

# A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA NO NOVO CPC E A MATÉRIA DE FATO: UMA ANÁLISE DA SUBSUNÇÃO/CONCREÇÃO JUDICIAL

Francisco Rossal de Araújo\*

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe um dispositivo específico (art. 489) para descrever os elementos e dispor sobre a fundamentação da sentença. O referido texto legal tem levantado uma série de questionamentos sobre o ato processual que é o ponto culminante do processo. De certo modo, todos os atos processuais se encaixam para possibilitarem a decisão da lide, depois de frustradas as possibilidades de acordo. O estudo deste dispositivo legal tem enormes implicações para o processo do trabalho, considerado subsidiariamente aplicável pela Instrução Normativa nº 39/2016/TST (art. 3º, IX) e deve ser visto com maior interesse, porquanto a lide trabalhista tem certas peculiaridades em relação ao processo comum.

A aplicação do Direito exige a sua concreção, ou seja, a adequação do conteúdo normativo genérico e abstrato a uma determinada situação de fato concreta. O juiz deve fundamentar a sentença tendo em vista este objetivo. Mas este também é um dever da parte, que não pode formar um rol infinito de alegações vazias, inviabilizando a prestação jurisdicional com pedidos e argumentos inúteis ou irrelevantes.

O relatório é a narração descritiva dos principais pontos do processo. Tem natureza de síntese. A fundamentação é a apreciação dos fatos e normas aplicáveis, com as respectivas ponderações e juízos de valor. Tem natureza de análise. O dispositivo é o comando daquilo que foi decidido. Tem natureza novamente de síntese, relacionada ao resultado. O dispositivo é a conclusão da sentença. Sentença sem dispositivo é mais do que nula, ato inexistente. O

---

\* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região; professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

## DOCTRINA

dispositivo pode ser direto, quando especifica a condenação imposta ou a declaração judicial a que se destina; ou indireto, quando se reporta aos “termos do pedido”.

O art. 489 do CPC assim disciplina a matéria:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

## DOCTRINA

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

É nítida a intenção de especificar e forçar uma melhor fundamentação das sentenças, desenvolvendo o conteúdo do art. 93, IX, da Constituição.

O presente artigo traz a reflexão sobre como o julgador aplica a lei em relação à situação de fato e como se dá o encaixe de raciocínios que levam à decisão. Na primeira parte, será analisada a situação de fato como acontecimento (real) e como enunciado (argumento) e de que modo ela é apreendida no processo de decisão. Na segunda, a situação de fato será estudada diante de seu encaixe no suporte fático da norma, gerando a respectiva conclusão.

### I – SITUAÇÃO DE FATO COMO ACONTECIMENTO E SITUAÇÃO DE FATO COMO ENUNCIADO

Na busca da conformação da situação de fato concreta à situação de fato abstrata (suporte fático da norma jurídica), realiza-se um raciocínio silogístico chamado subsunção. Para melhor compreendê-lo, dentro do tema geral da concreção, é preciso distinguir entre situação de fato como acontecimento e situação de fato como enunciado<sup>1</sup>.

A situação de fato como acontecimento é a realidade em si mesma. É o todo contínuo da realidade que sempre avança. É impossível compreendê-la na sua totalidade, pois a realidade é inalcançável. Não existe um lugar dentro da existência desde onde se possa ver toda a realidade. Conforme a crença de cada um, é possível imaginar que Deus possa ver toda a realidade. Nas religiões cristãs, um dos dogmas é a onipresença de Deus. Aos seres humanos não é dada essa graça e é preciso conformar-se apenas com a visão parcial. Sempre se vê parte da realidade, nunca a realidade em si. Além disso, o que se percebe depende do lugar de observação onde se está. Existem, portanto, diferentes perspectivas para perceber a realidade, sem que uma seja verdadeira e outra seja falsa<sup>2</sup>.

---

1 Ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 333.

2 Ver: HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1979. p. 75; e GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en derecho: bases argumentales a la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 42-43.

## DOCTRINA

Na apreciação das provas judiciais, é sempre bom ter em conta essa afirmação, pois o juiz estará construindo a verdade judicial, ou seja, a verdade declarada por um ato de Estado, a Jurisdição, que vai se tornar imutável pela força da coisa julgada. Todas as formas de perceber a realidade, segundo seu ponto de observação, são legítimas, pois existem múltiplas perspectivas. O posicionamento de cada um na sociedade define o ponto de observação desde o qual percebe a realidade. Isso não quer dizer que aquele que observa também não vá “distorcer” o fenômeno que observa, devido aos condicionamentos decorrentes do ponto de observação que ocupa. Ninguém analisa um fato ou a realidade de forma neutra. Sempre estará condicionado pelas informações de que dispõe. Sua análise será mais equilibrada na medida em que dispuser de maior número de informações, que lhe possibilitarão uma melhor comparação. Portanto, diante da perspectiva da realidade como um todo, é preciso levar em consideração dois fatores: ela é simultânea e é impossível vê-la em sua totalidade.

O aplicador da lei nada mais é do que um observador da realidade, que a reconstruirá segundo o seu ponto de vista. No processo judicial, o aplicador da lei é o juiz e ele é que reconstruirá a realidade segundo os valores constantes nas normas jurídicas e segundo alguns de seus valores pessoais. O Direito orienta a reconstrução da realidade até um determinado ponto. Utiliza o juiz como instrumento para a sua realização e tenta orientar-lhe valorativamente, segundo disposições constantes das normas jurídicas. Entretanto, a orientação que pode fazer o ordenamento jurídico vai até determinado ponto. Depois, é necessário que a ordem jurídica deixe um determinado espaço. Faz isso porque é fruto da racionalidade humana e é aplicada por seres humanos e também porque é impossível prever todos os casos possíveis na realidade.

Se está construída para ser aplicada aos seres humanos e utiliza seres humanos na sua aplicação, é evidente que a ordem jurídica não pode separar de forma tão estrita os mundos do “ser” e do “dever-ser”. Em algum ponto ambos têm de se encontrar. Dentro da organização do processo, a realidade (“ser”) toca o jurídico (“dever-ser”) de forma direta, no campo das provas, na concreção e na execução da sentença.

No campo das provas e da concreção, sendo o primeiro um pressuposto para o segundo, o aplicador da norma jurídica terá de utilizar os seus sentidos para aproximar-se da versão que lhe é contada pelas partes. Através das provas judiciais, averiguará a controvérsia e comprovará as alegações de um e de outro. Se não estiver convencido, poderá inclusive determinar a realização de novas diligências. Não para buscar a “realidade material”, ou a “verdade real”, mas para encontrar mais elementos a fim de formar a sua realidade, a

## DOCTRINA

realidade judicial. Essa verdade judicial é uma “verdade formal” no sentido de que é limitada por dois parâmetros: tanto por normas jurídicas (processuais e materiais) quanto pela imperfeição da capacidade cognoscitiva do agente.

Assim como cada indivíduo possui a sua noção de realidade e poderá compartilhá-la com outros indivíduos através da comunicação, o processo judicial também é um processo comunicativo no qual o juiz e as partes compartilharão os seus pontos de vista de observação da realidade. Através da observação e da comunicação, poderá o julgador apreender a realidade e modificá-la, segundo os valores constantes da norma jurídica ou segundo os seus valores subjetivos, sempre dentro do espaço de indeterminação deixado pela própria norma jurídica.

As partes, quando expõem suas razões no processo, já interpretaram a realidade e a enunciam para o julgador conforme sua percepção e seus interesses. O juiz ponderará as versões e construirá a sua, segundo técnicas processuais (meios probatórios) e normas materiais que condicionam a sua interpretação (ônus probatórios e presunções). No final, construirá a sua própria versão da realidade, que servirá como base da sentença judicial. A sentença judicial é uma visão da realidade como qualquer outra. No plano extrajurídico não há nenhuma distinção entre a versão do juiz e a versão das partes. Apenas se diferencia da visão das partes por força dos efeitos distintos que lhe dá o ordenamento jurídico. Esta é a distinção entre proposição jurídica e sentença judicial. A sentença judicial é uma proposição jurídica com força coercitiva, determinada por uma norma jurídica. Ao conceber a situação de fato para poder aplicar a norma, o juiz a reduz a um enunciado como qualquer outra pessoa. Os efeitos são distintos por força do que dispõe o ordenamento jurídico (coisa julgada).

Normalmente, a atividade do julgador inicia com a necessidade de reduzir uma situação de fato como um acontecimento a uma situação de fato como um enunciado. Se não realizar essa operação é impossível aplicar a norma jurídica, porque o suporte fático só pode ser preenchido por um enunciado, pois a realidade em si mesma é extremamente complexa e inalcançável.

O juiz não tem poderes para movimentar o ordenamento jurídico por sua própria iniciativa. A regra geral é de que o Judiciário somente se movimenta por provocação das partes. Diante da observação de um caso concreto, o juiz pode movimentar o Judiciário como qualquer outro cidadão comum. Nesse caso, porém, estará atuando como uma parte qualquer, e não como membro de um dos Poderes do Estado. Exercendo a função jurisdicional, o juiz, em regra, deve esperar a manifestação das partes.

## DOCTRINA

A realidade que chega ao juiz é uma realidade interpretada, que foi filtrada pelas partes segundo os seus meios de percepção e segundo os seus interesses. Portanto, o ponto de partida do julgador não é um ponto de partida inicial, e sim o ponto de partida que começa com as versões que lhe apresentam. O meio no qual opera o raciocínio do julgador não é a realidade como um acontecimento, mas, sim, a realidade que lhe é exposta segundo o modo de ver de cada parte. Note-se que sequer se está cogitando da hipótese de algum dos contingentes agir com dolo, o que é realmente possível, mas apenas do fato de que o julgador se depara com visões construídas a partir da realidade desde pontos de vista distintos. Se fossem apresentadas dolosamente distorcidas, as versões constituiriam uma patologia jurídica.

A “ideia” que o julgador tem da situação de fato verificada tem de ser por ele reduzida a um enunciado para poder comparar as notas distintivas da previsão legal e a situação de fato verificada, de acordo com a norma jurídica<sup>3</sup>. Em geral, o julgador recebe um relato sobre determinados fatos que narram determinada controvérsia. Também recebe uma “proposta” de decisão, ou seja, aquele que lhe apresenta o relato, propõe, com base na sua interpretação do conteúdo das normas jurídicas, uma determinada solução para o caso. Deve ser lembrado que, nas normas processuais, aquela ação que não tenha um pedido, que não deixa de ser uma proposta de decisão, pode ser considerada inepta. O juiz não está obrigado a acatar todos os detalhes contidos nos relatos oferecidos pelas partes e pode buscar outros que entender relevantes, de acordo com os poderes que recebe para conduzir o processo e determinar a produção de provas. Não deixa de ser curiosa essa situação: por um lado, não tem poder, em regra, para tomar a iniciativa de movimentação do processo; por outro, uma vez instaurado, o ordenamento jurídico lhe dá poderes para buscar elementos probatórios além daqueles mencionados pelas partes.

Realizada a primeira redução da situação de fato como acontecimento através das versões apresentadas pelas partes, o juiz, fará a sua redução a partir do que lhe é contado. Nesse momento, poderá orientar a produção de provas segundo a existência de controvérsias nas diferentes versões. Somente ordenará a produção de provas sobre aquilo que é controverso, porque seria ilógico ordenar produzir prova sobre algo que não é objeto de discussão. Após a produção das provas pode ocorrer que o juiz mantenha ou reforce a versão inicial que tinha quando ordenou a produção de provas. Dessa forma, confirmará a versão inicial que havia construído ao ouvir a exposição da controvérsia por cada uma das

---

3 Cf. LARENZ, Kart. *Op. cit.*, p. 334.

partes. Entretanto, também pode ocorrer que mude de opinião, sanando eventuais dúvidas que possuía ou constatando que a versão que acreditava era falsa.

Seria ingênuo pensar que o juiz ordena a produção de provas a partir de uma total ausência de valoração. Quando adentra na atividade probatória, o juiz já efetuou uma série de valorações, inclusive para estabelecer que fatos realmente são controversos. Ainda que não tenha totalmente definida a sua posição, nesse primeiro momento, sempre haverá uma determinada posição provisória. É preciso ressaltar, por outro lado, que é essencial que um bom juiz sempre cogite da possibilidade de estar equivocado a fim de manter a prudência e o bom senso. Entretanto, conforme verificado no parágrafo anterior, é logicamente necessário que o juiz se posicione sobre alguns fatos para que possa conduzir a atividade probatória, estabelecendo o que é controverso.

A essa altura, pode-se afirmar que o texto da lei lhe dá os parâmetros valorativos, ainda que contenha espaços de indeterminação, e as versões das partes lhe oferecem os parâmetros factuais, ainda que incompletos e pendentes de averiguação probatória. Esse enunciado fático provisório será o núcleo a partir do qual começará o processo e que possibilitará que se lhe agregue a questão de Direito.

O juiz instrui o processo mediante dois parâmetros: questões de fato (“ser”) e questões normativas ou questões de direito (“dever-ser”). Ambos estão conectados, porque o Direito tem um caráter instrumental em relação à realidade. Tanto no sistema romano-germânico quanto na *common law*, o processo gira em torno dessas questões. O certo é que, com base nesse núcleo provisório, o juiz “monta” o andamento do processo e possibilita que cada uma das partes utilize os meios de prova para tentar convencê-lo da validade da sua versão, em detrimento da versão contrária. Assim, se estabelece a dialeticidade do processo, que visa à construção de uma síntese final representada pela sentença. A sentença realiza a concreção jurídica.

Com base na lição de Karl Larenz<sup>4</sup>, é possível fazer um resumo da atividade judicial na redução da situação de fato como um enunciado visando a concretizar a norma jurídica: a) o julgador terá de reduzir a versão das partes a um enunciado, embora que essas versões, consideradas em si mesmas, já constituem uma primeira redução; b) nesse enunciado estará o que lhe parece relevante para a subsunção; c) os valores que utilizará para determinar o que é relevante estarão nas normas jurídicas do ordenamento, potencialmente aplicáveis à situação de fato. O julgador parte de uma situação de fato que

---

4 Cf. *op. cit.*, p. 336-337.

lhe é relatada, examina quais as normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis e complementa em seguida a situação de fato atendendo às previsões dessas proposições jurídicas. O citado autor remata dizendo que a situação de fato só obtém a formulação definitiva quando se tomam em atenção normas jurídicas em conformidade com as quais deva ser apreciada. Por seu turno, as normas jurídicas deverão ser concretizadas atendendo à situação de fato em apreço, o que poderia fazer crer na existência de um círculo vicioso. Larenz, porém, descarta essa possibilidade, sustentando que isso realmente ocorreria se o julgador tivesse introduzido algo na situação de fato enquanto enunciado que não encontrasse apoio em alguma situação de fato verificada, ou quando tivesse “distorcido” a proposição jurídica de modo a permitir a consequência desejada pelo julgador<sup>5</sup>.

Realmente existe o risco de o julgador distorcer a proposição jurídica ou introduzir algo na situação de fato como enunciado que não encontre apoio nas provas que foram trazidas ao seu conhecimento. A primeira reflexão que se pode fazer a esse respeito é a de que a aplicação do Direito, como toda a atividade humana, está sujeita a riscos e falhas e, entre elas, a distorção provocada por erro ou por inclinações ideológicas.

A distorção jurídica ou o acréscimo de situações ou fatos podem ser acidentais ou intencionais. A única forma de evitar tal perigo é a via processual. Quanto mais aperfeiçoado o método de aplicação do Direito, via utilização de normas que regulam o processo, mais garantias os cidadãos possuirão contra possíveis falhas na concreção jurídica. Assim, as normas processuais garantirão, por exemplo, o dever de fundamentação, os princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição. O primeiro representa uma garantia do cidadão diante da atividade jurisdicional; o segundo tentará evitar a produção de provas secretas no processo, reforçando a dialeticidade do fenômeno processual; o segundo, a possibilidade de recorrer da decisão, também baseado na dialeticidade do processo, através de um argumento lançado a outro órgão judiciário, diferente do que lançou a primeira decisão<sup>6</sup>.

---

5 *Idem*.

6 Normalmente esse outro órgão tem composição plural (mais de um juiz) e está situado em hierarquia superior, com competência para reformar a sentença que lhe é submetida em grau de recurso. Porém, a simples existência do duplo grau de jurisdição não assegura que a concreção jurídica em segunda instância tenha um conteúdo melhor do que a primeira. Apenas representa o caráter dialético do processo, permitindo um mínimo de controle. No plano substantivo, porém, será a modificação de uma decisão por outra, ou a manutenção da sentença recorrida. É evidente que, dentro de determinado ângulo, a aplicação do Direito sempre será arbitrária. A tarefa da ciência jurídica é reduzir o grau dessa arbitrariedade.

## II – SITUAÇÃO DE FATO COMO ENUNCIADO E ENCAIXE NO SUPORTE FÁTICO DA NORMA

Analisada a diferença entre situação de fato como acontecimento e a situação de fato como enunciado, é preciso verificar como se dá o encaixe entre a situação de fato como enunciado e o suporte fático da norma jurídica.

Normalmente, a realidade é muito mais rica que a simples descrição textual contida na norma jurídica. Na descrição de um homicídio ou na celebração de um contrato, por exemplo, existem muitos outros detalhes possíveis que escapam da descrição da conduta contida em um tipo penal ou um artigo do Código Civil que define certo contrato. No Direito do Trabalho, da mesma forma que em outros ramos do Direito, as disposições constantes das normas jurídicas que lhe são específicas são insuficientes para abarcar todas as possibilidades fáticas em seus pormenores.

Assim, a atividade do aplicador da lei consiste em isolar componentes específicos da descrição dos fatos reais e selecionar aqueles que são o cerne da conduta de modo a preencher o suporte fático da norma. Deverá desprezar, na maioria dos casos, uma série de dados irrelevantes para o processo subsuntivo, permanecendo apenas aqueles que sejam essenciais. Pode-se concluir que realizará várias valorações até aceitar que determinado detalhe se transforme em um dos elementos componentes do suporte fático de uma norma jurídica.

Também realizará juízos de valor ao rejeitar outros tantos aspectos da realidade. Na eleição dos elementos relativos à descrição abstrata e genérica de um fato, de modo a constituir-se em suporte fático de uma norma jurídica, o aplicador da norma efetua uma série de valorações. O fato de ser realizada essa atividade dessa maneira, por si só, afasta a ideia de que o processo subsuntivo se resume numa mera atividade lógico-formal. Pelo contrário, é uma atividade altamente relacionada com valores.

Ao subsumir o fato real ao suporte fático da norma, o aplicador da norma jurídica valora e seleciona apenas os elementos que considera relevantes. A realidade que lhe chega, e que servirá como elemento de subsunção, nunca é a realidade substantiva dos fatos, tais como ocorreram. Como o tempo é contínuo e irreversível, sempre a realidade submetida à apreciação será uma realidade reconstruída através da atividade probatória. A verdade real nunca será conhecida pelo aplicador da norma, porque se encontra no passado e nunca voltará. O que se tem é a possibilidade de reconstrução dos fatos através das alegações das partes, confrontadas com as provas trazidas ao processo. A chamada “busca da verdade real” nada mais é do que uma expressão utilizada com o objetivo de

dar mais poderes ao aplicador da norma na obtenção de provas para a construção de uma “verdade judicial”, isto é, para que ele tenha condições de determinar outras diligências probatórias que não sejam somente aquelas indicadas pelas partes. Na realidade, trata-se mais de uma expressão de política jurídica do que uma expressão com sentido técnico.

A verdade judicial sempre será uma reconstrução. Terá melhor qualidade essa reconstrução na medida em que o aplicador da lei dispuser de maior número de informações, levadas a ele pelas partes ou descobertas pelas diligências por ele determinadas. Nessas circunstâncias, o direito probatório é o instrumento pelo qual se faz a conexão entre o suporte fático e a realidade, ou, em palavras mais técnicas, entre a premissa maior que opera no mundo do “dever-ser”, e a premissa menor, que responde a exigências do mundo do “ser”. Será uma tentativa de reconstrução formal da realidade que mais se aproxime ao fato real propriamente dito, reduzindo a situação de fato como acontecimento à situação de fato como enunciado. Através da produção de provas o aplicador da norma jurídica buscará todos os elementos possíveis que descrevam a situação de fato. Depois, através de um sistema de valoração, dirá quais fatos entende provados, fundamentando a sua decisão. Assim, eliminará alguns fatos e aproveitará outros, sempre fundamentando a relevância que têm para a solução da controvérsia. A solução definitiva será aquela que decorrer da aplicação/criação da norma jurídica ao caso concreto, que terá como base o processo subsuntivo antes descrito.

Visto dessa perspectiva dinâmica (ou processual em sentido lato), pode-se afirmar que não há separação entre fato e direito no processo de concreção jurídica. Os fatos são reconstruídos, interpretados e valorados juridicamente, como elementos constituintes de um processo total de aplicação/criação do Direito. Portanto, a separação entre o mundo dos fatos (regidos por relações de causalidade) e o mundo do Direito (regido por relações de imputação) só tem razão de existir no sentido mais amplo da Filosofia da Ciência. No campo da aplicação do Direito, de natureza mais estrita, todo fato deve ser compreendido como fato jurídico, ou seja, como elemento relevante na composição de uma norma jurídica ou como fato traduzido e interiorizado no sistema jurídico.

Afirmar que os fatos são “traduzidos” pelo jurídico ao sofrerem a ação de normas jurídicas, ou que se transformam para fazer parte do mundo jurídico não quer dizer que os fatos jurídicos, como fatos que são, não obedecem a relações de causalidade. Numa ação envolvendo uma despedida justa por acidente de trânsito causado por embriaguez, por exemplo, o juiz averiguará, no âmbito processual, se houve nexo de causalidade entre os dois fatos: acidente e em-

briaguez. Da mesma forma, para caracterizar a justa causa para a despedida, deverá averiguar se o fato imputado ao trabalhador guarda conexão causal com a motivação para o rompimento do vínculo jurídico de emprego. No exemplo, o pressuposto da decisão será o nexo de causalidade entre o fato real e o fato juridicamente apreciado, a fim de fazer a conexão com a consequência jurídica que lhe é imputada. Comparará as duas situações e apreciará se houve nexo de causalidade entre ambas de forma que seja possível enquadrá-la na norma jurídica e estabelecer a consequência que ela prevê. A concreção da norma jurídica deve ser considerada como um todo, isto é, desde a tradução do fato real para fato jurídico até a atribuição da consequência jurídica. Para que isso ocorra, o juiz deverá “reconstruir” o fato, dando-lhe conotação jurídica, a partir das alegações das partes e dos meios de prova de que dispõe. A realidade do processo não é a realidade em si, mas a realidade reconstruída juridicamente, tendo como referência normas processuais e materiais.

Manter a relação dos fatos relevantes ao Direito com as normas jurídicas é essencial para que o sistema jurídico possa ser considerado como um sistema científico. As normas jurídicas devem ser o ponto de referência para a interpretação dos fatos. Através dos valores embutidos nas normas se transforma a realidade material em realidade jurídica. Alguns autores falam na existência de uma “força normativa factual”<sup>7</sup>, defendendo o ponto de vista de que a relação fática, a situação fática merecedora de proteção, e a responsabilidade fática geram a necessidade de um reconhecimento judicial muito antes que a dogmática prepare o terreno para uma reforma legislativa capaz de elaborar uma nova norma que a regule.

A posição que defende a “força normativa do factual” precisa ser bem estudada e tomada em consideração com a devida cautela. Não há dúvida de que a realidade social caminha na frente da possibilidade de prever condutas genéricas e abstratas e positivá-las através de normas jurídicas. Nesse sentido, é bastante claro o caráter de conservação que possui a norma jurídica. O sistema jurídico tem caráter conservador, mas, para sobreviver às mudanças dos fatos gerados na sociedade, deverá estar em contínua adaptação, sob pena de ruptura e suplantação por outro sistema jurídico, mais adaptado à realidade social. Assim, existe a previsão de determinadas medidas que adaptam o sistema jurídico a novas situações, exatamente com o intuito de preservar a sua integridade e velar pela sua manutenção. Pequenas alterações são realizadas para que a essência permaneça intocada. Essas mudanças ocorrem em três pontos: nos próprios

---

7 Cf. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 314-315.

espaços de indeterminação deixados pelo legislador, nos quais é possível fazer a adaptação aos novos tempos por meio da atividade interpretativa; na perda de validade através da perda do mínimo de eficácia de determinadas normas (desuetudo); e nas alterações proporcionadas pelo processo legislativo, desde que não ocorra uma ruptura total com a norma que fundamenta o sistema.

Analisando essas três opções de mudanças na legislação, verifica-se que todas contêm um componente da atividade política, variando apenas em função da quantidade, e não da qualidade. No fundo, tanto a atividade jurisdicional quanto a atividade administrativa nada mais são do que um prosseguimento da atividade política levada a cabo pelo legislador. O que varia é o âmbito de discricionariedade que lhe é outorgado<sup>8</sup>.

Diante das reflexões realizadas nos parágrafos anteriores, é possível afirmar que existe uma “força normativa do factual” desde que essa força seja compreendida na totalidade do fenômeno jurídico. Do mesmo modo que não se pode conceber de forma radial a distinção entre Direito Processual e Direito Material, entre “ser” e “dever-ser”, também a força criadora dos fatos deve ser compreendida dentro do fenômeno jurídico, na concepção de equilíbrio instável das normas jurídicas e dos espaços de indeterminação deixados pelo ordenamento jurídico. Analisa-se a contraposição entre fato e Direito com o olhar crítico que se deve lançar a todas as dicotomias criadas pelo raciocínio classificador do ser humano. Toda a classificação não é um fim em si mesmo, apenas serve para orientar e situar aquele que a utiliza.

Afirmar o potencial criador do Poder Judiciário, através do espaço a ele reservado através da atribuição de poderes que lhe dá o ordenamento jurídico, a chamada discricionariedade judicial, não significa afirmar que a realidade fática sempre prevalece sobre as normas jurídicas. Pensar nesse sentido seria um grave erro em dois sentidos: primeiro desapareceria o conceito de Direito, como ramo distinto da sociologia, levando aos equívocos de considerar o Direito como um mero decisionismo; segundo porque levaria ao esquecimento da ideia central do Estado de Direito de que a fonte principal do Direito é a atividade legislativa levada a cabo pelo Parlamento, democraticamente escolhido.

A lei (em sentido amplo) é, sem qualquer dúvida, a fonte principal de normas jurídicas e toda a atividade criadora do juiz ou toda a atividade da Administração Pública deve ter nela o seu parâmetro lógico e valorativo. Dentre as muitas razões que poderiam sustentar essa afirmação, a principal é a da existência do princípio democrático e da separação dos poderes. Se a pretensão é viver

---

8 Cf. KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995. p. 18-19.

em um Estado Democrático de Direito, a lei deve ser obedecida e constituirá o centro da atividade jurisdicional e administrativa, porque foi votada pelos representantes da população e, em teoria, expressa a vontade geral, submetida a uma regra de respeitar a vontade da maioria. Como o juiz não é eleito, seus poderes estão restritos à interpretação do texto legal, que deve servir como fundamento e limite de suas decisões. Portanto, sempre que se falar em “força normativa do factual”, se deve tomar em conta tais pressupostos, sob pena de cair em um grau inaceitável de arbitrariedade. A mesma lei que dá espaço para a criação do intérprete lhe serve de limite. O juiz quando considera a realidade fática, deve traduzi-la de acordo com os parâmetros jurídicos do sistema jurídico no qual opera, sob pena de ser arbitrário e substituir os parâmetros objetivos da lei pelos seus parâmetros subjetivos.

Os problemas de subsunção por falta de informação (lacunas de conhecimento) relacionam-se com situações de fato. Mais precisamente com o problema de adaptação ou encaixe de um fato concreto a um suporte fático de uma norma (previsão genérica e abstrata). O aplicador da norma jurídica realiza uma série de atividades valorativas para adaptar o fato concreto ao suporte fático de modo a estabelecer as condições necessárias para a atribuição da consequência jurídica prevista. A busca dos fatos que servirão como verdade judicial é a atividade probatória em si. De posse dos fatos e realizando o juízo de valor a respeito de seu encaixe na previsão legal, o julgador cria uma norma jurídica individual ao caso concreto. Ao desprezar alguns elementos fáticos e dar relevo a outros, efetua valorações, e não apenas executa atividades lógico-formais.

Nesse ponto da exposição, é preciso buscar quais os instrumentos que o juiz utiliza para perceber a realidade. Se é certo que o julgador tem que valorar fatos, ou versões dos fatos que lhe são apresentadas no processo por meio da atividade probatória, também é certo que antes de valorá-los o aplicador da norma tem de percebê-los, colocando-os dentro de sua realidade subjetiva.

A necessidade que o aplicador da norma jurídica tem de apreender os fatos para valorá-los e, dessa forma, encaixá-los na premissa maior existente (suporte fático), leva ao problema dos limites da percepção e ao grau de subjetivismo a que está sujeita a subsunção e, por conseguinte, a concreção jurídica.

Não há como afastar certo subjetivismo da concreção porque os indivíduos que a realizam são seres humanos com idiosincrasia própria. Cada pessoa tem uma determinada forma de perceber a realidade, ainda que possa ter em comum uma série de pontos de vista com outros. O que o Direito tenta evitar é o subjetivismo puro do aplicador da norma e esse é o papel a ser desempenhado pelas normas jurídicas.

## DOCTRINA

Sobre o problema de cada julgador utilizar somente os seus valores subjetivos, já se falou quando se exemplificava a existência de sistemas dedutivos e indutivos. O subjetivismo extremado estaria no sistema indutivo puro, chamado de livre-descoberta do Direito por parte do julgador, conforme a concepção platônica. Seria quase impossível falar na existência de um sistema jurídico nessas condições, pois a única regra geral seria a de que as decisões dos juízes deveriam ser obedecidas. Entretanto, como cada juiz representaria um ordenamento jurídico autônomo, não existiria um mínimo de coerência valorativa e unidade interna, capazes de garantir a segurança jurídica. Coerência valorativa e segurança jurídica estão intimamente conectadas e são consideradas elementos essenciais para a existência de qualquer sistema jurídico. Por outro lado, é sempre bom lembrar que o outro extremo também é inviável: não existe sistema jurídico capaz de prever todas as condutas humanas.

Não existe sistema jurídico na hipótese de total subjetivismo por parte do aplicador das suas normas, por ausência de coerência valorativa. Para frear essa situação é que aparecem as normas jurídicas. Elas servem como parâmetros para o legislador e trazem embutidos valores pelos quais devem atuar e limitar a sua atividade. Nessa concepção, as normas jurídicas constituem valores necessários para a aplicação e, ao mesmo tempo, limitam a atuação do seu aplicador. Ao descreverem condutas abstratas e ao associarem consequências jurídicas a tais condutas, de certa maneira condicionam o raciocínio de quem as aplica a um determinado resultado. O resultado específico não está dado em todos os seus detalhes, pois existe certo grau de indeterminação, tanto na subsunção dos fatos quanto na fixação dos limites da consequência jurídica. Na subsunção dos fatos, o espaço de indeterminação é representado pelas possibilidades de interpretação da conduta a ser subsumida. Na fixação dos limites da consequência jurídica, pode-se atribuir mais ou menos poder, ou aplicar uma sanção mais ou menos grave. Pode, inclusive, interpretar que o fato descrito não se enquadra na previsão genérica e abstrata da norma e, assim, não gerar consequência jurídica nenhuma. De qualquer maneira, a norma “conduz” a sua aplicação em um determinado sentido, pois o aplicador não pode contrariá-la frontalmente, sob pena de nulidade da decisão. Além das sanções de nulidade, alguns ordenamentos jurídicos inclusive preveem a possibilidade de sanções pessoais ao juiz que descumprir frontalmente as normas. Dessa forma é que se marcam os limites ao subjetivismo judicial através de normas jurídicas.

## CONCLUSÃO

Não há uma sequência obrigatória entre análise de argumentos de fato e de direito. Eles podem se intercalar no decorrer da argumentação. Entretanto,

## DOCTRINA

em nosso sistema jurídico, de natureza romano-germânica, uma norma jurídica é composta de uma previsão genérica e abstrata de uma relação de fato, à qual se atribui uma consequência jurídica, por meio de uma regra de imputação (Kelsen). Assim, em geral, a fundamentação começará pela compreensão da situação de fato e, uma vez que esteja delineada, buscar-se-á o direito aplicável. Isso decorre porque a aplicação da norma não é diferente de um processo sub-suntivo lógico, em que há uma premissa maior (previsão genérica e abstrata), à qual se encaixa uma premissa menor (caso concreto), imputando a consequência jurídica (conclusão).

A grande questão trazida pelo novo CPC são as hipóteses de sentença não fundamentada trazidas no § 1º do artigo comentado. A motivação da sentença deve se relacionar com o fato submetido a juízo, ser completa e coerente. O juiz pode dispensar a fundamentação de alguns argumentos lançados, se o argumento utilizado for prejudicial ou já contiver os outros argumentos lançados. Deve respeitar também o art. 10 do CPC, evitando o argumento surpresa.

A circunstância de paráfrases, análise de conceitos jurídicos indeterminados, aplicação de súmulas ou motivos genéricos encontrarão os velhos e conhecidos problemas de hermenêutica no exercício da prestação jurisdicional. Por exemplo, o caso pode ser tão singelo que se restrinja à aplicação literal da lei ou de uma súmula. Nem sempre a fundamentação longa e exaustiva é necessária. Além disso, onde uma parte vê uma certeza cristalina, a outra vê uma série de dúvidas.

O certo que sempre é positiva a iniciativa de melhor fundamentação das decisões judiciais, porquanto o cidadão tem o direito de saber os motivos pelos quais ganhou ou perdeu a demanda. A garantia de fundamentação é um princípio constitucional e uma expressão de racionalidade do Direito (art. 93, IX, da CF).

A sentença deve ser interpretada como um todo em si mesmo e coerente, e não a partir de fatos e trechos isolados. Trata-se de um ato de vontade e inteligência. Deve ser interpretada no sentido da conjugação de todos os seus elementos, buscando-se sempre a intenção do julgador. Isso somente será atingido se houver harmonia entre sua leitura e o objeto do processo, todos os seus atos e as questões suscitadas no seu decorrer. Tudo isso em conformidade com o princípio da boa-fé (art. 5º do CPC).