.973.718 - 10ª Câmara Cível - Porto Alegre

⁹¹ Rec.70- Mococa-SP. Colégio Recursal de Casa Branca-SP, j.21/10/1999, v.u., rel. Juiz José Tadeu Lopes de Oliveira.

PROVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VALOR DOS ORÇAMENTOS. EQUIPARAÇÃO À PERÍCIA. DESNECESSIDADE DESTA. RECURSO IMPROVIDO.

Em tema de acidente de trânsito, os orçamentos ofertados pelo prejudicado representam verdadeira substituição da prova pericial, cujo exame demandaria inevitável perda de tempo e oneroso dispêndio, de sorte que representam uma operação altamente significativa para especificar o dano patrimonial e reduzir a uma unidade de valor as danificações produzidas nos bens materiais⁹².

Comentários: A vertente desburocratizante dos Juizados Especiais alijou a confecção de perícia para verificação de danos em veículos. A referida medida, além de cara, retardava bastante a entrega da tutela jurisdicional. Agora, para identificar os alegados prejuízos materiais em veículos sinistrados, basta que sejam juntados orçamentos de oficinas mecânicas. É uma questão de puro bom senso e equidade.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CANCELAMENTO DE MATRÍCULA. DEVOLUÇÃO DE 50% DO VALOR PAGO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, V DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O cancelamento de matrícula em curso superior é direito do aluno. Havendo cláusula de devolução de valor correspondente a 50% no caso de desistência, tal parâmetro deve ser utilizado na hipótese para se evitar desequilíbrio contratual, haja vista que, se o estabelecimento de ensino experimentou despesas, tendo ainda colocado outros serviços à disposição dos candidatos, de outro lado, com o cancelamento, a vaga fica disponibilizada a outro interessado, suplente⁹³.

Comentários: consoante os princípios da boa-fé e da equidade, declinados no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, inciso V, a cláusula não-devolutiva é abusiva, haja vista que a desistência do aluno não implicou em prejuízo para o estabelecimento de ensino, posto que a vaga do desistente seria transferida a suplente.

⁹² Rec.14/96. Colégio Recursal de São João da Boa Vista-SP. J. em 26.08.1996, rel. Juiz Joel Valente.

⁹³ Rec.39/01. Colégio Recursal de São João da Boa Vista-SP. J. em 27.09.2001, rel. Osvaldo Nilton Rossatti.

Impossibilidade jurídica do pedido - Ação de cobrança - Rifa - Sorteio - Preliminar rejeitada.

Em princípio o ganhador de rifa não tem o direito de pleitear o prêmio, visto que provindo de jogo ou aposta, porém, a regra do justo e social imposto pela Lei nº 9.099/95 leva à conclusão de que o beneficiário da venda da rifa obterá enriquecimento ilícito em detrimento daquele que pagou para concorrer ao prêmio. Pelo justo impõe-se a possibilidade de pleitear a entrega do prêmio ganho. Deve-se analisar mais o fato do que a norma legal, pois só assim se estará fazendo a justiça equânime, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Ilegitimidade passiva de parte - Ação de cobrança - Rifa - Ação entre amigos - Responsabilidade de indenizar.

É considerado parte legítima aquele que determina a confecção dos talonários da rifa, os vende, fica incumbido do recebimento do dinheiro da venda, bem como pela entrega do bem sorteado.

A "ação entre amigos" é mera designação com finalidade de informar aos adquirentes da rifa que se está praticando um ato (a venda) para se obter alguma coisa (dinheiro) em favor de alguém (beneficiário). Não se trata de um grupo de pessoas com as mesmas responsabilidades. Preliminar rejeitada⁹⁴.

Voto: A colocação realmente causa efeito, do ponto de vista lógico e processual, porém, analisando se aquele que vendeu auferiu dinheiro com base em jogo ou aposta, dele se beneficiou em proveito próprio, cometendo, além da contravenção, crime de estelionato e enriquecimento ilícito. Pergunta-se: é justo ele ficar com o valor e o "pobre" que o ajudou arcar com o prejuízo? Não é mais uma vez a Justiça aplicando a letra fria da lei em proveito daquele que comete um ilícito e se esconde atrás do manto da Justiça?

A Justiça não pode ser mais cega, deve olhar, e bem. O Juiz deve dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica (art. 5º da Lei nº 9.099/95). Também deve adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (art. 6º da lei citada). (grifos meus)

Basta de julgar "normas processuais". Hoje só se julgam preliminares, matéria doutrinária, embasando-se em estudos profundos quanto ao direito positivo, enquanto o fato, a questão, os direitos das partes ficam em segundo plano ou até esquecidos. A Justiça deve ater-se mais ao problema do que à regra processual, pois esta é fria, estática, enquanto o direito é dinâmico.

E é por isso que surgiram os Juizados Especiais, exatamente para resolver os litígios, aplicando a lei ou se esta não dispõe de forma precisa, aplica-se os princípios inerentes ao Julgador, dá-se razão àquele que realmente a tem, desprezando-se dentro de um princípio básico as regras processuais, tumultuadoras e paralisantes.

Comentários: interessante a análise do julgador acerca da preliminar argüida pela defesa, que pedia o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que o ordenamento jurídico não permitia a cobrança de dívida proveniente de jogo. No caso, com bastante percuciência, o magistrado

⁹⁴ RECURSO CÍVEL - CLASSE I - Nº 04/96 – Cuiabá/MT; Rel. Carlos Rocha; j. em 03 de dezembro de 2003.

entendeu que, inobstante em primeiro exame tal cobrança ser coibida pelo ordenamento jurídico, não era justo que o vendedor da rifa que auferiu dinheiro com o empreendimento lograsse enriquecimento ilícito, enquanto o apostador, que acreditou naquele negócio arcasse sozinho com os prejuízos. A decisão, pode-se dizer, corrigiu um rigor excessivo da letra da lei, para aplicar a justiça consoante os fatos que foram apresentados ao magistrado.

CAPÍTULO V
APROXIMAÇÃO DA EQÜIDADE COM AS PROPOSTAS DO SOCIOLOGISMO
JURÍDICO E COM O PRAGMATISMO NORTE-AMERICANO

5.1 O Surgimento do Sociologismo Jurídico

O dispositivo do artigo 6º da Lei nº 9.099/95 quase que repetiu o artigo 5º da nossa Lei de Introdução, de 1942, que trouxe a inovação para o Código Civil de 1916, quando dispôs: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Tal reforma, foi um “divisor de águas” em nosso sistema jurídico, eis que representou um marco do afastamento do sistema pátrio da escola tradicional da exegese, o que deu margem às novas concepções de índole sociológica, como à escola da Livre Indagação do Direito.

Dava-se cabo à jactância da completude do direito em um código. Era em verdade uma grande ilusão, a pretensão de que o legislador pudesse ser oniprevidente.

Desde antanho, em nome da segurança jurídica, entendia-se que ao juiz cabia o mínimo de discricionariedade, a fim de garantir uma irrestrita univocidade a todas as decisões judiciais.

O juiz então não passaria de um autômato na aplicação da lei, um escravo dela. Neste contexto, a segurança jurídica se confundia com a noção de justiça⁹⁵.

No dizer de Kelsen, o sistema é, em si mesmo, bastante, pois as normas que o compõem, contém em si, a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação dos magistrados ou órgãos jurisdicionais competentes.

Nesse sentido, o autor afasta a idéia de existência de lacuna do direito, fundando-se na premissa de que tudo aquilo que não está proibido, está permitido, descrevendo isso como a liberdade jurídica negativa⁹⁶.

Esse apego à letra da lei defendida por escolásticos, dogmáticos, exegéticos, portanto, começa a perder espaço no final do século XIX devido às concepções evolutivas da Escola Histórica, a qual passou a compreender que o Direito deriva da consciência e do espírito do povo, alheio aos rigorosos esquematismos da razão⁹⁷.

A partir daí, o intérprete ganha certa autonomia em relação à lei, desvinculando-se da vontade a que o legislador quis empregar a ela, mas dando especial ênfase ao sentido perquirido pela mesma.

Desde então, a função jurisdicional passa a transcender a modesta função de servir aos caprichos e à vontade do legislador⁹⁸.

Surge então uma nova tendência, preocupada mais com o querer social, ao contrário das antigas vertentes que enfatizavam mais a vontade do corpo legislativo, ou a vontade de alguém com desígnios estranhos ao da sociedade.

É o princípio do movimento denominado de Sociologismo Jurídico cuja preocupação extravasava a juridicidade dos estritos dogmas legais e conduziu à

⁹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed. São Paulo: Forense, [s.d]. p. 80.

⁹⁶ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 12.

⁹⁷ BATALHA, Wilson de Sousa Campos; BATALHA, Sílvia Marina. **Filosofia Jurídica e História do Direito**. São Paulo: Forense, 2003. p. 100.

⁹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **Revista Ajuris**. 34/95.

investigação de fatores sociológicos, exigindo novos conceitos que não só aqueles incutidos nos códigos.

Sobre o ideal de tal movimento, oportuno citar Carlos Siqueira de Castro:

A criatividade judicial há de estar permanentemente a serviço das aspirações da maioria do povo. Os mecanismos de tutela dos direitos fundamentais só poderão se eficazes e protagonistas na trajetória da sociedade rumo ao progresso coletivo se o processo constitucional vencer os preconceitos e as manipulações conservadoras que impedem a ordem jurídica de bem servir aos anseios das grandes massas. Aos juízes compete aplicar a Constituição de forma justa, generosa, pacificadora e sempre coerente com a realidade social, na trilha da interpretação sociológica exaltada por Jean Carbonier, para quem é este o único modelo de exegese que “poderá garantir às decisões de que constitui suporte uma larga autoridade moral e as possibilidades inestimáveis de uma obediência voluntária...generalizando uma profunda afirmação de Henry Levy-Bruhl sobre a prova judiciária, diremos que não basta que o juiz esteja convencido: é preciso ainda que esteja em condições de partilhar pelo povo esta convicção”⁹⁹

5.2 Principais movimentos

Inspirada nesse padrão, surge a Teoria do Direito Livre por meio da qual Gaston Morin aponta – *La revolte des faits contre le Code* – o conflito entre a realidade social e o Direito inserido nos ordenamentos jurídicos¹⁰⁰.

Os defensores da Escola do Direito Livre, afirmavam que o Direito posto está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz.

Se o Direito era um fenômeno social, um produto da sociedade, e não somente do Estado, o juiz e o jurista tinham que tirar as regras jurídicas, adaptadas

⁹⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade**. 3. ed. [s.l]: Forense, 2005. p. 421.

¹⁰⁰ BATALHA, Wilson de Sousa Campos; BATALHA, Sílvia Marina. **Filosofia Jurídica e História do Direito**. [s.l]: Forense, 2003. p. 160.

às novas necessidades, do estudo da sociedade, da dinâmica das relações sociais e não das regras mortas e cristalizadas nos Códigos.

A escola em lume inferia que o juiz tinha legitimidade de engendrar uma nova releitura da lei, em conformidade com a evolução das relações sociais, enaltecendo o papel da jurisprudência, como manifestação clara da vida espontânea do Direito.

Também com essa perspectiva o movimento da Livre Investigação Científica que teve como principais corifeus François Geny (na França) e o alemão Erlich. A corrente não elevava a *mens legislatoris* como instrumento interpretativo único, preferindo sobrelevar a vontade do todo social, definida, no caso concreto, pela ação criativa do julgador¹⁰¹.

A escola assinalava que interpretar é escolher, dentre as muitas significações que a palavra oferece, a significação mais justa e conveniente obedecendo a três princípios: o da autonomia da vontade; o da ordem e do interesse público e, por fim, o do justo equilíbrio ou harmonização dos interesse privados opostos.

Se assim pode ser conceituada a Segunda fase da escola, integrada por Zittelman Mayer, além do já citado Ehrlich, em cuja obra Livre Determinação do Direito e Ciência Jurídica Livre (1903), pregou a liberdade do juiz na hipótese de falta da lei escrita ou regra costumeira, não se afastou do princípio de que a atividade criadora do intérprete seria propícia apenas para suprir lacunas, ou atividade de integração; e só merece subclassificação, autônoma da primeira fase, devido ao fato da base racional que recebeu de Geny, não mais apenas contestadora, porém orientada na investigação científica do direito¹⁰².

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 60.

¹⁰² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d]. p. 83.

Ato contínuo, em sua terceira fase, a mais radical (advinda da doutrina de Hermann Kantorowicz), tinha-se que a atividade do juiz deveria ser focada antes no ideal de justiça, esteja ou não baseada na lei. O intérprete deveria desviar-se dos textos legais toda vez que, inspirado nos dados sociológicos, aqueles parecessem inacomodáveis aos ideais de justiça.

Adepto fervoroso da nova corrente, ocupando nela posição avançada, foi KANTOROWICZ, autor de um opúsculo que na tradução italiana tomou título de *LA Lotta per la Scienza Del Diritto*.

Para ele, a ordem jurídica possui lacunas que só podem ser preenchidas pela investigação livre do direito ou pelo direito livre. Dessarte, por meio da livre investigação jurídica, o intérprete, que seria, ao mesmo tempo, homem de ciência, descobriria o direito da sociedade e, desse modo, chegaria à livre criação do direito, nos casos concretos que tivesse de resolver.

Nesse diapasão, o Juiz decidiria normalmente pela letra da lei. Mas, em caso de dúvida ou quando se convencesse de que o legislador mudaria de opinião se perscrutasse, naquele momento, sobre o problema em debate, estaria o juiz autorizado a ditar a solução como se legislador fosse.

Os debates sobre o problema não cessaram, mas importa dizer que não há acordo acerca dos limites da criação livre do direito: para uns, o juiz possui tal poder quando a lei silencia e, portanto, apresenta lacunas; outros o reduzem aos limites da interpretação lógica; e há os radicais para quem o processo da livre criação deve ser aplicado normalmente.

5.3 A Escola Sociológica Norte-Americana

Fruto também desses ideais, surgiu a escola da jurisprudência Sociológica norte-americana.

A escola em lume apóia-se, precipuamente, no que os Tribunais julgam e não exatamente na leitura positivista do Direito¹⁰³.

Logo, o Direito que “vale” não seria aquele declinado nos Códigos ou nas fontes autorizadas, mas sim aquele elaborado pelos Tribunais.

Esta corrente afasta-se diametralmente da teoria Jusfilosófica positivista que idealiza o Direito como algo absoluto, analítico.

Em singelo escorço, ela vê o Direito como algo com maior flexibilidade que as leis estratificadas, em face da especial atenção dos aplicadores do direito à realidade social. Por isso, acredita que o Direito realiza-se por obra criativa do magistrado, e que as leis servem apenas como critérios de justificação *a posteriori*, ou seja, tão somente para corroborar as convicções do julgador previamente idealizadas.

Do exposto, retira-se que a referida escola despreza o método científico da argumentação jurídica, haja vista que o único fundamento científico para a ciência do direito seria a sociologia jurídica.

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 65.

Com efeito, os únicos parâmetros confiáveis seriam os precedentes judiciais e a sensibilidade do Juiz para, em simetria aos anseios da sociedade, declinar a decisão reputada justa ao caso concreto¹⁰⁴.

Segundo a lição de um dos mais veneráveis juízes da Suprema Corte Norte-Americana, Benjamim Cardozo:

O interesse social servido pela simetria ou certeza deve, portanto, ser equilibrado com o interesse social servido pela eqüidade e pelo sentimento de justiça, ou, ainda, por outros elementos relativos ao bem estar social. Tais elementos poderão impor ao juiz o dever de traçar a linha partindo de outro ângulo, de se arriscar por novos caminhos, de marcar novo ponto de partida, do qual começarão sua jornada outros que virão depois dele¹⁰⁵

O realismo jurídico norte-americano teve como principais precursores, John Chipmann Gray, Karl Llewellyn e Jerome Frank. Mas além destes, também destacaram-se Benjamin Nathan Cardozo, Underhill Moore, Herman Oliphant, Walter W. Cook, entre outros.

Apesar de vislumbrar profundas semelhanças entre os preceitos da mencionada escola e a atuação judicial aplicada aos juizados especiais, há magistrados que se mostram ferrenhamente contra a concepção do *judge made law*, ao argumento de que isto representaria indevida intervenção legislativa, como o que deixou consignado o Des. Alves Braga, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No sistema brasileiro não pode o juiz lançar mão da liberal construction, do Direito norte-americano. A construção do nosso Direito há de ter como ponto de partida o texto legal e estar em harmonia com a ordem jurídica vigente. É usando desse mecanismo que não pronunciará o non liquet do Direito Romano. A figura do judge made law é incompatível com a tripartição do Poder, pois gera o arbítrio do Judiciário, a par de invadir a esfera legiferante, atribuição de outro poder. Não importa que outras

¹⁰⁴ MORRIS, Clarence (org). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 538.

¹⁰⁵ CARDOZO, Benjamin. **A natureza do Processo e a Evolução do Direito**. Coleção **Ajuris**, Porto Alegre, n. 09, p. 118, 1978.

grandes nações hajam escolhido esse sistema. Adverte Frederico Marques que 'mesmo quando a lei autoriza o juiz proceder como se fosse legislador, o órgão jurisdicional não faz a lei, não atua constitutivamente' (cf. Instituições de Direito Processual, vol. I/275). Onde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar em legislador?¹⁰⁶

Bem verdade que não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável.

Isso é condenável, porque não se está a autorizar neste estudo o julgamento *contra legem*.

Todavia, é irrefutável o fato de que o juiz é conduzido a erigir decisões inéditas, levado que é pelas constantes evoluções sociais. Mas isso não representa, de modo algum, criação legal, mas sim jurisprudencial, calcada na própria lei, fulcrada em nova interpretação judicial, certamente não naquela que o legislador previu, mas sim nos novos fatos trazidos à tona pela experiência.

¹⁰⁶ TJSP, Ap. 61.395-1, 4ª C., Rel. Des. Alves Braga, ac. 03.10.85, in RT 604/43.

CAPÍTULO VI

EQÜIDADE É BOM SENSO

6.1 O Inarredável Subjetivismo do Julgador

Não se pode negar que os preceitos acima discorridos encerram um inarredável subjetivismo, na medida em que proporcionam ao juiz a adaptação da lei, ou até mesmo a mitigação dela, de modo que a decisão sobressaia como a expressão do justo no caso concreto.

Em verdade, toda decisão é fruto da ideologia do julgador. No momento em que decidem, toda sua história, sua visão de mundo, consciente ou inconscientemente vem à tona.

Exatamente porque a personalidade pessoal do juiz também é essencial na decisão, uma vez que ele apõe nela suas convicções, traços de sua personalidade, preconceitos, estados de ânimo, etc.

Com esta mesma linha de raciocínio, de identificação do Direito à personalidade do julgador, Benjamin Nathan Cardozo¹⁰⁷, pontificou que é peculiar a cada ser humano abraçar determinada corrente de tendências, uma vez que durante toda a vida tais forças – como instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas – inexoravelmente conduzem os mortais a assumirem

¹⁰⁷ MORRIS, Clarence (org). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 524

comportamentos que, quer queiram ou não, influenciarão em seus posicionamentos.

Entretanto, a referida sensibilidade é de extrema valia, conquanto torna a função judicante florescente e dinâmica, seguindo o compasso das necessidades sociais.

Esse entendimento foi chancelado por Erlich para quem “a longo prazo não há qualquer garantia de justiça, exceto a personalidade do Juiz”¹⁰⁸.

6.2 A Sensibilidade ao Decidir

Quando o magistrado decide por equidade não o faz segundo uma norma, não abstrai, procurando uma solução adequada a todos os casos daquele tipo, uma regra, mas, ao contrário, considera o caso nas suas particularidades, de maneira a encontrar uma solução que a ele especificamente se aplique, à luz do valor justiça¹⁰⁹.

No dizer de Piero Calamandrei¹¹⁰:

Embora se continue a repetir que a sentença pode se reduzir esquematicamente a um silogismo no qual, a partir das premissas dadas, o juiz tira a conclusão apenas em virtude da lógica, às vezes acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverte a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-la. Essa inversão da lógica formal parece ser oficialmente aconselhada ao juiz por certos procedimentos judiciais, como aqueles que, enquanto lhe impõem tornar público, no fim da audiência, o dispositivo da sentença (isto é, a conclusão), consentem que retarde por alguns dias a formulação dos fundamentos (isto é, das premissas). A própria lei, portanto, parece reconhecer, que a dificuldade de julgar não

¹⁰⁸ Idem, p. 525.

¹⁰⁹ SIDOU, J.M. Othon. **Fundamentos do Direito Aplicado**. [s.l.]: Forense Universitária, 2003. p. 171.

¹¹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Eles os Juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.176.

consiste tanto em achar a conclusão, que pode ser a coisa a se resolver no mesmo dia, quanto em achar depois, com mais longa meditação, as premissas de que essa conclusão deveria ser, segundo o vulgo, a consequência.

As premissas, não obstante seu nome, freqüentemente são elaboradas depois – em matéria judiciária – o teto pode ser construído antes das paredes. Com isso, não se quer dizer que o dispositivo surja às cegas e que a fundamentação tenha o único objetivo de mostrar como fruto de rigoroso raciocínio o que, na realidade, é fruto do arbítrio; quer-se dizer apenas que, no julgar, a intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém, que sentença deriva do sentir.

Os textos acima retratam exatamente o que se pretende demonstrar neste trabalho. Não se pode racionalizar o subjetivismo humano. Sempre que a lei o permitir o juiz irá jogar com as leis e com os fatos.

Assim, o juiz arguto e sensível certamente revelará a decisão adequada.

Com efeito, examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo, constituem a grande tarefa do magistrado ao sentenciar.

Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que não de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um excessivo literalismo na interpretação da lei tende a ser injusto, porque estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de especificidades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito.

O juiz contemporâneo compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença¹¹¹.

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 239.

6.3 O Julgamento tendo como pressuposto a convicção que o Magistrado tem do justo: equidade e princípio da proporcionalidade

Cada vez mais, o julgador assume seu papel social, para vislumbrar, além dos dispositivos secos dos códigos, o que se passa além da porta de seu gabinete.

E, de fato, não poderia ser diferente, uma vez que juiz não pode ficar alheio à realidade a sua volta.

Tampouco ele se assemelha a um autômato, que se utiliza, quando decide, de guias silogísticos predeterminados para equacionar a lide.

Com efeito, parece-me que o entendimento de Karl N. Llewellyn tem certa razão de ser quando descreve que o magistrado, no ato da fundamentação de sua decisão, qualifica as provas e sopesa os fatos de acordo com o seu critério de justiça¹¹².

Para o precitado autor as normas escritas não têm grande alcance. Só valeriam aquelas efetivamente eleitas pelo Juiz em sua decisão judicial.

Desse modo, a norma assumiria a feição de justificativa *a posteriori*, ou seja, a norma seria aplicada apenas para corroborar a convicção previamente tomada pelo julgador.

As demandas, portanto, não seriam resolvidas mediante simples processos de subsunção lógica. O Juiz para decidir o caso precisaria ter conhecimento íntimo dos fatores sociais e econômicos imperativos de dada realidade, e ainda verificar de

¹¹² Apud DINIZ, Maria Helena. **Introdução à Ciência do Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d]. p.70.

que forma o ato decisional poderia satisfazer as partes conflitantes, com um mínimo de sacrifício.

Hodiernamente, estreitamente correlacionado com a concepção acima descrita, pode-se mencionar o Princípio da Proporcionalidade.

Para Eros Roberto Grau, nada há de novo na proporcionalidade e na razoabilidade, postulados que desde há muito, e independentemente da formulação dessas duas noções, vem o Poder Judiciário exercitando na interpretação/aplicação do direito, o que antes denominavam simplesmente eqüidade.

Para o precitado autor houve um esquecimento da lição de Aristóteles pelo direito moderno, avesso a qualquer possibilidade de subjetivismo do juiz na aplicação da lei, porque incompatível com a segurança jurídica de nossos tempos.

No dizer de Grau:

Sua rejeição pelo direito moderno (da eqüidade), porque incompatível com a calculabilidade e a segurança jurídica, era plenamente adequada à teoria da subsunção. Hoje, porém, sabemos que a interpretação é constitutiva – não meramente declaratória – que a norma é produzida pelo intérprete e que interpretar o direito é caminhar de um ponto para outro, do universal para o singular, através do particular, conferindo carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular¹¹³.

Por isso, constata-se inegável entrelaçamento entre o princípio da proporcionalidade e a eqüidade, na medida em que ambos visam dosar a aplicação da lei de acordo com o caso concreto, ponderando os direitos em disputa e fazendo prevalecer aquele que se afigura como o mais razoável e justo e que acarreta o menor prejuízo às partes.

Caso muito freqüente é o embate entre o Direito à intimidade do cidadão, em confronto ao Direito de informação da imprensa.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 283.

O direito à intimidade consiste:

Na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano¹¹⁴.

De outra banda, a imprensa, que se utiliza do pretexto da necessidade de divulgação de notícias que considera, de acordo com a sua conveniência, ser de interesse público.

Isto posto, cabe ao magistrado ponderar até que ponto é lícito à imprensa tornar pública a vida íntima das pessoas sob pretexto de levar a informação aos diversos setores da sociedade.

Para a resolução de um caso tal, onde há a disputa entre direitos fundamentais de igual envergadura, só o equilíbrio e a sensata ponderação do julgador é capaz de encontrar a decisão adequada e conveniente, não se podendo determinar regras rígidas, de antemão, para dirimi-la.

¹¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTIN, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. [s.l.: s.n, s.d]. p. 63.

CAPÍTULO VII

O JUIZ SE APODERA DA PARTE DISCRICIONÁRIA DA LEI

7.1 Há mais de uma possibilidade de decisão

Não se pode exigir a univocidade da decisão, sobretudo naquelas hipóteses em que a lei propicia certo grau de abertura argumentativa ao juiz na tarefa hermenêutica.

É nesse contexto que o magistrado deve utilizar-se de sua sensibilidade, bom senso e experiência pessoal para encontrar a fundamentação adequada à resolução do impasse que lhe foi apresentado.

Não que se propugne um decisionismo casuístico e de conveniência. Isto não seria possível até porque há meios de sindicabilidade como a jurisprudência dominante acerca de determinado caso, assentada pelas cortes superiores.

Mas o juiz não é um ente inanimado, sem ideais ou preocupações finalísticas. O juiz moderno é dinâmico e se preocupa com as conseqüências que podem advir de sua decisão.

E tais conseqüências jurídicas são avaliadas com relação a uma série de valores como a justiça, o senso comum, a conveniência pública, a razoabilidade.

Para melhor ilustrar o tema em apreciação, tome-se, por exemplo, o julgamento de um caso de fraude – desvio de energia elétrica – perpetrado por um

usuário contra a companhia fornecedora de tal serviço, onde aquele pede a minoração da penalidade administrativa.

Mesmo que seja latente a prática de artil pelo consumidor, o posicionamento judicial poderá ser no sentido de minorar o valor da multa administrativa aplicada pela companhia lesada, com o propósito de não inviabilizar o próprio fornecimento do serviço, o que é perfeitamente autorizado pela lei que rege a espécie¹¹⁵.

Isso ocorre não só naqueles casos onde há a referida abertura legal, mas também nas demandas onde o objeto da ação abarca matéria eminentemente fática e não estritamente de direito, ou naquelas onde ainda não há regulação legal específica ou divergência interpretativa pelos Tribunais.

7.2 Críticas: o direito sem balizas, a um passo da arbitrariedade

O decidir não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um sentir sapiente por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir, ou deduzir, transmitir ou aplicar.

Isso porque, como pensam alguns, o juiz está vinculado subliminarmente aos interesses das classes predominantes, como um mantenedor do “status quo”¹¹⁶.

Não há negar que o positivismo tem suas qualidades e características indispensáveis. Nestes moldes, é óbvio ululante que não se pode descartar ou “rasgar” o texto legal ou constitucional (**inegabilidade dos pontos de partida**¹¹⁷) para dar azo a pontos de vista estritamente pessoais e discricionários do julgador,

¹¹⁵ **Código de Defesa do Consumidor**. art. 51.

¹¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p.111

¹¹⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 215.

do que poder-se-ia chegar a um solipsismo exagerado e mesmo arriscado, eis que poderia desembocar em um autoritarismo incontrolável, em pura arbitrariedade¹¹⁸, e ainda em uma perigosa insegurança jurídica.

O aprimoramento dos sistemas jurídicos do Estado Democrático de Direito, embora repila a jurisdição como fria operação de reproduzir a literalidade da lei abstrata, não convive também com uma justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador. Se isto pode funcionar na maestria de um juiz de extremada sensibilidade, apresenta-se, todavia, como sério risco de arbitrariedade e insegurança diante do **comum** dos julgadores. Daí a inclinação dos ordenamentos contemporâneos por "uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança, no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados¹¹⁹.

Também há o risco de interferência de outros subsistemas na *jurisdictio* – como o subsistema de boas relações “aos amigos os favores da lei, aos inimigos os rigores dela” (alopoiese) – pois, quanto mais houver interferência desses subsistemas menos complexos, menos moderno será o sistema jurídico de determinado país¹²⁰.

¹¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p.112.

¹¹⁹ GONÇALVES Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 46.

¹²⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.215

CONCLUSÃO

Hoje o magistrado julga muito mais sintonizado com o alcance das normas, em seu sentido progressista e atual de percepção das relações humanas, ele não mais fica jungido à silogismos forçados, imobilizado e indiferente ao progresso.

Nesse compasso, acredita-se que a “cara” da magistratura está mudando, pois cada vez mais humanizada e atenta às constantes demandas sociais.

O mesmo se diga quanto a esfera do Direito Processual, onde a responsabilidade do juiz cresce com a obrigação de dirigir o processo objetivando alcançar os fins visados pela própria ordem jurídica.

Dessarte, a tendência assumida pelos aplicadores do direito é, e sempre será, no sentido de contribuir para a efetividade da tutela, desde que garantido o respeito à dignidade humana e aos princípios processuais e constitucionais vigentes.

Retira-se que tal margem de liberdade judicial – a qual, como foi visto, é indissociável da prática judicial e está cada vez mais presente em nosso ordenamento jurídico – capaz de propiciar ao decisor maior discricionariedade na seleção das provas e no julgamento, deve ser utilizada com bom senso e sensibilidade na perscrutação do fato apresentado, a fim de atingir o bem comum alvitrado pela sociedade.

Não que deva prevalecer, a qualquer custo, o ponto de vista exclusivista e egocêntrico do julgador, o que seria fazer do Direito verdadeiro “Leito de Procusto”,

nem se pretende que sejam proferidas decisões arbitrárias mesmo porque a própria Constituição Federal assegura ao indivíduo decisões amparadas no ordenamento jurídico quando confere ao magistrado independência necessária para o exercício da função jurisdicional, o que se assevera é o fato de que para as decisões justas mister uma análise hermenêutica aplicada da normatividade.

Entretanto, e a bem da verdade, o que se extrai é que o critérios legais de julgamento das lides deduzidas perante os juizados especiais revigoraram ainda mais esse sentimento de busca de justiça, a medida que foge da rígida dicotomia clássica entre jurisdição de direito e jurisdição de eqüidade.

Com efeito, pode-se afirmar que a busca da eqüidade aqui não se restringe a meio de integração para dar suporte ao aplicador do Direito em caso de lacuna da lei, mas serve mesmo como princípio orientador ao magistrado para a efetivação do direito justo ao caso concreto.

Não que este especial ordenamento pressuponha ou apregoe o rompimento total com o arcabouço jurídico autorizado pelo Estado de Direito, como se fosse um autêntico bastião do “alternativismo jurídico”, ou que se permita o julgamento “contra legem”, mas o que se pretende é que concomitantemente à aplicação do direito ao caso concreto o juiz tenha como vetor o ideal de justiça, ou seja, que o juiz procure na norma o elemento do justo, do adequado, para a melhor conformação da lide de modo que se atinja a paz social.

De outra banda, também colijo que deve-se superar o formalismo exacerbado, qual seja, aquele que fecha os olhos da justiça para as agruras sociais, para os clamores de uma sociedade cada vez mais vilipendiada pelo Poder Executivo, bem como pela voracidade do capitalismo contemporâneo.

É a partir da constatação da insuficiência de um modelo que é a perspectiva positivista, formalista, que se propugna maior liberdade ao julgador no desempenho da atividade judicial, posto que, utilizando-se dos critérios informativos inseridos na Lei nº 9.099/95, como a equidade, o uso das regras da experiência comum e outros previstos no artigo 2º do mencionado estatuto, poderá engendrar decisão que tenha bem mais poder de persuasão e aceitação da sociedade.

Porquanto, na seara dos juizados especiais, a legitimidade decisória se faz notar com muito mais nitidez se comparada à justiça ordinária, não só pelo maior acesso permitido ao jurisdicionado, o qual pode postular em juízo sem que seja representado por um advogado, mas principalmente em razão da igualdade substancial inter partes, proporcionada pelo ativismo judicial no processo e pelo julgamento pautado na equidade e conforme os fins sociais da lei.

Kazuo Watanabe descreve muito bem que o acesso à Justiça não se limita à mera postulação judicial, mas sim, fundamentalmente, à ordem jurídica justa, sintetizando como elementos da ordem jurídica justa: a) O direito à informação; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) direito à uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características¹²¹.

O certo é que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. A igualdade formal já não é suficiente para o provimento da decisão justa. Há que haver a verdadeira isonomia, qual seja, a igualdade em seu aspecto substancial.

¹²¹ WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In. GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

Para tanto, é indispensável o fortalecimento da participação do julgador a fim de equiparar as desigualdades sociais e técnicas encontradas no processo.

Não que com isso o juiz perca a necessária neutralidade, mas, o que não se tolera, é a indiferença diante das circunstâncias da vida.

Quando o Estado conferiu o poder de decisão ao agente político, o fez com o objetivo político e teleológico de pacificar os litígios e de alcançar a paz social.

O juiz, portanto, quando intermedeia as partes no confronto judicial, não pode jamais olvidar tais preceitos de maior envergadura, para deixar sobrelevar os aspectos instrumentais do processo, e assim permitir que se faça a injustiça.

Como arremate, vale consignar a lição de Rui Portanova, quando disse que o próprio símbolo da justiça merece ser revisto:

Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e a balança equilibrada noutra. Contudo, não há negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas das vezes a balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las¹²²

¹²² PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 79.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito**. Disponível em: <http://www.JusNavigandi.com.br/principal/doutrina/hermenêutica_juridica/geral>.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

ARAGÃO, Egas Moniz. Regras de Prova no Código Civil. **Revista do Processo**, v. 116, 2004.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. [s.l]: Forense, 1998.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos *et all*. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ATIENZA, Manoel. **As razões do Direito, teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. São Paulo: Landy, [s.d].

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTIN, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. [s.l: s.n, s.d].

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Batalha de. **Filosofia jurídica e história do Direito**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia, uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os Juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMBI, Eduardo. Coisa Julgada e Cognição *Secundum Eventum Probationis*. **Revista do Processo**, v. 109, jan./2003.

CAMPO, Hélio Márcio. Juizado de Pequenas Causas: Jurisdição de Direito ou de equidade? In: **Revista dos Juizados de Pequenas Causas – Doutrina e Jurisprudência**, Porto Alegre, n. 4, p. 24-29, abr./92.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a Evolução Conceitual do Processo. **Revista de Processo 57/34-53**. Seção Doutrina Nacional, Dir. Processual Civil.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade**. 3. ed. [s.l]: Forense, 2005.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais estaduais e federais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o Direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEIRA JR., Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos J.E.Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 5. ed. [s.l]: Forense Universitária, [s.d].

FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis**. 2. ed. [s.l]: JH Mizuno, 2004.

GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo**. [s.l]: Forense, [s.d].

GONÇALVES Aroldo Plínio, **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GOUVÊIA MEDINA, Paulo Roberto. A Prova das Intenções no Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 115, maio/2004.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. Vol. 2

_____. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 1996.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Calouste GulbeKian, 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **O problema da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d].

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 33. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2001.

MAGALHÃES, José Luís Quadros. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/princon.html>>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Vol. 5, Tomo I.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Prova, Convicção, e Justificativa, Diante da Tutela Antecipatória. **Revista dos Tribunais**, Doutrina Civil, São Paulo, v. 834, abr./2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d].

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org). **Direito e legitimidade**. São Paulo, Landy, 2003.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. [s.l]: Forense, 1997. Tomos 1, 2, 3, 4 e 5.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. [s.l]: Forense, 1998.

_____. **O juiz e a Prova**. *Revista do Processo*, n. 35, p.178, [s.d].

MORRIS, Clarence (org). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos do trabalho e Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d].

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da Sentença e o Princípio da Congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. [s.l]: Forense, 1998.

PEDRA, Anderson Sant'ana; **Os fins sociais da norma e os princípios gerais do Direito**. Disponível em: <http://www.JusNavigandi.com.br/principal/doutrina/hermenêutica_jurídica/geral>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Vol. 3.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da Sentença Cível**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINTORE, Anna. **Il Diritto Senza Verità**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RÊGO, George Browne. Três perspectivas da problemática Direito e ética: Aristóteles, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife, n.10. 2000.

RICQUEUR, Paul. **Teoria da Interpretação**. Lisboa: Edições 70, 1987.

_____. **O Conflito de Interpretações**. Porto: Rés-Editora, [s.d].

ROMERO, Sílvio. **Ensaio de Filosofia de Direito**. São Paulo: Landy, 2001.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Introdução a uma Ciência Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SCURO NETO, Pedro; **Sociologia Geral e Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. São Paulo: Landy, 2001.

SIDOU, J.M. Othon. **Fundamentos do Direito Aplicado**. [s.l]: Forense Universitária, 2003.

SILVA, Luiz Cláudio. **Os Juizados Especiais Cíveis na Doutrina e na Prática Forense**. 2. ed. [s.l]: Forense, 1998.

SILVA, Ovídio Baptista da. Processo e Ideologia. **Revista do Processo**, n. 110, [s.d].

SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 43., p. 87, jul./set./2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Vol. 1

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidade do Processo e da Sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d].

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

_____. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1995. Vol. 1

_____. _____. Porto Alegre: Fabris, 1995. Vol. 2

_____. _____. Porto Alegre: Fabris, 1997. Vol. 3

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In. GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Revista Ajuris** 34/95.