

Breves dizeres sobre uma decisão judicial justa e sua fundamentação

Victor Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Secretário Geral da OAB/RJ – 11ª Subseção; Professor de Direitos Fundamentais – Direitos Humanos; Ciências Políticas e Teoria Geral do Estado; Prática Jurídica Real III, da Universidade Iguazu – Campus V; Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNLP – Universidad Nacional de La Plata (Argentina); Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ.

Arthur Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Professor de História do Direito; Prática Jurídica II; Prática Jurídica IV, Uma Visão Constitucional do Direito Civil, da Universidade Iguazu – Campus V; Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos.

Kamila Aparecida Iwanami*

Advogada, professora, especialista e doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNLP- Universidad Nacional de La Plata.

Resumo

O presente trabalho abordará doutrinariamente, sob o aspecto jus-filosófico, os pormenores inerentes ao ato de julgar do Magistrado contemporâneo. Para isso, será utilizada a análise das teorias inerentes à argumentação jurídica, seus pensadores e ideias que contribuem para o exercício da função jurisdicional. Antes, abordar-se-á as noções de Justiça. O método utilizado é a pesquisa doutrinária.

Palavras-chave: decisão – judicial – justa – argumentação – fundamentação.

Abstract

This paper will address doctrinally under jus-philosophical aspect, the details inherent in the act of judging the contemporary Magistrate. For this, it will be used to analyze the theories of the legal argument, its thinkers and ideas that contribute to the exercise of judicial functions. Before, it will address them notions of Justice. The method used is the doctrinal research.

Keywords: decision; judicial; just; argument; Obligation.

1 Introdução

O ato de decidir é, sem dúvida, o momento mais importante de qualquer processo judicial que tem a finalidade de prover uma solução justa para a pretensão da pessoa que provocou o Poder Jurisdicional do Estado para esse fim. Por isso, diz-se que decidir é, ao mesmo tempo, um *modo de decidir* e também uma *relação com o mundo*, ou seja, uma forma de dar início a ação. Muito além da mera obediência às normas jurídicas, está presente neste ato a produção judicial do próprio Direito. Para que uma decisão seja justa, no seu sentido mais amplo, existem métodos para otimizar o julgamento, concedendo-lhe confiabilidade, muito embora o estudo destes mecanismos de otimização tem sido continuamente desprezado. Uma lástima.

Para se formar uma decisão, é necessário adotar um mecanismo complexo, pois cabe ao julgador se aprofundar na intimidade do caso em concreto, das provas, das partes, dos atos processuais, dentre outros fatores que não podem ser desconsiderados para a prolação de uma decisão. Além destes fatores internos, diretamente ligados ao juiz, existem os valores externos que podem ser considerados para complementar a motivação das decisões.

As decisões podem justificar suas conclusões com base em argumentos exteriores ao campo do direito, como por exemplo, os impactos econômicos, políticos, sociais, etc. Estas decisões que ultrapassam o direito positivo para introduzir racionalidades, princípios, valores e exigências de outros contextos sociais, exteriores ao sistema jurídico devem ser observadas com muita cautela, pois estes mesmos elementos externos que servem para complementar a justificação da decisão, podem ser interpretados pela parte insatisfeita como artifícios de desvirtuamento do foco jurídico.

Por isso, o mecanismo de decidir é tão complexo. Deve ser minuciosamente estudado, observado, aplicado e aperfeiçoado sempre que possível, não apenas estudiosos, mas, principalmente pelos responsáveis diretos por sua formação, os julgadores. O que se busca é a solução mais justa e perfeita para o caso concreto, de modo a se buscar sempre o alcance da paz no meio social em que as partes litigaram.

Com vistas a uma breve análise sobre essa necessidade de aperfeiçoamento do ato de julgar, o presente trabalho irá abordar algumas questões de cunho jurídico, legislativo, filosófico e prático, mas sem nenhuma pretensão de se aprofundar na vastidão desse tema tão delicado e significativo.

2 As noções de Justiça

2.1 O vocábulo “justiça”

Dentre todos os vocábulos mais invocados na vida social e política, e um dos mais pronunciados em sentido reivindicatório, e de compreensão mais complexa, encontra-se a noção de “Justiça”.

Primeiramente é de se anotar que o termo Justiça tem a sua origem de um vocábulo latino, *Ius*, o qual, a princípio, significava “Direito” (conjunto de normas jurídicas vigorantes numa dada sociedade, em caráter de generalidade, e que acarretam punição no caso de sua violação). Todavia, com a sua evolução, ainda em Latim, passou a ser chamado por *Iustitia*, *æ*, que, vertendo para o português, traduz-se para: “a justiça”, “da justiça”.

Desta feita, pode-se agora buscar o conceito etimológico da palavra em questão, que pode ser avaliada em três ângulos distintos: em *sentido latíssimo*, que seria a virtude em geral, ou seja, o conjunto de todas as virtudes existentes; em *sentido lato*, que seria o conjunto das virtudes sociais, ou melhor, aquelas que procuram moldar a relação e a convivência entre os homens e, em *sentido restrito*, que seria o constante e firme anseio de dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade, podendo esta ser simples ou proporcional.¹

O entendimento do significado do termo “justiça” é particularmente relevante no contexto jurídico sociológico do mundo contemporâneo, no qual os valores da pessoa humana, de sua dignidade e de seus direitos se vêem constantemente violados e ameaçados em várias situações e em diversas partes do planeta.

Vocábulo com grande apelo convocatório, “justiça” converteu-se em palavra-chave de declarações de sistemas políticos, sistemas econômicos, programas sociais e movimentos culturais, de modo que constitui uma quase vulgarização de seu uso, tanto que a compreensão de seu significado e dimensão não se pode identificar de plano por aqueles que não são estudiosos do campo do Direito.

Trata-se, a princípio, de um sentimento primário. O puro conceito de um comportamento ético que se encontra presente em todas as culturas, mas cuja extensão e cujas concretas aplicações variam de povo a povo e de época a época. Prova maior disso é que a própria criança, sem nomeá-la, protesta e reage de modo espontâneo, quando experimenta um tratamento, que a seu sentir, lhe é injusto. Seria até mesmo redundante lembrar que a idéia tão originária de “justiça” acompanha – e sempre acompanhará – o homem em sua história e que adquire tonalidades e conteúdos distintos conforme o ritmo das sensibilidades de época e do local em que esse homem se fixa.

Segundo uma idéia mais tradicional e simplória, o termo “justiça” significaria a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu, na exata medida do que for certo para cada uma das partes. Uma distribuição igualitária de bônus e ônus.

Sob esse enfoque inteira e essencialmente subjetivo, a justiça se traduz na atitude determinada pela vontade em reconhecer o outro como pessoa, detentora de direitos e deveres para consigo mesmo, para com a sociedade e para com o próximo individualmente considerado. O ponto de vista objetivo do termo justiça constitui o critério determinante da distribuição equânime de deveres e obrigações.

¹ MONTORO, Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 126.

2.2 As visões jus-filosóficas sobre a ideia de “justiça”

A interpretação do conceito de justiça pode ser obtida sob vários enfoques, em campos distintos de aplicação, podendo ter significados variados nesses distintos campos, como por exemplo: bíblico, teológico, filosófico, jurídico, social, político, ético, religioso e laico.

Essa variedade de noção de justiça é uma realidade na sociedade de todo mundo. É sabido que ao longo da história, os conceitos de “justiça” e de conduta “justa” foram aperfeiçoados gradualmente. Entretanto, esses conceitos foram também diluídos, por elementos filosóficos, jurídicos, políticos e ideológicos provenientes das múltiplas vertentes de pensamento, provenientes de tantas e distintas teorias e ideologias.

Não é errado afirmar que hodiernamente a justiça se mostra como sendo um dos conceitos mais amplos e complexos de se explicar. A sua peculiaridade é que, ao mesmo tempo, é um conceito que se fixa entre os mais comprometidos, uma vez que em que cada regime, em cada campo e em cada sistema a “sua” própria justiça é criada e distribuída. Essas distintas noções de justiça buscadas nos mais diversificados campos, procedem não somente da teoria, mas também da práxis e da legislação.

A noção de justiça se liga diretamente à noção de ética, não há como se negar. Por tal razão, muitos filósofos partem das idéias concebidas sobre “ética” para se buscar um significado mais apurado de “justiça”. Uma dessas relações entre as duas noções é trazida à baila por Hartmann:

A Justiça não é o Direito objetivo nem tampouco o Direito ideal. Na melhor das hipóteses, este último é o objeto das intenções do homem justo. Mas o uso da linguagem favorece o equívoco. Em sentido amplo, 'justa' pode ser uma lei, uma disposição, uma determinada ordem, na medida em que correspondem à idéia do Direito. Mas, neste sentido, a palavra 'justa' não significa o valor moral da pessoa. A pessoa aqui não é de modo algum o portador do valor; o valor, muito embora a ação humana possa inicialmente tê-lo realizado, é unicamente valor de um objeto, valor de uma situação, valor para alguém. Neste sentido, todo Direito, existente ou ideal, é valioso. Em outro sentido, porém 'justo' é o indivíduo que faz o certo ou tem a intenção de fazê-lo e que trata os semelhantes - seja em disposição ou em conduta efetiva - à luz da igualdade requerida. **Aqui a 'Justiça' é um valor de ação da pessoa, é um valor moral** (destaque nosso)².

Ocorre que o uso tão reiterado do termo “justiça” sem uma certeza sobre seu real significado nos mais diversificados campos de incidência, acabou por ampliar

² HARTMANN Nicolai. Ethik. Berlin: Gruyter, 1949, p. 420. Apud: Adeodato, JM. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

demasiadamente a sua noção. O que não se pode permitir é que esse abuso na utilização da noção de justiça a faça regressar a um posto de mera “ideologia”, e não uma realidade que existe e que se deve buscar em todas as oportunidades, em todas as civilizações e em todos os tempos.

Então, chega-se a uma conclusão que a justiça não se define em si e nem é definível de maneira exata. A justiça, para a maioria dos jus-filósofos, seria um valor, um preceito, um princípio moral, mutável de acordo com as mais variadas situações. Com isso, as diferentes ideologias fazem com que a palavra “justiça” tenha diversas definições. Essas variações acarretam várias transformações de conteúdo de acordo com a interpretação que fazem os diferentes sistemas econômicos, religiosos, sociais, os programas políticos, dentre outros campos.

Ressalta-se que de cada observador ou intérprete se extrai um resultado distinto sobre a noção de justiça. De casos idênticos podem emanar distintas idéias de justiça. E, de uma mesma situação, dependendo do sujeito julgador, observador ou intérprete, podem emanar diferentes pontos de vista sobre o que é justo ou injusto naquele mesmo caso.

Por isso William Frankena trouxe a seguinte indagação para auxiliar a descoberta do sentido de justiça, também envolvendo a questão da ética:

Quais são os critérios ou princípios de justiça? Estamos falando de justiça distributiva, justiça na distribuição do bem e do mal. (...) A justiça distributiva é uma questão de tratamento comparativo de indivíduos. Teríamos o padrão de injustiça, se ele existe, num caso em que havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior ou melhor do que o dado ao outro.(...) O problema por solucionar é saber quais as regras de distribuição ou de tratamento comparativo em que devemos apoiar nosso agir. Numerosos critérios foram propostos, tais como:

1. a justiça considera, nas pessoas, as virtudes ou méritos;
2. a justiça trata os seres humanos como iguais, no sentido de distribuir igualmente entre eles, o bem e o mal, exceto, talvez, nos casos de punição;
3. trata as pessoas de acordo com suas necessidades, suas capacidades ou tomando em consideração tanto umas quanto outras.³

Reafirma-se com isso, que a noção de “justiça” é vista como um conceito fundamental da existência do próprio ser humano e ocupa um lugar de destaque na cultura dos povos, em especial nos países do ocidente. É uma idéia natural e espontânea que nasce com o instinto humano e segue o homem na sua relação com os outros.

³ FRANKENA, William Klaas. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, pp. 61-62.

Expressa uma conduta individual ou social, existente tanto nas microestruturas quanto nas macroestruturas.

Não se pode imaginar a relação humana despida desse comportamento, desse sentimento. É uma realidade indispensável para a convivência humana e social, que promove o equilíbrio entre pretensão e prestação.

Sempre que se refere à “justiça”, tem-se a exigência de algo que diz respeito a direitos aos quais se deve corresponder, e, conseqüentemente, ao dever de respeitá-los.

A “justiça” se completa, além da ética, com as noções de “verdade” e de “bem”, formando uma forte aliança dos importantes conceitos e realidades humanas. Em contrapartida, a “injustiça” se correlaciona com a “conduta antiética”, com a “mentira” e com o “mal”.

Unindo-se essas três noções à justiça, fica mais fácil compreender o seu sentido, mas que não é capaz de cumprir completamente a árdua tarefa de se conceituar de forma satisfatória a idéia de justiça.

Seria possível estabelecer um conceito indiscutível de justiça que satisfaça completamente aos anseios de juristas, filósofos, religiosos, sociólogos, políticos, esportistas, historiadores, dentre outros sujeitos dos mais seus diversos campos de aplicação?

Esse é um objetivo que se busca fortalecer com o aperfeiçoamento da “noção” de justiça, muito embora uma conceituação concreta, una e imutável sobre “o que é justiça” seja, em verdade, absolutamente impossível de se estabelecer tendo em vista a mutabilidade de seu sentido e de sua aplicação.

A justiça é mutante de acordo com cada interpretação, com o enfoque, com a necessidade, com a ocasião, com o tempo, com os costumes, com as sociedades, com os regimes políticos, com os territórios, com as variadas crenças dentre outros fatores que modelam seu significado.

Em resumo, o meio em que vive e a época na história são os principais fatores que irão definir a forma da justiça.

A par dessas incontáveis variantes que definem o justo e o injusto para cada sujeito, como efeito, o maior prêmio para os que sentem a justiça em seu favor é a satisfação de seus interesses. Produz-se a melhoria do ser humano e o aperfeiçoamento da sociedade em que vive, levando-o a seguir rumo à verdade, ao bem e à ética, assim como, em oposição, a existência e a convivência social perdem sentido, acaso se sintam

injustiçados e resolvam seguir a direção do erro, do mal e da falta de ética em suas condutas.

Destaca-se assim que um significativo efeito da justiça é a sua conseqüente propagação por aquele que se sente “justiçado”.

Esses sentimentos intrínsecos aos humanos, que o levam a adotar uma conduta ética em busca da verdade e do bem, são analisados pelo ramo do Direito Natural.

É de se registrar que um autor quase desconhecido no meio filosófico e jurídico chamado Abrão Iuskow, em sua obra, trouxe uma simplória definição sobre o que seria a justiça, afirmando convictamente que “*justiça é aquilo que está conforme o direito*”.⁴ Até aí nenhum mérito significativo.

O que se extrai de mérito é que esse autor não se restringiu à simplicidade da sua definição de justiça, pois ao utilizar palavra “direito”, Iuskow expande o seu significado e disponibiliza as visões do Direito Natural e do Direito Positivo para se entender o significado da palavra “direito”. Só depois seria possível entender a sua definição de justiça.

O Direito Positivo está submetido ao respeito às leis escritas, ao passo que o Direito Natural está relacionado à própria noção de justiça, surgindo nesse caso, como uma disposição inata nos seres humanos. Cita o autor que a justiça:

Existe em virtude da própria natureza humana, uma ordem ou disposição que a razão humana pode descobrir, e segundo a qual a vontade humana deve atuar para se acordar com os fins necessários dos seres humanos.⁵

Muito provavelmente essa conclusão pode ter sido inspirada nas clássicas lições de Platão, que já havia dito que no homem, a justiça é dada, de modo semelhante, pela harmonia entre suas faculdades, a saber, razão, ímpeto e coragem. No homem justo predominaria a razão. A razão, quando domina a coragem, modera os desejos e prazeres, fazendo com que o homem mantenha o controle de si mesmo.⁶

Cumpram-se importantes pensadores que buscaram ao longo dos anos definir a justiça, sem sucesso absoluto, porém, deixando sempre importantíssimas contribuições para essa busca interminável.

⁴ IUSKOW, Abrão. **Cidadão de alto nível**. Florianópolis: Sophos, 1998, p. 191.

⁵ Ibidem, p. 191.

⁶ Platão. **A República**. Livro IV [ou sobre a justiça, diálogo político]. Tradução de Ana Lia de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 439-441.

Segundo Marx a justiça nada mais seria do que um produto das relações de classe, uma crença que derivaria da infra-estrutura econômica da sociedade burguesa.⁷ Nietzsche definiu a justiça como uma vontade de impor valores, não se tratando de um juízo de adequação e sim de uma prescrição soberana.⁸ Para Kelsen, a justiça é um ideal irracional que tem com o base o pensamento metafísico acerca do jurídico.⁹

Pode-se dizer, metaforicamente, que a justiça é um ser vivo, em constante mutação para melhor se adaptar ao meio em que se a coloca.

Em resumo, as diversas definições de justiça podem aduzir em seu favor razões importantes, mas cada uma conduz a um resultado diferente, devido essencialmente aos seus inúmeros campos de aplicação que irão fixar os seus limites.

E uma abordagem prévia dessas considerações é indispensável para se adentrar no tema específico da decisão judicial e suas argumentações, focar a necessidade de sua justificação e para abstrair as razões que a integram.

3 O julgador e o sua função no contemporâneo papel de distribuir a Justiça

Partindo-se das premissas maiores de que incumbe ao julgador o dever funcional de interpretar e aplicar a lei, dizendo o direito às partes do processo e distribuir a justiça no meio social em que vivem, chega-se à premissa menor de que ao julgador incumbe o papel mais importante no processo litigioso.

O julgador é o ator principal no processo de julgamento. É seu o veredito final que deverá pacificar a relação litigiosa. Nota-se com isso a pesada carga de responsabilidade que a função de julgar impõe ao ser humano que exerce esse papel. E, por ser humano o julgador, é um ser falível, não necessariamente falho, mas falível.

Sob esse aspecto da falibilidade que se deve analisar profundamente o seu papel. O julgador deve conhecer ao máximo as suas funções, seus deveres, suas possibilidades, enfim, deve tentar dominar e respeitar ao máximo as peculiaridades de sua posição no julgamento.

O julgador é dotado de poder, e o exerce na exata medida em que profere uma decisão.

Em tempos remotos, o julgador foi inquisitor e decidia de acordo com sua convicção e interpretação das provas obtidas de formas nada imparciais. Outrora, o

⁷ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã: I – Feuerbach**. São Paulo, Hucitec, 1984, p. 119.

⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 341.

⁹ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** [tradução Luís Carlos Borges e Vera Barkow]. São Paulo : Martins Fontes, 1997. p. 23.

jugador cumpriu papel estritamente positivista, aplicando a lei conforme os seus enunciados.

Entretanto, numa sociedade contemporânea, não se admite que o julgador se limite ao papel de observar os fatos processuais e ignorar as variadas circunstâncias externas que envolvem uma relação litigiosa originada extra-processualmente.

Assim o movimento pós-positivista do direito, demonstra que o direito deve ser concebido como uma ciência social de caráter abrangente, onde demais ciências como sociologia, psicologia, filosofia, história do direito e outras mais podem e devem interferir quando do julgamento de uma causa. Um novo paradigma foi implantado, reconhecendo-se a força normativa da Constituição e de seus princípios, sem ignorar a necessidade de se promover uma interação de outros campos ao ato de julgar.

O julgador deve exercitar sua atividade judicial de maneira imparcial, mas nunca neutra, por ser humano eivado de todas as características dos seres humanos, principalmente a já citada falibilidade inerente à espécie.

Portanto, deve o julgador se preparar para enfrentar todas as espécies de problemas que lhes são levados a decidir, aproveitando ao máximo os instrumentos que estão disponíveis, a fim de instruir ao máximo a formação de sua convicção para que ela possa ser considerada aos olhos de todos os sujeitos como uma decisão “justa” no sentido mais abrangente da palavra, conforme anteriormente exposto.

Hodiernamente, “distribuir justiça” é uma tarefa penosa que requer do julgador o máximo de habilidades para se aprofundar no cerne do problema e investigar os ínfimos detalhes que permeiam o caso concreto, para ao fim, filtrar de todos esses detalhes, quais serão efetivamente determinantes para a formação da sua convicção.

Faça-se aqui referência à valiosa observação feita pelo eminente jurista paraguaio Ramón Silva Alonso em sua obra “La Función Del Juez en la Vida Del Derecho”:

Sin embargo, un examen más profundo demuestra que el juez [...] no sólo elabora el derecho aplicable al caso, sino también el hecho. No es pues sólo el derecho que el juez debe determinar. No es solo establecer la norma jurídica aplicable, lo que incumbe al magistrado. Su actividad penetra mucho más profundamente la vida del proceso.¹⁰

A finalidade principal do julgador é decidir e dizer o que é justo no litígio o qual lhe coube pacificar. A sua decisão deve ser elaborada seguindo-se os rigorosos

¹⁰ ALONSO, Ramón Silva. **La función del juez en la vida del Derecho**. Editorial Intercontinental: Paraguay, 1970, p. 30.

procedimentos formais, materiais e metodológicos, a fim de se obter um resultado final que se aproxime o máximo possível da idéia de da perfeição, e que, conseqüentemente, se afaste o quanto mais das falhas humanas.

Tudo isso porque o julgador não é sobre-humano como o *status* da sua função lhe aparenta ser. E é justamente esse *status* que ostenta um julgador que pode vir a ser o seu maior inimigo, afastando-o do senso de justiça.

Tal perigo é simples de ser identificado. Uma vez que viciado pelo orgulho, ostentação e sensação de superioridade, o julgador padecerá no inevitável acomodamento e aí não cumprirá o seu dever conforme deveria.

Por isso, o julgador deve, além de julgar formalmente, exercer o papel de verdadeiro diretor material do processo. E, se sua condução do julgamento estiver nos limites legais e éticos, sempre respeitando os princípios do devido processo legal, em nada estará afetada a sua imparcialidade.

Nesse sentido se destaca uma lição de Sérgio Alves Gomes, merecedora de reprodução literal:

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 a imparcialidade.¹¹

A decisão é o ato solene que resulta na solução de pontos controvertidos, por tal razão deve conter em sua estrutura elementos essenciais capazes de sustentá-la tanto formalmente quanto materialmente, o que será visto a seguir.

4 Fundamentação, argumentação, justificação da decisão e suas razões

A decisão judicial deverá ser construída de forma cuidadosamente arquitetada tendo como base e estrutura elementos indispensáveis à sua solidez. Esses elementos não se constituem como meros ornamentos da decisão, mas sim como suas verdadeiras condições de existência, validade e eficácia.

4.1 A fundamentação

¹¹ GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 75.

Ao julgador incumbe decidir, mas de maneira fundamentada, sempre. Praticamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo impõem esse requisito essencial da decisão.

Fundamentar uma decisão é, em termos práticos, justificar o entendimento do julgador. Desse enunciado se extrai a primeira noção de justificação.

Manuel Atienza diferencia o contexto de descoberta e o contexto de justificação dizendo que: "*de modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las*".¹²

As razões explicativas estão diretamente ligadas com os motivos; os estados mentais que antecedem a ocorrência de determinadas condutas, pois em geral, as razões explicativas (ou motivos) são dadas por uma convergência de dogmas e ambições intrínsecas ao lado humano julgador.

As razões justificadoras (também identificadas com objetivas), por sua vez, são deveres impostos aos julgadores dentro do sistema de Estado Democrático de Direito, que servirão para avaliar se uma determinada conduta ou decisão foi adequada ou inadequada segundo diferentes pontos de vistas. Não servem para averiguar o porque da decisão, mas para ajustá-la às noções de verdade, de bondade, de ética e, finalmente à noção de justiça.

Essas razões serão analisadas de forma menos superficial em tópico específico mais adiante.

De um todo, sabe-se que o julgador deverá demonstrar que a sua decisão foi extraída de determinadas normas ou lições do ordenamento jurídico o qual está vinculado. Esse dever de demonstrar claramente os parâmetros que levou em consideração para formar sua certeza de verdade sobre o caso servirá para convencer os interlocutores de que sua interpretação foi formada não apenas em crenças ou vontades individuais, mas que também, e principalmente, se apóia numa base sólida composta por dados relevantes, dotados de credibilidade e aceitação.

Exemplos dessa base são as normas jurídicas, doutrinas, princípios, jurisprudências, fatos empíricos, dentre outros dados comprovados e comprováveis que podem ser acessados pelo julgador.

O dever de fundamentar a decisão impõe que o julgador a justifique suficientemente a fim de atingir o máximo grau possível de correção do seu julgamento,

¹² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p.20

o que se torna plausível mediante a utilização racional das modalidades de justificação as quais dispõe.

Para se obter uma fundamentação segura e aceitável o julgador deve-se valer de técnicas de argumentação para demonstrar a validade dos motivos pessoais e dos dados tidos como relevantes que o impulsionaram na formação de sua convicção.

A finalidade precípua da fundamentação, obtida por métodos de justificação, é a de ampliar ao máximo a aceitação da decisão e a sua conformação à noção de justiça que o caso em concreto requer. Por isso a decisão deve ser tanto formalmente correta, quanto materialmente aceitável.

Isso é compreensível porque no mundo contemporâneo sabe-se, comprovadamente pela ciência, que não se admite a existência de “racionalidade” independentemente dos “sentimentos”, da subjetividade. Não há como desvincular a racionalidade do sentimento, das emoções, daí a importância da subjetividade e de todo o “sentir” no ato decisório e da necessidade de assumir que a “*decisão é um ato de crença, de fé (abandono da verdade pela impossibilidade)*”.¹³

4.2 A argumentação

Inicie-se a análise da argumentação como teoria e como prática jurídica trazendo-se à luz uma citação de Robert Alexy:

Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiras.¹⁴

De plano, o autor identifica que alguns fatores podem ser determinantes para a produção de decisões injustas porque não se originam de uma interpretação acertada ou razoável dos elementos dispostos ao julgador.

Esses elementos podem levar o julgador a proferir uma decisão injusta, pois pode estar fundada em uma análise equivocada e imprecisa desses elementos, mesmo que esteja o julgador intrinsecamente convicto que alcançou a verdade agindo eticamente na busca pela justiça. O ser humano é falível.

¹³ DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e cérebro humano. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 280.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo, Landy, 2001, p. 17.

Alguns desses elementos seriam, dentre outros, a linguagem imprecisa do direito, como por exemplo, a crescente utilização das “cláusulas gerais” pelo legislador na elaboração das normas jurídicas.

Além desse, o autor supracitado identifica outros, a exemplo da possibilidade de existência de conflitos de normas hierarquicamente iguais, o que causa maiores problemas quando o conflito envolve direitos constitucionais.

Outro elemento identificado como prejudicial à decisão é o excesso de autoconfiança e ousadia do julgador, que ao julgar chega a pretender legislar, mesmo que no caso concreto, criando regulamentação jurídica em complemento ao sistema, já que a decisão possui caráter vinculativo entre as partes que a ela se sujeitam.

O referido autor criou a “Teoria da Argumentação Jurídica” através da fusão das já existentes: Teoria da Razão; da Carga da Argumentação; da Fundamentação; da Transcrição e da Forma de Delineamento do Discurso Prático.

Em síntese muito condensada, essa Teoria tem como fundamento principal a integração do discurso jurídico com o discurso prático geral, partindo de que a prática constitui-se no agir humano e na sua busca por orientação no sistema normativo.

Alexy sofreu severas críticas à sua Teoria da Argumentação Jurídica pelo fato de que não se fundamentaria racionalmente, pois se vale a todo instante de termos gerais, abstratos, dotados de profunda subjetividade, como por exemplo, a própria “justiça”, “razão”, “razão prática”, “verdade”, dentre outros mais.

Incorreria então, ao ver dos críticos, em contradição consigo mesmo, porque para justificar a sua teoria, identificou de plano a “imprecisão da linguagem do direito” como elemento capaz de levar o julgador a decidir equivocadamente. Não estaria Alexy incorrendo no mesmo equívoco por ele rebatido? Como dito antes, não existe razão sem emoção, daí o enfraquecimento dos argumentos dos críticos à Teoria de Alexy.

A par dessa batalha ideológica, a qual intencionalmente não será abordada sob pena de extensão excessiva do trabalho e perda do foco principal, o que se pode extrair da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy são enriquecedores e provocantes dados para se aperfeiçoar o entendimento do sentido de justiça, em destaque, o estudo do contexto de justificação.

4.3 A justificação

Como conseqüência e produto da Teoria da Argumentação Jurídica, o estudo do contexto de “justificação” é dotado de duas vertentes.

A primeira possui finalidade descritiva, no sentido de evidenciar como as decisões de fato se justificam. A segunda possui finalidade prescritiva, no sentido de elucidar como essas decisões deveriam ser justificadas.

Partindo-se da certeza que as decisões devem ser fundamentadas, e, por isso, justificadas, destrói-se a falsa premissa de que a decisão seria autojustificável porque foi proferida por autoridade competente, dotada de poderes para tanto.

Poder-se ia inclusive distinguir as noções de “fundamentação” e “justificação”. A idéia de “fundamentação” corresponde à exposição ou a permissão do acesso interpessoal às razões que levaram a determinada decisão. A “justificação” corresponde à tentativa de convencimento ou persuasão de que a decisão tomada era a que melhor pacificaria o litígio, pois atenderia os anseios de verdade, ética e justiça para o caso concreto.

A justificação seria uma exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou ainda como recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique. Identificam-se duas principais modalidades de justificação, a *interna* e a *externa*.

4.3.1 Justificação Interna e Externa

Para que se cumpra satisfatoriamente o dever de fundamentar (e justificar) a decisão, deve ser evidenciada não apenas a legitimidade das conclusões do julgador (justificação interna), mas principalmente a validade das premissas por ele adotadas na formação de sua convicção (justificação externa).

Numa decisão deve ser englobada tanto a obrigatoriedade de referência aos pressupostos fixados na lei, impondo-se ao julgador a necessidade de demonstrar concretamente que na sua convicção estão presentes as circunstâncias que correspondem ao quadro normativo, sendo recomendável o detalhamento das considerações em que se apega para qualificar essas circunstâncias a ponto de as submeter aos pressupostos abstratamente definidos, formando-se a justificação externa.

Deve o julgador, concomitantemente e de forma obrigatória, desenvolver claramente uma sequência aceitável de argumentações coerentes capazes de sustentar a sua decisão, o que seria a justificação interna.

A teoria da argumentação jurídica quando é exercida pela magistratura, precisamente pelo que se sabe, tende a mostrar a exigência de um duplo requisito, por uma parte: o que se corresponde com a justificação externa.

Ressalta-se que essa justificação é o processo de fundamentação ou motivação das premissas utilizadas para construir o próprio silogismo (razoamento silogístico judicial, de natureza prática prudencial) antes indicado. Também brevemente se pode apontar, que a justificação é interna porque o é em relação com o mesmo pronunciamento e se denomina a restante de externa, porque assim é o pronunciamento ainda que seja interna ao magistrado que o dita.

Destaca-se o duplo grau de justificação: interna. Que alude a correção na formulação das premissas no chamado silogismo jurídico e externa, no correto desenvolvimento do processo de fundamentação ou motivação das premissas utilizadas para constituir o silogismo pratico prudencial.

Se resume a justificação interna, pela dedutibilidade que as premissas da conclusão de todo racionamento judicial possui; e a externa, se orienta no mesmo plano da justificação – não do descobrimento da norma- e sim referem com ela nas razões que os magistrados devem dar. Quando introduzem considerações jurídicas ou de fato, que em rigor são necessárias para a conclusão do caso que por mera dedução não se poderia obter.

Dessa forma, Armando S. Andruet distingue as idéias de justificação externa e interna da seguinte forma:

la justificación interna mira a la adecuada explicitación de tales supuestos fácticos – aunque también jurídicos – para fiscalizar si la omisión o la desmesura de su incorporación, tiene um sustento que como tal la autorice, o es sólo fruto de una voluntad irrazonable del mismo magistrado y por lo tanto, censurable. Mientras que la justificación externa em tal sentido, puede permitir reconocer por qué razones los hechos son emplazados, dichos o relatados de una manera determinada em el pronunciamento.¹⁵

Assim, uma decisão não pode, em nenhuma ocasião deixar de conter as justificações internas nem externas, sob pena de ser considerada como formalmente inexistente e materialmente inválida e ineficaz.

4.4 As Razões

¹⁵ ANDRUET, Armando S. La Argumentación jurídica y el silogismo forense. 2000. In: GHIRARDI, Olsen A. *El Siglo XXI y el razonamiento forense*. Academia Nacional de Derecho y Ciências Sociales de Córdoba. Córdoba, 2000, p. 42.

Sendo as razões da decisão, como exposições enunciadoras, com enfoque no aspecto formal da operação, associando-a a transparência da perspectiva decisória, sendo essa a justificação formal. Trata-se de uma recondução da decisão a um parâmetro valorativo que a justifique, dando privilégio à idoneidade substancial do ato praticado, sendo integrada em um sistema de referência em que encontre bases de legitimidade (justificação material).

Com o intuito de se prevenir a arbitrariedade na justificação das decisões judiciais, deve se realizar uma apresentação de suas razões, conferindo maior legitimidade. Sendo que as razões não possuem condição de eficácia universal, estão sempre abertas à crítica e à possibilidade de sua revisão, assim como também a escolha de uma das decisões possíveis pode ser questionada. A análise dessa crítica se torna relevante importante, uma vez que nos permite designar para decisões alternativas, estimulando a uma possível reflexão e a um maior desenvolvimento da compreensão judicial da função judicante.

Existem inúmeras razões que podem ser incluídas em uma justificação, o emprego das razões justificadoras remete à questão axiológica. A qualidade de uma decisão não se faz em termos de verdade, mas sim em termos de razoabilidade pautada por boas e aceitáveis razões.

Caso uma decisão esteja internamente justificada, pode-se dizer que é uma decisão internamente racional, pois exterioriza as razões para esta decisão. Se uma decisão judicial está externamente justificada é externamente racional, pois se baseia em boas razões, isto é, razões aceitas pela crítica.

5 Conclusão

Sempre que existir um litígio, uma lesão ou ameaça de lesão a um direito, pode o interessado pleitear a solução judicial do seu impasse através de um processo judicial. Essa é uma garantia fundamental prevista nas Constituições da maioria dos países. E, justamente para cumprir essa finalidade o Estado disponibiliza o acesso ao Poder Judiciário que, através da atuação de seus membros julgadores, é capaz de promover uma pacificação idônea do litígio.

O resultado final dessa atuação dos julgadores na solução dos litígios é a formação de uma decisão, de um provimento judicial que deve ser capaz de elucidar e colocar fim à resistência das pretensões que se opõem.

Mas o julgador não pode simplesmente proferir essa decisão de acordo com sua livre vontade. Ele fica obrigado a respeitar e cumprir pressupostos que determinam a própria existência, validade e eficácia da sua decisão.

O mais significativo desses pressupostos é o dever de fundamentar, do qual nenhuma decisão se desvincula. Esse dever atingiu relevância de norma constitucional positivada em quase todos os ordenamentos jurídicos do mundo.

A relevância sobre a compreensão da decisão judicial continua demonstrando ser um campo nebuloso e a ausência de fatores que o torne claro remete à Teoria da Argumentação Jurídica e à Filosofia do Direito

A fundamentação da decisão não é mera exigência formal, já que a fundamentação cumpre uma dupla função. A primeira função possui caráter objetivo, que é a pacificação social, legitimidade e autocontrole das decisões. A segunda possui caráter subjetivo, de garantia do direito ao recurso e controle da correção material e formal das decisões pelos seus destinatários.

Para cumprir a exigência constitucional, a fundamentação deverá ser clara, expressa, coerente e suficiente. Ou seja, não deve se imputar ao seu destinatário o ônus de ter que descobrir as razões da decisão. Os seus motivos não podem ser obscuros ou de difícil compreensão, nem padecer de vícios lógicos. A fundamentação deve ser adequada à importância e circunstância da decisão

Por isso, para que se possa produzir uma decisão judicial justa, que se ajuste à amplitude do conceito de justiça, deve ser devidamente fundamentada.

Para cumprir de forma satisfatória essa necessidade, a decisão deve obrigatoriamente conter em sua estrutura as suas justificações interna e externa, que serão construídas através de uma argumentação jurídica capaz de correlacioná-las de forma a não deixar resquícios de dúvidas quanto à sua razoabilidade e potencialidade de aceitação como resultado idôneo de um julgamento justo do qual se extraia facilmente as razões que levaram o julgador a decidir daquela forma.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo, Landy, 2001.

ALONSO, Ramón Silva. *La función del juez en la vida del Derecho*. Editorial Intercontinental: Paraguay.

ANDRUET, Armando S. La Argumentación jurídica y el silogismo forense. 2000. In: GHIRARDI, Olsen A. *El Siglo XXI y el razonamiento forense*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2000.

- ASEFF, Lucía Maria. *Argumentación jurídica y semiosis sociais*. Rosário : Juris, 2003.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983.
- DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- FRANKENA, William Klaas. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- GHIRARDI, Olsen A. *Actitudes y Planos em el Razonamiento Forense*. Córdoba 2002.
- GOMES, Sérgio Alves. *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- HART, Herbert. L.A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HARTMANN Nicolai. *Ethik*. Berlin: Gruyter, 1949. Apud: Adeodato, JM. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- IUSKOW, Abrão. *Cidadão de alto nível*. Florianópolis: Sophos, 1998.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?* [tradução Luís Carlos Borges e Vera Barkow]. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1989.
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã: I – Feuerbach*. São Paulo, Hucitec, 1984.
- MONTORO, Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- PLATÃO. *A República*. Livro IV [ou sobre a justiça, diálogo político]. Tradução de Ana Lia de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.