

A FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS: A CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA RAZOÁVEL COMO PONTO DE PARTIDA PARA A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE RECORRIBILIDADE NO JULGAMENTO DOS RECURSOS DE NATUREZA ORDINÁRIA

BEN-HUR SILVEIRA CLAUS*

O jurista designa uma decisão como 'defensável' quando na verdade a sua rectitude não pode demonstrar-se por forma indubitável, mas também muito menos se pode demonstrar que ela seja 'falsa', se há pelo menos bons fundamentos a favor de sua rectitude.

Karl Larenz

RESUMO: O presente artigo trata da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária, na perspectiva da confirmação da sentença razoável, conceito que se procura examinar. A confirmação da sentença razoável é apresentada como ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade, comprometida com efetividade da jurisdição e com a realização dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Administração da Justiça; Função revisora dos tribunais; Sentença razoável; Duplo grau de jurisdição; Efetividade da jurisdição.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A sentença razoável na doutrina – considerações iniciais; 2 A ambiguidade da linguagem da lei convoca o magistrado sartreano; 3 Não há apenas uma única solução correta no caso jurídico; assim como não há apenas uma única interpretação musical verdadeira; 4 O caso concreto é matéria prima para a justiça da solução; 5 A construção da decisão do caso concreto; 6 O juiz recria o direito; 7 Estado de Direito e discricionariedade judicial; 8 A discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito; 9 A sentença razoável – considerações complementares; 10 Fundamentação completa x fundamentação suficiente; 11 Balizas à discricionariedade judicial; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em ensaio anterior, examinamos o tema da função revisora dos tribunais sob a perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das

* Juiz do Trabalho da VT de Carazinho-RS e Mestre em Direito pela Unisinos.

sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária, oportunidade em que se estudou o método utilizado pelos tribunais a partir de uma premissa elementar: o prévio reconhecimento da dimensão hermenêutica do fenômeno jurídico e da consequente discricionariedade ínsita ao ato de julgar (CLAUS et al, 2009).¹

Naquela oportunidade, sustentamos que incumbe aos tribunais evoluir para uma política judiciária de confirmação da sentença razoável, afirmando não ser recomendável a reforma da sentença apenas porque não seria aquela sentença ideal que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário. Uma crítica produtiva logo nos foi apresentada sob a forma de pergunta: – o que é sentença razoável?

A crítica é produtiva por manter em aberto a discussão acerca da função revisora dos tribunais em recursos de natureza ordinária. Além disso, tal crítica é produtiva como elemento necessário à construção de um novo conceito de recorribilidade, que se conforme à garantia constitucional da duração razoável do processo e que supere as distorções provocadas pela atual recorribilidade excessiva, que tem levado o sistema jurisdicional ao esgotamento, com direto prejuízo à efetivação dos direitos e com indireto desprestígio ao próprio Estado Democrático de Direito, que não realiza a reparação dos direitos violados em tempo hábil.

O presente ensaio tem por objetivo responder a essa questão, situando-a no âmbito do tema da função revisora dos tribunais em recursos de natureza ordinária, na perspectiva da efetividade da jurisdição.

1 A SENTENÇA RAZOÁVEL NA DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

À pergunta pela sentença razoável, temos respondido que se trata de uma sentença aceitável, assim considerada uma sentença defensável para o caso concreto diante do direito aplicável.²

A defensabilidade de uma decisão é apurada quando, embora a respectiva adequação não possa ser demonstrada de forma indubitosa, muito menos pode ser demonstrada a sua invalidade, desde que existam argumentos ponderáveis em favor de sua razoabilidade. Citado por *Karl Engisch, Larenz* apresenta sua concepção de sentença razoável na seguinte formulação: “O jurista designa uma decisão como ‘defensável’ quando na verdade a sua rectitude não pode demonstrar-se por forma indubitável, mas também muito menos se pode demonstrar que ela seja ‘falsa’, se há pelo menos bons fundamentos a favor de sua rectitude.” (ENGISCH, 2008, p. 273). Voltaremos a essa controvertida questão.

¹ O ensaio coletivo *A Função Revisora dos Tribunais: a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária* – FEMARGS. Porto Alegre: HS Editora, 2009. Foi elaborado por seis magistrados do primeiro grau de jurisdição, a saber: Ben-Hur Silveira Claus, Ari Pedro Lorenzetti, Ricardo Fioreze, Francisco Rossal de Araújo, Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa e Márcio Amaral.

² Sobre tudo a expressão jufundamental do direito.

O fascinante tema da sentença razoável está entrelaçado com o tema da discricionariedade judicial e com o tema maior do que significa justiça. *Karl Engisch* deparou-se com essas intrincadas questões e preferiu iniciar a resposta formulando as seguintes perguntas:

Que significa 'justiça'? Justiça unívoca, que exclui várias respostas diferentes a uma questão (que exclui, portanto, neste sentido, 'pluralidade de sentidos')? Ou não será talvez 'justiça' o mesmo que justiça individual, não será solução 'justa' o mesmo que solução 'defensável' ou algo semelhante – o que continua a deixar em aberto ainda um 'espaço livre' para várias respostas divergentes no seu conteúdo mas, quanto ao seu valor, igualmente justas? (ENGISCH, 2008, p. 218).

A compreensão da ideia de sentença razoável principia pelo prévio reconhecimento da incontornável ambiguidade da linguagem da lei.

2 A AMBIGUIDADE DA LINGUAGEM DA LEI CONVOCA O MAGISTRADO SARTREANO

A ambiguidade da linguagem costuma instalar uma pluralidade de sentidos no texto da lei. É natural que assim seja, pois o significado é sempre algo impreciso. Quanto se estuda o método para estabelecer o sentido de uma norma, o recurso aos vários modos de interpretação cumpre papel determinante, especialmente quando de sua articulada combinação, o que, contudo, muitas vezes não elimina a coexistência de mais de um sentido possível para determinada norma diante do caso concreto, e com frequência fala-se então ora no 'espaço de jogo de significação'; ora fala-se no 'halo do conceito'; ora fala-se no 'espaço de livre apreciação'; ora fala-se na 'textura aberta' da norma; ora fala-se 'penumbra da incerteza'; ora fala-se na 'teoria da defensabilidade' das decisões; fala-se na sentença razoável, na sentença aceitável, na sentença equilibrada, na sentença sensata.

A vagueza da linguagem da lei levou um grande jurista a formular a impressiva assertiva teórica de que *estamos rodeados de incertezas*. Para *Herbert Hart*, não se pode escapar da ambiguidade da linguagem em que a lei vem formulada, porquanto é da natureza constitutiva da linguagem um determinado grau de imprecisão nas suas expressões. O autor identifica aqui o fenômeno da *textura aberta da linguagem da norma*, do qual o juiz não pode se desvencilhar senão pelo recurso necessário a um juízo discricional.

Ao fazer a resenha da posição de *Herbert Hart*, *Cristina Brandão* acaba por convocar o magistrado sartreano. A figura do homem condenado existencialmente a escolher se corporifica no magistrado confrontado com o caso concreto a resolver. E isso ocorre em face da contingência de que, conforme adverte *Cristina Brandão*,

[...] a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa passa a nos guiar apenas de uma maneira incerta. Grosso modo, a regra geral apenas parece agora delimitar não mais que um exemplo dotado

de autoridade. A regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias, mas há outras circunstâncias que a tornam indeterminada. A partir daí, a discricionariedade que é deixada pela linguagem pode ser muito ampla, de modo que, na aplicação da regra, o que ocorre na verdade é uma escolha, ainda que possa ser a melhor escolha, ainda que não arbitrária ou irracional. E a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses (BRANDÃO, 2006, p. 57).

Assim, o magistrado personifica no campo jurídico o homem sartreano condenado à condição existencial de ter de escolher; escolher um entre os sentidos legítimos a serem atribuídos à norma no caso concreto; escolher uma entre as soluções possíveis para o caso.

Em um construtivo esforço hermenêutico para tornar acessível a concepção de *Herbert Hart* sobre o problema da ambiguidade da linguagem no direito, a consagrada expressão da *penumbra da incerteza* é apresentada por *Cristina Brandão* como uma consequência incontornável da circunstância de que “... as leis padecem de uma insuficiência incurável” (2006, p. 57).³ Essa insuficiência é uma consequência incontornável da natureza ambígua da linguagem.

Essa esfera de incerteza foi identificada por *Herbert Hart* como a ‘textura aberta’ da linguagem da norma, de modo que “... toda norma encontrará situações em que sua aplicação é incerta, ou seja, situações onde não está claro se a norma é aplicável ou não” (BRANDÃO, 2006, p. 60).

Enfrentada a questão no âmbito da filosofia, a ambiguidade da linguagem adquire uma dimensão ainda mais central para o problema do conhecimento. Aqui, é inestimável a contribuição da filosofia hermenêutica para a superação da filosofia da consciência:

Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações concretas de uso carece de qualquer sentido, como se pode perceber no parágrafo 88 das IF, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica (STRECK, 2000, p. 152-53).⁴

Ao examinar a questão da imprecisão da linguagem no âmbito do direito, *Lenio Luiz Streck* afirma que “As palavras da lei são constituídas de vaguezas,

³ Cristina Brandão desenvolve o tema da discricionariedade judicial, fazendo um produtivo cotejo entre as posições de Herbert Hart e Ronald Dworkin.

⁴ A abreviatura IF correspondente à obra *Investigações Filosóficas*, de Ludwig Wittgenstein.

ambiguidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante unívoco ou correto de um texto jurídico” (STRECK, 2000, p. 239).

A expectativa do racionalismo iluminista de que a lei pudesse ostentar um sentido unívoco e duradouro não poderia mesmo resistir à força jurígena da dinâmica das circunstâncias de fato. Logo se perceberia que “a mudança das concepções de vida pode fazer surgir lacunas que anteriormente não haviam sido notadas” e que há lacunas que se manifestam apenas de forma superveniente “porque entretanto as circunstâncias se modificaram” (ENGISCH, 2008, p. 287). Além das lacunas trazidas pelo decurso do tempo e pela modificação das circunstâncias de fato, a incerteza do sentido da lei é antes uma contingência da incontornável ambiguidade da linguagem, a nos revelar que – e essa é a perspectiva em que se pode compreender o conceito de sentença razoável – não há apenas uma única solução correta no caso jurídico.

3 NÃO HÁ APENAS UMA ÚNICA SOLUÇÃO CORRETA NO CASO JURÍDICO; ASSIM COMO NÃO HÁ APENAS UMA ÚNICA INTERPRETAÇÃO MUSICAL VERDADEIRA

A analogia entre direito e música foi magistralmente trabalhada por *Eros Grau* para demonstrar a inaplicabilidade ao direito da ideia de uma única solução verdadeira. Isso por que o caso jurídico não opera com soluções ontologicamente verdadeiras, mas com soluções aceitáveis. Adverte o jurista que ocorre na interpretação de textos normativos algo semelhante ao que se passa na interpretação musical, afirmando que não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Bethoven: *A Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas. E conclui:

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebel'sky] (GRAU, 2002, p. 88).

A condição do direito enquanto ciência hermenêutica situa o conhecimento jurídico no domínio da argumentação. Assentado na noção de verossimilhança, o domínio da argumentação não se limita à dicotomia cartesiana do certo ou errado. A ilusão de verdades definitivas cede em favor de verdades provisórias.

Como esclarece *Boaventura de Sousa Santos*, “[...] o domínio da argumentação é o razoável, o plausível, o provável, e não o certo ou o falso” (1989, p. 111). Entretanto, o resgate do conceito clássico do verossímil precisaria defrontar-se com a herança racionalista oriunda da modernidade instaurada com o advento da Revolução Francesa. Não se pode esquecer que o paradigma científico então proposto desautorizava a retórica enquanto forma de conhecimento: “A marginalização da retórica a partir de Descartes dá-se quando este, em *Discurso do Método*, declara que uma das regras do novo método é considerar falso tudo aquilo que é apenas provável” (SANTOS, 1989, p. 111). Um conhecimento que procede de premissas prováveis para conclusões prováveis não atende à exigência paradigmática trazida pela Revolução Francesa; de que uma ciência somente merece tal estatuto se apresentar-se construída sobre o alicerce único de silogismos da lógica apodíctica.

Ao eleger uma dentre as várias interpretações possíveis, o intérprete chega a interpretação entendida como a mais adequada pela chamada *lógica da preferência*. Para *Eros Grau* não existe uma única resposta correta na aplicação do direito. No processo hermenêutico, chega-se a várias interpretações plausíveis. E como a norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*, não se cogita de uma única resposta correta. “Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estanha ao direito; no direito há apenas o aceitável. O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução” (GRAU, 2002, p. 88).

Não nos sendo possível encontrar a sentença ideal, a sentença possível, entretanto, deve se revelar legítima pela própria fundamentação, de modo que se possa estabelecer um certo consenso de que se está diante de uma sentença razoável para o caso concreto em face do direito aplicável, conquanto outras soluções fossem aceitáveis.

4 O CASO CONCRETO É MATÉRIA PRIMA PARA A JUSTIÇA DA SOLUÇÃO

Para a construção de uma solução justa, três elementos são essenciais: a vinculação à lei, o bom senso e a singularidade do caso concreto. A afirmação de *Mauro Cappelletti* faz da diversidade fática do caso um dos três balizadores da criatividade judicial em ordem à boa decisão.

Com efeito, por se tratar de uma ciência do individual, o direito não se presta às abstratas generalizações conceituais sonhadas pelo Iluminismo e cultivadas pelo normativismo, somente podendo resgatar seus vínculos originários com a justiça quando abandona o atacado das abstrações formais e retorna ao varejo dos casos concretos, fonte genética de sua vitalidade.

Depois de demonstrar que a relação do intérprete com o texto faz da compreensão do direito uma atividade essencialmente argumentativa, *Ovídio A. Baptista da Silva* propõe a superação da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas em favor de uma “aceitabilidade racional”, construída sob inspiração do verossímil haurido ao pensamento clássico. Isso significa reconhecer importância “do caso” na conformação do Direito. Daí o resgate da

concepção do Direito enquanto ciência do individual, de modo a superar-se a proposição dogmática e generalizante da ciência jurídica como uma ciência abstrata e formal (2004, p. 265).

O sentido da norma é dado no caso concreto. Em outras palavras, o sentido do direito não se revela para o intérprete quando o exame da norma é feito em abstrato. É a dinâmica social que imprime sentido às regras jurídicas existentes. A ordem jurídica ganha sentido ao ingressar no cotidiano das pessoas, de modo que o sentido do direito “somente se manifesta no momento em que as normas jurídicas são experimentadas, avaliadas e aplicadas” (PAES, 2007, p. 41).

Nada obstante a influência exercida pela concepção de *Montesquieu* acerca da função do juiz, a pretensão de reduzir atuação do magistrado à condição de mero oráculo da vontade do soberano já fixada na lei malogrou diante da ambiguidade natural à linguagem, que sempre reclamou a interpretação interditada pela Escola da Exegese. Essa interpretação se dá no caso concreto. Embora a interdição tenha sido atenuada com o desenvolvimento da filosofia do direito, pode-se dizer que essa interdição subsiste como questão hermenêutica não superada pelo positivismo jurídico. Porém, cada vez mais ganha espaço a percepção de que os juízes não se limitam a declarar o direito preexistente, mas participam da criação do direito nos casos específicos, dando contornos à ordem jurídica para superar o caráter geral, abstrato e teórico das normas, a fim de atribuir-lhes significação específica, concreta e prática.

A afirmação de *Mauro Cappelletti*, de que a matéria prima do caso concreto é um dos balizadores da solução justa, revela-se verdadeira quando se percebe que é ilusória a ideia de uma solução abstrata que se afaste do caso concreto para refugiar-se na generalidade teórica da norma. Sem reduzir a distância que separa o *standard* da norma das peculiaridades do caso específico não se pode pretender alcançar a sentença razoável. Essa aproximação é operada pelo engenho da interpretação: “A lei, como produto inacabado, está sempre a exigir a atividade interpretativa, que mediará o espaço que há entre a generalidade da lei e a especificidade dos fatos, impondo sempre atuação criativa do agente da interpretação/aplicação” (PAES, 2007, p. 47). É nesse sentido que a teoria jurídica contemporânea atribui ao magistrado a tarefa de mediar, pela interpretação, o espaço que separa o modelo normativo da situação de fato examinada: “O juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto” (COELHO, 1997, p. 43).

A sentença razoável é resultado de uma boa construção da decisão do caso concreto.

5 A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO DO CASO CONCRETO

Em precioso estudo acerca da discricionariedade judicial, *Michele Taruffo* revela que a solução do caso concreto é o resultado de uma construção

complexa em que fato e norma interagem numa progressiva relação dialética conduzida pelo intérprete. Fato e norma aproximam-se pelo engenho da interpretação. Daí a fecunda observação de que “no contexto da decisão de um caso particular, a ‘construção do caso’, com vistas à decisão, se verifica através de numerosas e complexas passagens entre o ‘fato’ e o ‘direito’ ” (TARUFFO, 2001, p. 434).

Fruto de recíprocas conexões estabelecidas pelo intérprete entre fato e norma, a construção da solução no caso concreto lembra a ideia de *círculo hermenêutico* (Heidegger, Gadamer), mas também faz rememorar o processo de *ida e volta do olhar* do intérprete no exame relacional dos elementos implicados no caso (Engisch). Ao destacar a intensa atividade dialética desenvolvida na construção da relação fato-norma, *Michele Taruffo* desautoriza a simplificação teórica a que o positivismo jurídico pretende reduzir a complexa operação da subsunção. O autor demonstra que a subsunção não se restringe à ideia de um simétrico acoplamento resultante de uma instantânea operação mental. Ao contrário, trata-se de uma complexa operação intelectual que se desdobra em sucessivas relações articuladas entre fato e norma, sob a presidência dos valores éticos que nos inspiram à justiça. Pondera o autor: “O que se usa chamar de *sussunzione* do fato da norma, ou correspondência entre fato e norma, é, somente, o resultado final de um particular círculo hermenêutico que liga, dialeticamente, o fato e a norma até chegar a uma correspondência entre o fato, juridicamente qualificado, e a norma interpretada com referência ao caso, no qual ela é concretamente aplicada” (2001, p. 434).⁵

Portanto, na construção da solução do caso concreto são determinantes as relações que se estabelecem entre fato e norma, num movimento circular de progressiva interação,⁶ a revelar que a discricionariedade judicial permeia todo o processo de descoberta do direito para cada caso concreto. Daí decorre a polêmica afirmação teórica de que o juiz cria o direito para a situação específica.

6 O JUIZ RECRIA O DIREITO

A discricionariedade judicial não é um exercício recente na história do Direito. A pesquisa realizada por *Ovídio A. Baptista da Silva* revela que os romanos já corrigiam a lei quando da aplicação do direito ao caso concreto. Adepto da ideia de que ao juiz cabe aplicar a lei e não aperfeiçoá-la, a crítica de *Savigny* à prática dos juristas romanos é ilustrativa de que a aplicação do direito implicou historicamente certa criatividade do aplicador do direito:

⁵ Michele Taruffo fornece importante subsídio acerca dessa questão, ao esclarecer que “[...] a escolha da norma aplicável e a determinação de seu significado se verificam em direta conexão dialética com a individualização dos fatos, juridicamente relevantes; de outro lado, essa determinação dos fatos se verifica em função da norma que o juiz julga aplicável e do significado (*‘guiado’* pela referência aos fatos) que à norma é atribuído” (2001, p. 434).

⁶ Esse movimento circular de progressiva interação opera como uma espiral hegeliana da dialética entre fato e norma.

Se examinarmos o uso que os juristas romanos fazem de suas próprias regras, veremos que a prática não está sempre de acordo com a teoria. Frequentemente eles ultrapassam os limites da verdadeira interpretação, para entrar no domínio da formação do direito, de modo que suas interpretações extensivas, extraídas dos motivos da lei, corrigem, não a expressão, mas a própria lei, constituindo verdadeiras inovações” (SAVIGNY, 1930, apud BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 279).

Nas restrições opostas à criatividade judicial, *Savigny* conta com um grupo numeroso de seguidores. Com efeito, a negativa de reconhecimento de poder político ao magistrado é ressaltada ainda pela posição tradicional de certos autores, para os quais “a máquina judicante é uma máquina inerte e passiva; é de sua essência ser passiva; o princípio de seu movimento não está nela; a soberania que julga não é mais senhora de seu descanso tanto quanto não é de seu movimento.” Na realidade, tais premissas – na eloquente observação de *Antonio Carlos Wolkmer* – são inteiramente falsas, pois o juiz possui papel bem maior do que lhe é atribuído, exercendo ideologicamente uma extraordinária e dinâmica atividade recriadora (1995, p. 169).⁷

Nada obstante as restrições opostas por *Savigny* e seus seguidores, a criatividade judicial é uma contingência da natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito. E assim é por que “o ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá” (STRECK, 2000, p. 194).

Herbert Hart alinha-se entre os teóricos que adotam a compreensão de que o juiz cria direito novo ao resolver um caso concreto. Para o jurista alemão, a criatividade judicial é uma contingência da generalidade e abstração da lei. Para decidir, o juiz tem que escolher entre as alternativas que medram do solo polisêmico da ambiguidade da linguagem da lei. Para *Herbert Hart*, o direito somente impõe limites para a escolha (decisão) do juiz, e não a própria escolha (decisão).⁸

Quando o juiz aplica o direito no caso concreto, o faz através de um ato criativo, pois não se limita a declarar o direito preexistente na norma através de uma mecânica operação de lógica dedutiva. Vai ficando superada tanto a concepção que limita a identificação o direito à lei quanto a ideia de que o justo é algo existente *a priori*: a ideia de justiça somente pode ser haurida no contexto de determinada situação concreta. Isso por que – explica *Gadamer* – a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que se projeta em cada caso particular é essencialmente insuperável (GADAMER, 1994, apud STRECK, 2000, p. 197).

⁷ Para Antonio Carlos Wolkmer, “[...] o papel do juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social” (1995, p. 172).

⁸ Essa formulação tornou-se um clássico da discricionariedade judicial. Foi enunciada por *Herbert Hart* em conferência proferida na Universidade de Harvard, em 1957, conforme revela a pesquisa de Cristina Brandão (2006, p. 86).

O juiz opera uma criativa mediação entre fato e norma, com a finalidade reduzir a distância que separa a generalidade da norma aplicável do caso concreto. Nesse processo de aproximação, são necessárias várias passagens discricionais do fato à norma e vice-versa, para que se abra ao juiz a compreensão dos sentidos a serem atribuídos à norma para assegurar-se a realização do direito no caso em particular. A síntese formulada por *Arnaldo Boson Paes* é precisa: “[...] o ato de criação do direito é um ato de concreção da generalidade do ordenamento jurídico à particularidade do caso concreto” (2007, p. 50).

Daí a afirmação de que o juiz constrói – recria o direito, nesse sentido figurado – a norma de decisão a partir da interpretação da regra aplicável na situação concreta, não se podendo pretender continuar a circunscrever a atividade judiciária à mera aplicação da técnica silogismo. A norma de decisão figura então, tal qual na clássica lição de *Hans Kelsen*, como a regra que regulará determinado conflito, embora o jurista alemão prefira a formulação teórica de que a sentença fundada na lei é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Em conclusão, é a construção jurisprudencial do direito que dá robustez à lei, atuando diretamente no processo de elaboração do direito vivo. O juiz cumpre o importante papel de elaborar o novo direito – na criativa dicção de *Arnaldo Boson Paes* – ao redor das leis, realizando a função de impedir que o processo de cristalização do direito provoque o divórcio entre a lei e a vida do direito, entre a norma e o direito que de fato vige, procurando diminuir a diferença entre a lei e a justiça (2007, p. 47).

Contudo, é inevitável a pergunta sobre a compatibilidade entre Estado de Direito e discricionariedade judicial.

7 ESTADO DE DIREITO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A afirmação de que a discricionariedade judicial não está em contradição com o Estado de Direito, senão que é antes condição de possibilidade para a própria realização da tarefa estatal de prestar a jurisdição, exige uma explicação introdutória. Essa explicação principia pela consideração elementar de ser a aplicação do direito um ato humano confiado pela ordem jurídica a uma determinada pessoa. Esse operador jurídico atua na sua condição existencial de ser humano no contexto social e diante do caso concreto colocado à administração da justiça.⁹ Vale dizer, a ordem jurídica confia a uma determinada “personalidade” a realização do direito no caso concreto. Assim, é certo que esse operador jurídico atuará enquanto indivíduo ao aplicar o direito

⁹ H. Rupp, embora partidário da vinculação do juiz à lei, declara na *Neue Juristische Wochenschrift* – NJW (Novo Semanário Jurídico) de 1973, p. 1774: “A lei não se limita a aceitar resignadamente os subjectivismos do juiz ou do funcionário administrativo, antes tais subjectivismos são acolhidos no pluralismo do Estado de Direito como oportunidade e esperança do indivíduo de encontrar no juiz, não apenas um computador cego ou um missionário político, mas um ser humano [...]”. (*Apud* ENGISCH, 2008, p. 273).

no caso concreto – atuará enquanto “personalidade”, ainda que tal atuação não constitua o exercício de uma liberdade irrestrita, porquanto a própria ordem jurídica estabelece balizas que circunscrevem o exercício da discricionariedade judicial. Contudo, sua atuação é o exercício de uma subjetividade.

Poder-se-ia redarguir que o princípio da legalidade afastaria qualquer espaço à discricção na qual pudesse o julgador transitar hermeneuticamente, na medida em que caber-lhe-ia apenas declarar a vontade do legislador mediante simples silogismo, dispensando-se a intromissão discricional de sua interpretação acerca da melhor solução para o caso concreto. Contudo, o princípio da legalidade, ainda que interpretado de forma estrita, não logra subtrair ao juiz o dever de procura pela justiça possível para o caso concreto. É que, mais do que no âmbito da formulação legislativa, “[...] no plano da jurisdição os homens são chamados enquanto ‘personalidades’ a modelar e aplicar o Direito” (ENGISH, 2008, p. 251).

A tentativa de subtrair a natureza discricional ao ato de aplicação do direito mediante a exigência de uma esquemática administração da ordem jurídica através do recurso ao mecanismo do silogismo jurídico tem sido recusada, por não produzir o resultado de justiça que o senso comum reclama do direito. Como é sabido, a alteração do paradigma científico costuma ser consequência do reconhecimento do resultado social insatisfatório que o modelo teórico produz na prática cotidiana (SANTOS, 1989, p. 170).¹⁰

A utilização do formal mecanismo do silogismo tende a produzir decisões inadequadas, porquanto dissociadas das especificidades do caso concreto. Quanto mais o operador jurídico se afasta das particulares circunstâncias do caso concreto, com o objetivo de preservar o *standard* de padronização genérica da regra, para melhor acoplar a lógica mecânica do silogismo, tanto mais abstrata – por que descontextualizada do caso concreto – tende a ser a solução obtida por meio dessa esquemática subsunção formal e generalizante. É fácil compreender esse fenômeno. Uma solução orientada pela aplicação de regras abstratas, que não recolhe do contexto fático os possíveis sentidos da regra que está em questão em cada caso, tende a não alcançar a justiça conformada às particulares circunstâncias do caso.

A sociedade democrática quer o direito para almejar a justiça em cada caso. Daí a ordem jurídica conferir ao magistrado a criatividade necessária para alcançar a justiça no caso concreto em face do direito existente.

¹⁰ Boaventura de Sousa Santos explica como um paradigma teórico pode sofrer alteração por força do resultado social que produz na comunidade: “A concepção pragmática da ciência e, portanto, da verdade do conhecimento científico parte da prática científica enquanto processo intersubjectivo que tem a eficácia específica de se justificar teórica e sociologicamente pelas consequências que produz na comunidade científica e na sociedade em geral. Por isso, existe uma pertença mútua estrutural entre a verdade epistemológica e a verdade sociológica da ciência e as duas não podem ser obtidas, ou sequer pensadas, em separado. Porque só são aferíveis pela sua eficácia produtiva, são indiretas e prospectivas. Só a concepção pragmática da ciência permite romper com a circularidade da teoria” (1989, p. 170).

Como diz *Karl Engisch*, os juízes atuam “[...] para procurar o que é de direito, o que é conveniente e o que é a medida justa no caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua ‘melhor ciência e consciência’, sim, mas ao mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo” (2008, p. 252).

A reivindicação da Escola do Direito Livre – a discricionariedade judicial deve ser elevada a condição de um princípio geral para a conformação do direito – é apresentada por *Karl Engisch* como postulado cuja consideração apresenta na atualidade mero interesse histórico. Contudo, o autor sublinha a conveniência de que o juiz esteja menos subordinado à lei do que às especificidades do caso concreto, deixando entrever, latente, a discricionariedade ínsita ao fenômeno da aplicação do direito nas palavras seguintes:

[...] reaviva-se a cada passo a ideia de que não se deve vincular demasiado à lei o prático que a aplica ao caso individual, de que temos que lhe dar carta branca e oportunidade para dominar de forma sensata, justa e conveniente, tanto segundo a especificidade do caso como segundo a sua convicção pessoal, a situação concreta, quer se trate de um litígio judicial, quer de um problema da administração (ENGISCH, 2007, p. 252).

Em resumo, tem-se que a discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito.

8 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL É ÍNSITA À APLICAÇÃO DO DIREITO

A discricionariedade judicial tem sido concebida como o fenômeno da integração da lei existente observado nos casos concretos (BRANDÃO, 2006, p. 85).

Para demonstrar que a ciência não pode prescindir da leitura retórica do processo de investigação científica, *Boaventura Sousa Santos* lembra que remonta a Aristóteles a tradição de conferir à retórica estatuto científico na produção do direito, tradição resgatada por *Chaim Perelman*. O cientista português cita *Perelman*: “É comum e não necessariamente lamentável que o magistrado conhecedor da lei formule o seu juízo em duas etapas: primeiramente chega à decisão inspirado pelo seu sentimento de justiça; depois junta-lhe a motivação técnica” (SANTOS, 1989, p. 120).

Os verbos julgar e decidir poderiam ser compreendidos como expressões equivalentes do fenômeno da aplicação do direito. Mas não para a arguta compreensão de *Ovídio A. Baptista da Silva*. Para ele, perceber a distinção existente entre essas duas atividades do juiz é condição de possibilidade à compreensão do tema da discricionariedade judicial. Decidir é algo diverso de julgar. Diz o autor:

A *discricionariedade* será, necessariamente, o suporte para qualquer espécie de decisão. Quem ignora isso, não comete erro jurídico: o engano

decorre de uma equivocada compreensão da psicologia humana. *Julgar* é atividade de um juiz incumbido de declarar (ato cognitivo) a vontade da lei; *decidir* (ato volitivo) é a consequência da faculdade de julgar e pressupõe o poder de 'decidir-se' entre duas ou mais alternativas possíveis, quer dizer, legítimas (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 274).

A valiosa citação de *Theodor Viehweg*, feita por *Ovídio A. Baptista da Silva*, para ilustrar como se desenvolve o complexo fenômeno da aplicação do direito, permite um passo adiante na compreensão da natureza discricionária da atuação do juiz na decisão de cada caso concreto, revelando a fragilidade científica da proposta de aplicação do direito adotada pelo sistema lógico-dedutivo do silogismo e, de outra parte, preparando o terreno teórico sobre o qual podemos nos deparar com o conceito de sentença razoável de forma produtiva.

O autor do clássico *Tópica e jurisprudência* preleciona:

[...] o que de modo simplista se chama aplicação do direito é, visto de uma maneira mais profunda, uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico. *Engisch* falou neste sentido, de um modo convincente, 'do permanente efeito recíproco' e de 'ida e volta do olhar'. *W. G. Becker* dá uma importância decisiva a este fenômeno. Partindo de uma compreensão provisória do conjunto do direito, forma-se a compreensão dos fatos, que por sua vez repercute de novo sobre a compreensão do direito... Olhando para trás, comprova-se como do sistema jurídico-lógico, isto é, de um nexo de fundamentos intacto, não resta já quase nada e o que resta não é suficiente para satisfazer, sequer de um modo aproximado, as modernas aspirações sistemático-dedutivas. Onde quer que se olhe, encontra-se a tópica, e a categoria do sistema dedutivo aparece como algo bastante inadequado, quase como um impedimento para a visão (*Apud* BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 283).

Chamado a solucionar o caso concreto sob julgamento, o magistrado inicia a progressiva descoberta do direito. Realiza uma repetida aproximação entre os fatos e as normas, recolhendo o resultado do respectivo efeito recíproco, numa espécie de conformação interativa de fatos e normas. Examina os fatos a partir das normas aplicáveis. Em movimentos circulares, volta às normas aplicáveis, já tendo lançado um primeiro olhar para os fatos. Os fatos, por sua vez, exercem influência sobre a interpretação das normas. Então, retorna das normas aos fatos e já faz um exame mais específico dos fatos, dando vida ao movimento de ida e volta do olhar de que fala *Karl Engisch*. O olhar evolui de forma circular entre fatos e normas. Volta às normas e retorna aos fatos, num cotejo progressivo que se repete até alcançar a solução que se pareça a mais adequada – é assim a sentença razoável – para aqueles fatos diante das normas incidentes.

Assim compreendido, o processo de aplicação do direito ao caso concreto pressupõe a direta interferência da subjetividade do magistrado em todos os

movimentos de aproximação entre fatos e normas, revelando a intrínseca discricionariedade do ato decisório, inclusive aquela que se faz contingência incontornável no processo de sua preparação, elaboração, evolução e conclusão. *Michele Taruffo*, não obstante sustente a necessidade de um instrumental teórico que permita sindicat a razoabilidade da sentença, reconhece que “[...] a decisão é fruto de um raciocínio complicado, irreduzível a esquemas lógicos elementares, caracterizado por numerosas passagens, em que o juiz exerce amplos poderes discricionais” (TARUFFO, 2001, p. 451).

A consistente intuição científica de *Ovídio A. Baptista da Silva* acerca de a discricionariedade do juiz se tratar de uma contingência incontornável da natureza hermenêutica da ciência jurídica ganhou novo impulso teórico na obra do jurista *Arthur Kaufmann*, filósofo do direito que vinha sendo cada vez mais pesquisado pelo jurista gaúcho e que teve influência decisiva nas suas últimas obras. Além de ratificar as noções acerca da inexorabilidade da discricionariedade judicial recolhidas da obra de *Karl Engisch*, em *Arthur Kaufmann* a consistente intuição científica de *Ovídio A. Baptista da Silva* vai se confirmar pela consideração superior de que o direito nunca foi uma ciência lógica – “o direito é originariamente analógico” (KAUFMANN, 1976, p. 38).

Daí a seguinte afirmação do jurista gaúcho, recebida com o sabor de uma novidade algo libertária para os operadores jurídicos:

[...] a analogia não deve ser utilizada apenas como um instrumento auxiliar, de que o intérprete possa lançar mão, para a eliminação das lacunas. Ao contrário, o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas ‘afins na essência’. Este é o fundamento gnoseológico que não só legitima mas determina, como um pressuposto de sua essência, a natureza hermenêutica do Direito, cuja revelação pela doutrina contemporânea conquistada, cada vez mais, os espíritos (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 285).

Ao destacar a relevância do caso concreto para a construção da solução justa, *Cândido Rangel Dinamarco* vale-se de duas expressões que sugerem a presença de discricionariedade judicial na aplicação do direito. O jurista diz que o juiz tem *liberdade para optar* entre soluções legítimas e deve fazê-lo consultando seu *sentimento de justiça*. Depois de ponderar que o “o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz”, *Cândido Rangel Dinamarco* reconhece que cabe ao juiz examinar o caso concreto e procurar a justiça do caso, utilizando sua sensibilidade, buscando a solução no sistema jurídico e nas razões que lhe dão sustentação. Nesse trabalho, o juiz “tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça” (DINAMARCO, 1987, p. 280).

A aguda formulação adotada por *Herbert Hart* se entremostra também na percepção de *Ives Gandra da Silva Martins Filho* acerca do fenômeno da discricionariedade judicial. Se para o jurista alemão a ambiguidade da linguagem da lei impõe ao juiz a opção discricional pela escolha de determinada solução para o caso concreto, para o jurista brasileiro o caráter ordinariamente genérico da lei muitas vezes não fornece ao juiz os critérios pelos quais construir a solução específica para o caso concreto, de modo que ao juiz incumbe o dever de atribuir sentido específico à norma jurídica diante do caso examinado, num esforço interpretativo capaz de superar o caráter algo abstrato das palavras em que a norma é formulada. “Portanto, sempre que a lei não define minuciosamente a atuação do juiz, dando-lhe margem de liberdade na concretização do que se encontra genericamente tratado na lei, cabendo ao juiz dar o conteúdo às palavras abstratas do preceito, estamos diante desse campo de discricionariedade em que o juiz decidirá” (MARTINS FILHO, 1991, p. 47).

Da mesma forma que *Karl Engisch* postula que reconheçamos com naturalidade que a discricionariedade judicial constitui um componente próprio ao Estado de Direito e compatível com o princípio da legalidade, ao lado do poder discricional que o direito administrativo atribui ao administrador público em determinadas situações,¹¹ *Ives Gandra da Silva Martins Filho* afirma que a discricionariedade é uma característica própria dos poderes estatais, que se comunica ao Poder Judiciário: “Assim, seja por previsão de faculdade, seja por impossibilidade de previsão minuciosa dos elementos em que o juiz deverá se basear para decidir, conclui-se pela existência de um poder discricional do juiz, semelhante ao do administrador, como característica comum de qualquer dos Poderes do Estado” (MARTINS FILHO, 1991, p. 47).

A discricionariedade judicial na aplicação do direito apresenta-se como uma natural consequência da complexa avaliação das circunstâncias de cada caso concreto, porquanto é sobre o terreno da singularidade de cada situação fática examinada que o juiz irá edificar – após ter por ela optado – uma solução ajustada diante do direito aplicável àquela particular situação. A lição do professor italiano *Alessandro Raselli* não é recente: “Per la complessa valutazione delle circostanze del caso singolo, il giudice dovrà tener presenti volta per volta lo scopo particolare per il quale la sanzione è comminata e quindi deciderà secondo un apprezzamento discrezionale.” (1935, p. 23).

9 A SENTENÇA RAZOÁVEL – CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES

A sentença razoável é aquela cuja fundamentação revela tratar-se de solução adequada em face do ordenamento jurídico e diante das circunstâncias

¹¹ Embora destaque que a discricionariedade judicial não pode degenerar em abuso de poder por parte do magistrado, *Karl Engisch* sustenta que tal característica do fenômeno jurídico é plenamente compatível com o regime do Estado de Direito: “O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir – na minha opinião é mesmo de admitir – a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito” (2008, p. 228-29).

do caso concreto, nada obstante outras decisões sejam aceitáveis para o caso. Isso porque, não se podendo cogitar de uma decisão ontologicamente ideal, “a incerteza que em todo o caso frequentemente subsiste quanto à decisão ‘justa’ seria então um ‘mal’ que se tem de aceitar” (ENGISCH, 2008, p. 220).

Karl Engisch explicita o pensamento que o conduz à afirmação anterior, assinalando que o próprio julgador, muitas vezes, permanece em dúvida a respeito do acerto da decisão que adotou, dilema do qual, entretanto, muitas vezes não pode se desvencilhar na medida em que lhe incumbe, na aplicação do direito ao caso concreto, debruçar-se sobre as opções de soluções legítimas para a particular situação em julgamento e optar por uma delas no exercício dessa liberdade que se convencionou denominar de discricionariedade judicial, com o objetivo de alcançar a solução mais adequada – aquela que lhe pareça a mais adequada para a situação. *Karl Engisch* observa a respeito que “frequentemente o próprio autor da decisão não pode libertar-se das suas dúvidas, perguntando-se se ‘efectivamente’ toma a decisão acertada; mas dirá de si para si que pelo menos considera correcta a decisão defensável” (2008, p. 250).

Ainda que *Dworkin* esteja a circunscrever a discricionariedade judicial aos casos difíceis em artigo escrito em 2003, a seguinte passagem do ensaio de *Cristina Brandão* sobre o referido artigo auxilia na compreensão do conceito de sentença razoável. Diz a autora:

Como o próprio *Dworkin* confessa em seu artigo de 2003, os juízes têm lançado mão de princípios os mais diversos quando necessitam decidir uma causa que não encontra paradigma legal, pelo menos não à primeira vista, à primeira análise. E suas decisões, fundamentadas que são em princípios, têm a pretensão de ser a mais correta, a decisão ‘razoável’ por excelência, quando outras decisões racionais sempre são possíveis em casos difíceis (BRANDÃO, 2006, p. 85).

Sentença razoável e fundamentação suficiente são os dois pilares sobre os quais repousa a legitimidade da discricionariedade judicial. *Chaim Perelman* percebeu essa relação complementar ao assimilar a decisão aceitável à decisão justa. A solução justa não o é simplesmente, como pretenderia o positivismo jurídico, pelo fato de ser conforme a lei; “será antes a ideia prévia daquilo que constituirá uma solução justa, sensata, aceitável que guiará o juiz em sua busca de uma motivação juridicamente satisfatória” (2000, p. 114).

Perelman não pretende uma solução ideal, fala de solução sensata. Tampouco pretende uma motivação juridicamente perfeita, fala de motivação juridicamente satisfatória. A sentença aceitável é aquela suscetível de alcançar determinado consenso. Não se exige consenso absoluto; basta um consenso satisfatório, construído no âmbito do senso comum teórico do campo jurídico por meio de uma ideia prévia daquilo que seja uma solução justa para o caso.

A relevância das singularidades do caso concreto radica em que a justiça consiste em conceber uma solução jurídica adequada para uma determinada

situação em concreto. A situação em concreto é que vai conformar o contexto em que o juiz vai poder compreender, dentre os sentidos recolhidos na ambiguidade da linguagem da norma, o sentido a ser atribuído à norma aplicável para a apropriada solução do caso concreto. A compreensão do fenômeno da aplicação do direito implica a percepção de que: a) se trata de *compreender* uma situação *individual* (o caso concreto); b) que essa *compreensão* é realizada por uma *individualidade* (o juiz); c) e que essa *individualidade* não compreende senão de uma maneira própria, de uma maneira individual.

Essa relevante questão mereceu esta impressionante ilustração de *Karl Engisch*:

Aquilo que há de individual no caso concreto torna-se então relevante, não sob o aspecto objectivo (do lado das circunstâncias particulares) apenas, mas também sob o aspecto subjectivo (do lado da instância que julga e aprecia). O que há de individual no objecto (no caso concreto) e a individualidade do sujeito (aquele que aprecia o caso) convergem num certo ponto. Aquilo que o filósofo *Theodor Litt* disse outrora, a saber: 'A forma individual não pode ser vivenciada senão por um modo individual', 'o que é compreendido é o individual, mas, mais ainda, ele é sempre e necessariamente compreendido de uma maneira individual' (ENGISCH, 2008, p. 222-23).

O juiz enquanto individualidade examina uma situação individual, de modo que "a subsunção das situações concretas a um conceito assim preenchido quanto ao seu conteúdo vai de mão dada com valorações que são pessoais e 'intransmissíveis', que pelo menos não podem ser verificadas como sendo 'as únicas correctas' " (ENGISCH, 2008, p. 266).

A sentença razoável é o resultado desse criterioso olhar pessoal com o qual o juiz se aproxima desde o fato até a norma e retorna desde a norma até o fato, em sucessivas conexões relacionais, para encurtar a distância que separa a generalidade da norma da singularidade do caso concreto.

Nesse contexto, a pretensão de exigir a denominada sentença ideal não deve se converter numa quimera para o relator, quando no exercício da função revisora em recursos de natureza ordinária, mas é o caminho mais curto – e muitas vezes inconsciente – para a reforma da sentença razoável.

10 FUNDAMENTAÇÃO “COMPLETA” X FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE

O exame do tema da sentença razoável não poderia relegar ao esquecimento um dos mais importantes aspectos em que se desdobra o contraste que no presente estudo se estabelece – a finalidade didática justifica essa dicotomia – entre sentença ideal e sentença razoável. Esse aspecto diz respeito à fundamentação da sentença.

É sabido que a fundamentação das decisões objetiva assegurar ao jurisdicionado e à sociedade a aferição da efetiva realização da garantia fundamental a uma prestação jurisdicional justa. Com efeito, a fundamentação

das decisões é um dever constitucional do juiz e sobre o seu cumprimento repousa a possibilidade de aferição da adequação da decisão judicial no caso concreto. É na fundamentação que a sentença demonstrar-se-á razoável.

A importância da questão radica no fato de que a ilusória pretensão da sentença ideal do relator muitas vezes apresenta-se encoberta sob a inexequível exigência de uma fundamentação “completa” da sentença. Assim como não lhe basta a sentença razoável, não lhe basta a fundamentação suficiente. O resultado prático tende a ser a reforma da sentença. A exigência de uma fundamentação completa encobre muitas vezes uma prévia deliberação pela reforma da sentença razoável e pela sua substituição pela sentença ideal do relator. Sentença ideal do relator e exigência de fundamentação completa parecem faces da mesma quimera.

Mas é possível exigir uma fundamentação “completa” da sentença?

A questão é complexa. Mas a resposta parece ser negativa.

Mesmo que se pudesse afastar a relevante contingência objetiva da insuficiente estrutura judiciária frente ao volume crescente de demanda em massa por jurisdição no exame dessa questão, ainda assim a resposta parece ser negativa em face da impossibilidade de recuperarem-se todos os pressupostos hermenêuticos de qualquer decisão. Muitos elementos do itinerário hermenêutico de construção da sentença ficam pelo caminho; não foram abandonados; foram empregados nesse itinerário, mas já não aparecem na linguagem a que se reduz o resultado (a sentença). A linguagem reduz o que foi percebido. Daí a observação de *Hegel*: “o Isto dos sentidos ... não pode ser alcançado pela linguagem” (*Apud* ARENDT, 2002, p. 9). Ainda que quisesse, o juiz não poderia reproduzir as relações fáticas recolhidas por sua percepção sensorial, pois “nada do que vemos, ouvimos ou tocamos pode ser expresso em palavras que se equiparem ao que é dado aos sentidos” (ARENDT, 2002, p. 9).

Uma das feridas do narcisismo humano radica na constatação de que nossa racionalidade não é tão dominante quanto se imaginava até *Freud* vir desfazer essa ilusão iluminista. Nossa capacidade de explicar as coisas é menor do que se imaginava. E, de outro lado, descobrimos com a filosofia que nosso acesso à verdade é limitado e contingente. Temos que nos contentar com a verossimilhança e renunciar à quimera do acesso à coisa em si: “Fenomenologicamente falando, a ‘coisa em si’ não consiste mais que a continuidade com que as matizações perspectivistas da percepção das coisas se vão induzindo umas as outras” (STRECK, 2000, p. 185).

Hannah Arendt formulou uma bela imagem acerca do limite de nosso acesso à verdade. Talvez possa servir à valorização da percepção transmitida pelo juiz à sentença quanto aos fatos da causa: “O mundo cotidiano do senso comum, do qual não se podem furtar nem o filósofo nem o cientista, conhece tanto o erro quanto a ilusão. E, no entanto, nem a eliminação de erros, nem a dissipação de ilusões pode levar a uma região que esteja além da aparência.”

Se o juiz que colhe pessoalmente a prova está sujeito ao erro e à ilusão, a possibilidade de engano do relator do recurso é tendencialmente maior no que respeita à prospecção da verdade dos fatos – *rectius*, da verossimilhança dos fatos alegados. Os limites de nosso acesso à verdade no processo judicial foi identificado por *Ovídio A. Baptista da Silva* pela assertiva de que “o processo oferece versões, não verdades” (2004, p. 212).

Hoje já se compreende que não se pode, em qualquer ciência, ter acesso direto ao objeto em estudo. À lei e aos demais objetos da ciência tem-se apenas acesso indireto. Este acesso é realizado pela via do significado, através da linguagem. Não se chega ao objeto puro, chega-se ao seu significado. A lição de *Ernilo Stein* traz luz à questão, quando o professor gaúcho aborda a relação sujeito-objeto na construção do conhecimento: “[...] quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, *mas enquanto algo*” (STEIN, 1996, p. 19). A impossibilidade de acesso direto ao objeto em estudo decorre do fato de que o homem não tem outro caminho para aproximar-se do objeto senão aquele fornecido pela linguagem – e seus limites. E trata-se de um problema central para a própria filosofia, “porque já sempre se interpôs entre a linguagem com que nos encaminhamos para os objetos e os objetos, todo o mundo da cultura, todo o mundo da história” (STEIN, 1996, p. 18).

Na esteira das considerações filosóficas de *Ernilo Stein*, são eloquentes as observações de *Lenio Luiz Streck* acerca dessa questão: “Somos incapazes de expor todos os pressupostos que estão no universo hermenêutico”; “algo sempre escapa” (STRECK, 2000, p. 182).

Do relator do recurso e da turma recursal é razoável alimentar a expectativa de que estão empenhados à positiva compreensão da sentença e até de seus pressupostos hermenêuticos implícitos: “Aquele que pretende compreender um texto tem que estar a princípio disposto a que o texto lhe diga algo” (STRECK, 2000, p. 190). Isso é verdadeiro também no que respeita à sentença, pois, como revela *Rui Portanova*, “é verdadeiramente impossível ao juiz ‘indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131 do CPC). São tantas as influências que inspiram o juiz que dificilmente ‘a explicação de como se convenceu’ (BARBI, 1975, p. 535) será plenamente satisfatória.” E justifica: “No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis” (PORTANOVA, 1992, p. 15).

Ao invés de postular a quimera da fundamentação completa, trata-se mais propriamente de estabelecer uma comunhão de sentido acerca da sentença, o que requer do tribunal uma atitude de positiva compreensão do julgado de primeiro grau,¹² de modo a resgatar o postulado de que “a compreensão só se instala no instante em que começa brilhar em nós o

¹² O fenômeno do crescimento da jurisdição de massa tem acarretado algumas consequências negativas. Entre elas, está a fundamentação cada vez mais sintética das sentenças.

que o texto não diz, mas quer dizer em tudo que nos diz” (LEÃO, 2001, p. 18). Para compreender o sentido de uma produtiva política judiciária acerca da recorribilidade é necessário que os tribunais exercitem a compreensão da sentença pelos seus próprios motivos, no pressuposto filosófico da moderna compreensão, é dizer, no pressuposto “do compreender pelos motivos, enquanto apreensão dos motivos daquele que se exprime”, de modo que pese o escopo da compreensão, enquanto “um encontro espiritual com a individualidade que se exprime.” Como na poesia, trata-se de “compreender melhor o autor do que ele se compreendeu a si próprio” (ENGISCH, 2008, p. 165-66).

Se a fundamentação completa revela-se uma quimera, é na fundamentação suficiente, entretanto, que se vai poder aferir a razoabilidade da solução adotada e também o respeito às balizas que delimitam o exercício legítimo da discricionariedade judicial.

11 BALIZAS À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Se a discricionariedade judicial revela-se como elemento constitutivo do ato de aplicação do direito, isso não significa, contudo, que o juiz esteja livre para deliberar apenas de acordo com sua exclusiva vontade, senão que deve exercer seu poder discricionário de acordo com os critérios de racionalidade jurídica que informam o ordenamento normativo, cujo controle realiza-se por meio da motivação da decisão adotada; garantia fundamental do cidadão (CF, art. 5º, LV e art. 93, IX). O livre convencimento é depositário da razoabilidade, não sobrevive ao aleatório e ao idiossincrático.

Pondera Michele Taruffo:

[...] no momento em que se reconhece a natureza criativa do raciocínio decisório, emerge, com particular evidência, a necessidade – típica do Estado de direito, fundamentado sobre o princípio da legalidade – que esse ato criativo se verifique conforme critérios de racionalidade, e seja reconduzível dentro do contexto – dinâmico tanto quanto se deseje – mas não isento de ordem – do ordenamento (TARUFFO, 2001, p. 456).

Para *Ovídio A. Baptista da Silva*, a discricionariedade judicial é pressuposto inerente à natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito. Por conseguinte, não pode ser eliminada, como sonham os positivismos ao interditar aos juízes a criativa atividade da interpretação. Entretanto, a discricionariedade judicial está sujeita a limites. Tais limites são estabelecidos pela própria ordem jurídica e modulados pelos princípios da razoabilidade: “O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não, – uma margem de discrição dentro de cujo limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado” (2004, p. 271).

É chegada a hora de indicar algumas conclusões.

CONCLUSÃO

Uma sentença razoável é uma sentença defensável para o caso concreto diante do direito aplicável, a qual deve se revelar legítima pela própria fundamentação, de modo que se possa estabelecer um certo consenso acerca de sua razoabilidade como solução no caso concreto, conquanto outras soluções fossem aceitáveis.

A reforma da sentença de primeiro grau justifica-se quando a sentença não é razoável, vale dizer, quando a causa não teve uma *solução legítima* em face do direito, tendo-se presente, aqui, como razoável, a possibilidade de mais de uma solução legítima para a mesma causa em face do direito aplicável, superando-se a ideia iluminista de que a sentença ou é certa, ou será errada. A reforma da sentença também pode justificar-se quando proferida em contrariedade à lei ou em desconformidade com a jurisprudência uniforme.

Em se tratando de *sentença razoável*, a mera circunstância de não ser ela a *sentença ideal* que o relator proferiria se fosse o julgador originário, não justifica a reforma, sobretudo quando o recurso ordinário implicar exame de matéria de fato.

Não se trata de questionar, aqui, a legitimidade da função revisora dos tribunais. Trata-se de interrogar sobre o método com o qual devemos nos dirigir para realizar o exame dos recursos de natureza ordinária, tendo os olhos postos no compromisso maior com a efetividade da jurisdição, numa sociedade marcada pela desigualdade social e pela demanda massiva de jurisdição trabalhista.

A manutenção da sentença razoável é recomendável, não só por privilegiar o valor maior da efetividade da jurisdição, mas também pelo fato decisivo de que ao juiz de primeiro grau foi dado manter o irredutível contato pessoal com as partes e com a prova proporcionado pela imediação da audiência,¹³

¹³ A Lei n. 9.957/00 introduziu o procedimento sumaríssimo trabalhista para as causas com valor de até 40 salários mínimos. Comentando o veto presidencial ao inciso I do § 1º do art. 895 da CLT, *Estêvão Mallet* desenvolve crítica consistente à ampla admissibilidade de recursos de natureza ordinária no caso de procedimento caracterizado pela oralidade, imediatidade e concentração. Diz o autor: "O texto do projeto de que se originou a Lei nº 9.957 limitava, de modo sensível, o efeito devolutivo do recurso ordinário, restringindo-o apenas aos casos de 'violação literal à lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou violação direta da Constituição da República.' Aprovado no Congresso, o dispositivo proposto foi considerado excessivo, comprometendo o acesso das partes ao duplo grau de jurisdição, o que serviu de pretexto para o seu veto. Com isso tirou-se da Lei 9.957 o que talvez nela houvesse de melhor. A larga permissão de recursos de natureza ordinária não se justifica em procedimento que procura privilegiar a oralidade, a imediatidade e a concentração dos atos processuais. Aliás, nada mais contrário à imediatidade e à oralidade do que o duplo grau de jurisdição. O reexame amplo da causa pelo juízo do recurso, que não participou da colheita da prova, quebra inevitavelmente a imediatidade, enfraquecendo e desvalorizando a atividade cognitiva desenvolvida pelo juízo de primeiro grau e, mais ainda, a própria tarefa de apreciação direta da prova" (MALLETT, 2002, p. 98).

além de conhecer a realidade sócioeconômica da comunidade em que a decisão será executada, o que autoriza a presunção de que o juízo de primeiro grau de jurisdição reúne as melhores condições para compreender as diversas dimensões do conflito e, portanto, para fazer justiça no caso concreto.

Portanto, a confirmação da sentença razoável deve ser a diretriz geral da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária, sobretudo quando se estiver diante de matéria de fato. Trata-se de ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade, comprometida com efetividade da jurisdição e com a realização dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*. 5. ed., Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BRANDÃO, Cristina. Algumas Considerações sobre a Discricionariedade Judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, nº 56, jul./set. 2006, p. 86.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira et al. *A Função Revisora dos Tribunais: a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária* – FEMARGS. Porto Alegre: HS Editora, 2009.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação: Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LEÃO, Emmanuel Carneiro. Prefácio da obra de Martin Heidegger, *Ser e Tempo*. vol. 1, 10. ed., Petrópolis: Vozes, 2001.
- MALLET, Estevão. *Procedimento Sumaríssimo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Poder Discricionário do Juiz. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, nº 2, p. 32-48, set. 1991.
- PAES, Arnaldo Boson. Criação Judicial do Direito: limites, solução justa e legitimidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (Piauí)*, Teresina, v. 4, nº 1, p. 35-62, jan./dez. 2007.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- RASSELLI, Alessandro. *Il Potere Discrezionale del Giudice Civile*. v. 2. Padova: CEDAM, 1935.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-moderna*. 2. ed., Lisboa: Afrontamento. 1989.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TARUFFO, Michele. Legalidade e Justificativa da Criação Judiciária do Direito. *Revista da Esmape – Escola da Magistratura de Pernambuco*, Recife, v. 6, nº 14, jul./dez. 2001.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.