

## ALGUMAS REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE O DISCURSO JURÍDICO DA SENTENÇA

### Nelson Santana do Amaral

Juiz de Direito. Professor de Sociologia e Ciência Política da UNEB – Universidade Estadual da Bahia. Graduado em Direito, pela UCSal, Ciências Sociais e Pedagogia pela UFBA.. Pós-graduação em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade de Ciência e Tecnologia – FTC, Salvador – Bahia. Doutorando en Derecho Y Ciencias Sociales, na UMSA – Universidad del Museo Social Argentino, de Buenos Aires, Argentina.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é fazer uma reflexão sobre a construção do raciocínio da sentença nos aspectos que envolvem a interpretação, a análise da norma jurídica e dos fatos, além do dever de sua justificação ou de sua fundamentação. Assim, através de uma síntese das ideias de juristas, busca-se mostrar os limites a que está submetido o juiz na construção do raciocínio jurídico por elementos epistemológicos, políticos e ideológicos bastante complexos que fazem com que o ato de julgar seja um dos mais relevantes da sociedade.

**Palavras-chaves:** Raciocínio jurídico. Sentença. Interpretação. Fundamentação. Subjetividade.

**Sumário:** Introdução. 1. Aportes teóricos sobre a interpretação na construção da sentença. 2. Verdade fática x verdade processual: limites intrínsecos à construção do raciocínio jurídico da sentença. 3. Considerações sobre o dever de justificar ou de fundamentar a sentença 4. Considerações finais. Referências.

### Introdução

A construção de uma sentença judicial é um ato de natureza muito complexa que envolve vários elementos de caráter teóricos na construção do raciocínio que nem sempre é percebido pelo juiz ao proferir o seu decisório, salvo se resolver se aprofundar no estudo da Teoria do Direito ou da Filosofia do Direito, quando poderá perceber o quanto é verdadeiro o que aqui afirmamos. Aparentemente, a sentença judicial é constituída apenas dos elementos determinados na normativa processual vigente e em algumas disposições de direito material. Com efeito, embora sejam estes os vetores que orientarão o julgador na elaboração do decisório, contudo, na composição do raciocínio e dos argumentos utilizados na análise dos fatos e da norma jurídica, o julgador se depara diante de teorias e métodos de interpretação que se constituem em instrumentos teóricos vitais para a prática de um decisório mais coerente com os princípios que devem reger o ato de julgar pelo representante do judiciário.

Neste artigo, considerando as limitações do espaço determinado e a própria natureza deste trabalho, tentaremos traçar uma síntese dessa problemática trazendo à discussão alguns subsídios teóricos sobre a construção do raciocínio judicial, especialmente as teorias da interpretação dos fatos e da norma jurídica e o dever de fundamentação da sentença. Em face do caráter teórico e doutrinário que pretendemos dar a este artigo, não abordaremos o tema proposto nos termos da legislação brasileira, razão pela qual optamos em expor o tema à luz do pensamento dos estudiosos da Teoria e da Filosofia do Direito, embora perseguindo uma finalidade prática como uma metodologia para ajudar o juiz a construir o seu raciocínio decisório. Não há também a pretensão de rever e criticar as teorias trazidas à colação, uma vez que deixamos isso para os doutrinadores de grande quilate. Já nos satisfaz provocar a discussão sobre este tema.

### **1. Aportes teóricos sobre a interpretação na construção da sentença**

A sentença pode ser definida como um ato de natureza jurisdicional instituído por quem tem poder de império, ou seja, por quem tem o poder de decidir. Sem dúvida, a sentença se organiza como um discurso, todavia, passada à condição de coisa julgada constitui uma realidade jurídica de um modo muito semelhante a que o novelista constitui a “realidade” de suas ficções, ou o cronista a de sua crônica, ao privilegiar algum dado, descartar outro, hipotetizar um terceiro (CÁRCOVA, 2004, p. 1054).

A doutrina tem se esmerado em discutir a natureza jurídica da sentença em face das controvérsias por ela geradas. Há os que entendem que a sentença é um ato de vontade em que o juiz ao prolatar o ato jurisdicional o faz conforme a sua interpretação da lei aplicável ao caso concreto, bem como a partir do raciocínio desenvolvido na apreensão dos elementos do processo, expondo a sua vontade quanto a situação posta a sua apreciação. A sentença é um ato jurídico fruto da inteligência do juiz, construída a partir de um raciocínio lógico, a partir do qual alcança o juiz suas conclusões, expondo a sua vontade para solução do feito, a qual, ressalte-se, é obtida pela análise conjunta dos fatos e do conteúdo legal (GIORDANO, 1981, p.224)

A sentença é uma realidade socialmente construída sobre uma realidade social que é sempre uma realidade interpretada. Como mostraremos mais adiante, a interpretação dessa realidade se constitui nos obstáculos que o julgador tem que superar para que o seu discurso jurídico decisório seja mais aproximado possível da realidade. Na interpretação dessa realidade, o julgador estará diante dos fenômenos complexos da linguagem, dos signos e dos símbolos que nem sempre serão facilmente assimiláveis. A teoria da linguagem, da comunicação e dos signos pode proporcionar aos juristas instrumentos teóricos capazes de lhes permitir romper com paradigmas já vencidos pelo tempo. Cada vez os juristas relevam a importância da relação direito e linguagem. “Quem pretende realizar uma investigação ontológica do direito corre, por isso, o risco de privilegiar aspectos desse fenômeno plural, na forma de sociologismos ou psicologismos ou formalismos ou moralismos, conforme lição de Miguel Reale” (FERRAZ JR. 2006, p.5)

Por isso, a mensagem contida em um texto pode ter significados distintos, podendo querer dizer alguma coisa ou muitas coisas, somente podendo ter o sentido correto através de uma interpretação hermenêutica da relação receptor/intérprete. Isso explica, porque em muitos casos similares são resolvidos por muitos juízes de modo diferente embora as suas sentenças resultem igualmente válidas.

Um dos grandes desafios com que se defronta o magistrado no ato de julgar está no fato de que para compreender o Direito é preciso também compreender a sociedade. A compreensão

se constitui em uma das tradições epistemológicas mais relevantes dentro das ciências humanas e sociais desenvolvidas desde os meados do século XIX até o presente. Uma tradição que se desenvolve e se transforma permanentemente e que contém em seu seio autores tão significativos como Dilthey, Weber, Schutz, Winch, Gadamer, Davison e Ricoeur, entre outros. Todos eles nos oferecem perspectivas de análises interessantes, mas, ao mesmo tempo dessemelhantes.

Pontua MASSINI CORREAS (2004, p. 97) que ao se tratar da temática interpretativa se costuma abordar o tema como se estivéssemos diante de um tipo especial de conhecimento. Assim, quando se afirma que a interpretação consiste na indagação do significado ou do sentido de um texto, estamos diante de uma atividade de inegável caráter cognoscitivo. Da mesma forma, quando se entende a atividade interpretativa como algo ordenado para a inteligência de um texto ou o significado de um texto normativo, captar o seu conteúdo, tudo isso de reveste de conotação cognoscitiva. Poucos são os estudiosos que tem tratado de forma sistemática a questão do modo, tipo e alcance do conhecimento interpretativo.

Temos pois o fenômeno da interpretação como conhecimento. Mas o que é o conhecimento? Pode-se definir como sendo aquele ato de “apropriação do objeto pelo pensamento, como quer que se conceba essa apropriação: como definição, como percepção clara, apreensão completa, análise, etc.,” (FERREIRA, p. 454). O conhecimento é uma operação intelectual pelo qual o entendimento se apropria, ou se apreende, de modo intencional, de algum elemento ou aspecto da realidade (MASSINI CORREAS, 2004, p. 97). Em que pese o conhecimento poder ser classificado de sensível, intelectual, especulativo e prático, intuitivo e mediano, abstrato e concreto, no caso deste estudo, trataremos apenas do conhecimento que interessa à interpretação jurídica que é o conhecimento intelectual, visando à interpretação jurídica, seja de um texto normativo, seja dos fatos que são apresentados em uma sentença para serem analisados pelos operadores do direito, notadamente o magistrado no seu ato de julgar. O conhecimento fornece os parâmetros para o julgador poder decidir com maior firmeza. O conhecimento seja ele teórico ou prático para o julgador é uma ferramenta de interpretação jurídica e social, seja da norma concreta, seja de uma realidade social de uma lide posta.

Anota ainda MASSINI CORREAS que “o conhecimento interpretativo não só se apresenta como parte do conhecimento intelectual, senão também como um conhecimento a que se chega por compreensão mais do que por explicação”, ou seja, através da determinação do sentido de certos signos que Emílio Betti chama de “formas representativas” criadas pelo homem para transmitir conteúdos cognoscitivos. (2004, p. 99).

Mas, como interpretar os fatos que são postos para os operadores do direito dentro de uma lide? O que busca o intérprete do direito? “ Para Batiffol, ele busca uma regra para resolver o problema que lhe foi apresentado “ (BATIFFOL, 1972, p. 17). Para KALINOKSI “a interpretação jurídica é (...) uma interpretação prática.” Aduz ele que “aquele que interpreta um texto legislativo (no sentido amplo), quer chegar a saber em último caso não apenas o que o autor desse texto disse, ou o que queria dizer (se é que se pode chegar a saber-se)...[...] (KALINOWSKI, 1982, p. 110).

A interpretação jurídica moderna se vale das articulações da lingüística e da hermenêutica na tentativa de decifrar o sentido oculto do sentido aparente permitindo ir mais além da interpretação literal. Neste aspecto, a obra de Paul Ricoeur, de Gadamer e de Arendt se inscrevem no marco dos debates da modernidade versus pós-modernidade, próprio da filosofia do final do século XX, da crise da razão ou de um modelo de razão, universal, monista, linear, formal e unívoca (CÁRCOVA, 2004, p.99).

Para Dilthey compreender implicava colocar-se no lugar do outro, recriar o clima da

época e do contexto da ação estudada. Alcançar um estado de “empatia” entre o investigador e o investigado. Neste aspecto, Dilthey vale-se do mesmo entendimento da escola funcionalista da Antropologia que pressupunha que o pesquisador deveria se integrar ao grupo, à comunidade ou à sociedade que pretendia estudar. Max Weber na sua sociologia compreensiva, estudo das interações significativas das pessoas que formam uma rede de relações sociais, visando à compreensão de uma conduta social, elegeu a objetividade como a meta que deve alcançar o cientista social na análise da sociedade. Para tanto, propôs a criação dos tipos ideais. Os tipos ideais cumpririam duas funções principais: selecionar explicitamente a dimensão do objeto que será analisado e apresentar essa dimensão de uma forma pura, despida de suas nuances concretas. Nas palavras de Weber, a construção de tipos permitiria operar uma espécie de abstração que converteria a realidade em “objeto categorialmente construído” (MAX WEBER, 1993-b, p. 203). Os tipos seriam elaborados “mediante acentuação mental de determinados elementos da realidade” (idem, p. 137) considerados, do ponto de vista do investigador, relevantes para a pesquisa. Assim, através do tipo ideal de conduta comparando-o com a conduta real poderia o julgador compreender o distanciamento ou o grau de desvio do modelo. Para Winch a conduta social é compreensível a partir dos processos de socialização lingüística. Gadamer fundamenta o processo compreensivo na hermenêutica, descrevendo a tensa e conflitante relação entre o texto e o leitor, superada na síntese interpretativa. A ciência hermenêutica oferece os elementos de interpretação necessária ao deslinde dos fatos.

Paul Ricoeur com a sua “Teoria da Interpretação” afirma que “a explicação encontra seu campo paradigmático de aplicação nas ciências naturais”[...] em face da sua verificação empírica. Em contraposição, a compreensão encontra o seu campo originário nas ciências humanas, em que a ciência tem que ver com a experiência de outros sujeitos ou outras mentes semelhantes as nossas (RICOEUR, 2003, p 12).

Quando se trata da matéria narrativa, as dificuldades de compreensão se mostram muito maior em razão dos múltiplos relatos de que se compõem o processo (os fatos narrados pelas partes, os depoimentos testemunhais, os relatos dos peritos, dos advogados, etc...), sua complexidade, tornando necessária a criação de instrumentos para explicá-los e compreendê-los.

Carlos Maximiliano, ao analisar a interpretação da norma jurídica anota que ela sempre necessita de interpretação. Um texto legal, uma norma, ou uma simples disposição da norma, pode ser clara para quem a examinar superficialmente, ou para a sua aplicação em casos imediatos ou duvidosa para casos em que não houver esta imediatidade (MAXIMILIANO, 1994, p. 1).

Kelsen, na versão condensada por ele próprio, da sua “Teoria Pura do Direito”, no cap. IV – *A doutrina da interpretação* – anota que “se se entende por *interpretação* um *processo intelectual* que serve para averiguar o conteúdo de uma disposição jurídica, [...] é uma ilusão supor ser possível encontrar sempre, mediante interpretação, uma solução correta” (KELSEN, 2003, p. 37). Adverte que “interpretação só pode traçar, amiúde, um marco, dentro do qual são racionalmente de igual valor, diferentes soluções”. (idem, *ibidem*). Com isso, quer dizer da validade das decisões que podem proferir juízes diferentes para causas semelhantes. Propõe ele métodos de interpretação racionais, cujos resultados objetivos (intersubjetivos) sejam verificáveis, donde elencou os seguintes métodos de interpretação: a) interpretação literal, que inclui a interpretação gramatical; b) interpretação histórico-subjetiva, ou seja, interpretar aquilo que o legislador histórico quis efetivamente dizer; c) interpretação teleológica, onde o que deve interessar à teoria do direito é como se transmite o *telos*, ou seja, se provém do texto e dos materiais, não há porque objetar o seu emprego na interpretação.

KELSEN propôs entender atividade interpretativa como um ato complexo no qual se

conjugava conhecimento e vontade, criação e aplicação da lei. Para ele a norma oferecia ao juiz uma multiplicidade de opções para dar conteúdo a sua sentença. Para ele todo ato humano resulta necessariamente captado pela lei como proibido ou permitido, de modo que não existe lacuna no direito. A teoria das lacunas, sustenta Kelsen, não foi senão uma tentativa de convencer aos juízes de que contavam com menos poder do que efetivamente tinham atribuído, fazendo-lhes crer que somente criavam direito em hipóteses excepcionais, quando, em realidade, o faziam permanentemente. Kelsen introduz novidades na teoria sobre o papel do juiz no processo de concretização da norma jurídica. Com efeito, afirma que o papel constitutivo da jurisdição repousa em sua prerrogativa de eleger uma das muitas opções que lhe apresenta a norma, como um marco aberto de possibilidades.

As teses de Kelsen tem tido importância até hoje tendo seguidores como Ricardo Guastini que cria um quadro complexo de distinções, não explicadas por Kelsen, na sua teoria pura do direito, fundadas na filosofia analítica, na tentativa de superar as críticas contra esta teoria.

Quando se discute o tema da interpretação e o papel dos juízes torna-se necessário recorrer-se a um dos mais importantes jurisfilósofo do século passado: o argentino Carlos Cossio, criador da Teoria Ecológica do Direito. Nesta teoria, marcada pela originalidade de suas conclusões, Cossio cria o conceito de *protagnosis* ou conhecimento de protagonista, articulando categorias oriundas da fenomenologia e do existencialismo, com um profundo conhecimento da experiência judicial, a que sempre pôs no núcleo de sua reflexão. Para Cossio o juiz constituía “o cânon do sujeito cognoscente”. A sua teoria ecológica abriu caminhos para novas interpretações do Direito.

CÓSSIO (1963, p. 108) classificou os métodos de interpretação do Direito em dois grandes grupos: o primeiro, para todos aqueles que creiam ser possível estabelecer um único, definitivo e “verdadeiro” sentido da ou das normas objeto de análise. Mesmo os que sustentaram distintos critérios eurísticos (gramaticais, exegéticos, dogmáticos, fenomenológicos, etc.), partilhavam um mesmo critério: o direito tinha uma única leitura adequada e era intelectualmente possível estabelecer-la (com outros pressupostos, esta posição foi sustentada por Dworkin). Esta corrente ele chamou de “intelectualistas”. No segundo grupo ele chamou da Escola Livre do Direito e a teoria pura do direito de Kelsen, onde a sua concepção ecológica do direito e a do realismo americano e escandinavo deviam integrá-la. Chamou as teses deste grupo de “voluntaristas”. Em um extremo, um voluntarismo que sustentava que era o juiz que dotava de sentido a norma, mediante um ato de vontade não sendo submetido a limitação alguma. No outro, um voluntarismo estruturado (Kelsen) que sustentava que todo ato de criação de norma é um ato de aplicação e todo ato de aplicação um de criação, de modo que conhecimento e vontade concorriam a fim de determinar aquele sentido. Este ponto de vista de Cossio constituía em rupturas epistemológicas na teoria da interpretação em particular e na Teoria do Direito em geral.

Outra questão trazida por Cossio é a da exegese. Para Cossio a exegese é decorrente da ascensão da burguesia ao poder na França após a Revolução Francesa. Os burgueses ao chegar ao poder começam a transformar a sociedade, contudo, tiveram de conviver por longo tempo com os juízes do Antigo Regime. Como poder político da burguesia revolucionaria estava no Parlamento e os juízes não são ideologicamente confiáveis, se “inventa” a exegese, através da qual o sentido literal da norma deve buscar-se na vontade do legislador, no Parlamento, ou seja, no lugar de elaboração programática, onde se constrói um novo direito para a nova sociedade e, correlativamente, o sentido com o qual deve ser aplicada a norma. Diz Cossio que os ingleses recomendaram a busca do precedente. Como na Alemanha não ocorria nenhuma revolução, a burguesia não tinha ganhado o Parlamento, nem ganhou a administra-

ção do Estado, mas ganhou a universidade com seus professores onde o modelo interpretativo era: “Há que se interpretar a lei como a doutrina diz que deve ser a lei interpretada”. A doutrina era produzida por professores de Direito. Com isso, Cossio adverte que toda construção teórica do Direito mantém sempre vínculos indissociáveis com a problemática social geral.

Tarufo pontua que se tem reconhecido o caráter complexo do processo decisório identificando-se como parte dele dimensões lógicas, lingüísticas, cognoscitivas e argumentativas. No raciocínio judicial há elementos heterogêneos moldados por esquemas ou modelos argumentativos, inferências, juízos de valor, instrumentos de persuasão teórica, regras de comportamento e regras de experiência, critérios de interpretação legal (TARUFO 2001.p. 666). O raciocínio da sentença não pressupõe necessariamente um caminho unidirecional e firme até a decisão. O processo decisório se apóia em conjecturas intelectuais, concebidas como fortes “possibilidades” que mostram os desdobramentos do ato de sentenciar (ARIZA, 2004, p. 1038). Qualquer que seja o aporte teórico esposado, o fenômeno da interpretação da sentença se compõe de nuances epistemológicas complexas devido a natureza social do direito com ciência da conduta humana.

## **2. Verdade fática X verdade processual: limites intrínsecos à construção do raciocínio jurídico da sentença**

Um aspecto a ser considerado na elaboração do raciocínio na construção da sentença judicial diz respeito à verdade: verdade real ou objetiva e verdade do processo. Sabe-se que o juiz julga os fatos que lhe são postos no processo. São estes fatos verdadeiros ou apenas está o julgador diante da verdade do processo? Diante disso, surgem as indagações que a filosofia do direito deve responder.

Os filósofos têm elaborado diversas teorias para definir a verdade dos fatos ou das proposições que são postas para o julgador e sobre a verdade processual. Então, questiona-se: o que é a verdade? Sabemos que a verdade é um conceito carregado de forte valorização e que não há uma verdade definitiva. Mesmo a verdade científica de uma teoria está sujeita a ser superada por outra teoria em contradição com os seus postulados até então aceitos. Há uma verdade não definitiva, verdade relativa ao conhecimento que adquirimos de dada situação. Verdade resultante de um conjunto de conhecimentos que temos sobre este ou aquele fato, mas será sempre uma verdade aproximada da verdade objetiva ou da verdade real.

Adverte muito bem GUIBOURG (2004, p. 1111) que a pergunta fundamental não é o que coisa seja realmente a verdade, mas em que condições ou circunstâncias estamos dispostos a dizer que uma proposição é verdadeira. Em outras palavras, qual o significado que queremos atribuir à palavra verdade. Sabemos que ao tratarmos deste tema, não podemos deixar de lado a questão dos interesses subjetivos, as nossas preferências que sempre podem tolher a buscar da verdade. Aquilo que aceitamos como verdade, poderá não ser para outra pessoa. Realmente, as outras pessoas na estão obrigadas a aceitar aquilo que dizemos ser verdadeiro, porque também tem as suas preferências, os seus interesses, mas a situação muda quando se trata de uma decisão proferida no processo. O juiz ao decidir um processo profere a sua “verdade” ainda que esta não corresponda a verdade real.

Mas o que é a verdade do processo? A verdade do processo é aquela produzida por meios de prova admissíveis em direito. Vale dizer, os meios de prova que a legislação processual aceita como legítima. A prova sobre fatos controvertidos, uma vez que os fatos que não

foram contestados por uma das partes, não precisam ser provados. As provas são sinais, memoriais, ou indícios do que em realidade sucedeu. A valoração das provas é um limite que interfere na interpretação dos fatos e da verdade processual ou da chamada “verdade real”. Sabe-se que depoimentos podem ser falsos, os documentos podem não ser idôneos e a perícia pode ser falseada por interesses escusos. GUIBOURG, com muito acerto, observa que quando o juiz estuda uma causa para proferir uma sentença tem em mente todos os critérios. Examina, por certo, a credibilidade individual das provas (isto, a sua correspondência com os fatos reais), mas este exame se pratica em um marco formal muito restrito. Esta é para o magistrado a “*verdade do processo*”: a imagem dos fatos não como eles acontecerem, nem sequer como ele mesmo juiz chega a supor que sucederam, senão como o juiz se sente obrigado a dizer que sucederam de acordo com as provas apresentadas, interpretadas de acordo com certas regras processuais e aplicadas sobre um panorama de presunções legais (GUIBOURG 2004, p. 112).

Após ter proferido a sentença definitiva e esta ter passado à condição de coisa julgada, o problema da verdade deixa de interessar à justiça, porém ela subsiste para os protagonistas do caso. Para eles há uma verdade do processo muito mais precisa do que aquela vista pelo magistrado. Mas para o magistrado, a verdade do processo é aquela como lhe foi posta. Mas esta é a verdade real?

A similitude entre a “verdade do processo” e a “verdade real” é um desafio para a perspicácia do juiz que, por sua vez, depende da veracidade das provas, da diligência dos advogados e da maior ou menor dificuldade que cada litigante tenha tido para coletar as provas adequadas, para achar testemunhas convenientes e para convencê-las de ir declarar o que sabem ou mentir no seu interesse.

A descrição de um fato é verdadeira se e somente se o fato por ela descrito é (o tenha sido) real. Mas os processos judiciais se referem sempre a fatos passados, cuja observação não está mais no nosso alcance. Os fatos ocorridos têm conseqüências valiosas ou não para as partes envolvidas de tal sorte que elas tentam descrever ou interpretar a sua maneira aquela realidade pretérita e apresentar somente as provas que lhe favorecem. O julgador se depara diante desta situação para decidir e vive o seu conflito interno. Não se pode negar, que o juiz também vive o seu drama, ao ter que decidir a lide. A sentença uma vez proferida é decisão que deve ser cumprida. O inocente considerado culpado e condenado não está obrigado a se considerar culpado, mas está obrigado a cumprir a pena como se culpado fosse.

Não se pode negar que há certa discricionariedade do juiz quando emite o seu julgamento de um caso. Esse poder discricionário é criticado por DWORKIN (2002, p. 127) ao afirmar que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, o juiz vale-se do poder discricionário e legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*)”. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção.

FERRAJOLI (2006, p. 52) traz-nos a teoria da verdade aproximativa, ao se referir a verdade processual como verdade aproximativa diz que “a impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses jurídicas depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’, representa sempre a ‘expressão de um ideal’ inalcançável”. A noção de “aproximação” ou “acercamento” da verdade objetiva, entendida como um “modelo” ou uma “idéia reguladora” que “somos incapazes de igualar”, mas da qual poderemos nos aproximar. Aqui a idéia de aproximação tem estrita relação com a idéia de verossimilhança, ou seja, ao aproximar da verdade, determinada proposição pode ser dita que tem verossimilhança com a verdade real.

Do ponto de vista processual, nos parece que melhor mesmo é considerar a verdade processual ou verdade do processo como uma verdade aproximada a despeito do ideal iluminista de perfeita correspondência (FERRAJOLI, op. cit. 53). A verdade processual tem limites intrínsecos aos procedimentos na sua aquisição que foram muito bem delineados por FERRAJOLI (2006, p. 54-63). São eles: A indução fática concernente à verificabilidade das proposições de fato e de direito, sua temporalidade, uma vez que o juiz não pode examinar o fato que vai julgar, mas somente suas provas. “A verdade processual fática é, na realidade, um tipo particular de verdade *histórica*, relativa à proposições que fala de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência; enquanto a verdade processual jurídica é uma verdade que podemos chamar de *classificatória* [...] (FERRAJOLI, 2006, p. 54). A verdade das proposições jurídicas ou de direito de igual modo como a verificação fática, por não serem vivenciadas ou não serem fruto da observação dos fatos, a conclusão dedutiva será sempre verdadeira, em relação as premissas mas não menos opinativa como aquelas.

A subjetividade do juiz na investigação dos fatos é um óbice difícil de ser superado. Alcançar a verdade objetiva é apenas um ideal, uma vez que existem vários limites com que se depara o investigador. O juiz, no seu papel de “investigador” da verdade processual tem contra si, como qualquer outro pesquisador, aquilo que Manheim denominou de condicionamentos socioculturais da personalidade. Diante da verdade fática está o juiz limitado pela sua subjetividade, por seus sentimentos, suas preferências, suas emoções, por seus valores éticos e culturais. Esta sua subjetividade está também condicionada pela qualidade das provas com que irá trabalhar para proferir o seu julgamento e pelo olhar como encara esta prova. A subjetividade das fontes das provas sejam os depoimentos testemunhais, as perícias, os relatórios, enfim, todo o conjunto probatório que pode trazer uma carga de valoração quase intransponível que dificulta a busca da verdade objetiva ou a chamada verdade real.

O quarto e último limite é o do método legal da comprovação processual como fator de divergência entre a verdade processual e o modelo da “correspondência”. Trata-se das condições necessárias à validade judicial das verdades do processo. “As verdades fáticas das teses de fato e das alegações probatórias quanto à verdade jurídica das teses de direito e das interpretações das leis [...] estão submetidas à observância das “regras e procedimentos que disciplinam sua comprovação e que imprimem a ambas um caráter *autoritário* e convencional, em contraste com a mera correspondência”. Arremata Ferrajoli que “por causa dessas regras, a relação já mencionada entre verdade e validade [...] resulta complicada: não é só a verdade que condiciona a validade, mas também a validade que condiciona a verdade do processo” (FERRAJOLI, 2006, p. 61/62).

A verdade do processo não é igual e nem melhor do que a verdade real com a que suponhamos deveria coincidir. Diante dos limites de interpretação, das normas e dos mecanismos processuais, a busca da verdade implica no que FERRAJOLI chama de “deformação profissional da subjetividade do juiz e dos demais homens de leis que se movem no processo [...] que ainda hoje os torna mestres em complicar o que é simples e em simplificar o que é complexo, de modo a fazer com que BENTHAN definisse a jurisprudência como “a arte de ignorar metodicamente o que é conhecido do mundo inteiro” (FERRAJOLI, 2006, p. 63).

### **3. Considerações sobre o dever de justificar ou de fundamentar a sentença**

A prática de fundamentar a sentença ou de motivar a sentença, expressão muito encontrada na doutrina, pode ser tida como prática da sociedade democrática moderna. Anota VIGO



(2004, p. 1118) que na França, nos finais do século XIII, os juízes não são obrigados a motivar as decisões, inclusive são advertidos de que devem cuidar de mencionar a causa da decisão, além do que estavam proibidos de publicar as decisões judiciais sem autorização do Parlamento. Montesquieu, no século XVIII, manifestava a inconveniência do juiz justificar a sentença, porque com isso se promovia a entorpecimento por parte de quem perdia a demanda. PRIETO SANCHIS (187, .p 116) associa ao absolutismo a falta de interesse para a motivação das decisões judiciais. Somente depois da Revolução Francesa, concretamente, em 1790, é quando se editam normas que estabelecem a obrigatoriedade da motivação das sentenças cíveis e penais. Trata-se, efetivamente, de uma conquista da sociedade moderna.

Motivar, justificar ou fundamentar a sentença é a grande preocupação de todos os doutrinadores, dada a sua relevância no processo democrático. Vigo anota que autores com Alexy entende que a justificação é mais ampla do que a fundamentação, embora use ambos os termos indistintamente. Vigo afirma que usa ambos os termos também, porém, Ferrater Mora, acha que a fundamentação é mais abrangente, enquanto a justificação se vincula especificamente com as opções dentro do saber prático ou ético. A exigência de justificar supõe a existência de uma dúvida, ou a presença de mais de uma alternativa (VIGO, 2004, p. 1121).

AMARAL (2006, p. 6) contrariando a este entendimento pontua de forma bastante clara que a “por justificação, entendia-se o dever de demonstração dos pressupostos fáticos, a identificação da norma aplicada e dos fatos justificativos da aplicação. Tal momento, tradicionalmente foi associado a um momento de cognição, de vinculação do aplicador, e por isso de fundamentação desnecessária. Já a motivação é associada ao momento volitivo do aplicador, onde discricionariamente ele apresenta os seus pontos de vista, os interesses que levou em consideração, e os motivos que julga relevantes para desencadear determinada decisão”.

Assim, apoiado em ÁVILA (2001, p 157) explica que “hoje, sabe-se que não é possível separar-se perfeitamente o que é cognição e o que é volição na aplicação do direito. Esses momentos ditos cognitivos também são interpretados pelo aplicador, e toda aplicação tem um quê de subjetividade”. E ainda lastreado no mesmo autor, arremata que “basta lembrar, como é sabido, que o fato é um construído – a partir do evento – e não um dado. Daí porque dizer-se que a argumentação visa a intersubjetivar o subjetivo possibilitando um controle (conhecimento crítico) da decisão”.

No Brasil, a doutrina cuida de tratar da fundamentação da sentença, não usando a expressão motivar a sentença. Creio que isso em função do que dispõe a norma constitucional sobre a matéria.

O juiz está obrigado por lei a fundamentar as razões do seu convencimento ao proferir a sentença, não obstante esteja jungido aos condicionamentos sociais, políticos, culturais e ideológicos quando elabora o seu raciocínio fundamentador do seu decisório. Assim, o livre convencimento não é tão livre. O dever de fundamentar a sentença se converte em uma forma de fiscalizar a atividade intelectual do juiz e impedir que ele possa proferir decisões arbitrárias, em razão da discricionariedade deste seu poder. CAPELETTI entende que os juízes se legitimam no exercício de seu poder através da prática de certas “virtudes passivas, formais ou procedimentais, entre as quais se destacam a justificação das decisões”. Trata-se de um instrumento de controle social e político do Estado Democrático de Direito para não permitir a um seu agente político atuar ao seu talento, mas jungido às normas legais do seu ordenamento político. Como controle social é uma das formas das partes e de toda a sociedade ter conhecimento de como o magistrado elabora o seu raciocínio, de que elementos se vale para interpretar os fatos e aplicar a norma adequadamente. Assim, também, a exigência constitucional e processual de fundamentar as decisões se ancora na necessidade de se visualizar os elementos formadores da convicção do magistrado.

## ENTRE ASPAS

Calamandrei apud MARQUES (2009, p. 1) admite a importância de tal fundamentação à medida que esta representa uma grande garantia de justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontra-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

Eduardo Couture, apud BARCELOS (2004, p. 395), quanto ao dever da fundamentação das decisões judiciais, diz que se trata de “*uma maneira de fiscalizar a atividade intelectual do Juiz frente ao caso, a fim de poder-se comprovar que sua decisão é um ato refletido, emanado de um estudo das circunstâncias particulares, e não um ato discricionário de sua vontade arbitrária.*”.

Antônio Scarance Fernandes prelecionando sobre a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões, disse: “antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para poder impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição” (FERNANDES, 2000, p. 119 apud BARCELOS, 2004, p. 395).

O dever de fundamentar a sentença também está respaldado na preservação da segurança jurídica das decisões, garantia do Estado aos seus cidadãos de que serão julgados nos termos da lei e não sendo objeto de decisões que lhe prejudiquem o interesse pela arbitrariedade do julgador ou dos tribunais.

### 4. Considerações finais

Nestas reflexões sobre a construção da sentença e do seu raciocínio lógico restou firmado que o fenômeno da interpretação é profundamente complexo, não só pelas inúmeras tipologias, fruto de diversas construções teóricas, mas porque ainda não é pacífica a possibilidade de construção de modelos teóricos e práticos de interpretação. A subjetividade humana, o fato de o Direito ser um dos ramos do conhecimento que integra as ciências sociais, com isso, a variedade de aportes teóricos; a presença marcante do positivismo na construção das idéias no campo jurídico, como “paradigma dominante”, [...] modelo de racionalidade que preside a ciência moderna (SOUSA SANTOS, 2005. p. 3), são barreiras de difícil transposição no processo de interpretação para a construção do raciocínio jurídico da sentença judicial. Mas, não se pode perder de vista que “o direito é construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas” (FERRAJOLI, 2006, p. 71).

A busca da verdade objetiva, da verdade real ou mesmo da verdade do processo, como uma verdade aproximada da verdade real, deverá ser sempre uma postura metodológica e ideológica do juiz, uma vez que o dever de fundamentar a sentença é exigência do Estado Democrático de Direito, onde o estado deve agir em defesa dos interesses dos cidadãos. É também uma garantia para o próprio juiz que terá na motivação ou na justificação da sentença a oportunidade de proteger-se contra a suspeita de arbitrariedade, de parcialidade ou de outra injustiça.

Finalmente, a construção do raciocínio jurídico da sentença se converteu em uma questão em que a Teoria do Direito ainda não construiu parâmetros objetivos plausíveis, capazes de reduzir o furor teórico dos doutrinadores sempre ávidos de elaborar novas teorias para que o ato de julgar possa ser cada vez mais próximo do ideal social. Se nos primórdios não havia a obrigação de fundamentar ou justificar a sentença, hoje isso se tornou uma questão de ordem pública.

### Referências

---

- AMARAL, Jasson Hibner. *Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1025, 22 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8248>>. Acesso em: 06 jan. 2009.
- ARIZA, Ariel. *En torno al razonamiento judicial em derecho Privado*. Fuente: JÁ 2004-I-1038 – SJA 31/3/2004.
- ÁVILA, Humberto. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, p.157-180. março 2001.
- BARCELOS, Ana Luiza Berg. *A sentença judicial e sua fundamentação*. Revista da Escola de Direito. Pelotas, Rio Grande do Sul: 2004.
- BATIFFOL, Henri. “Questions de l’interprétation juridique”. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: ADP, 1972.
- CÁRCOVA, Carlos M. *Sobre el razonamiento judicial*. Fuente: SJA31/3/2004 – JÁ 2004-I-1054.
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica. Su problema y sus problemas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2.<sup>a</sup> edição, RT, São Paulo: 2000, p.119.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Conhecimento*. In: Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 454.
- GIORDANO, João Batista Arruda. Do Arbítrio Judicial na Elaboração da Sentença. *Revista Ajuris*, v.21, ano VIII, Porto Alegre, 1981.
- GUIBOURG, Ricardo. *Processo y verdad*. Fuente: JÁ 2004-I-1111 – SJA 31/1/2004.
- KALINOWSKI, Georges. “Filosofia e lógica de la interpretación en derecho”. Em *Concepto, fundamento y concreción del derecho*. trad. De Massini Correias, Carlos J. et al, 1981, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p.110.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 3.<sup>a</sup> ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES, Pâmela Marconatto. *Princípio da motivação da sentença: do formalismo a uma visão ético-social*. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-penal/principio-motivacao.htm>> Acesso em 10. jan.2009.

## ENTRE ASPAS

MASSINI CORREAS, Carlos I. *La interpretación jurídica como interpretación práctica*. Fuente: JÁ 2004-IV-975 – SJA 6/10/2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PRIETO SANCHIS, L. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.

RICOEUR, Paul. *Teoría de la interpretación*. Discurso y excedente de sentido. México: Ed. Siglo XXI; Buenos Aires: Universidad Iberoamericana, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 3ª ed. São Paulo; Cortez, 2005.

TARUFO, Michele. *Senso comune, esperienza y scienza nel ragionamento del giudice*. Milão: Rivista Trimestrale dei diritto e Procedura Civile. 2001.

VIGO, Rodolfo L. *Razonamiento justificatorio judicial*. Fuente: JÁ 2004-I-1118 – SJA 31/3/2004.

WEBER, Max. Estudios Críticos sobre a lógica das Ciências da Cultura. In: *Metodologia das Ciências Sociais*. 2ª ed.. São Paulo: Cortez, 1993-b.