

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ADRIANE DA SILVA GARCEL

A MOTIVAÇÃO COMO CONTROLE DA RAZÃO DO JUIZ

**CURITIBA
2014**

ADRIANE DA SILVA GARCEL

A MOTIVAÇÃO COMO CONTROLE DA RAZÃO DO JUIZ

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

**CURITIBA
2014
TERMO DE APROVAÇÃO**

ADRIANE DA SILVA GARCEL

A MOTIVAÇÃO COMO CONTROLE DA RAZÃO DO JUIZ

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 30 de Outubro de 2014.

"Ao aplicador do direito não é dado desconhecer que por trás da letra
Fria da lei há sempre uma vida humana a ser considerada."

Romeu Felipe Bacellar Filho.

AGRADECIMENTOS

*A Deus, por ter colocado em meu caminho verdadeiros mestres do direito,
a eles, toda minha admiração e eterna gratidão:*

ao Meu Orientador: José Laurindo de Souza Netto,

aos Meus Professores da Escola da Magistratura do Paraná:

Leonardo Cesar de Agostini, Murilo Gasparin Moreno,

*Silvio A. Brambila Rodrigues, Erick Gomes, Sylvio Lourenço, Guilherme Freire
de B. Teixeira, Jorge de Oliveira Vargas, Clayton Reis, Eduardo Novacki, André Peixoto*

de Souza, Joeci Camargo, Carlos Alberto Hauer de Oliveira, Luiz Osório Moraes Panza,

Sandro Gilbert Martins, Rodrigo Otávio R. G. do Amaral, Osvaldo Canela Junior,

Marcelo Lebre, Maurício Pereira Doutor, Fernando Gustavo Knoerr,

Fernando Antonio Prazeres, Fábio Brandão, Alessandra Galli, Antonio Carlos

Efing, Cristine Lopes, Daniel Tempiski, Marcos Vinícius Christo, Renata Estorilho

*Baganha, Ricarco Henrique Ferreira Jentzch, João Henrique Coelho Ortolano, Ângela
Maria Machado Costa, Paulo César Carrasco Reyes, Rui Alvez Henriques Filho, Rafael*

Vieira de Vasconcelos Pedroso, Smith Roberto Barreni,

Tiago Gagliano Pinto Alberto, Cibele Fernandes Dias, Jacson Zilio,

Francisco Cardozo de Oliveria, Luiz Eduardo Canto de Azevedo Bueno, Marcelo Gobbo

Dalla Déa, Roberto Portugal Bacellar, Siderlei Ostrufka Cordeiro,

André Tesser, Daniel Ribeiro Surdi Avelar,

Da graduação, Luis Eduardo Munoz Soto, Diogo Nascimento Busse,

Jefferson Grey Santana, Felipe Augusto da Silva Alcure e Fernando Borges Mânica,

Rosangela Luft, Eduardo Leite, Wagner D'Angelis, Felipe Gil França, Claudio Henrique

de Castro, Francisco Rabelo, Freidman Wendpap e Álvaro Augusto Cassetari.

Da profissão, Roberto André Oresten!

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A MOTIVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA.....	10
2.1 A SENTENÇA – SABER X PODER – IMUNIZAÇÃO.....	16
3 HERMENÊUTICA E O RACIONALISMO.....	23
3.1 A IMPORTÂNCIA DO SENSO COMUM NO RACIOCÍNIO JUDICIAL.....	30
4 CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	40

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como intenção a reafirmação da motivação como instrumento de imunização retórico das decisões judiciais. Este estudo pretende ainda, discorrer acerca da relevância do conceito do senso comum, abordando os dois aspectos, o positivo e o negativo, na racionalização judicial. O estudo aborda aspectos da evolução da hermenêutica judicial e a constitucionalização da motivação nas decisões judiciais. Para tanto, foi analisada as obras de autores como Michele Taruffo e Lenio Streck, entre outros, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: motivação; fundamentação, senso comum, racionalização;

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente estudo analisar como o princípio da motivação pode servir como controle da razão do juiz nas decisões judiciais.

É senso comum acreditar que o raciocínio do juiz na fundamentação de sua sentença está atrelado ao direito, sendo essencialmente jurídico.

Porém, a racionalização que o juiz faz não esta atrelada apenas e tão somente ao direito, não se exaurindo a sentença no ordenamento.

A atuação do juiz, enquanto representante do Estado, trata-se de uma atividade complexa cujo resultado deriva de um trabalho racional que pode também conter elementos da vontade do sujeito para atingir o objetivo de se alcançar a justiça.

Com base no Direito Processual Brasileiro, os efeitos esperados da sentença só são vislumbrados quando o juiz, ao proferi-la submete-se ao ordenamento jurídico vigente e fundamenta sua decisão.

Não há que se discutir a importância do conhecimento da sociedade acerca da motivação e seus elementos da sentença proferida pelo juiz, representando o Estado na prática de sua função mantenedora de paz e ordem, relevando assim as especificidades relacionadas à motivação das sentenças.

O presente estudo abordará pontos de vistas de alguns autores quanto à conceituação, aspectos constitucionais e processuais da sentença e ater-se-á a um dos elementos de essencial importância da sentença, sua motivação, sendo que a ausência dela ou, ainda, sua má elaboração pode resultar em sua nulidade

Ao sentenciar, o magistrado formula seu raciocínio utilizando-se de conhecimentos de variada natureza, como instrumentos retóricos de fundamentação.

Logo, compreender quais bases e critérios estão sendo utilizados na racionalização de uma decisão são questões emergentes e necessárias, para se assegurar um real Estado democrático de direito.

Faz-se necessário lembrar que a decisão do juiz precisa ser reconhecida pelo seio social e legitimada no texto constitucional, para ser plenamente válida.

Ao ventilar tais considerações, há a necessidade de abordar questões que norteiam essa natureza variada de possibilidades que estão à mercê da discricionariedade do juiz.

Controlar as decisões judiciais tem relação com as premissas de um Estado social de Direito, e em nada implica em proibição de interpretar.

Partido do pressuposto que interpretar é dar sentido não é difícil de imaginar que é quase que um senso comum entre os magistrados que o conhecimento está fundado em estados de experiências interiores e pessoais.

O que em um Estado democrático de direito e em pleno domínio da linguagem seria acreditar que o direito é aquilo que o intérprete quer que ele seja.

Há quem ouse dizer que, a fundamentação é apenas uma roupagem para justificar o posicionamento adotado por determinado magistrado. Ou seja, quando um juiz condena ou absolve, ele já o fez antes mesmo de sua fundamentação.

Questões como estas se tornam relevantes, na medida em que sob o manto da discricionariedade e do livre convencimento, vem criando-se decisionismos que em nada refletem os valores estabelecidos na democracia.

Para tanto, utilizaremos algumas decisões judiciais para demonstrar a pontualidade deste estudo.

Abordaremos alguns aspectos da racionalidade jurídica, observando os recursos utilizados para fundamentar as sentenças judiciais, partindo do senso comum e a utilização dos topois bem como sua aplicação na discricionariedade do juiz.

Traremos alguns aspectos da hermenêutica filosófica de Gadamer, bem como da hermenêutica clássica, contrastando-as.

Por fim, teremos o Princípio da motivação como um agente imunizador do controle da razão do juiz, partindo do pressuposto que não se motiva uma sentença apenas para as partes e sim para toda uma sociedade em geral.

Ficará demonstrado, com os argumentos levantados neste estudo que a sentença motivada lança o saber a um grau maior que o poder no exercício decisional.

O presente trabalho pretende demonstrar como a motivação pode controlar a razão do juiz, norteando e delimitando assim a discricionariedade que lhe é inerente.

2 A MOTIVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

Motivar é o mesmo que fundamentar e esta fundamentação, obrigatória na sentença, significa nas palavras de Julio Ricardo Amaral, “explicar as razões de fato e de direito que implicam no convencimento do juiz, devendo esta fundamentação ser substancial e não meramente formal”.

Esse é o mesmo entendimento de Uadi Lammêgo Bulos que define o fundamento como: o sentido de dar as razões, de fato e de direito, pelas quais se justifica a procedência ou improcedência do pedido. O juiz tem a obrigatoriedade de explicar o porquê do seu posicionamento.

A fundamentação da Sentença é uma garantia de justiça, porque indicam quais razões o juiz utilizou para proferir uma decisão, neste sentido:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou (CALAMANDREI, 1971, p. 143)

É preciso se ter em mente que, a motivação das sentenças judiciais repercute o pensamento que o juiz se utilizou para chegar a determinada conclusão, logo será por meio dela que se verificará a razão empregada para se chegar à solução.

Tal é a importância deste instituto que a professora Tereza Arruda Alvim Wambier, leciona que são três as espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que acarretam nulidade, quais sejam a “ausência de fundamentação; deficiência de fundamentação e ausência de correlação entre fundamentação e decisório” há de se notar que todos se subsumem na ausência de fundamentação, perceba:

Todos são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença. Isto porque `fundamentação` deficiente, em rigor, não é `fundamentação`, e por outro lado, fundamentação que não tem relação com o decisório também não é fundamentação: pelo que não o é daquele decisório (WAMBIER, 2004, p. 335)

A falta da fundamentação das sentenças judiciais, trata-se de não cumprimento de exigência Constitucional e é questão de nulidade.

É sabido que os elementos de convicção do juiz são representados na motivação, por isso deve explicar as razões de sua decisão na fundamentação.

Nas palavras de professor José Laurindo de Souza Netto, *“A motivação não é uma espécie de prestação de contas do procedimento mental que conduz a formular a decisão, mais sim a exteriorização dos argumentos que elabora para demonstrar que ela é dotada de boa razão”*.

O autor leciona que,

“Impõe-se ao juiz a “obrigatoriedade em fornecer uma justificação racional da sua decisão, tendo por base critérios intersubjetivos do raciocínio. “O juiz então exterioriza o raciocínio decisório por meio do qual ocorreu a descoberta da decisão, justificando-o por meio da argumentação racional” (www.egov.ufsc.br/...).

Para as ciências humanas a motivação é a condição do organismo que influencia a direção, orientação para um objetivo, do comportamento. Em outras palavras é o impulso interno que leva à ação.

Assim a principal questão da psicologia da motivação é “por que o indivíduo se comporta da maneira como ele o faz?” O estudo da motivação comporta a busca de princípios gerais que nos auxiliem a compreender, por que seres humanos e animais em determinadas situações específicas escolhem, iniciam e mantêm determinadas ações.

Como conceito básico, temos que a motivação é um construto e se refere ao direcionamento momentâneo do pensamento, da atenção, da ação a um objetivo visto pelo indivíduo como positivo. Esse direcionamento ativa o comportamento e englobam conceitos tão diversos como anseio, desejo, vontade, esforço, sonho esperança entre outros.

A Compreensão da motivação não pode deixar de levar em conta as preferências individuais, uma vez que diferentes pessoas veem diferentes objetivos como mais ou menos desejáveis. Um mesmo objetivo pode ser buscado por diferentes pessoas por diferentes razões. E assim se dá a no processo decisional quando o juiz decide.

Faz-se necessário entender que há a motivação intrínseca e extrínseca. A motivação intrínseca é gerada por necessidade e motivos da pessoa, a motivação extrínseca diz respeito à motivação gerada por processos de reforço e punição. Porém é incorreto afirmar que a motivação extrínseca é fruto da ação do ambiente e a intrínseca da pessoal, porque, a motivação é sempre fruto de uma interação entre a pessoa e o ambiente.

O nosso código de Processo Penal Brasileiro nos sugere um modelo formalista de motivação da sentença, o que consiste em uma inspiração kelseniana no qual se separa o texto de lei, o dever ser do mundo dos fatos, o ser, cabendo então ao juiz elaborar o silogismo lógico dedutivo, ou seja, aplicar a lei ao fato concreto, nesse sentido, “Dito de outro modo, a separação (total) destes dois planos (ser e dever ser) sugere a construção de conceitos universais, neutros, objetivos, limpos de toda contaminação valorativa (WARRAT, 1976 p. 2/21)”.

O autor Antonio Magalhães Gomes Filho, nos chama a atenção para a motivação das decisões penais, onde o juiz precisa ter um cuidado com a motivação em relação ao convencimento do juiz acerca dos fatos, aduzindo o seguinte:

(...) na aplicação do direito existe sempre uma relação dialética entre a quaestio facti e a quaestio iuris, de tal modo que é praticamente impossível entender a operação de qualificação jurídica dos fatos como momento autônomo ou posterior aos procedimentos de identificação da norma e de acerto dos fatos, já analisados” (GOMES FILHO, 2001, p.170)

Para Nilo de Barros Brum, esta é uma posição do direito que almeja a obtenção do valor segurança, o que consiste em um dogma entre outros já criados pela visão formalista do direito, que não tem amarras com a realidade, ou seja o ordenamento sendo legal é racional, coeso, completo onde o proibido e o permitido podem ser deduzidos de maneira lógica.

O juiz ao decidir acerca de determinado caso concreto, não poderá fazê-lo alegando ter convicção acerca do assunto, ou ainda a partir de sua subjetividade, ou seja, decidir embasando-se em seus traumas pessoais.

Por essa razão que a interpretação se faz a partir de princípios constitucionais e não por convicções subjetivas do indivíduo intérprete.

E é nesse momento que os princípios, agirão com uma blindagem contra decisões arbitrárias, e com eles esta o princípio da motivação nas decisões judiciais.

Como muito bem pontua o Professor Jose Laurindo em suas aulas, na esfera constitucional a motivação das decisões atinge um aspecto extraprocessual, onde o bem maior considerado é a garantia de que os cidadãos possam tutelar o Estado, numa forma de controle popular sobre o exercício do poder.

Para CANOTILHO, a fundamentação das sentenças constitui-se em princípio jurídico organizatório e funcional da teoria do Constitucionalismo, estando assim a motivação judicial alicerçada na racionalidade, vejamos:

A exigência de fundamentação das decisões judiciais ou da “motivação de sentenças” radica em três razões fundamentais: (1) controle da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas (CANOTILHO,1997.p.816)

Logo, temos que a motivação das sentenças judiciais é hoje um dever, principalmente porque esta prevista na Constituição Federal da República e é tido como garantia fundamental, o que impede que as decisões judiciais sejam arbitrárias e estejam carregadas de interferências ideológicas de carácter subjetivo.

A garantia da motivação das sentenças judiciais pode ser verificada nas Constituição Italiana, em seu art. 111, que proclama: “todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados (tutti provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati).

Em nossa Carta Magna, o princípio da motivação está estabelecido no art. 93, inc. IX, trata-se de uma garantia constitucional, cujo não cumprimento ofende ao Estado de Direito.

Nesse sentido temos os ensinamentos do professor Sergio Nojiri, em sua obra “O dever de fundamentar as decisões judiciais”:

A exata compreensão do conceito de Estado Democrático de Direito e de seus componentes fundamentais (supremacia da Constituição, separação de poderes, princípio da legalidade e direitos dos homem) ajuda-nos a entender, de forma mais clara, a relevância do dever de fundamentar as decisões judiciais à luz dos princípios estruturantes da Lei Maior. (NOJIRI, 2000, pag.64/65).

No âmbito constitucional, a motivação das decisões sem sobra de dúvidas é uma forma de controle popular sobre o exercício do poder, o que atende a garantia da segurança jurídica.

Como muito bem cita o professor José Laurindo de Souza Netto, em seu artigo sobre as provas ilícitas e sua derivação diante do princípio do livre convencimento motivado para a Revista Científica Jurídica da Sociedade UNIPAR:

O conceito da fundamentação foi construído há muito pela doutrina, que identificou como motivar, num patamar infraconstitucional, o dever de, partindo de uma análise de todas as questões processuais alegadas pelas partes, convencê-las a respeito da justiça da decisão, determinando seu alcance. Além disso, o ato de fundamentar a decisão passa a definir o alcance dos recursos a que esta está sujeita. (NETTO.J.L.S, 2009, p. 165)

A Constituição Federal da República de 1988, trás em seu artigo 93, a seguinte redação:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciários serão públicos, e **fundamentados todas a decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, “X – as decisões administrativas dos tribunais **serão motivadas** e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

O convencimento do juiz é livre, mas não arbitrário, posto que deverá ser fundamentado e apenas poderá assentar-se sobre os fatos e circunstâncias do processo (Humberto Theodoro, 2009).

Corroborando a carta magna o Código de Processo Civil preleciona:

“Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

O professor José Laurindo de Souza Neto nos remete ao artigo 131 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, neste sentido,

A imediatidade, oralidade, concentração e continuidade, identidade física do juiz, a publicidade do debate e o sistema de livre convicção auxiliam na descoberta e na apreciação da verdade. O marco de transição do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento motivado foi a Revolução Francesa de modo que as mudanças legislativas pós-revolução reconheceram a importância do juiz para apreciar a prova, em consonância com cada caso concreto (NETTO, J.L.S, 2009 p. 166)

Somando a nossa Constituição e ao Código de Processo Civil, o Código Iberoamericano de Ética Judicial nós apresenta o seguinte texto:

Art. 18. A obrigação de motivar as decisões tem por objetivo assegurar a legitimidade do juiz, o bom funcionamento de um sistema de impugnações recursais, o adequado controle do poder do qual os juízes são titulares e, finalmente, a justiça de suas decisões.

Motivar uma decisão é demonstrar a contento que sua convicção é razoável, com motivos aceitos pelo ordenamento, implica em exprimir ordenadamente e com clareza as razões jurídicas válidas prontas para justificar a decisão.

Precisamos entender que o direito não é concebido como pronto e acabado, nas palavras de Michele Taruffo, algo autônomo e destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua, neste sentido:

O problema consiste em compreender o quê acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por direito e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade dos números aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo direito (TARUFFO, 2001, p. 9)

Para Jerzy Wroblewski), citado na obra de Taruffo (2001), é uma concepção pela qual a decisão judiciária só poderá ser entendida e aceita como válida e justa quando for o resultado de um raciocínio segundo as normas do direito, mas também segundo critérios de racionalidade cognoscitiva e de argumentação, de objetividade, de imparcialidade e de justificação das escolhas do juiz.

Tal assertiva coincide com os ensinamentos de Candido Rangel Dinamarco:

(...) distinguir que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade axiológica, “porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participar de seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas, que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo” (DINAMARCO, 1988, p. 115)

É preciso se ter em mente que o excesso de discricionariedade presente nas motivações das decisões, se traduz em arbitrariedades, e isto é o que se quer combater.

Diante destas premissas, partimos para compreensão de como o princípio da motivação, estabelecido no texto constitucional pode então imunizar as sentenças judiciais, bem como a ausência dele pode inutilizada, levando-a decisionismos e arbitrariedades sem tamanhos, incompatíveis com os reais objetivos de um Estado Democrático de Direito.

2.1 A SENTENÇA (SABER / PODER - IMUNIZAÇÃO)

A sentença judicial deve ser norteadas pelos requisitos indispensáveis e condições pré-estabelecidas pela legislação brasileira que estão discriminadas no art. 458 do Código de Processo Civil, assim como no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, para que, assim, atinja o seu objetivo de promoção da justiça.

Há que se lembrar neste momento que o Direito representa um paradoxo (Streck, 2014. p. 182), neste sentido:

Se se achar que a decisão é um ato de vontade de poder, então não deveríamos apostar no Direito. Deveríamos apostar na Política, na sociologia, nas estratégias, na guerra, em qualquer coisa. Ora, o Direito foi feito justamente para se opor e controlar o poder, a política etc. Se ele for um instrumento de poder, pessoal ou coletivo, ele não é Direito.. Ele é arbítrio. E arbítrio é o contrário de Direito. Por isso, ser jurista é ser otimista.

Com isso temos que, a sentença é a manifestação do poder decisório do juiz, que envolve aspectos do positivismo e moralismo jurídicos, uma vez que a teoria positivista defende a legitimidade da sentença como resultado da determinação da mesma pela estrutura do ordenamento e a teoria moralista sustenta a inclusão de princípios e valores morais no sentido amplo no processo decisório, o que impede o solipsismo.

Como representantes destas teorias, temos Hart e Dworkin.

Hart professa a aplicação “fria” da lei, o enquadramento do fato a norma. Para Dworkin, isso não garantiria a legitimidade da sentença, sendo necessária a inclusão da ponderação de princípios jurídicos, reduzindo assim a discricionariedade dos juízes.

A delimitação da natureza jurídica da sentença, dentre as teorias da sentença que constituíram a base da formação do processo civil em 1973 e a forma como enxergamos essas teorias agora.

Para Carnelutti a sentença era classificada como instituto que resolvia a controvérsia. Era a teoria do movimento estatal que define a controvérsia. Ou seja, para ser uma sentença bastava ser um provimento estatal que resolvesse a controvérsia, sob o aspecto da lide.

Quiovenda fez alguns apontamentos em relação a essa teoria compreendendo que a sentença seria o ato do juiz que garantiria a aplicação da lei no caso concreto, aquela norma jurídica individual, delineador para aquela situação.

Estas são teorias, entre outras muitas existentes que deram base à forma como nos concebemos, ou como a doutrina mais atual concebe o conceito de Sentença.

E é nesse ponto que invocamos os ensinamentos do Professor Marinone para tratarmos do conceito de sentença na atualidade, considerando que estamos como um novo código de processo civil as portas, e não há sentido tratarmos sobre as demais teorias que delimitaram o conceito de sentença, por não ser esse o objeto principal deste estudo, e sim a sua motivação.

O professor Marinone tem por concepção de sentença necessariamente que se caracteriza pela efetividade no direito que ela adjudica.

Então não basta para que se tenha uma prestação jurisdicional, na maneira completa como o Professor Marinone postula que seja a prestação jurisdicional, que o direito que é postulado seja adjudicado, não além disso, além da adjudicação do direito há também que ser efetivado.

Essa é a teoria mais atual no âmbito da decisão judicial com a efetivação de direito com a adjudicação.

Para Marinone a importância de uma decisão judicial, de uma maneira mais genérica, é de que o direito não apenas seja adjudicado, mas o direito uma vez adjudicado seja realizado, ou seja não basta à parte obter o direito mas, ver a satisfação material desse direito objeto.

Esse ponto delineava o conceito de jurisdição, bem como de sentença, muito embora haja controvérsias na delimitação do conceito de sentença.

Importante lembrar neste momento a origem etimológica da palavra “sentença”, que deriva do latim *sentire*, entendido como “sentir”, bem como os ensinamentos do professor AURY LOPES JR: *“não existe racionalidade sem sentimento, emoção, daí a importância da subjetividade e de todo sentire no ato decisório (LOPES JR, 2006 p. 266)*

Verifica-se que a problemática, consiste em compreender a fundamentação de uma sentença judicial, para que possamos então com o princípio da motivação através da hermenêutica blindá-la, dando-lhe efetividade.

É na sentença que se consolida o julgar do juiz e na visão de Rui Portanova, esse julgar deve ser o cotejamento do fato posto em juízo com a realidade social, já

que o Direito e a sentença devem estar integrados à vista de relação e às outras ciências, neste sentido:

O desvendamento ideológico de uma visão tradicional e os novos postulados de uma visão atenta à atualidade do Direito frente ao mundo vão influenciar o juiz e seu julgamento tanto na sua relação com a estrutura (Estão, lei, jurisprudência) como na própria atividade julgadora pessoal (agora totalizante), projetando uma decisão juridicamente criativa para o fato concreto (PORTANOVA, 2000, p. 122)

Ao sentenciar, o juiz precisa estar liberto da lei, multidisciplinar, antidogmático, e antiformalista (Santos, 1985, p. 11). Ao aplicar a lei é preciso refletir sobre o justo no caso concreto levando em consideração aspectos sociais, políticos e econômicos de época.

Para José Puig Brutau, citado por Rui Portanova (2000, p.131) não se pode confundir o que as coisas são com o que deveriam ser, para Puig os juízes criam, vejamos:

Apesar das posições em contrário, os juízes criam. Isto pode não ser o mais conveniente, mas é o que efetivamente acontece. É importante afirmar esta realidade que se impõe e é preciso contar com ela, e fazer isto precisamente para dominá-la. Ou seja, reconhecer o poder criador do juiz não é confundir com o conformismo. Pelo contrário, “deve ser estímulo para de alguma forma reduzir a margem de arbítrio que se concede ao julgador”. (BRUTAU, 1977 p.8)

Desde Puig, vemos a necessidade de se fortalecer mecanismos que possam de alguma maneira coibir a crescente tendência, de criarmos *super juízes* e depois nos tornarmos reféns de decisões que passam longe de uma democracia, onde a separação dos poderes possui sistemática própria para manter a ordem, a segurança jurídica e a paz social.

Para demonstrar, alguns aspectos do que foi visto até esse momento, utilizamos fragmentos de sentenças extraídos da obra – O que é Isto – decido conforme minha consciência? De Lenio Luiz Streck.

Vejamos o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp nº 279.889/AL, julgado em 03 de março de 2001, DJ 11/0/2001, STJ:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barro decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o

pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

Pelo voto do ilustre magistrado, teria a doutrina perdido seu valor?, vejamos o ponto de vista de Streck:

(...) o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar sim. Esse é o seu papel. (...) a posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento em comento apenas explicita aquilo que está na raiz do problema, que é, necessariamente, paradigmático. Veja-se, mais uma vez o modo como a linguagem desnuda de elementos estruturantes, denunciando o “lugar da fala” do interlocutor (STRECK, 2013, p.25)

A seguir temos um fragmento do Discurso do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, em 10/01/03, na posse de novos Juízes no Rio de Janeiro, o que nos mostra claramente que o processo é o instrumento que o Estado entrega ao Juiz para aplicar a lei no caso concreto, “Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei”.

Lenio Streck ainda nos chama a atenção para os pronunciamentos do Presidente do Superior Tribunal de Justiça Min. Costa Leite:

“o juiz não se subordina a ninguém, senão à Lei e à sua consciência”, “Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las com sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados”(2013, p.26).

Do ponto de vista de Streck, o juiz não estaria subordinado a nada, a não ser ao “tribunal de sua razão”, e o resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e sim pelo critério inquisitivo do julgador.

E nesse sentido o autor traz a baila questões como coerência e integridade do direito, estando cada decisão adstrita à consciência do julgador.

Em uma decisão do Superior Tribunal do Trabalho, há o explícito individualismo do juiz, vejamos:

“(…) a sentença é um ato de vontade do juiz como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio ‘causa de pedir/pedido’, inexistente omissão.(2013, p.28)

No mesmo sentido, nesta decisão o individualismo/subjetivismo do juiz, poder ser denotados trata-se de sentença da 1ª Câmara Cível do TJRJ de 11/04/1995, processo nº 1995.0001.00763:

“A judicatura não sobrevive como instituição permanente da sociedade apenas com o saber, com a técnica, com a excelência do conhecimento teórico. Todos esses ingredientes não são suficientes para um juiz. De nada adianta conhecer a doutrina, as leis, a jurisprudência, se, dotado de qualidades intelectuais excepcionais, não tiver honestidade, vida ilibada, reputação imaculada, não somente perante os destinatários do seu ofício, mas igualmente, perante seus pares. Antes de ser poesia, a alma limpa de um Juiz, a alteridade que impõe a toga que veste, a reclusão da sua consciência para decidir longe das pressões de toda sorte...(...)”

Não há que negar, a sentença reflete características pessoais do juiz, ou seja, sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências de vida, por isso a necessidade de que faça ponderações, para não permitir que questões individuais possam infringir efeitos na coletividade, essa ponderação é realizada através do processo de motivação, cuja utilização de princípios norteia toda a sistemática.

A ponderação nada mais é do que o sopesamento entre fins e meios, sendo possível chegar às mais diversas respostas, onde se pode atribuir decisões diferentes a casos iguais.

Obviamente há de se ter cautela com o manejo de princípios como estes, vislumbrando sempre suas decorrências no caso concreto.

Normalmente quando se utiliza o princípio da ponderação, aplica-se diretamente a proporcionalidade, o que deveria ser também um princípio acaba sendo utilizado como regra.

Como o tema principal deste trabalho é demonstrar como o Princípio da Motivação seria capaz de imunizar uma decisão judicial, findamos demais considerações sobre os institutos do sopesamento e da proporcionalidade, tendo em vista que tais elementos estão intrinsecamente atrelados a Motivação.

A motivação das sentenças judiciais, exigida pela Constituição, delimita os poderes praticados pelo magistrado, impondo-lhe apropriada aplicação do princípio

da legalidade, isto quer dizer que, é imposto ao juiz que aja de acordo com a lei, além de evidenciar que não desrespeitou nenhum direito fundamental.

Desta maneira, o jurisdicionado se encontra na posição de protegido pelo Estado, tendo resguardada a garantida de compreender as razões que formaram a convicção do juiz enquanto julgador de seu caso.

A motivação da decisão mostra o recurso do raciocínio do juiz para alcançar a resolução do caso e, na hipótese de erro, será facilmente verificado pelo conteúdo da motivação, podendo ser impugnada.

A consequência natural deste processo é que as decisões proferidas precisam ser conhecidas, divulgadas, no sentido de permitir a todas as partes envolvidas no conflito de interesse, que tenham o conhecimento e possam analisar a decisão, podendo, inclusive, discordar dela.

Nesse sentido o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal também prevê que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário se tornarão públicos. Logo, não teria sentido a motivação da decisão se ela não se tornasse pública.

Quando a fundamentação de uma decisão se torna pública, o juiz permite que o cidadão conheça dos motivos que o levaram aquela sentença proferida, o que torna imprescindível a necessidade desse requisito na sentença, o que dá efetividade a Constituição no que diz respeito à fiscalização dos atos jurisdicionais pela população.

Pode-se dizer então que a motivação da sentença judicial equivale à resposta ao anseio sociedade pela efetivação do Estado Democrático de Direito.

O princípio da motivação das sentenças precisa ser analisado sob a premissa dos princípios democráticos constitucionais de direito e seu consequente exercício da cidadania.

Isto porque o processo civil moderno vive uma nova realidade paradigmática e assim todos seus institutos devem ser expostos a estudos de acordo com os atuais paradigmas.

A motivação das decisões judiciais tem grande relevância social, tendo em vista que além de servir às partes envolvidas no processo, diz respeito à voz que emana de toda a sociedade e se submete ao juízo do povo.

Ao dar publicidade a uma decisão, os papéis sociais se invertem e o povo é quem julga essa decisão. Tal transparência jurídica é a mais eficaz ferramenta para a prática da democracia e cidadania.

A sociedade, desta forma, exerce o controle de seu próprio direito.

3 HERMENÊUTICA E O RACIONALISMO

Antes de adentrarmos, no mérito da racionalidade jurídica, há que se trazer a tona, algumas considerações da Hermenêutica na Ciência Jurídica.

Nota-se que a consolidação do Estado Moderno quanto às mudanças no âmbito científico, decorrentes dos novos paradigmas da ciência moderna, marcado pelo racionalismo e pelo empirismo, foram decisivos para a constituição da ciência jurídica que temos hoje.

Com o surgimento do Código Napoleônico fora estabelecida a dogmática jurídica, com a utilização do método do sistemático racionalismo moderno.

Foi do direito romano a herança da razão escrita, cuja capacidade de abstração e generalização de expectativas nos apresenta uma razão universal, na medida em que a ideia de uma regulação abstrata permite ao direito assumir a forma de um programa decisório em que são formuladas as condições para uma decisão correta.

Do racionalismo, emergiu o fenômeno da dessacralização do direito, do rompimento com a tradição medieval exigiu-se mais da ciência jurídica, tendo esta que abranger institutos das ciências naturais.

Norberto Bobbio sintetiza bem esse momento em sua obra:

Com efeito, nos marcos específicos do direito penal (e processual) esse processo desemboca na construção teórica de Beccaria, modelo mais representativo da proposta de ciência penal liberal. Erguida sob os pressupostos contratualistas, esta obra estabelece os contornos essenciais para a racionalização da punição estatal e o rompimento definitivo com as práticas aflitivas existentes no Ancien Regime. Além do princípio da “estrita legalidade” (nullum crimen, nulla poena sine lege), o marquês advoga ainda a proporcionalidade e humanização das penas, além de um elemento central para a questão da segurança e da certeza para o direito penal, ao postular, no lastro de Montesquieu, a teoria do silogismo”. Segundo esta “o juiz ao aplicar as leis deve fazer como aquele que deduz a conclusão de um silogismo. Assim fazendo ele não cria nada de novo, apenas torna explícito aquilo que já está implícito na premissa maior. (BOBBIO, 1995, p. 37)

Segundo Luis Alberto Warrat, as tendências racionalistas giram em torno de alguns postulados e mistificações que delimitam e determinam um campo de significados, impondo a aceitabilidade do real. Estas crenças imaginárias, designadas por ele de senso comum teórico dos juristas, projetam-se com condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do direito.

Ainda com Warrat, a racionalização aparece de vários modos e maneiras configurando em certo ponto a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do Direito.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck assevera:

É possível afirmar que a realidade do cotidiano dos juristas – a sua relação com a lei e o Direito e destes com a sociedade no qual ele, jurista, está inserido – por si só não é significativa. Porém, ela se apresenta dessa maneira graças ao sentido comum teórico no ato de conhecer. O que determina a significação dessa realidade é uma espécie de “ascensão da insignificância (Castoriadis), que consubstancia toda a faculdade cognoscitiva, institucionalmente conformada com todos os seus elementos fáticos, lógicos, científicos, epistemológicos, éticos e de qualquer outra índole ou espécie. Por isso, não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse corpus denominado de sentido comum teórico do saber jurídico.(STRECK, 2012, p. 129)

Com o Giro ontológico-linguístico, onde desde então somos seres no mundo, e este mundo é um ambiente de significância, onde o sentido não está ao nosso bem prazer, como muito bem pontua Lenio Luiz Streck:

O jurista não fabrica o seu objeto de conhecimento. A compreensão, pela sua presença antecipada, é algo que não dominamos. O sentido não está à nossa disposição! Por isso é que – não interpretamos para compreender, e sim compreendemos para interpretar (STRECK, 2013, p. 26)

Trata-se, então de uma questão de compreensão e aplicação e sob a égide dos ensinamentos Gadamerianos, temos que a interpretação é a explicitação do compreendido.

Com isso, insta-nos dizer que, a hermenêutica consubstanciada ao princípio da motivação age como uma capsula protetora contra decisionismos e interpretações arbitrárias.

São muitas as manifestações doutrinárias que tentam explicar o caminho para a interpretação, e uma delas é a que coloca a consciência ou a convicção pessoal como norte para fundamentação da sentença que se apresenta de inúmeras roupagens veja as assertivas de Streck, na obra – o que é isto – decido conforme minha consciência:

a) Interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como sentire”, b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação com produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntário do julgador; f)

crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporcionam uma “abertura se sentindo” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. (STRECK, 2013, p. 33)

Segundo o autor, o modo de decidir, não guarda relação com o sujeito da modernidade.

Portanova, citado por Streck assevera:

É difícil acreditar em algo que possa restringir a liberdade do juiz de decidir como quiser. “É preciso reconhecer realisticamente: nem a lei, nem os princípios podem, prévia e plenamente, controlar o julgador” E complementa: “Depois de tantos anos, os juízes aprendem como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor”. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la (STRECK, 2001, p. 45)

Para Nelson Camatta Moreira, é necessário encarar o fenômeno da interpretação da lei sem a negação do plano pragmático da linguagem, ou seja, sem a negação da relação dos signos com seus usuários, pela atribuição de sentido, somado a essa assertiva o autor ainda aduz:

(...) apenas uma racionalidade jurídica abstrata, formalista, sistemática, neutra, objetiva e precisa poderá garantir a padronização das soluções conflitivas e a generalização de expectativas, permitindo ao direito assumir a forma de um programa decisório em que são formuladas as condições para uma decisão correta. Só assim a sociedade de mercado nascente e, mais tarde, consolidada, ergueria a institucionalidade normativa viabilizadora de sua conservação e reprodução (MOREIRA, 1988, p. 83)

De acordo com Rui Portanova (2000, p. 15), são inúmeras as motivações sentencias, o autor nos faz “lembrar” que “todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual”, neste sentido:

São motivações pessoais: interferências (psicológicas, sociais, culturais), personalidade, preparação jurídica, valores, sentimento de justiça, percepção da função, ideologia, estresse, remorsos, intelectualização (...) simpatia ou empatia (...) interesse ou desinteresse por uma questão de argumento, inclinação para uma interpretação rígida ou flexível, afetos, ódios, rancores, convicções, convicções, fanatismos, paixões, contidas ou não, predileções. Em suma, neste plano das motivações englobam-se “todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa, terrível que é o espírito humano, refletidas com ou sem véu nas frias expressões dos repertórios de jurisprudência (CAPPELLETTI, 1981, p. 17).

Já Luigi Ferrajoli, em sua obra “O direito com sistema de garantias” assevera que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente

significados compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentas por elas estabelecidos.

Temos que, a sentença é expressão da linguagem do juiz a sociedade, a interpretação feita por ele das leis aos fatos. O pensamento atual é orientado pelo estudo da linguagem, sem a qual não tem sequer existência. A linguagem é a ferramenta para acesso a compreensão, neste sentido:

A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e os seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica. Como o compreender só é possível pela linguagem. Por isto vai dizer, mais tarde, na Carta sobre o Humanismo, que a linguagem é a casa (morada) do ser e que nela mora o homem, que é curador do ser. Aliás, como bem complementa Oliveira, “se a linguagem é a casa do ser, então ela é a nossa morada, porque somos ser-no-mundo; nossa compreensão do mundo é, sempre, linguisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós” (STRECK, 2003, p. 79)

A hermenêutica filosófica realça a influência das pré-compreensões (visão de mundo, valores, crenças) do intérprete nos processos de atribuição de sentidos e significados às normas.

Com a hermenêutica tem-se uma ruptura com o esquema sujeito-objeto, trata-se de superação da epistemologia pela fenomenologia hermenêutica.

Em síntese, que para a hermenêutica não há sentido procurar determinar, de maneira abstrata, o sentido das palavras e dos conceitos. Mas ao contrário é preciso se colocar no plano concreto daquele que compreende, o ser humano, para que compreendido possa ser devidamente explicitado, como muito bem pontua Lenio Luis Streck.

Em um Estado Democrático o constitucionalismo é incompatível com posturas discricionárias decisionistas, estas estão assentadas em subjetividade assujeitadoras e em axiologismos que em nada tem haver com os preceitos de uma democracia, é o que se denota das lições do autor derradeiro citado, vejamos:

(...) a discricionarieidade delegado ao intérprete-juiz é responsável pela crise de efetividade do direito. Nesse sentido é que, a pretexto de construir novos horizontes críticos, juristas de diversos matizes teóricas acaba reforçando essa discricionarieidade hermenêutica, colocando na “inventividade” do sujeito cognoscente o locus do processo interpretativo. Isso dá azo a que se decida em qualquer direção, uma vez que, sob a máscara de pretenderem constituir discursos críticos, as posturas assentadas em subjetivismos

desprezam os próprios textos legais e constitucionais produzidos democraticamente (STRECK, 2006, p. 118)

É certo que existe uma pré-compreensão dos elementos, e não há um regramento para esse fenômeno, cabendo ao intérprete demonstrar em que momento essa interpretação entre em contato com os limites dos sentidos.

Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será resultado de uma racionalidade meramente procedimental.

Não se pode confundir justificação com discricionariedade, pois o juiz ao julgar tem como pressupostos a norma jurídica e o fato jurídico e com a correspondência entre esses dois termos ele terá condição de decidir, para isso não poderá deixar de fundamentar sua sentença, possibilitando assim revelar os motivos que o levaram a considerar as circunstâncias de fato e de direito.

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos assevera,

Esta é o ato e vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes, como também a opinião pública. Portanto, aquelas e esta precisam conhecer os motivos da decisão, sem os quais não terão elementos para convencer-se do seu acerto. Nesse sentido diz-se que a motivação da sentença redundaria de exigência de ordem pública (AMARAL, 1986, pag. 407)

A Fundamentação, afasta o arbítrio e interferências estranhas das decisões, o que permite o controle da função jurisdicional, se não fosse assim faríamos do juiz um legislador, neste sentido o professor Norberto Bobbio na sua obra Teoria das formas de governo, nos remete as lições de Montesquieu, vejamos:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulgasse leis tirânicas, para aplica-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houve tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos. (BOBBIO, 1994, p.137)

Com essa premissa, o juiz está impossibilitado de criar ou modificar regras de procedimento, quando pense serem as existentes ineficazes. Ora o magistrado não atua em nome próprio, mas em nome da lei, motivo este pelo qual, quando decide

deve justificar sua sentença de maneira racional como chegou àquela determinada conclusão.

Em um direito democrático, como muito bem publicou a Revista de Estudos Criminais ITEC 44 no ano de 2012, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”...ele deve, sim *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta) em um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao direito da comunidade política. Quem não consegue superar seus pré-juízos acaba produzindo um grave prejuízo ao Direito.

A revista esboça o artigo com a frase de Dworkin, “não importa o que os juízes pensam sobre o Direito, mas, sim, o ajuste (fit) e a justificação (justification) da interpretação que eles ofereceram das práticas” (2002).

O juiz como um agente político do Estado, possui responsabilidade política por isso sua subjetividade deve dar lugar a intersubjetividade estabelecida pela construção contínua do Direito.

Theodor Viehweg nos apresenta o modo de racionalizar tópico e sua aplicabilidade no direito moderno, o que é de extrema relevante para o presente estudo, pois se justifica pela significativa contribuição do estilo de pensamento tópico representado na concretização dos valores jurídicos positivos no processo decisional.

Viehweg propõe a reunião de temas dissertados por filósofos da antiguidade com o objetivo de desenvolver uma argumentação jurídica apta a penetrar a cientificidade das faculdades inerentes ao estudo do homem. Destacam-se na obra de Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, Gian Battista Vico, Aristóteles e Marco Túlio Cícero.

A tópica tem por base premissas que se presumem verdadeiras, partindo de opiniões reconhecidas pela sociedade, estaríamos aqui, falando dos topois. Os topois são pontos de partida plenamente aceitáveis.

Nas palavras de Rui Portanova, os topois são “diretrizes com valor cambiante segundo as determinações da prática”, para ele raciocinar em Direito ou aplica-lo é

operar com estes princípios ao redor dos quais se ordena todo o particularismo das normas (PORTANOVA, 2000, p 97).

Neste sentido Paulo Bonavides assevera que a tópica foi responsável pela renovação na concepção contemporânea da hermenêutica, “a decadência do positivismo racionalista tornou inevitável o ressurgimento do pensamento por topoi, afastando a clássica da interpretação objetiva (BONAVIDES, 2004)”.

De fato a tópica jurídica, influenciou o modo de decidir dos juízes, e o uso de topoi, vem se mostrando ser um mecanismo adequado a satisfazer socialmente o ideal de justiça.

A sociedade espera que do juiz, que não é nenhum deus da Grécia antiga, que sua sentença seja, senão justa, ao menos definitiva e certa. Mantendo, assim a soberania da lei e da ordem, neste sentido, o doutrinador Ismair Roberto Poloni nos adverte:

Não há parâmetros para estabelecer o desenvolvimento intelectual na formação de qualquer espécie de convencimento, quando o que se discute refere-se às relações humanas. E interagindo o direito sobre tais relações, não pode a lógica formal ser o indicador do sentido de tal operação de raciocínio lógico. Por certo o raciocínio intelectual, formador do livre convencimento do juiz é lógico, pois dele decorrerá, inexoravelmente, a conclusão, sob pena de nulidade da sentença (POLONI, 2003, p.3)

Por isso e neste sentido o uso dos topoi se fazem tão relevantes e necessários para se satisfazer os anseios da sociedade em tempos atuais.

Importante, invocar neste momento os ensinamentos de Clovis Beviláqua sobre a racionalização, que afirmava que “na interpretação da lei deve atender-se antes de tudo ao que é razoável, depois às consequências sistemático e, finalmente, ao desenvolvimento histórico da civilização” (BEVILÁGUA, 1909, p.134)

A racionalização se dá pela interpretação, e esta por sua vez pela compreensão o sentido do texto que esta diretamente relacionada com a interação entre o intérprete e o texto, estruturada pela circularidade que faz com que o intérprete aproxime-se e afasta-se do texto quantas vezes forem necessárias para vir à tona a compreensão.

Neste sentido, Francisco Cardozo de Oliveira afirma que:

O intérprete que participa da estrutura circular da compreensão não se reconhece, desde logo, sujeito portador de uma racionalidade que não está situada no mundo e na estrutura mesmo do compreender. Ele é ser que integra a totalidade do mundo da compreensão e que, portanto, já antecipa

uma pré-compreensão que lhe permite inserir, pela interpretação, na situação particular do compreender.(...) a pré-compreensão é o resultado do processo de aprendizagem e da experiência que, todavia, não se restringe ao aspecto profissional, mas à experiência do ser enquanto ser-no-mundo. (OLIVEIRA, 2006, p. 65)

Heidegger, nos chama a atenção para que não se confunda a pré-compreensão com preconceito. Aquela tem que ser entendida como possibilidade de abrir-se para o outro.

Em harmonia com esse pensamento, o professor Henrique da Silva Seixas Meireles confirma que:

A ideia de pré-compreensão não está apta à evidência do significado histórico e político da razão jurídica, no processo de interpretação e de aplicação do Direito. A estrutura da pré-compreensão e produtora do referente do juízo jurisdicional, é ela própria sobre determinada pelo sistema jurídico e, neste sistema, pela vertente dogmática, e não pela componente problemática (MEIRELES, 1990, p. 473).

Nessa linha de raciocínio, Karl Larenz em sua obra Metodologia da Ciência do Direito, sobre esta racionalização compreendida a partir de uma estrutura circular de compreender nos ensina:

A imagem do círculo não será adequada na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida – então tratar-se-ia de uma tautologia -, mas de que eleva a um novo estágio a compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceita em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexos do sentido do texto, tal como este se vem a revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que retificar a sua suposição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam um conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tinha conjecturado, este retifica então a sua conjectura. O processo de olhar para frente e para frente e para trás pode ter que repetirem-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global – por exemplo, uma só frase ou parágrafo. Mesmo no caso em que se confirme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que a sua mera suposição ou ideia se converte, de ora em diante, em certeza. A conjectura de sentido tem o caráter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida (LARENZ, 1997, p. 243).

Na obra Verdade e Consenso de Streck, o autor nos chama a atenção no sentido de que, mais que fundamentar uma decisão é necessário justificá-la, vejamos:

Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside à questão

da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente à promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc.), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo morar atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo. (STRECK, 2006, p. 282)

A compreensão antecede qualquer argumentação, e ao contrário do que se pode pensar, que o juiz primeiro decide e depois fundamenta, na prática ele só decide porque primeiro, na antecipação de sentido, o fundamento, como muito bem pontua o autor.

De posse dessas premissas da racionalização partiremos para algumas considerações a respeito do senso comum, por ter este um grande papel na motivação das decisões.

3.1 A IMPORTÂNCIA DO SENSO COMUM NO RACIOCÍNIO JUDICIAL

O sendo comum possui diversos sentidos e envolvem correntes filosóficas, sociológicas e antropologias, porém a intenção desse estudo não é adentrar profundamente nessa seara, mas como o senso comum está em todo o raciocínio do juiz, abordaremos alguns pontos, e para isso nos utilizaremos do conceito dado por Michele Taruffo:

(...) senso comum em acepção ampla e abrangente, capaz de incluir inclusive: a) as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado, ou seja, aquelas categorias fundamentais que Michel Foucault Deditou com o nome episteme; b) um conjunto de certo modo intermediário de noções mais específicas e contingentes, que no entanto habitualmente se exprimem na forma de máximas o regras consideradas produzidas pela experiência e referentes tanto ao uso da linguagem – estruturas linguísticas de uso corrente e significados consolidados – quando à percepção e interpretação da realidade segundo esquemas ou modelos de situações ou de sucessões de eventos que a experiência comum faz considerar tópicos de determinadas situações; c) finalmente – e esse é evidentemente o plano mais superficial – dados isolados do conhecimento que constituem boa parte do patrimônio cultural reputado próprio ao protótipo do homem médio em certo lugar e contexto social, assim como em dado momento histórico (TARUFFO, 2001, p. 11)

Para o autor é preciso conscientizar o fato de que o raciocínio do juiz é inevitavelmente imerso no sendo comum, que em conjunto com o direito são inafastáveis.

Taruffo nos adverte que seria um erro substancial de perspectiva extrair o raciocínio do juiz do contexto do “senso comum”, prescindindo-se deste por encará-lo com um esquema lógico, em uma definição utilizada por ele o senso comum seria um conjunto de informações socialmente produzidas, que inclui elementos descritivos e valorativos comumente havidos por válidos e confiáveis em um determinado contexto social.

O sendo comum nas palavras do autor traduzido por Cândido Rangel Dinamarco é histórico e localmente variável, bem como epistemicamente dúbio e incontrolável, sendo portando um conjunto de conhecimentos e critérios de julgamento de raciocínio e de interpretação, que se presume geral ou preponderantemente compartilhados em dado ambiente social ou em certo momento histórico – mas isso não exclui que esse contexto tenha caracteres intrínsecos de variabilidade, de incoerência e de indeterminação.

O autor ainda aduz:

Além disso, como de resto acontece com qualquer pessoa, o juiz retiram do senso comum informações que provêm de outras pessoas, sem ter qualquer controle sobre sua formação, qualidade e confiabilidade. Não é por acaso que existem inúmeros exemplos de convicções difusas que mis cedo ou mais tarde revelam-se falsas ou moralmente inaceitáveis. Além do mais, provavelmente ninguém poderia estabelecer com precisão o que pertence e o que não pertence ao senso comum em determinado lugar e comento, e muito menos seria possível redigir uma lista clara coerente e completa dos componentes deste. (TARUFFO, 2001 p. 18)

Abordaremos a seguir os momentos fundamentais em que o senso comum entra no raciocínio judicial abordados na obra de Michele Taruffo.

O Sendo comum entra em jogo, principalmente, em todo o âmbito da interpretação e aplicação das normas que constituem o fundamento jurídico da decisão.

Segundo Michele Taruffo, basta considerar que é o senso comum que fornece material semântico e standards de individualização das acepções dos enunciados normativos, não apenas quando estes estão expressos por meio da linguagem ordinária, mas também quando as normas são formuladas integralmente em linguagem técnico- jurídica (além do fato de que a distinção entre linguagem comum e linguagem jurídica costuma ser vaga e indeterminável, e por isso variável e contingente).

O exemplo mais claro disso é quando o juiz deve preencher ou concretizar cláusulas gerais como a boa fé, a normal prudência ou a gravidade do dano; mas o recurso ao senso comum ocorre também quando se trata de interpretar normas formuladas de modo relativamente mais específico.

É útil observar que muitas vezes o senso comum representa o ponto de partida para a compreensão, na qual segundo a hermenêutica, tem início a interpretação.

Nesse sentido, poder-se-ia entender que isso que consideramos como senso comum equivalha substancialmente o que constitui a tradição na teoria de Gadamer, ou seja o conjunto de noções, conhecimentos, lugares-comuns, componente ou condutas culturais que integram o substrato ou fundamento inicial do intérprete no momento em que se põe de frente ao texto a interpretar, neste sentido:

A hermenêutica da interpretação pode ser ou deixar de ser acatada em todos seus aspectos e pressupostos filosóficos, mas parecem inegável que ela põs em especial evidência precisamente aqueles aspectos do raciocínio judicial que eram indevidamente negligenciados pelas teorias puramente lógicas da decisão judiciária e que no entanto se relacionam com as premissas culturais e cognoscitivas do raciocínio interpretativo. Mas especificamente, ela põs em relevo a complexidade e heterogeneidade do raciocínio do juiz, a impossibilidade de reduzi-lo a esquemas dedutivos elementares e o papel essencial que nesse raciocínio cabe à cultura de base ou de fundo de que o juiz necessariamente se serve (TARUFFO, 2001, p. 3)

Para Taruffo o senso comum também esta constantemente presente na parte do raciocínio judicial relacionada com o reconhecimento dos fatos. Embora se trate, segundo a orientação teórica que parece mais louvável, de uma atividade essencialmente cognitiva mediante a qual o juiz formula, com base nas provas, juízos de verdade ou de falsidade sobre enunciados relativos aos fatos relevantes da causa, é evidente que números e importantes passagens dessa atividade fundam-se em reclamos ao senso comum.

Lenio Streck faz uma crítica ao perigo do senso comum, quando creem poder ceticamente acreditar que “cada um tem sua opinião sobre o mundo”., cada um tem a sua verdade, tudo é relativo, não existem verdades (2014, p. 196).

Quando o juiz precisa avaliar a credibilidade de um meio de prova, como p. ex. quando se trata de estabelecer se determinada testemunha disse ou não a verdade. É verdade que para esse fim o juiz emprega técnicas estabelecidas e regidas pelo direito, que dizem respeito essencialmente à metodologia da assunção

da prova e de controle das declarações da testemunha. Para valorar a credibilidade da testemunha, ele deve todavia levar em conta critérios de valoração do comportamento testemunhal colhidos no senso comum mais que em normas jurídicas.

Para Taruffo, esse discurso é válido para a avaliação que o juiz deve fazer quanto à confiabilidade da prova como demonstração da verdade ou falsidade de um enunciado fático, sendo assim:

Como já está quase completamente superado o sistema da prova legal, em que a valoração da prova era feita preponderantemente mediante a aplicação de complicados sistemas de regras jurídicas (ainda que de origem doutrinária ou jurisprudencial), os sistemas modernos apoiam-se essencialmente, como é do conhecimento geral, na discricionariedade do juiz. (2001, p. 14)

Em síntese cabe ao juiz estabelecer a discricionariedade em cada caso concreto. É necessário, então saber sobre qual base e utilizando quais critérios o juiz exerce sua discricionariedade.

As exigências de racionalidade, controlabilidade e justificação do raciocínio do juiz, que constituíram o Leitmotiv das reflexões até aqui realizadas, na realidade não ficam perdidas ou marginalizadas nesse quadro cambiante e incerto que reproduz infinitos aspectos da cultura atual. Simplesmente, não se pode pensar que tais exigências possam ser satisfeitas de modo simples, mediante experiência comum. Ao contrário, elas devem ser recuperadas e satisfeitas na praxe judiciária em plano de maior e mais sofisticadas consciência da complexidade e da articulação cultural dos problemas que o juiz deve enfrentar se quiser dar bases aceitáveis ao seu raciocínio. É claro que os instrumentos de que ele deve servir-se para realizar raciocínios racionais, controláveis e justificados são hoje mais complexos e difíceis de manejar do que eram considerados no passado: a moderna lógica da argumentação não é mais aquela aprendida durante os estudos colegiais de filosofia e a ciência é hoje infinitamente mais ampla e sofisticada, a experiência comum não existe mais e a noção de senso comum é hoje tão vaga, incerta e indefinida quanto se possa imaginar (TARUFFO, 2001 p. 40).

O autor assevera em sua obra que o juiz não extrai do mundo das normas, mas do mundo do senso comum: é partindo dos conhecimentos comuns que por indução ele chega a formular um juízo de verdade sobre o enunciado referente ao factum probandum. Nesse sentido:

(...) poder-se-ia talvez individualizar alguma analogia não desprezível entre as noções fornecidas pelo senso comum e os background knowledges, que Karl Popper coloca à base, ou o pano-de-fundo, dos conhecimentos científicos, malgrado as óbvias diferenças existentes entre os fundamentos das teorias científicas e as bases cognitivas das ilações formuladas pelo juiz. (2001, p. 16).

Michele Taruffo leciona que, observações e proposições análogas às que valem no contexto do raciocínio decisório são igualmente válidas quando se faz referência ao raciocínio justificativo a ser formulado pelo juiz para motivar sua decisão, nos dizeres do ator temos que:

Aqui não interessa discutir se é ou não procedente a distinção entre raciocínio decisório e raciocínio justificativo (na qual acredito), nem se a motivação da sentença é ou não um puro e simples exercício retórico, ou uma auto apologia do juiz – ou seja, como parece correto, um instrumento essencial de controle externo sobre o modo pelo qual o juiz exerceu seus poderes, em homenagem ao princípio da legalidade. O ponto a salientar é que, embora óbvio que o raciocínio justificativo tem uma estrutura lógica construída segundo cânones de coerência e inteireza – sabidos que de outra maneira a sentença não estaria válida e suficientemente motivada – seria impróprio reduzir a justificação da decisão a uma demonstração ou dedução fundada exclusivamente em conexões lógicas. (TARUFFO, 2002, p.36)

Com isso, segundo o autor a justificação da decisão judiciária não pode ser reduzida a uma sequência de passagens formais e muito menos a uma simples concatenação de silogismos, porque o raciocínio justificativo é de algum modo mais complexo, rico, flexível e aberto ao emprego de elementos persuasivos, dos topoi da ciência jurídica e dos precedentes judiciários, mas também ao uso das noções de senso comum, das quais a argumentação do juiz é impregnada em todas as suas passagens. Ao contrário, seria paradoxal sustentar que a motivação da sentença cumpre sua função justificativa não só por ter uma estrutura lógica que viabiliza um controle de validade da decisão judiciária, como ainda porque o recurso a dados e argumentos metajurídicos permite colocar decisão no contexto do senso comum.

Para o autor italiano, a coerência contextual da decisão deve ser entendida à luz do contexto do direito e também do contexto constituído pelo senso comum. Isso é ainda mais verdadeiro quando se leve em conta a justificação externa da decisão, ou seja, a parte do discurso justificativo em que o juiz explicita o fundamento da escolha das premissas das quais se originou a decisão final.

5 CONCLUSÃO

Para que uma sentença esteja devidamente fundamentada é imprescindível que o juiz busque critérios extras ou metajurídicos, o que inclui confiabilidade, racionalidade, controlabilidade e justificação, saindo do mundo jurídico.

Lenio Streck explica que, para dar uma roupagem a sua decisão, o julgador não se limita a realizar silogismos demonstrativos por meio de mera subsunção de um fato a norma, segundo ele, a exposição dos fundamentos de fato e de direito que compõem a decisão implicam na valoração (atribuição de sentido) tanto da prova quanto das categorias discursivas que compõem o seu horizonte gnosiológico (doutrina, jurisprudência, crenças, preconceitos, sentido comum teórico).

A motivação da decisão não se restringe, pois, ao enquadramento lógico-dedutivo, trata-se de trabalho constante de hermenêutica.

Nesse sentido, Antonio Fernandes Scarance, seguindo ensinamentos de Luigi Ferrajoli, professa que o dever do juiz motivar a sua decisão de forma racional e de maneira ensejadora de confiança no seio social, a fim de se atribuir legitimidade democrática, podendo-se afirmar que a motivação além do seu valor endoprocessual de garantia de defesa, tem o valor extraprocessual de garantia de publicidade, o que lhe dá legitimação jurídica.

Legitimação esta que nos leva a retórica imunização do discurso jurisdicional contra possíveis críticas, por isso o juiz precisa justificar convincentemente os motivos que se utilizou para proferir sua decisão.

O juiz não pode se pautar apenas na legalidade para fundamentar sua decisão, ele precisa justificá-la de forma também axiológica o que envolve valores internalizados pelo meio social em que vive, partindo da premissa de que em sua condição de homem os possui.

O fato é que os valores incrustados na significação de base legal podem estar em desarmonia com os valores contextuais da sociedade. Surge então o binômio, legalidade e equidade.

Acertadamente, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em sua obra o papel do novo juiz, nos adverte que o juiz deve abandonar a neutralidade e assumir uma postura ideológica, o que significaria: deixar cair a máscara da hipocrisia dos

discursos neutrais, herança do positivismo o que distancia a ciência jurídica da realidade social.

Pelas assertivas de Michele Taruffo, o juiz da atualidade filtra através raciocínio uma série de problemas jurídicos e não jurídicos que acometem a sociedade, sua responsabilidade consiste em fazer com que seu raciocínio seja conduzido por métodos racionais apoiando-se em noções controláveis havidos por aceitáveis pela sociedade.

A Motivação surge como um norteador da razão do juiz, fazendo com que o juiz seja um intérprete ativo da cultura, da consciência social, dos princípios e dos valores de seu tempo.

O juiz da atualidade, segundo Michelle Taruffo, como um verdadeiro intérprete, deve estar consciente da fragmentação e variedade das coordenadas cognoscitiva e valorativa que são as notas dominantes da sociedade atual, sua postura essencial tem que ser a assunção de responsabilidades pelas escolhas que faz com a consciência de que nada é mais fornecido pronto e acabado e que o conhecimento do mundo é o resultado de um complexo e jamais exaurido processo de aprendizado e interpretação.

Pelos ensinamentos de Ferrajoli, depreendemos que separar os elementos subjetivos da razão e da emoção no ato decisório é algo impossível pela própria natureza humana, por esse motivo a relevância do saber, no sentido de conhecimento deve estar acima do poder.

Essa assertiva vem a confirmar que a motivação das decisões judiciais assegura o controle da razão do juiz ao decidir, legitimando sua sentença interna e externamente, ou seja, juridicamente e perante toda uma sociedade estabelecida em um Estado Democrático.

Motivando as sentenças judiciais, o juiz norteia sua decisão pelo saber que precede o poder que lhe é inerente, o que garante aos cidadãos uma decisão, se não mais justa, ao mínimo correta e não arbitrária.

Encerramos com a frase de Ronald Dworkin: *“não importa o que os juízes pensam sobre o Direito, mas sim, o ajuste e a justificação da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política”*.

Finalizamos este trabalho com um exemplo bem prático de um assunto que esta muito em voga atualmente, a união homo afetiva.

Pensar, acreditar que a união homo afetiva é errada é uma coisa, condená-la fazendo as partes envolvidas ou até mesmo a sociedade, tendo em vista a repercussão de uma decisão, reféns do subjetivismo do magistrado, é outra situação bem diferente.

Para assegurar ao sujeito que os princípios e direitos fundamentais constitucionais sejam resguardados e também de anular a arbitrariedade do juiz, a prática jurídica deve ser norteadada pelo saber precedendo o poder.

Não se pode separar a evolução e consolidação do Poder Judiciário da realização e efetivação dos objetivos democráticos enumerados na Constituição brasileira.

A motivação das decisões judiciais, através da fundamentação, atua como um verdadeiro agente imunizador da racionalidade do juiz, pois precede o poder, dando lugar ao saber que vai muito além do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício, Filosofia do Direito, **Uma crítica à verdade na ética e na ciência**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVIM WAMBIER, Teresa, **Nulidades do Processo e da Sentença**, Ed. RT 2004.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula: **Princípios de Processo Civil na Constituição Federal**. Fonte: www.jusnavegandi.com.br, 27/05/2014, às 02h00minh

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 286.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995

BRUM, Nilo de Barros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo. Ed. RT. 1989

BULOS, Uadi Lammêgo: **Constituição Federal Anotada**, 2ª edição, Saraiva, São Paulo: 2001

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução dos Santos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997. 1461 p.

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**, 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática crítica e limites linguísticos da lei**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232.

_____. *Glosas a Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito*. *Revista de estudos criminais*. Sapucaia do Sul, nº 14, p. 77-94, 2004.

_____. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: _____. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-55.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. ver. ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 15.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Ed. RT. 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3ed. Lisboa, Pt: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

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

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 206.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, **Marx e o Direito Civil, Para a crítica histórica do paradigma civilístico**. Coimbra, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito**. In: *Temas de Direito Processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, N. C. ; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Interpretação do Direito e Retórica nas Decisões Penais**. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 30, n.XXVI, p. 87-111, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2004. v. 1. 303p .

NOJIRI, Sérgio, **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. Ed. RT, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo, **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

POLONI, Ismair Roberto, **Técnica estrutural da sentença civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PORTANOVA, Rui, **Motivações ideológicas da sentença**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **A Súmula Vinculante e o convencimento motivado do juiz**. Gazeta do Povo, Curitiba/Pr, 17 mar. 2007.

_____. **As provas ilícitas e sua derivação diante do princípio do livre convencimento motivado. “O desentranhamento do juiz contaminado”**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR, v. 12, n. 2, p. 163-182, jul./dez. 2009

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Como compreender Direito II – como o sendo comum pode nos enganar**. 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 120p .

_____. **O senso (in) comum das obviedades desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat**. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 185-192, 2012.

_____. **Hermenêutica jurídica (e)m crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARUFFO, Michele, nas seguintes obras: (a) **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975, p. 319-320, (b) Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 37.

_____. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. IBEJ. Curitiba, 2001.

WARRAT, Luis Alberto. “**Epistemologia y teoria Kelsiana**”. Revista do CCJE – UFSM 2/21, 1976.

WIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.