

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Ronaldo Luiz Kochem

**A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL:
OBJETO E CRITÉRIOS DE CONTROLE**

**Porto Alegre
2016**

CIP - Catalogação na Publicação

Kochem, Ronaldo Luiz
A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: OBJETO E
CRITÉRIOS DE CONTROLE / Ronaldo Luiz Kochem. -- 2016.
205 f.

Orientador: Daniel Mitidiero.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2016.

1. fundamentação. 2. decisão judicial. 3.
racionalidade. I. Mitidiero, Daniel, orient. II.
Título.

Ronaldo Luiz Kochem

**A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL:
OBJETO E CRITÉRIOS DE CONTROLE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Adjunto Dr. Daniel Mitidiero

**Porto Alegre
2016**

Ronaldo Luiz Kochem

**A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL:
OBJETO E CRITÉRIOS DE CONTROLE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Artur Thompsen Carpes
Centro Universitário Ritter dos Reis

Professor Doutor Daisson Flach
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Humberto Bergmann Ávila
Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade de São Paulo

Conceito: _____

Porto Alegre, 16 de junho de 2016.

AGRADECIMENTOS

Em algum momento no curso da elaboração desse trabalho, ouvi dizer que escrever uma dissertação poderia ser uma *aventura intelectual*, na qual a busca pelo conhecimento incentivaria o pesquisador a prosseguir na tarefa de estudar, pensar, sistematizar, criticar, escrever, corrigir, apagar, recomeçar e (quem sabe) finalizar o seu trabalho. Penso que é acertada essa afirmação. Contudo, algo que não foi dito, mas que acredito esteja implícito no discurso, é que *aventuras são arriscadas* e que o trajeto tem altos e baixos. Recomenda-se, portanto, que a aventura não seja feita sozinha, mas em *colaboração*. Tenho sorte de ter companheiros nessa aventura, o que tornou o percorrer do trajeto muito mais suave. Sou grato a todos eles por isso.

Inicialmente, agradeço ao Professor Daniel Mitidiero, orientador e amigo. Agradeço pela confiança depositada em mim, como seu aluno, e pelas diversas oportunidades acadêmicas e profissionais que me foram dadas. Agradeço, também, pela atenta orientação, pelo respeito às escolhas de direcionamento da pesquisa e pela alegria do convívio.

Aos Professores Klaus Koplín e Daisson Flach, agradeço pela atenção dada a esse trabalho na banca de qualificação ocorrida ainda em outubro de 2015, quando ele era apenas uma promessa, e pelas críticas e observações realizadas sobre a forma e o conteúdo da dissertação, que foram objeto de minha reflexão.

Pelas precisas e agudas críticas e sugestões e pelo animador incentivo acadêmico, agradeço aos Professores Arthur Thompsen Carpes, Daisson Flach e Humberto Ávila, cujas participações na banca de defesa do presente trabalho provocaram profundas reflexões a respeito do modo de apresentação e do conteúdo desta monografia.

Agradeço pelo convívio acadêmico, pelo companheirismo, pelo empréstimo de livros, pela realização de indicações bibliográficas e pelas numerosas discussões acadêmicas os amigos Daniela da Silveira, Maria Angélica Feijó, Matheus Senna, Otávio Domit, Otávio Motta, Paulo Mendes, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos.

Aos colegas do Souto Correa, agradeço pelo respeito às diferenças e, em especial, pela compreensão no período de elaboração da presente dissertação. Faço meu

agradecimento especial às áreas de Resolução de Conflitos e de Direito Tributário nas pessoas de Roberta Feiten e Henry Lummertz. Agradeço de forma nominal aos colegas com quem convivi mais diretamente no período da dissertação e que, por isso, indiretamente dividiram o peso dessa aventura intelectual: Otávio Domit, Rodrigo Cantali, Marcel Cardoso, Fernanda Savaris, Isabelle Bueno, Augusto Bercht, Renata Lima e João Paulo Tagliari.

A aventura realizada não teria sido uma aventura completa sem o importante apoio do Professor Christoph Kern, que acolheu a mim e à Maria Angélica na Universidade de Heidelberg para o desenvolvimento de pesquisa sobre o tema de nossos estudos, não medindo esforços para que pudéssemos nos aventurar intelectualmente nessa universidade e na Universidade de Lausanne. Ao Professor Kern, agradeço pela generosidade no convívio acadêmico e pela amizade. Também agradeço aos nossos colegas e amigos Valesca Profefsner, Christian Uhlmann, Jan Ole Jena, de Heidelberg, e Andreas Duttig e Friederike Heinzemann, de Lausanne, por toda a dedicação e todo o carinho.

Aos Professores Riccardo Guastini, Mauro Barberis e Pierluigi Chiassoni agradeço por nossa acolhida no Instituto Tarello de Filosofia do Direito e pela abertura ao diálogo. Agradeço ainda à bibliotecária Stefania Virçillo, que não mediu esforços para nos auxiliar em nossas demandas.

Chegando ao término dessa aventura intelectual que é a dissertação de mestrado, agradeço aos companheiros dessa e de outras tantas aventuras já realizadas e a serem realizadas, a minha família. Muito obrigado por serem minha *fundamentação*.

Em especial, agradeço à minha mãe, que pelas constantes cobranças faz com que eu procure ser sempre melhor. Ao meu pai, pelo respeito às minhas escolhas e por me ter ensinado a sonhar. À minha irmã, por haver me ensinado a colocar os sonhos no papel e a ir em busca deles. A vocês, meu obrigado pelo mundo de oportunidades que foi gestado carinhosamente por vocês.

Por fim, à Maria Angélica Feijó, minha grande companheira de diversas aventuras intelectuais e das mais variadas aventuras que compõem o caminho que decidimos trilhar em conjunto, agradeço por todo o incentivo e apoio e por todas as apostas que fazem parte de nosso cotidiano. Por nossa cumplicidade e por todo nosso amor, obrigado!

“Se chego a viena, não volto mais, Não regressas à índia, perguntou o comandante, Já não sou indiano, Em todo o caso vejo que do teu hinduísmo pareces saber muito, Mais ou menos, meu comandante, mais ou menos, Porquê, Porque tudo isto são palavras, e só palavras, fora das palavras não há nada, Ganeixa é uma palavra, perguntou o comandante, Sim, uma palavra que, como todas as mais, só por outras palavras poderá ser explicada, mas, como as palavras que tentaram explicar, quer tenham conseguido fazê-lo ou não, terão, por sua vez, de ser explicadas, o nosso discurso avançará sem rumo, alternará, como por maldição, o errado com o certo, sem se dar conta do que está bem e do que está mal, (...)”.

(José Saramago. *A viagem do elefante*, 2008)

“Separadamente necessárias, mas juntamente suficientes, as condições para a existência de uma escola de pensamento são: alguma sede, um ou mais fundadores, bastante discípulos, uma Palavra para ser espalhada, e alguns ou ao menos um herege(s), (...)”

(Mauro Barberis. *Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed*, 2013)

RESUMO

A presente dissertação trata do dever de fundamentação das decisões judiciais. O trabalho tem como escopo geral o delineamento do objeto e de critérios que uma decisão judicial deverá observar para que seja tida como suficientemente fundamentada e, com isso, fornecer à prática judiciária instrumentos para a compreensão do dever de fundamentação, seu desempenho e controle. O meio selecionado para atingir esse fim foi o estabelecimento de uma doutrina de fundamentação das decisões judiciais que seja o mais adequada possível às funções que devem desempenhar as razões das decisões judiciais e às peculiaridades de atividade jurisdicional.

Palavras-chaves: decisão judicial; fundamentação; racionalidade.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Thema der richterlichen Begründungspflicht. Zweck der Arbeit ist es das Objekt der Begründung zu bestimmen und Kriterien zu bezeichnen, mit den man die Entscheidungsbegründung als richtig oder falsch beurteilen kann. Es wird erwartet, dass die Kriterien bei der Rechtspraxis helfen, so dass man Mittel für das Verständnis, die Ausführung und die Überprüfung der Begründungspflicht hat. Dafür wird die Gründung einer Entscheidungsbegründungsdoktrin als Instrument ausgewählt. Diese Doktrin soll den Funktionen der Begründung und den Besonderheiten des Richteramts angemessen sein.

Schlüsselwörter: richterliche Entscheidung; Begründung; Rationalität.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
§ 1. A DISTINÇÃO ENTRE RAZÕES EXPLICATIVAS E RAZÕES JUSTIFICATIVAS	7
1.1. ORIGEM DA DISTINÇÃO NA EPISTEMOLOGIA.....	8
1.2. A DISTINÇÃO NA TEORIA DO DIREITO.....	14
1.2.1. O Movimento do Direito Livre e o Realismo Jurídico Americano.....	15
1.2.2. Entre Jerome Frank e Richard Wasserstrom: o estabelecimento da distinção entre contexto de decisão e contexto de justificação.....	21
1.2.3. Dos contextos de decisão e justificação às razões explicativas e justificativas	28
1.3. A RELEVÂNCIA DO CONTEXTO DE DECISÃO PARA O PROCESSO CIVIL.....	35
§ 2. A FUNDAMENTAÇÃO COMO DOUTRINA DE JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	40
2.1. A FUNÇÃO DE LEGITIMAÇÃO E DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL	41
2.1.1. Estado Constitucional.....	43
2.1.2. A função da outorga de razões às decisões judiciais.....	56
2.2. DECISÃO COMO UM DISCURSO JUSTIFICATIVO	62
2.2.1. O idealismo ingênuo das doutrinas de motivação	67
2.2.2. A incompletude das doutrinas de justificação lógico-silogísticas.....	72
2.3. DOUTRINA DE JUSTIFICAÇÃO LÓGICO-ARGUMENTATIVA.....	78

2.3.1. A teoria da jurisdição como reconstrução do ordenamento jurídico.....	79
a) O duplo aspecto reconstutivo do juízo: direito e fatos.....	83
a.1. Direito	84
a.2. Fatos.....	91
b) A função judicial entre conhecimento, valoração e escolha	98
2.3.2. Por uma doutrina de fundamentação lógico-argumentativa.....	102
a) A racionalidade do discurso judicial	103
b) A possibilidade de correção da fundamentação da decisão judicial	110
§ 3. O CONTROLE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	123
3.1. CRITÉRIOS ESTRUTURAIS DE CORREÇÃO: A LÓGICA DEDUTIVA... ..	127
3.1.1. A justificação interna: a estrutura mínima da fundamentação da decisão judicial.....	132
3.1.2. A justificação externa e sua estrutura lógica.....	139
3.2. CRITÉRIOS MATERIAIS DE CORREÇÃO: A FUNDAMENTAÇÃO EXTERNA E A FUNÇÃO DO CONTRADITÓRIO	143
3.2.1. O direito ao contraditório	145
3.2.2. A promoção do direito ao contraditório na fundamentação.....	152
3.2.3. A extensão da fundamentação e as alegações das partes	156
3.2.4. O direito ao contraditório e as premissas da justificação interna.....	163
3.2.5. A justificação externa da decisão na aplicação da lei	165
3.2.6. A extensão da fundamentação na aplicação de precedentes	172
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	176

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	181
---	------------

INTRODUÇÃO

“A pergunta a respeito do fundamento da compreensão, ou seja, da razão pela qual algo pode ser conhecido como tal, não se refere apenas ao ‘Porquê’ da compreensão, mas também ao ‘Como’ do reconhecimento e também expõe, a esse respeito, um vínculo metodológico”¹.

A presente dissertação trata do *dever de fundamentação das decisões judiciais*.

O início da pesquisa que culminou no presente trabalho foi *motivado* por doses de curiosidade acadêmica, de instigações e do enfrentamento de problemas práticos. No curso das pesquisas, a importância do exame sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais só aumentou. O novo Código de Processo Civil concretizou, em um conjunto de dispositivos, normas a respeito do que se espera (e, mais especificamente, do que não se espera) da fundamentação judicial. Assim, a pesquisa ganhou uma pretensão também dogmática sobre o redescoberto dever previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal², hoje densificado de forma qualificada na lei processual.

O escopo geral da pesquisa, desde o seu início, permanece inalterado: *delinear critérios que uma decisão judicial deverá observar para que seja tida como suficientemente fundamentada. Fornecer à prática judiciária instrumentos para a compreensão do dever de fundamentação, seu desempenho e controle*.

Dado esse fim eminentemente prático, cumpre desde já fazer alguns alertas sobre *aquilo que não é* tratado na presente dissertação. O presente trabalho não é um trabalho de história do direito ou de direito comparado, muito embora sejam utilizados recursos históricos e de direito estrangeiro, sempre submetidos ao teste de referibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro. A monografia também não se encontra no campo da teoria do direito ou da filosofia, mas no campo do direito processual. Contudo, a incorporação do discurso da teoria do direito pelo processo civil é realizada tendo em

¹ BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, p. 23.

² Dispõe referido dispositivo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as 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”.

vista a íntima e histórica ligação entre a metodologia do direito e o processo. A filosofia analítica também vai parcialmente incorporada, em razão do controle intersubjetivo que o seu discurso permite.

O que se quer dizer foi bem ressaltado por Humberto Theodoro Júnior, para quem: “[f]ilosofar por filosofar interessa à filosofia. Para o direito, porém, o conhecimento das teorias filosóficas somente é útil ou relevante na medida em que o jurista consiga utilizá-lo para produzir resultados no plano de sua ciência, que é, sabidamente, ávida de resultados práticos para a disciplina normativa da convivência social”³. Por essa razão, a presente dissertação procura exercer um juízo crítico sobre esses elementos teóricos incorporados ao discurso do presente trabalho.

Definida a moldura da pesquisa, cumpre, naturalmente, referir *o que é* tratado na presente dissertação e *de que forma* isso é feito: a partir de que *meio* se pretende atingir o escopo geral acima indicado; qual o *objeto* desse trabalho.

A presente dissertação tem como objeto a construção argumentativa de uma doutrina de fundamentação das decisões judiciais.

Esse objeto é desenvolvido em três partes. Na primeira parte (§ 1), realiza-se uma primeira aproximação da compreensão dos processos de decisão e de prolação das decisões judiciais, propondo-se uma distinção entre razões explicativas e razões justificativas. Para além de o conteúdo abordado nessa parte da dissertação servir de instrumento para o desenvolvimento das partes seguintes, há uma relevância própria que também merece ser indicada. Trata-se da distinção *da distinção* entre os procedimentos de decisão e de justificação, de um lado, e *a distinção* entre as razões explicativas e as razões justificativas. A segunda parte da dissertação (§ 2) é aquela em que se concentram os pontos mais relevantes do trabalho. Examina-se a função que deve ser desempenhada pelas razões que são atribuídas às decisões judiciais, chegando-se a conclusão de que o dever de fundamentação das decisões judiciais prescreve uma doutrina de justificação. Para que essa seja possível, deve-se levar em conta não só a sua função, mas também a complexidade da atividade jurisdicional. Com base nisso, identifica-se parâmetros segundo os quais uma fundamentação é tida como correta (adequada a esses parâmetros)

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo : Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, pp. 375-388, 2007, pp. 384-385.

ou incorreta (inadequada), ao fim do que resta estabelecida uma doutrina de fundamentação das decisões judiciais. Na terceira parte (§ 3), a partir da doutrina de fundamentação explicitada, reconhecem-se alguns critérios de controle da fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de critérios estruturais, decorrentes do emprego do raciocínio lógico-dedutivo no discurso justificativo, e de critérios materiais, alinhados com a argumentação e o raciocínio prático. Dada a pluralidade de critérios que se poderiam identificar para a avaliação da fundamentação das decisões judiciais, realizou-se cortes na abordagem da seção § 3.2, preferindo-se trabalhar com os critérios de correção sob a perspectiva do direito ao contraditório.

Desde já, faz-se um acerto terminológico, que – embora tenha certo grau de arbitrariedade – permitirá o debate crítico a que se fez menção logo acima. No presente texto, utilizar-se-á o termo *motivação* para referir aos motivos subjetivos por meio dos quais o julgador chega a determinada conclusão e o termo *fundamentação* para indicar os fundamentos objetivos por meio dos quais a decisão é justificada. Justifica-se a escolha.

Conforme o dicionário de língua portuguesa Houaiss⁴, *motivo* significa “razão de ser, a causa de qualquer coisa”, “o que põe alguém em prontidão para a ação; incentivo, motivação”; “que origina, causa, determina”. *Motivação*, de seu turno, significa “ato ou efeito de motivar”, “motivo, causa” e, especificamente na linguagem técnica da psicologia, “conjunto de processos que dão ao comportamento uma intensidade, uma direção determinada e uma forma de desenvolvimento próprias da atividade individual”. *Motivado* é o “que tem motivo, causa ou fundamento; fundado, justificado”. Segundo o mesmo dicionário, *fundamento* significa “conjunto de princípios a partir dos quais se pode fundar ou deduzir um sistema, um agrupamento de conhecimentos”, “base sólida que legitima ou autoriza algo; motivo, razão” e, especificamente na linguagem técnica da construção, “base, alicerce”. *Fundamentação* significa “ato ou efeito de fundamentar(-se), apoiar(-se), documentar(-se)” e *fundamentar* significa “apoiar(-se) em fundamentos; fundar(-se), documentar(-se), justificar(-se)”, e, especificamente ao campo da construção, “lançar os fundamentos ou alicerces de; fundar”. O mesmo dicionário tem um significado específico para o verbete *fundamentar* para o direito processual, constando “demonstrar

⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

através da lei, da doutrina, da jurisprudência, ou de provas (aquilo que a parte alega em juízo) com o fim de obter uma decisão favorável”.

Os mesmos significados são dados a esses verbetes pelo dicionário Aurélio⁵, aproximando os significados de motivação e fundamentação, em determinados pontos, e designando campos de sentido mais específicos, em outros. Essa última hipótese é o caso, por exemplo, do significado “justificativa”, que aparece somente para o verbebo *fundamento* (e não para motivo), e dos significados “[q]ue pode fazer mover” e “[q]ue causa ou determina alguma coisa” para *motivo* e “[c]onjunto de fatores psicológicos (conscientes ou inconscientes) de ordem fisiológica, intelectual ou afetiva, os quais agem entre si e determinam a conduta de um indivíduo” para *motivação* (que não aparecem para fundamento ou fundamentação).

Assim, em que pese haver conjunto de significados iguais para os dois termos – inclusive com referências recíprocas entre os verbetes –, há conjuntos de significados que são próprios a cada um deles ou mais fortemente reconduzíveis a apenas um deles, por meio dos quais se pode acordar em definir a utilização de apenas um dos termos para designar a *explicitação do modo pelo qual o julgador chega a determinada conclusão* (motivação, no sentido de causa e de origem) e apenas de um dos termos para designar a *justificação de determinada conclusão em uma base legitimadora* (fundamentação, no sentido de apoiar-se em uma base)⁶.

Além disso, a escolha desses determinados significados distintos para *motivação* e para *fundamentação* se justifica no próprio vocábulo utilizado na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX.

No que importa para o presente capítulo, deve-se ressaltar que o referido dispositivo prevê, de um lado, que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos*” e, de outro lado, que serão “*fundamentadas todas as decisões*”. Assim, caso reste confirmada, ao fim do §2, a correção das abordagens que cuidam apenas do aspecto *justificativo* da decisão, então deverá se preferir a utilização do vocábulo da Constituição Federal (“fundamentada”) para designar, não o aspecto subjetivo – que se

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI : o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, pp. 1371-1372 e p. 952.

⁶ Escolha semelhante, relacionando fundamentação (*Begründung*) a justificar (*rechtsfertigen*), e não a motivar (*motivieren*), ALEXY, Robert. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 13-51, 1995, p. 16.

pretende rejeitar –, mas o aspecto objetivo da racionalização da decisão. A escolha em sentido contrário, que outorgasse o sentido subjetivo ao termo *fundamentação* e o sentido objetivo ao termo *motivação*, representaria uma proliferação de termos e de conceitos para designar um só objeto⁷, o que reduziria o seu controle intersubjetivo e não contribuiria à concretização da segurança jurídica em nível doutrinário e mesmo prático⁸.

A monografia também utiliza a *distinção entre discursos teóricos e doutrinários*. *Teoria* é o vocábulo utilizado para designar teses somente descritivas de um objeto, enquanto que *doutrina* é utilizado para designar teses prescritivas a respeito de um objeto⁹. Sob uma perspectiva, a teoria obedece a um positivismo metodológico, segundo o qual a atividade do jurista para ser científica deve ser desprovida de valores (*wertfrei*), enquanto que a doutrina ou nega essa prescrição positivista¹⁰ ou a deixa de lado, estabelecendo de forma mais ou menos transparente os valores a que a tese se refere, para prescrever algo sobre o objeto de estudo. Sob outra perspectiva, a teoria funciona como uma reconstrução (que pode ser, pelo menos, semântica, analítica, axiomática ou sistêmica) de um determinado fenômeno, enquanto que a doutrina se propõe a estabelecer, a partir de algum fundamento, uma prescrição para o fenômeno.

⁷ Se utilizaria o termo “motivação” para denotar o mesmo que a Constituição Federal designa “fundamentação” e se utilizaria o termo “fundamentação” vezes como discurso justificativo, vezes como discurso explicativo. A respeito da indeterminabilidade dos termos em questão, v. SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Selecionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 357-371, 2015, pp. 360-362.

⁸ A propósito, Humberto Ávila ao tratar da distinção entre as espécies normativas refere que “[o] uso desmesurado de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma Ciência digna desse nome pode ser erigida –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 44), cujas razões podem ser transportadas para o presente contexto.

⁹ Para ilustrar o ponto da distinção entre teorias e doutrinas, veja-se sobre a diferenciação das funções do uso do termo realismo TARELLO, Giovanni. “Realismo giuridico”, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi : studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 81-85, 1974, pp. 65-74, e BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione. *Analisi e Diritto*, pp. 01-21, 2004, pp. 9 e ss. (que, no mesmo ensaio, também distingue teorias e doutrinas da separação dos poderes, v. *Idem*, pp. 2 e ss.). Em outra sede, distinguindo teorias e filosofias do direito, BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 2.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. A doutrina e o Direito Tributário, in: ÁVILA, Humberto. (org.) *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 221-245, 2012, pp. 235-243; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, pp. 181-204, 2013, pp. 187-199; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 31; BARBERIS, Mauro. Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mia. *Diritto e questioni pubbliche*, n. 11, pp. 533-557, 2011, p. 554.

A distinção já foi adotada, no mesmo contexto utilizado nesta dissertação, por Pierluigi Chiassoni para tratar do modo com o qual os estudiosos do direito têm examinado a estrutura silogística do raciocínio judicial. Nesse contexto, o autor distingue cinco tipos de discurso sobre o tema, entre as quais estão as *teorias* e as *doutrinas* silogísticas do raciocínio decisório. Quanto a essa distinção, ele demonstra que há juristas que sustentam que o raciocínio decisório (*in mente judicis*) é, *de fato*, um raciocínio silogístico (e, assim, tratam de teorias) e que há outros que defendem que o raciocínio decisório, na medida do possível, *deve ser* silogístico (e, portanto, tratam de doutrinas)¹¹. Além disso, Chiassoni utiliza a mesma distinção entre teorias e doutrinas para classificar os discursos sobre o aspecto justificativo das teses silogísticas¹².

O presente trabalho, dado o objeto e o conteúdo indicados acima, estabelece uma *doutrina de fundamentação das decisões judiciais*. É um pressuposto metodológico dessa dissertação a existência de vínculos a essa atividade: vínculos políticos, sociais, ideológicos e jurídicos. Sustenta-se, todavia, ao longo de todo o trabalho, uma *vinculação consciente* (ou o mais consciente possível)¹³, que tenha como maior valor a *recondutibilidade ao ordenamento jurídico*. Com isso, quer parecer, cumpre-se a regra básica decorrente do princípio do Estado de Direito segundo o qual o que governa os homens deve ser o direito, não outros homens.

¹¹ CHIASSONI, Pierluigi. Notas para um análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997, pp. 76-77; CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giurffrè, 1999, pp. 153 e ss..

¹² No mesmo sentido de Chiassoni (*Idem*, p. 77), ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho : Teorias de la argumentación jurídica*. (2003) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 5.

¹³ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, p. 399.

§ 1. A DISTINÇÃO ENTRE RAZÕES EXPLICATIVAS E RAZÕES JUSTIFICATIVAS

“O manejo prático de problemas filosóficos e a descoberta de soluções aplicáveis não devem ocorrer de modo puramente intelectual, senão que são sempre determinados por impulsos e que se emprega o método intuitivo (anschauungsmäßige, intuitive Mittel). Já a fundamentação deve ocorrer diante do fórum do entendimento; lá não podemos nos referir a uma intuição experimentada ou a necessidades do ânimo”¹⁴.

“(…) o gênio científico nunca se sentiu limitado aos degraus estreitos e aos cursos prescritos do raciocínio lógico. Por isso, seria uma tentativa vã construir uma teoria do conhecimento que fosse, ao mesmo tempo, logicamente completa e em estrita correspondência com os processos psicológicos de pensamento”¹⁵.

“O que se pede ao juiz não é a sua psicanálise ou de autoanalisar-se: pede-se, porém, que exponha argumentos em função dos quais o observador externo (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada”¹⁶.

A distinção entre as *razões explicativas* e as *razões justificativas* das decisões judiciais pode ser remontada aos assim chamados *contextos de decisão e de justificação*, que foram concebidos, inicialmente, no âmbito de uma teoria geral do conhecimento, sendo posteriormente levados à ciência do direito¹⁷. No direito, a distinção inicialmente utilizada para definir o objeto da epistemologia encontrou aplicação no que toca o problema do controle da racionalidade das decisões judiciais.

¹⁴ CARNAP, Rudolf. *Der logische Aufbau der Welt*. (1928) 4ª Edição, Hamburg: Felix Meiner, 1974, pp. XIX-XX.

¹⁵ REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. (1938) Chicago: Phoenix Books (The University of Chicago Press), 1961, p. 5.

¹⁶ TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015, p. 19.

¹⁷ TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015, pp. 16-17; ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho : Teorías de la argumentación jurídica*. (2003) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 4.

É de certo modo irônico que a distinção entre os contextos de decisão (ou descoberta) e de justificação, que foram tão caras para a construção da epistemologia como estudo *puramente lógico* do conhecimento, tenha sido aplicada e desenvolvida no campo do direito a partir de juristas que pretendiam justamente *desmistificar* o conteúdo puramente lógico das decisões judiciais. Essa ironia poderia vir a ser entendida como demonstração da falsidade do que é sustentado no presente capítulo; no entanto, como se demonstra abaixo, a resolução das críticas proferidas contra essa distinção evidencia a possibilidade de neutralizá-la, reduzindo-a a conceitos instrumentais. Primeiro, descompromete-se o contexto de justificação à defesa de um raciocínio justificativo puramente lógico, que lhe era pressuposta no momento de seu surgimento. Segundo, coloca-se o questionamento a respeito do conteúdo da decisão judicial no âmbito da *doutrina de fundamentação das decisões*, e não da teoria, superando a *distinção (procedimental) contextual* em favor de uma *distinção (discursiva) entre as razões explicativas ou justificativas*.

1.1. ORIGEM DA DISTINÇÃO NA EPISTEMOLOGIA

Na epistemologia, pelo menos desde Rudolf Carnap, no início do século XX, procura-se distinguir o modo concreto de resolução dos problemas científicos e o modo da apresentação dos resultados. Com a criação do seu sistema lógico, Carnap não pretendia fosse exposto o processo real de chegada ao conhecimento, com suas características concretas; pretendia sim que a formação do conhecimento fosse *reconstruída* de modo racional e esquemático. Por meio da reconstrução, substitui-se o conhecimento intuitivo pelas inferências discursivas¹⁸. E porque a tarefa da ciência consistiria em encontrar e ordenar apenas enunciados verdadeiros¹⁹, impunha-se que as inferências discursivas fossem controláveis²⁰.

¹⁸ CARNAP, Rudolf. *Der logische Aufbau der Welt*. (1928) 4ª Edição, Hamburg: Felix Meiner, 1974, p. 74.

¹⁹ CARNAP, Rudolf. *Der logische Aufbau der Welt*. (1928) 4ª Edição, Hamburg: Felix Meiner, 1974, p. 252.

²⁰ Essa distinção entre a forma de chegada a uma determinada conclusão, a uma teoria, ou a um enunciado e a forma com que essa conclusão, essa teoria ou esse enunciado são demonstrados foi particularmente cara para a concepção de um discurso científico que se pretendia apto a descrever o objeto da ciência de forma objetiva. E era essa a intenção, por exemplo, do empirismo do Círculo de Viena, de qual Carnap fazia parte.

No mesmo período, Karl Popper – embora crítico direto do empirismo lógico – reconhecia valor na distinção entre os aspectos psicológicos do conhecimento e os seus aspectos lógicos, com o objetivo de, com isso, superar a concepção de uma ciência capaz de se basear em inferências indutivas. Para ele, a teoria do conhecimento deveria ser necessariamente dedutiva²¹. Passo necessário a ser tomado era a distinção entre a *psicologia do conhecimento* e a *lógica do conhecimento*. Enquanto que a primeira cuidaria da forma pelas quais as teorias seriam concebidas, a segunda seria incapaz de tratar do tema – o que tampouco seria necessário para os fins da epistemologia. A lógica do conhecimento cuidaria, sim, da possibilidade de comprovação e de *justificação dos enunciados*²².

E ainda que se pudesse entender a epistemologia como uma reconstrução racional²³ da descoberta, essa concepção seria equivocada se pretendesse demonstrar os processos de estímulos e de criação que *levaram à descoberta*, já que não teriam relação com a lógica. Para a epistemologia de Popper, a reconstrução racional somente teria sentido se compreendida como uma *estrutura lógica (ein logisches Gerippe)* do processo de comprovação²⁴.

O que importa para o presente capítulo é a concepção defendida por Popper segundo a qual a teoria do conhecimento não trataria dos *aspectos psicológicos* acerca da chegada à teoria, mas da questão da *capacidade de justificação lógico-racional* das teorias. Destaca-se, assim, a distinção entre dois momentos da produção do conhecimento.

Foi Hans Reichenbach, que dialogava diretamente com Popper, quem primeiro cunhou as expressões *context of discovery* e *context of justification* para distinguir os dois objetos, respectivamente, das ciências da psicologia e da epistemologia – distinção essa que também entendia fundamental para a construção de uma teoria do conhecimento²⁵.

²¹ POPPER, Karl. *Logik der Forschung : Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*. Wien: Springer, 1935, pp. 1-4. A propósito da manutenção desse entendimento por Popper nas edições mais recentes de sua obra, v. POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. (1973) 5ª edição. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1974, p. 28.

²² POPPER, Karl. *Logik der Forschung : Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*. Wien: Springer, 1935, p. 4.

²³ O termo *reconstrução racional* é utilizado pelo autor fazendo referência à obra de Carnap.

²⁴ POPPER, Karl. *Logik der Forschung : Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*. Wien: Springer, 1935, p. 5; POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. (1973) 5ª edição. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1974, p. 32.

²⁵ REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. (1938) Chicago: Phoenix Books (The University of Chicago Press), 1961, p. 6. A teoria de

Enquanto que o objeto da psicologia seria o real modo pelo qual os processos de pensamento são realizados, a epistemologia teria como objeto um sistema de interconexões lógicas de pensamento (seria um substituto lógico dos processos reais de pensamento)²⁶: as operações psicológicas do pensamento são processos que geralmente não seguem os caminhos prescritos pela lógica, são vagas e flutuantes e, além disso, podem conter saltos sobre grupos inteiros de operações que seriam necessárias para uma exposição completa da matéria²⁷. Já as “operações de pensamento” às quais a epistemologia se refere dizem respeito ao modo em que os pensamentos devem ocorrer para que sejam considerados parte de um sistema consistente, ou ainda aos conjuntos de operações justificáveis que podem ser intercaladas entre o ponto de partida e a questão do próprio processo²⁸.

A epistemologia, entendida como reconstrução racional do pensamento²⁹, corresponderia não à forma pela qual a conclusão é tomada (*subjetiva*), mas à forma pela qual o processo de pensamento é comunicado para outras pessoas (*intersubjetiva*). Assim, ela estaria ocupada com a construção do contexto de justificativa, mas não do contexto de decisão³⁰. Como exemplo disso, o autor refere que a construção da teoria do silogismo foi feita para *justificar* o pensamento dedutivo por meio da sua redução a esquemas operacionais justificáveis³¹.

Em síntese, pode-se dizer que a epistemologia de Reichenbach se ocupa da estrutura lógica e das *relações lógicas entre os enunciados* que descrevem observações (não os objetos das observações) e *as leis ou as teorias* que confirmam ou refutam os

Reichenbach reconhece o conhecimento como um sistema aproximativo, incapaz de concebê-lo como “verdadeiro”, e dá um alto valor ao conceito de probabilidade e de indução (*Idem*, p. vi), o que é criticado por Popper, cfr. POPPER, Karl. *Logik der Forschung : Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*. Wien: Springer, 1935, p. 3.

²⁶ REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. (1938) Chicago: Phoenix Books (The University of Chicago Press), 1961, p. 5.

²⁷ REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. (1938) Chicago: Phoenix Books (The University of Chicago Press), 1961, pp. 4-5.

²⁸ REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. (1938) Chicago: Phoenix Books (The University of Chicago Press), 1961, p. 5.

²⁹ Também Reichenbach refere-se a Carnap (cfr., expressamente, *Idem*, p. 5, n. 1).

³⁰ REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. (1938) Chicago: Phoenix Books (The University of Chicago Press), 1961, pp. 6-7.

³¹ REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. (1938) Chicago: Phoenix Books (The University of Chicago Press), 1961, p. 8.

enunciados³². Daí porque pressupõe a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação e porque deixa de lado a análise do primeiro.

Não obstante as divergências entre os três filósofos, é certo que a distinção entre os dois contextos se tratava de um pano de fundo comum às suas respectivas teorias³³. Além disso, a partir de Reichenbach, foram diversos os autores que aderiram à tese e foram diversos os modos pelos quais isso foi feito³⁴.

Conforme Hoyningen-Heune, reconhece-se diversas versões da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, que dependem de diferentes critérios de comparação. A utilização da distinção pode ser feita para caracterizar dois processos *temporalmente distintos*, segundo a qual algo é inicialmente descoberto e somente posteriormente justificado. Pode-se utilizar a distinção para ressaltar a descoberta como sendo um *processo* e a justificativa (ou o “teste”) como sendo um *método*. Ainda pode ser utilizada a distinção para suportar a tese de que a descoberta é *empírica* e a justificação – ou o “teste” – é *lógica*, ou de que a *metodologia* da história, psicologia e sociologia da ciência é empírica e a *metodologia* da filosofia da ciência é lógica³⁵.

A distinção foi objeto de críticas no campo da epistemologia, sendo a mais conhecida delas a de Thomas Kuhn³⁶, para quem a justificação a favor de uma teoria científica é realizada por meio de elementos que tradicionalmente são tidos como

³² NETTEL, Ana Laura. La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial. *Isonomía*, n. 05, pp. 107-117, Octubre/1996, p. 109. Quanto às críticas da autora contra a distinção entre os dois contextos, essas não procedem, porque as razões justificativas decorrentes do contexto de justificação também permitem a análise das justificações externas das decisões (cfr. §3, *infra*).

³³ Tal distinção pode ser remontada até mesmo a Aristóteles e Euclides, cfr. HOYNINGEN-HEUNE, Paul. Context of discovery and context of justification, *Studies in history and philosophy of science*, v. 18, n. 4, pp. 501-515, 1987, p. 503. A respeito do contexto de surgimento da nomenclatura de Reichenbach, v. HOWARD, Don. Lost Wanderers in the Forest of Knowledge: some thoughts on the Discovery-Justification distinction, in: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (eds.). *Revisiting Discovery and Justification : historical and philosophical perspectives on the context distinction*. Dordrecht: Springer, pp. 03-22, 2006.

³⁴ A propósito, v. SILVA, Gilson Olegario da. Carnap, Kuhn e a distinção entre contextos de descoberta e justificação, in: SILVA, Gilson Olegario da. *Sobre estruturas linguísticas e paradigmas: as releituras recentes de Carnap e Kuhn*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), pp. 63-108, 2013.

³⁵ HOYNINGEN-HUENE, Paul. Context of discovery versus context of justification and Thomas Kuhn, in: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (eds.). *Revisiting Discovery and Justification : historical and philosophical perspectives on the context distinction*. Dordrecht: Springer, pp. 119-131, 2006, pp. 120-123.

³⁶ Vide a introdução do KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 9, que – contudo – não nega a possível utilidade da distinção.

pertencentes ao contexto de decisão, como valores comunitários cognitivos. Assim, a distinção não teria valor³⁷.

Para Kuhn, a distinção entre o contexto de decisão e de descoberta é uma distinção artificial³⁸. O *processo de descoberta* se inicia com o reconhecimento de anomalias, entendidas como tais os fatos que violam as expectativas produzidas pelo paradigma científico vigente. Continua por meio da exploração da anomalia, e é completada pelo ajuste do paradigma para abarcar os novos fatos conhecidos. Esse ajuste somente será tido como finalizado quando os cientistas aprendem a visualizar o mundo de modo diferente, segundo o novo paradigma científico³⁹.

O autor, por meio de exemplos, demonstra que a frase como “o oxigênio foi descoberto”⁴⁰ induz em erro, porque a “descoberta” é tida como mero ato assimilável ao conceito de “ver” e atribuível a um indivíduo em um determinado momento⁴¹. Na verdade, é longo o processo de assimilação conceitual necessário para a alteração do paradigma científico. A renúncia de um paradigma científico não é realizada pela mera crise das teorias vigentes; é necessário que exista uma nova teoria capaz de tomar o lugar do paradigma anterior. E a escolha pela rejeição de um paradigma sempre é acompanhada por uma decisão simultânea a favor de um novo paradigma⁴². Ademais, não há como pesquisar na ausência de um paradigma⁴³.

É de destacar, ainda, que Kuhn reconhece que a motivação para que uma nova teoria seja acolhida individualmente por um cientista depende de diversas razões, sendo que algumas delas estão fora do âmbito científico⁴⁴. A importância do autor reside, portanto, não apenas no fato de ele ter tachado de artificial a distinção entre os contextos

³⁷ HOYNINGEN-HUENE, Paul. Context of discovery versus context of justification and Thomas Kuhn, in: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (eds.). *Revisiting Discovery and Justification : historical and philosophical perspectives on the context distinction*. Dordrecht: Springer, pp. 119-131, 2006, pp. 126-127.

³⁸ KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 52.

³⁹ KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, pp. 52-53, p. 62.

⁴⁰ São pelos menos três os possíveis cientistas que descobriram o oxigênio, cfr. KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, pp. 53-54.

⁴¹ KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 55.

⁴² KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 77.

⁴³ KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 79.

⁴⁴ KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, pp. 152-153.

de descoberta e de justificação, como por ele defender a existência de uma *estrutura da descoberta científica*, cuja decisão a favor dela (ao contrário de depender da forma de justificação) depende de diversos fatores subjetivos.

Independente das possíveis disputas a respeito das distinções, um dos significados da diferenciação que não é colocado em dúvida é aquele segundo o qual se distingue *duas perspectivas sobre a observação do conhecimento científico: uma delas fática e outra normativa ou avaliativa*. Conforme Hoyningen-Heune, a existência da perspectiva normativa jamais foi objeto de críticas, sendo possível reduzir o papel do contexto de justificativa a essa⁴⁵.

Assim, no campo da epistemologia, a *observação normativa ou avaliativa* sobre o conhecimento científico é realizada por meio de *normas* epistemológicas, com base nas quais se pode verificar se o enunciado é justificado ou não. A justificabilidade *epistemológica* envolve a capacidade de se justificar em normas *epistemológicas* determinada proposição *epistêmica*. Não se entra na questão sobre a natureza dos objetos, das descrições, das normas ou da justificativa – o que sugere uma tese livre dos criticados preconceitos do empirismo-lógico ou das controvertidas teorias sobre a relação entre fatos e normas⁴⁶.

Não se ignora, portanto, tenham sido feitas críticas à distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação sob o ponto de vista da epistemologia geral, ocorre que isso não é capaz de retirar a validade da distinção dessas perspectivas sobre o conhecimento. Ademais, conforme reconhecido por Michele Taruffo, ainda que a ciência do conhecimento passasse a ignorar tal distinção, a utilidade para a análise das decisões judiciais permaneceria intacta⁴⁷. A validade, utilidade e o desenvolvimento da distinção

⁴⁵ HOYNINGEN-HUENE, Paul. Context of discovery versus context of justification and Thomas Kuhn, in: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (eds.). *Revisiting Discovery and Justification : historical and philosophical perspectives on the context distinction*. Dordrecht: Springer, pp. 119-131, 2006, p. 128.

⁴⁶ Esse rejuvenescimento neutro da distinção é sugerido por HOYNINGEN-HUENE, Paul. Context of discovery versus context of justification and Thomas Kuhn, in: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (eds.). *Revisiting Discovery and Justification : historical and philosophical perspectives on the context distinction*. Dordrecht: Springer, pp. 119-131, 2006, pp. 128-130. A propósito, as razões justificativas irão corresponder justamente à possibilidade de uma proposição *normativa* ser *juridicamente* justificada com base em normas *jurídicas* – o que não nega a importância da colocação da questão sobre os elementos variáveis dessa fórmula, como por exemplo a concepção de *norma*.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015, p. 17.

entre os contextos de decisão e de justificação no âmbito do direito tem uma certa autonomia aos seus laços genéticos, que se demonstra abaixo.

1.2. A DISTINÇÃO NA TEORIA DO DIREITO

Na teoria do direito, o reconhecimento da distinção entre os contextos de decisão e de justificação aconteceu a partir de manifestações de juristas que compunham os movimentos de crítica ao positivismo jurídico, que despontaram no final do século XIX e no início do século XX.

Em uma visão macroscópica, pode-se afirmar que o Movimento do Direito Livre e o Realismo Jurídico Americano⁴⁸ contribuíram de forma importante à incorporação da distinção entre os contextos de decisão e de justificação e entre as razões explicativas e justificativas. A literatura desenvolvida pelos integrantes desses movimentos tornou visível que – não obstante a existência de teorias concorrentes que descrevessem a decisão judicial como puro procedimento lógico – a tomada de decisões contém valorações nem sempre explicitadas. E com isso, os juristas evidenciaram a existência dos distintos contextos acerca da decisão judicial e dos possíveis objetos sobre a qual o discurso contido na decisão pode recair.

Por meio de uma visão mais aproximada do Realismo Jurídico e especificamente sobre o expoente Jerome Frank, chega-se à contribuição adicional ao estabelecimento de uma distinção mais ou menos rígida entre os processos de decisão e de justificação. É que, muito embora Frank não fosse adepto à distinção, foi em razão dele que a doutrina crítica de Wasserstrom estabeleceu, no campo do direito, uma teoria da distinção entre os

⁴⁸ A propósito da identificação de rastros de influência entre os movimentos, v. HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German free law movement as the source of American legal realism. *Virginia Law Review*, v. 73, pp. 399-455, 1987; REA-FRAUCHIGER, Maria Anna. *Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewelyn, Jerome Frank, Underhill Moore*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 177-181. Afirmando que o Realismo Jurídico é o resultado da exageração de duas teses, uma da doutrina franco-alemã do Direito Livre e outra do movimento alemão-americano da Escola Sociológica do Direito, KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, v. 43, pp. 1240-1253, june/1934, pp. 1240-1241. Ainda, sobre a influência de Jhering em Holmes, FRANK, Jerome. Civil Law Influences on the Common Law. Some Reflections on “Comparative” and “Contrastive” Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 104, n. 7, pp. 887-926, may/1956, pp. 891-893.

contextos de decisão e de justificação. A partir daí, tomando Wasserstrom como paradigma, a teoria do direito incorporou com aparente permanência esse discurso.

Não obstante, conclui-se, ao final, que se mostra mais adequado – em lugar de tratar de *contextos* e de *processos* de decisão e de justificação – tratar de *razões* explicativas e justificativas.

1.2.1. O Movimento do Direito Livre e o Realismo Jurídico Americano

O Movimento do Direito Livre e o Realismo Jurídico Americano⁴⁹ costumam ser indicados como sendo uma resposta ao Formalismo Jurídico⁵⁰, entendido como tal a preocupação quase que exclusiva com a forma externa do direito (e não com o seu conteúdo), acompanhada da definição do direito como sistema de normas fechado e completo do qual as decisões seriam deduzidas⁵¹. Ainda, pode-se atribuir a esses movimentos a crítica ao logicismo e ao positivismo jurídico vigente ao tempo em que eclodiram⁵². No que toca o presente capítulo, após a introdução aos movimentos, destaca-se algumas posições de representantes desses movimentos que permitiram o desenvolvimento da distinção entre os contextos de decisão e de justificação no campo do direito.

Arthur Kaufmann⁵³ atribui três teses centrais para o Movimento do Direito Livre. Primeiro, a decisão judicial não é o resultado de uma pura dedução a partir da lei, é dizer:

⁴⁹ No contexto do presente trabalho, não se mostra adequada uma análise extensa e com pretensão de completude sobre o Movimento do Direito Livre e o Realismo Americano, mas sim uma abordagem limitada ao escopo do presente capítulo.

⁵⁰ Criticamente, ANDERSON, Bruce. *“Discovery” in legal decision-making*. Dordrecht: Springer, 1996, p. 3.

⁵¹ REA-FRAUCHIGER, Maria Anna. *Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewelyn, Jerome Frank, Underhill Moore*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 171. A respeito da polissemia da palavra formalismo: SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, pp. 509-548, March/1988.

⁵² Segundo Taruffo, o aspecto lógico da decisão judicial para o positivismo do *common law* é caracterizado pelo procedimento de individualização da *ratio decidendi* composto por dois momentos (o primeiro momento, indutivo, formula a norma geral; o segundo momento, dedutivo, que individualiza a norma para o caso concreto); para o positivismo do *civil law*, o logicismo é caracterizado pelo procedimento de dedução da norma para o caso a partir do sistema posto (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 133-134).

⁵³ KAUFMANN, Arthur. Freirechtswegung – lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre. *Juristische Schulung*, 5. Jahrgang, Heft 1, pp. 1-9, Januar/1965, p. 3. Para outras análises do Movimento do Direito Livre, ver WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit : unter*

a lei não é a única fonte do direito para a obtenção da sentença jurídica concreta. Segundo, não existe identidade entre o direito e a lei. Terceiro, o direito tem natureza dinâmica e histórica e está em constante mudança, ainda que sem a intervenção do legislador. Essas três teorias a respeito da natureza e da aplicação do direito indicam que a atividade judicial não é devidamente representada por decisões judiciais escritas em forma de puro silogismo dedutivo em que a premissa maior é a lei e a premissa menor são os fatos do caso. Com isso, iluminou-se a distinção entre o processo de decisão e a forma com a qual a decisão é prolatada.

Segundo Giovanni Tarello, dois dos temas centrais do Realismo Jurídico Americano são: a crítica às concepções tradicionais de argumentação jurídica silogística e a respeito da ciência jurídica como sendo abstrata e atinente tão somente às normas⁵⁴. É justamente por isso que se pode dizer que a análise do processo judicial era central para o Realismo Jurídico, seja em seu aspecto a respeito das regras jurídicas aplicadas ao caso, seja em seu aspecto a respeito da determinação dos fatos do caso⁵⁵. O movimento contrapunha-se à noção do Positivismo Analítico, segundo a qual o direito seria uma prévia estrutura íntegra e completa de regras e de princípios promulgados ou reconhecidos pelo Estado e a decisão judicial seria o resultado de uma argumentação apenas silogística dedutiva⁵⁶.

Conforme Hermann Kantorowicz, o movimento do Realismo Jurídico padece de diversas contradições e congrega diferentes personalidades; porém, os personagens do movimento convergem em duas concepções fundamentais: o direito não é um conjunto de regras, mas de fatos; a natureza da ciência jurídica é empírica⁵⁷. Um dos resultados dessas teses do movimento realista, e que importa para o presente capítulo, foi o

besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen: Vanderhoeck & Ruprecht, 1952, pp. 343-344; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. (1967) 2ª edição. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993, pp. 670-673; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. (1991) 6ª edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, pp. 77-83.

⁵⁴ TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 151 e ss..

⁵⁵ FRANK, Jerome. *Courts on trial : myth and reality in American Justice*. (1949) Princeton: Princeton University Press, 1973, pp. 73-74.

⁵⁶ REA-FRAUCHIGER, Maria Anna. *Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewelyn, Jerome Frank, Underhill Moore*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 167.

⁵⁷ KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, v. 43, pp. 1240-1253, june/1934, p. 1240.

reconhecimento – em maior ou menor grau – da existência de criatividade na decisão judicial⁵⁸.

Comparando-se os dois movimentos, pode-se chegar à conclusão de que o Realismo Jurídico americano era mais ligado ao exame da atividade judicial do que o Movimento do Direito Livre. Essa conclusão encontra suporte no fato de que o problema objeto de exame pelo movimento europeu foi ligado muito mais à natureza da norma, dos cânones e das técnicas interpretativas e das relações entre norma e os interesses e valores da sociedade do que dirigido ao exame da jurisdição enquanto atividade⁵⁹.

Para o fim de demonstrar a contribuição que esses movimentos tiveram sobre a discussão a respeito do conteúdo da decisão judicial, analisa-se alguns exemplos de alguns autores que os compunham.

Hermann Jsay afasta-se da concepção dominante de seu tempo segundo a qual a regra do caso concreto decorreria imediatamente da norma jurídica e a decisão seria o resultado da mera aplicação da regra contida na norma jurídica ao caso concreto. Conforme o autor, em apenas um pequeno número de casos seria possível descrever o processo de decisão dessa forma, *i. e.*, desprovido-o de qualquer atividade intelectual (*ohne jede geistige Tätigkeit*)⁶⁰.

Já a partir da verificação das diversas instâncias possíveis que um processo pode passar para chegar a uma decisão final e definitiva e também a partir do fato de que para o mesmo caso os juízes podem chegar a regras divergentes entre si, é possível verificar que existe uma “atividade intelectual” nesse processo e que, portanto, esse não é meramente cognitivo. Ao mesmo grupo de evidências contra aquela concepção dominante, Jsay soma os casos em que o juiz deve interpretar contratos, decidir os casos de acordo com a boa-fé e, ainda, nas decisões segundo os bons costumes ou de acordo

⁵⁸ REA-FRAUCHIGER, Maria Anna. *Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewelyn, Jerome Frank, Underhill Moore*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 168. A propósito do Realismo Jurídico Americano, ao lado das referências já realizadas, v. SCHAUER, Frederick. Legal Realism Untamed. *Texas Law Review*, v. 91, pp. 749-780, 2012-2013; FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a Fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, pp. 201 e ss..

⁵⁹ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 134-136.

⁶⁰ JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 20.

com a importância das razões⁶¹, ou mesmo nos casos em que se discute a possível pluralidade de normas aplicáveis ao caso⁶².

Em síntese de sua distinção entre norma e decisão, Jsay afirma que a norma teria essência racional, enquanto que a decisão conteria elementos irracionais⁶³. Isso decorreria da diferença existente nos processos realizados para a obtenção da norma jurídica e para a decisão no caso concreto: segundo o autor, enquanto a norma geral seria obtida por meio de um processo racional cognitivo, *a decisão individual seria obtida por meio de processos mentais volitivos e valorativos realizados a partir do caso concreto*⁶⁴.

Ao reconhecimento da distinção entre processos de obtenção da norma e de decisão ainda vai somado o reconhecimento do processo de fundamentação da decisão. É que muito embora o autor reconheça que a decisão é tomada com elementos não racionais, ele afirma que ela deve passar pelo *processo de racionalização*.

Com um tom realista a respeito do processo de decisão, Hermann Jsay afirma que, ordinariamente, *a decisão seria tomada* tão logo determinados os fatos da causa, sendo que a questão a respeito da norma jurídica dita “aplicada” viria apenas depois⁶⁵. A *fundamentação da decisão*, de outro lado, desempenharia o papel de expressão da característica de validade geral e de normatividade da decisão, devendo conduzir a decisão a uma norma – para o que é realizada uma atividade intelectual generalizante que é posterior à atividade intelectual individualizada da decisão⁶⁶. Ademais, dado ao sistema econômico do mundo moderno, exige-se a *racionalização da decisão*, de modo a *permitir o seu controle* a partir de normas jurídicas e o teste de racionalidade⁶⁷.

Resumindo a posição de Jsay a respeito do ponto em exame, de um lado se coloca o processo de tomada de decisão, identificado por sua irracionalidade, e de outro, coloca-se a fundamentação da decisão, como processo de racionalização.

⁶¹ JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 20-21.

⁶² JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 22. O autor ainda refere a presença de elementos não redutíveis à lógica nos debates de julgamentos colegiados, bem como reconhece a influência de outras circunstâncias (*Idem*, p. 23). A respeito, já Oskar Bülow afirmava que a lei seria “frequentemente mais sensata que seus autores”, confiando aos juízes a responsabilidade de anunciar às partes a opinião definitiva sobre a vontade estatal com relação ao caso concreto (BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, pp. 37-38).

⁶³ JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 25.

⁶⁴ JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 26-28.

⁶⁵ JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 60-65.

⁶⁶ JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 28.

⁶⁷ JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 77-78.

Assim como Jsay, John Dewey sustenta, em sua análise sobre a utilização do método lógico no direito, que o processo de raciocínio não é iniciado a partir de premissas, mas de um determinado caso que aparentemente comporta modelos alternativos de tratamento e de solução, sendo que as premissas apenas vão surgindo no decorrer da análise. O problema, conforme Dewey, não é retirar uma conclusão das premissas dadas (o que frequentemente consta das decisões judiciais), mas encontrar os enunciados gerais e particulares que servirão de premissas⁶⁸.

Nesse contexto, o autor afirma que as cortes não apenas têm de *chegar às conclusões* (inclusive sobre as premissas), mas também devem expô-las, o que deve ser feito com *razões justificativas*. Ademais, para Dewey, as “operações mentais aí envolvidas [na justificação] são um tanto diferentes daquelas envolvidas na chegada à conclusão”⁶⁹.

Na chamada “*lógica da pesquisa e da investigação*”, a situação é de certo modo duvidosa, indeterminada e problemática a respeito de seu significado, que vai sendo revelado gradualmente e que possivelmente é surpreendente. Já a “*lógica da exposição*” pressupõe a chegada a uma solução definitiva e que essa solução determine as implicações jurídicas – não é revelada gradualmente nem é origem de surpresas para o julgador. Essa “lógica” tem o propósito de apresentar os *fundamentos* para a decisão, com os quais essa não aparenta ser arbitrária e a partir dos quais a regra jurídica indicada na decisão pode ser *aceita* para aplicação também em futuros casos similares⁷⁰.

Como exemplo dessa distinção das operações mentais envolvidas na decisão judicial e na sua exposição, aponta-se o relato do juiz distrital Joseph C. Hutcheson Jr., cujas decisões eram conscientemente tomadas por sensibilidade e intuição. É dizer – em suas palavras – que Hutcheson *tomava decisões* da mesma forma que os advogados, com a exceção de que o julgador procura uma solução justa e não uma solução favorável ao

⁶⁸ DEWEY, John. Logical Method and Law. *Cornell Law Review*, v. 10, issue 1, pp. 17-27, December/1924, p. 23.

⁶⁹ DEWEY, John. Logical Method and Law. *Cornell Law Review*, v. 10, issue 1, pp. 17-27, December/1924, p. 24.

⁷⁰ DEWEY, John. Logical Method and Law. *Cornell Law Review*, v. 10, issue 1, pp. 17-27, December/1924, p. 24. A propósito de tema conexo ao presente, relativo ao registro e à exposição de razões das decisões judiciais para fins de determinação do objeto da *res judicata* e ao estabelecimento da doutrina de precedentes, v. DYZENHAUS, David; TAGGART, Michael. Reasoned Decisions and Legal Theory, in: EDLIN, Douglas E. (ed.). *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, pp. 134-167, 2007, pp. 138 e ss..

cliente⁷¹. Tal afirmação a respeito da discricionariedade judicial – feita com relação ao *processo de julgamento*, mas não com relação à *apologia da decisão realizada de forma a racionalizar a pronúncia* – é comparada com a mesma faculdade metodológica de que os cientistas dispõem no processo de descoberta⁷².

Kantorowicz aponta que os realistas haveriam exagerado ao enunciar que as decisões não seriam tomadas com base em regras, exagero que decorreria da confusão entre direito e fatos. Segundo o autor, a constatação de que determinadas decisões sejam tomadas com um grau de discricionariedade (como a decisão, que o autor indica, sobre o preenchimento de lacunas no direito) não corrobora a tese realista, já que a *discricionariedade não se opõe às regras*, sendo apenas uma forma intuitiva de encontrá-las. A premissa maior da decisão permanece devendo ser geral, para ser premissa maior. E para que a decisão permaneça sendo jurídica, essa mesma premissa deve ser uma regra jurídica⁷³. Com isso, esclarece que a discricionariedade da tomada de decisão sobre as premissas não leva a uma decisão desconectada das normas jurídicas. A discricionariedade tem momento tão somente na tomada de decisão, não no discurso racionalizante a favor da decisão.

A seguir, ele realiza uma outra crítica ao Realismo Jurídico, desta vez orientada à noção de ciência do direito para esse movimento. Conforme Kantorowicz, os realistas confundem as ciências naturais e as ciências culturais e, por isso, confundem a *explicação* – que é o método típico das ciências empíricas e trata de relações de causa e efeito – e a *justificação*⁷⁴. A questão que interessa ao juiz é aquela sobre a possibilidade de ele justificar a decisão como sendo consequência de uma determinada regra, ou de justificar ao menos a sua compatibilidade com ela. Por traz dessa afirmação, Kantorowicz pressupõe estarem as “mais importantes lições da epistemologia moderna”⁷⁵ (como a distinção entre processo de descoberta e processo de justificação).

⁷¹ HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive : the function of the ‘hunch’ in judicial decision. *Cornell Law Review*, v. 14, issue 3, pp. 274-288, april/1929, p. 278. Para uma afirmação semelhante, CALAMANDREI, Piero. La Crisi della Motivazione, in: CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*, Padova: CEDAM, 1954, p. 103.

⁷² HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive : the function of the ‘hunch’ in judicial decision. *Cornell Law Review*, v. 14, issue 3, pp. 274-288, april/1929, p. 278-280.

⁷³ KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, v. 43, pp. 1240-1253, june/1934, p. 1244.

⁷⁴ KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, v. 43, pp. 1240-1253, june/1934, p. 1248.

⁷⁵ KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, v. 43, pp. 1240-1253, june/1934, p. 1249.

1.2.2. Entre Jerome Frank e Richard Wasserstrom: o estabelecimento da distinção entre contexto de decisão e contexto de justificação

Jerome Frank situa a sua obra *Law and the modern mind* no contexto de uma constatação, segundo a qual os juristas em geral sustentam um mito de certeza jurídica e previsibilidade integral do direito⁷⁶. Em nome desse mito, por exemplo, a Suprema Corte Americana tem historicamente casos de julgamentos com alterações de precedentes e de aplicação das decisões prévias de forma inconsistente, o que seria uma exagerada recusa em se admitir a mudança do posicionamento da corte⁷⁷. Uma afirmação de que o posicionamento da corte haveria mudado deixaria desagradavelmente óbvio o fato de que há criação do direito retroativa e que há casos de mudanças imprevisíveis no direito, sendo o motivo pelo qual não seria realizada⁷⁸. Frank examinou em seu livro pelo menos dois objetos centrais: esse mito dos juristas, contra o qual se insurge, e o exame do processo de decisão judicial.

Segundo o autor, o mito pode ser parcialmente explicado por meio da psicologia. Para Frank, o desejo infantil de capturar a figura de um mundo controlado e seguro ressurge na antropomorfização do direito e na atribuição do papel paternal e controlador ao próprio direito, entendido como estável, determinado, seguro e infalível⁷⁹. Na história do direito, esse mito manifestou-se de diversas formas diferentes, explicando o direito por meio da razão natural, do sentido de justiça do povo, entre outros⁸⁰.

A descrição do direito por meio do ideal de estabilidade e certeza fortaleceu-se a partir do século XVIII com os processos de desenvolvimento científico e a consequente distorção que as ideias da filosofia da razão receberam no direito, em função da fome pela certeza (*certainty-hunger*)⁸¹ que impera nos juristas.

⁷⁶ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 6-7, 37-41.

⁷⁷ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 24-28, inclusive n. 2.

⁷⁸ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, p. 29.

⁷⁹ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 19 e 22.

⁸⁰ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 283-284, 313-314.

⁸¹ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 101-102.

Para Frank, a Era da Razão somente conseguiu desenvolver o pensamento científico, nos demais campos do conhecimento, em razão de desafiar a autoridade científica, impulsionando o questionamento de todos os axiomas aceitos com relação aos processos da natureza. A matemática, por exemplo, teve um uso significativo na física, astronomia e na química como método de teste de suposições a respeito da natureza, auxiliando no trabalho criativo das ciências, não para impor barreiras no desenvolvimento científico. No direito, contudo, o uso da matemática – com o objetivo de torná-lo científico – foi feito para alcançar soluções pretensamente infalíveis para todos os problemas possíveis. Bastaria que o método matemático fosse utilizado sobre os axiomas inalteráveis da ciência jurídica. Assim, ao contrário do que ocorreu nas demais ciências, no direito a ênfase foi dada para a certeza, a estabilidade e a rigidez⁸²: “com os juristas, o reino da razão tornou-se o novo absolutismo”⁸³.

Adentrando novamente ao discurso psicológico, Frank sustenta que faltaria ao jurista o espírito científico criativo e a aproximação experimental do objeto da ciência, que somente poderiam ser desenvolvidos a partir da autoconsciência e da rejeição do mundo infantil em que a certeza é fictamente garantida⁸⁴.

Quanto ao processo de julgamento, o autor sustenta que ele dificilmente se inicia com a premissa da qual a conclusão é tomada; mas ao contrário, *o juiz inicia o processo de decisão com a formação de uma conclusão mais ou menos vaga e posteriormente procura encontrar premissas a partir das quais pode materializá-la*. Caso não encontre nenhuma premissa satisfatória, então ele rejeita a conclusão e busca por outra, “exceto se ele for arbitrário ou louco”⁸⁵. Há, portanto, uma *dominância da conclusão sobre os processos de decisão judicial*, não obstante as descrições tradicionais da atividade jurisdicional não a representem, geralmente descrevendo-a como um processo com o seu início nas premissas de direito e de fatos e com o seu encerramento com a conclusão de delas seria obtida⁸⁶.

Adotando a descrição de Hutcheson de tomada de decisões por meio da sensibilidade e da intuição como sendo aproximada da realidade a respeito do modo com

⁸² FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 100-103.

⁸³ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, p. 103. Compare a afirmação de Jerome Frank com TEIXEIRA, João Paulo Allain. *A Racionalidade das Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 12-17.

⁸⁴ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 105-107, 126.

⁸⁵ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, p. 108.

⁸⁶ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 109 e 111.

que os juízes *raciocinam para decidir*, Frank sustenta que a chave para a compreensão desse processo deve ser o bom entendimento do caminho com o que os juízes chegam à intuição. Haveria diversos estímulos para a decisão, sendo que muitos deles ainda não seriam objeto de estudo no âmbito jurídico⁸⁷.

Os fatores que contribuiriam à decisão, e que estariam escondidos nas inferências e nas opiniões dos indivíduos em geral, são os mais diversos, como simpatias, animosidades, antagonismos sociais e políticos, experiências. Somente o próprio julgador teria condições de conhecer *os fatores mais íntimos capazes de influenciar* sua decisão, daí porque Frank imagina que, algum dia, seriam feitas autobiografias dos juízes ou seriam publicadas as decisões dos juízes com anotações do julgador a respeito dos fatores pessoais que determinaram as conclusões decididas⁸⁸. Com isso, seria possível aos destinatários das decisões conhecer os motivos reais para a tomada das decisões. Além disso, ele propõe o estabelecimento de treinamento aos juízes, em especial para os juízes de primeira instância (*trial judges*), que leve ao autoconhecimento dos fatores capazes de influenciar as decisões e à aprendizagem de como controlá-los, com o que aumentaria a previsibilidade do direito⁸⁹. Seria obtido, assim, um maior espaço para a inteligência no processo de decisão, já que a discricionariedade dos juízes seria exercida de forma consciente e hábil⁹⁰.

Richard A. Wasserstrom é muito claro a respeito do objetivo de seu livro *The Judicial Decision*⁹¹, qual seja: tratar do problema de como as cortes *devem decidir* os casos⁹². Propósitos particulares de seu estudo podem ainda ser indicados no esforço de delineamento mais preciso dos ataques contra os procedimentos de decisão racionalistas ou dedutivos e na tentativa de avaliar as propostas alternativas a tais procedimentos “lógicos” de decisão, com especial atenção ao movimento do Realismo Jurídico

⁸⁷ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 112-113.

⁸⁸ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 114-115, 120, 123-124.

⁸⁹ FRANK, Jerome. *Courts on trial : myth and reality in American Justice*. (1949) Princeton: Princeton University Press, 1973, pp. 248-250.

⁹⁰ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963, pp. 398-399.

⁹¹ Para uma aproximação a diversos aspectos da obra de Wasserstrom, v. HART, Herbert L. A.. Reviewed Work: *The Judicial Decision* by Richard A. Wasserstrom. *Stanford Law Review*, v. 14, n. 04, pp. 919-926, July/1962; DWORKIN, Ronald. Reviewed Work: *The Judicial Decision* by Richard A. Wasserstrom. *Ethics*, v. 75, n. 1, pp. 47-56, October/1964.

⁹² WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 3.

Americano⁹³. A sugestão que o autor propõe é a construção de um procedimento de justificação de dois níveis, que incorpore elementos de um modelo cuja decisão é vinculada a uma regra jurídica (*Precedent*) e de um modelo cuja decisão incorpora elementos de justiça (*Equity*), à qual ele convida juristas a auxiliarem nessa atividade *em direção a uma teoria* (doutrina) *da justificação jurídica*⁹⁴.

Examinando as críticas do Realismo Americano contra a descrição do processo de decisão judicial como procedimento dedutivo⁹⁵, Wasserstrom identifica que a expressão “processo de decisão judicial” é ambígua, sendo capaz de denotar dois procedimentos diferentes, cuja identificação é essencial para possibilitar uma investigação intelectual a respeito do tema. Há a necessidade de se distinguir os procedimentos que devem ser seguidos para que uma decisão seja *feita* e aqueles para que ela seja *aceita*⁹⁶.

São dois os tipos de questionamento que podem ser feitos sobre a decisão judicial: um deles sobre o modo pelo qual o juiz chega à decisão, outro sobre a justificabilidade da decisão⁹⁷. É a partir dessa distinção sobre o tipo de questionamento que é realizado que se pode chegar à diferenciação dos *fatores que levaram à “descoberta” da conclusão do processo pelo qual ela é justificada*. Nesse sentido, Wasserstrom introduz as expressões *processo de descoberta* e *processo de justificação*, com o que pretende iluminar a investigação a respeito das decisões judiciais⁹⁸.

Assim, um dos méritos de Wasserstrom foi o de dissecar algumas confusões e ambiguidades que o movimento do ceticismo de normas e do antidedutivismo frequentemente comportariam. Entre elas, pode-se destacar que o autor indica a confusão

⁹³ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 5.

⁹⁴ E com isso, justifica o subtítulo do livro, cfr. WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, pp. 5-8. Muito embora o autor utilize o vocábulo teoria (*Theory*), devido ao acertamento linguístico proposto na introdução, e dado ao caráter essencialmente normativo do estudo de Wasserstrom (*Idem*, p. 12), aponta-se que a construção proposta pela autor é de uma *doutrina* de justificação judicial.

⁹⁵ Em defesa do realismo jurídico e argumentando que os realistas também distinguiam o processo de decisão e a apresentação da decisão, ANDERSON, Bruce. “*Discovery*” in *legal decision-making*. Dordrecht: Springer, 1996, pp. 8-10.

⁹⁶ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 25.

⁹⁷ Seja pela análise a partir do tipo de questionamento, seja pelos exemplos que o autor examina, fica evidenciada a incorporação da distinção criada no âmbito da epistemologia. Aliás, a própria afirmação a respeito de isso valer tanto para os campos da ciência e da ética como para o campo do direito (*Idem*, p. 25) apontam nesse sentido.

⁹⁸ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, pp. 26-27.

entre a teoria de que os juízes não *descobrem* as suas decisões por meio de operações dedutivas a partir de regras pré-existentes e o argumento ou a constatação de que os julgadores não *justificam* suas decisões por meio delas⁹⁹. A distinção auxilia a explicar as discordâncias entre os juristas que dão ênfase às operações dedutivas das *decisões judiciais* e os juristas que criticam as teorias dos primeiros por não serem precisas e por impedir uma análise clara sobre o *procedimento do julgamento*¹⁰⁰.

Segundo Wasserstrom, torna-se difícil identificar exatamente as objeções do Realismo Jurídico ao chamado dedutivismo. Jerome Frank, por exemplo, teria feito objeções equívocas, defendendo a possibilidade de haver critérios para a utilização de determinados argumentos e, ao mesmo tempo, negando essa possibilidade¹⁰¹. De um lado, Frank sustenta que quaisquer julgamentos se iniciam com uma conclusão formada de modo mais ou menos vago e que o sujeito então passa a procurar as premissas que a sustentariam. Em não encontrando os *argumentos apropriados*, então – a não que ele seja arbitrário ou louco – ele rejeita a conclusão e procuraria outra. De outro lado, contudo, ele sustenta que não haveria modo de estipular a utilização de uma determinada regra jurídica em lugar de outra. Não haveria como estabelecer, portanto, qual argumento seria mais apropriado. Essa contradição demonstra que Frank deixaria de diferenciar o processo de justificação do processo de decisão.

A distinção entre processo de descoberta e processo de justificação, contudo, não significa que não existam relações entre os processos de descoberta e de justificação de Wasserstrom. Antes de mais nada, são possíveis diversos procedimentos de descoberta e de justificação, podendo eles serem mais ordenados e formalizados ou serem assistemáticos e acidentais. Porém, com a determinação de um específico procedimento de justificação – que incorpore determinado nível de formalização –, ocorre uma *assimetriação da relação entre os processos de descoberta e justificação*. Para Wasserstrom, o processo de descoberta a ser eleito deverá ser aquele capaz de gerar mais conclusões justificáveis de acordo com o nível de formalização exigido pelo processo de

⁹⁹ HART, Herbert L. A.. Reviewed Work: The Judicial Decision by Richard A. Wasserstrom. *Stanford Law Review*, v. 14, n. 04, pp. 919-926, july/1962, p. 920.

¹⁰⁰ Em tom crítico, ANDERSON, Bruce. “Discovery” in *legal decision-making*. Dordrecht: Springer, 1996, p. 11.

¹⁰¹ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 29.

justificação. Assume-se que não sejam apresentadas conclusões que não possam ser justificadas¹⁰².

Nesse sentido, ele afirma que, na realidade, “a lógica da justificação fornece os critérios pelos quais tanto as específicas *conclusões* quanto os *procedimentos de descoberta* podem ser avaliados”¹⁰³. É dizer, a definição realizada no contexto de justificação determina a avaliação não apenas da justificativa como também do processo de decisão; mas não ocorreria o inverso, ainda que fosse definida uma determinada lógica de decisão.

Segundo Martin Golding, o debate entre Frank e Wasserstrom seria um debate em torno da objetividade das decisões judiciais¹⁰⁴. Frank desmistificaria a objetividade do direito ao defender o papel dos fatores subjetivos na tomada de decisão e apontar a prevalência da dominação da conclusão sobre o raciocínio justificativo. Assim, uma decisão somente seria considerada objetiva se exprimisse precisamente o processo pelo qual o juiz chegou à decisão, ou se nenhum dos argumentos da decisão necessários para suportar a conclusão expressassem valores pessoais¹⁰⁵. Wasserstrom responderia atacando a primeira hipótese, explicitando a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação. A objetividade do direito, assim como a objetividade das ciências naturais, diria respeito à justificação da conclusão tomada, sobre a qual seriam aplicados os critérios de verdade ou aceitabilidade – independentes das predileções pessoais do juiz ou do cientista¹⁰⁶.

Segundo Golding, uma resposta do Realismo Jurídico a essas críticas poderia ser a da concessão a respeito da distinção entre os dois contextos, combinada com a afirmação

¹⁰² WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 27.

¹⁰³ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 27.

¹⁰⁴ O autor tratou do tema ao menos em GOLDING, Martin. *Legal Reasoning*. New York: Alfred A. Knopf, 1984; GOLDING, Martin. Discovery and Justification in Science and Law, in: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; ROERMUND, Bert van (eds.). *Theory of Legal Science : Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*. Dordrecht: Kluwer, pp. 295-305, 1984; GOLDING, Martin. A note on discovery and justification in science and law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). *Justification : Nomos XXVIII*. New York: New York University Press, pp. 124-140, 1986.

¹⁰⁵ GOLDING, Martin. A note on discovery and justification in science and law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). *Justification : Nomos XXVIII*. New York: New York University Press, pp. 124-140, 1986, p. 127.

¹⁰⁶ GOLDING, Martin. A note on discovery and justification in science and law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). *Justification : Nomos XXVIII*. New York: New York University Press, pp. 124-140, 1986, p. 128.

de que, ainda assim, a objetividade não restaria alcançada pela existência de valorações subjetivas nas decisões judiciais, ao menos nas premissas da justificação. Por essa razão, para fins de superar essa abertura aos elementos subjetivos, o problema da objetividade haveria de ser colocado em termos de uma determinada racionalização das valorações¹⁰⁷ no campo da justificação da decisão judicial.

Uma segunda resposta de Frank a Wasserstrom poderia ser a do compartilhamento das críticas de Thomas Kuhn à distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação. Frank e Kuhn sustentam que os fatores subjetivos não são elimináveis das decisões judiciais (Frank) e das decisões a favor da adoção de determinada teoria científica (Kuhn). Assim, em que pese haver certas características para que uma decisão seja considerada *boa*, elas não seriam suficientes para determinar a escolha entre essa ou outra decisão. Com essa constatação, no entanto, chega-se à conclusão de que a objetividade das decisões não seria inexistente, mas limitada¹⁰⁸.

Ao fim, ainda que fosse amenizada a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação, Golding indica que subsistiria, pelo menos, a distinção entre dois tipos de razões: as *razões explicativas* e as *razões justificativas*¹⁰⁹. Razões explicativas são aquelas que aportam condições causais para um determinado evento ou uma determinada circunstância; razões justificativas são aquelas que permitem que a conclusão seja tomada como verdadeira, correta, provável, plausível ou aceitável (o termo varia com a área de estudo)¹¹⁰. Outra contribuição de Golding é a indicação de que, no que toca à *justificação*, que contém valorações subjetivas, ela não as inclui como sendo *valores pessoais do juiz* (elemento irracional), mas como um elemento social racionalizável¹¹¹.

¹⁰⁷ GOLDING, Martin. A note on discovery and justification in science and law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). *Justification : Nomos XXVIII*. New York: New York University Press, pp. 124-140, 1986, pp. 136-138.

¹⁰⁸ GOLDING, Martin. A note on discovery and justification in science and law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). *Justification : Nomos XXVIII*. New York: New York University Press, pp. 124-140, 1986, pp. 135-136.

¹⁰⁹ GOLDING, Martin. A note on discovery and justification in science and law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). *Justification : Nomos XXVIII*. New York: New York University Press, pp. 124-140, 1986, p. 138.

¹¹⁰ GOLDING, Martin. *Legal Reasoning*. New York: Alfred A. Knopf, 1984, pp. 3-6.

¹¹¹ GOLDING, Martin. A note on discovery and justification in science and law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). *Justification : Nomos XXVIII*. New York: New York University Press, pp. 124-140, 1986, p. 138.

Outra análise desse debate foi realizada por Bruce Anderson, para quem a crítica de Wasserstrom a Frank seria feita por meio da redução da tese do Realismo Jurídico Americano e de um recuo da *teoria* do formalismo processual. Anderson acusa Wasserstrom de ter feito uma importante modificação (ou qualificação) sobre a teoria dedutivista¹¹². Wasserstrom haveria sustentado uma versão do formalismo segundo a qual o método lógico haveria sido utilizado para descrever o *processo de justificação* da decisão judicial, e não o *processo de decisão*. Assim, segundo Bruce Anderson, a crítica dos realistas pareceria infundada, já que sustentaria uma visão do *processo de decisão* com elementos intuitivos para minar uma noção lógica-silogística da *justificação judicial*¹¹³.

Existem elementos que aproximam Wasserstrom e Frank: ambos reconhecem um momento criativo como sendo um elemento chave do processo de tomada de decisão e ambos entendem que as soluções do processo de descoberta devem ser testadas, ou justificadas, para serem aceitas. No entanto, entre as diferenças entre as duas posições pode-se verificar que os realistas tinham o objetivo de tornar o processo de descoberta o mais perto possível de uma atividade consciente e deliberada para a solução de problemas, enquanto que a visão oposta ao Realismo Americano é a de que o processo de descoberta é essencialmente arbitrário e irracional. Porém, ainda que Wasserstrom cedesse e reconhecesse que o processo de decisão poderia ter um padrão e ser, nesse sentido lógico¹¹⁴, a utilização da intuição ainda assim permaneceria como aspecto irracional do processo de descoberta¹¹⁵. Importante, ademais, é que não obstante as críticas à distinção *é possível circunscrever o aspecto avaliativo da decisão ao contexto de justificação*.

1.2.3. Dos contextos de decisão e justificação às razões explicativas e justificativas

A partir de Wasserstrom, passou-se a reconhecer com clareza a existência dos dois contextos, ou os dois processos, a que ele se referia: o contexto de decisão, relativo

¹¹² ANDERSON, Bruce. “Discovery” in *legal decision-making*. Dordrecht: Springer, 1996, p. 11.

¹¹³ ANDERSON, Bruce. “Discovery” in *legal decision-making*. Dordrecht: Springer, 1996, pp. 13-14. De modo contrário, TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 152.

¹¹⁴ Fala-se em “lógica da decisão” no sentido de “processo racional de decisão”.

¹¹⁵ ANDERSON, Bruce. “Discovery” in *legal decision-making*. Dordrecht: Springer, 1996, pp. 18-20.

aos procedimentos por meio dos quais o juiz toma a decisão do caso, e o contexto de justificação, relativo ao momento de racionalização *ex post* da decisão com base em critérios capazes de garantir a objetividade da decisão¹¹⁶. É o tipo de objetividade que determinará o conteúdo da decisão judicial: uma objetividade puramente lógica sugere a consistência formal e a ausência de vagueza nas proposições¹¹⁷ da decisão judicial; no entanto, esse não é o único tipo de parâmetro para avaliação das decisões.

Já Piero Calamandrei tratou dos temas do raciocínio judicial e da fundamentação da decisão. A respeito do primeiro, Calamandrei defendia que o procedimento mental por meio do qual o juiz chega à pronúncia da sua sentença seria um ato em que estaria presente um juízo lógico (fosse a decisão entendida como ato de conhecimento ou como ato de vontade)¹¹⁸. O silogismo final seria o resultado de uma série complicada de deduções concatenadas¹¹⁹, o que não significa que o autor não reconhecesse o papel desempenhado pelo “sentido jurídico” do julgador, por exemplo, o qual seria o resultado de uma longa experiência do juiz¹²⁰. Essa, sua *teoria da decisão*. Anos mais tarde, o autor expôs uma *teoria da justificação*, segundo a qual a motivação seria tradicionalmente de natureza essencialmente lógica, e não uma descrição do processo de decisão¹²¹. Segundo ele, a fundamentação seria a “racionalização do senso de justiça”, por meio da qual o juiz demonstraria a ele mesmo a “*ratio scripta* que convalida a descoberta nascida da sua intuição”¹²². Não há propriamente uma contradição entre as duas abordagens, pois tratam de dois temas: a decisão e a justificação¹²³.

¹¹⁶ Wasserstrom é o autor paradigma para aqueles que adotam a distinção apresentada, cfr., por exemplo, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 227; MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15; ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho : Teorías de la argumentación jurídica*. (2003) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 4.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica : entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 114.

¹¹⁸ CALAMANDREI, Piero. La Genesi logica della Sentenza Civile (1914), in: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, v. 1, Napoli: Morano Editore, pp. 11-54, 1965, p. 13.

¹¹⁹ CALAMANDREI, Piero. La Genesi logica della Sentenza Civile (1914), in: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, v. 1, Napoli: Morano Editore, pp. 11-54, 1965, p. 15.

¹²⁰ CALAMANDREI, Piero. La Genesi logica della Sentenza Civile (1914), in: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, v. 1, Napoli: Morano Editore, pp. 11-54, 1965, p. 31.

¹²¹ CALAMANDREI, Piero. La Crisi della Motivazione, in: CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*, Padova: CEDAM, 1954, p. 100.

¹²² CALAMANDREI, Piero. La Crisi della Motivazione, in: CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*, Padova: CEDAM, 1954, pp. 102-103.

¹²³ Entendendo haver uma divergência na obra de Calamandrei, LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 200.

Segundo a opinião dominante, o processo de decisão relaciona-se com a tomada da decisão e é formado por nexos causais; o processo de justificação relaciona-se à racionalização da decisão e aos critérios de avaliação da decisão¹²⁴. Por essa razão, afirma-se que o primeiro seria o objeto de disciplinas como a da história, da psicologia e da sociologia e o segundo seria objeto de ciências como o direito.

Todavia, poucos são os autores que identificaram o passo intermédio existente entre a afirmação de que o conteúdo das decisões judiciais *diz respeito* ao que é decidido no contexto de justificação, e não necessariamente no contexto de decisão, e a afirmação de que o discurso da decisão judicial *deve ter um ou outro conteúdo*. Michele Taruffo, sem dúvida nenhuma, é um dos autores que identificou que o discurso da decisão judicial não é o *contexto* de justificação, mas o seu resultado. Essa pequena afirmação, com apenas aparência de obviedade, é de grande importância.

Taruffo não ignora a ambiguidade do uso da expressão contexto de justificação¹²⁵. De um lado, utiliza-se a expressão para designar o *procedimento* dirigido à demonstração da validade de uma decisão e, de outro, para designar já o *discurso* de justificação da decisão tomada. No primeiro sentido de contexto de justificação, a expressão guarda distinção com o contexto de decisão devido ao reconhecimento de uma diferença de *procedimentos*, sendo o primeiro um procedimento de formulação da solução para um determinado problema e o segundo um procedimento dirigido para justificar a solução obtida. Contexto de justificação, nesse sentido, é o mesmo que a lógica da exposição de Dewey. Já no segundo sentido, em que o contexto de justificação designa um discurso, a distinção entre os contextos significa uma diferença sob o ponto de vista *fenomenológico*: o contexto de decisão é um raciocínio e o contexto de justificação é o resultado de um raciocínio (mas não do raciocínio do contexto de decisão, e sim do contexto de justificação-procedimento).

¹²⁴ FETERIS, Eveline T.. *Fundamentals of Legal Argumentation : a survey of theories on the justification of judicial decisions*. Dordrecht: Springer, 1999, p. 10.

¹²⁵ Cfr., especialmente, TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 196-197. Ainda (*Idem*, p. 202): “Então não se trata de racionalidade do ‘procedimento’ justificativo, mas de racionalidade do ‘discurso’ justificativo. Nessa perspectiva, a racionalidade de justificação é uma função da estrutura do discurso com a qual essa é externada, no qual as escolhas e as respectivas concatenações desempenham um papel de ‘argumentos’ e de ‘razões’ de validade da decisão”. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015, pp. 16-17.

Sob esse ponto de vista, e considerando a distinção entre teoria e doutrina, quer parecer mais adequado tratar da distinção entre os raciocínios de decisão e de justificação¹²⁶ no campo de *teorias*, que pretendem, a primeira, descrever a *formulação* da decisão e, a segunda, descrever a *formulação* da justificação. A designação de contextos e de processos é adequada para caracterizar essa distinção.

No que toca aos fenômenos discursivos, contudo, deve-se preferir a utilização das expressões *razões explicativas* e *razões justificativas*. Conforme já referido, as razões explicativas são aquelas que aportam condições causais para um determinado evento ou uma determinada circunstância. Já as razões justificativas permitem que a conclusão seja tomada como verdadeira, correta, provável, plausível ou aceitável (o termo varia com o contexto)¹²⁷. Dizer que o juiz tomou determinada decisão por conta de suas firmes crenças religiosas é uma razão explicativa, ao passo que dizer que o juiz tomou determinada decisão com base em uma determinada interpretação do direito (e também dos fatos) é uma razão justificatória¹²⁸.

Em síntese, a distinção que se coloca é entre *explicação* (discurso que descreve as razões causais de um fenômeno) e *justificação* (discurso que apresenta as razões pelas quais um fenômeno deve ser escolhido favoravelmente)¹²⁹.

No ensaio de Jerzy Wróblewski “*Legal Decision and its Justification*”¹³⁰, o autor reconhece a possibilidade de se falar de “justificação” em pelo menos três sentidos: no sentido de justificação psicológica, no sentido de justificação lógica *sensu strictu* e no sentido de justificação lógica *sensu largo*.

¹²⁶ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 123.

¹²⁷ GOLDING, Martin. *Legal Reasoning*. New York: Alfred A. Knopf, 1984, pp. 3-6. Igualmente, DOYLE, James F. Principles and policies in the justification of legal decisions, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 257-269, 1971, p. 258.

¹²⁸ ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho : Teorias de la argumentación jurídica*. (2003) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 4.

¹²⁹ De forma semelhante, TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 128. Contudo, nesse ponto, o autor utiliza a expressão “razões reais” em lugar de razões causais. Preferiu-se a substituição da expressão em razão de o autor haver indicado, em outro trecho da obra, a ressignificação para a expressão “razões reais”, possivelmente contradizendo o trecho aqui citado. A propósito da ressignificação, v. § 2.3.2.

¹³⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 409-419, 1971.

A primeira, que não é de interesse do autor¹³¹, trata de uma explicação da decisão por meio de fenômenos psíquicos, sendo cada decisão uma escolha do julgador entre as variadas alternativas de prescrição de comportamento. O tipo de razões que a decisão com essa “justificação” contém objetiva a descrever o processo heurístico da decisão, devendo ser capaz de demonstrar como foi tomada a decisão a favor de uma das possíveis alternativas existentes¹³².

O conceito de Wróblewski para justificação lógica *sensu strictu* é sinônimo da demonstração da verdade de uma proposição por meio da sua inferência a partir de outras proposições e por meio de regras de inferência lógica. Para a adoção dessa justificação, assume-se que existe uma lógica formal das normas, que é adequada para a justificação de quaisquer decisões judiciais, ou que as decisões judiciais e os seus raciocínios justificativos são governados pela lógica formal de proposições¹³³.

Quanto à justificação lógica *sensu largo*, trata-se de um conceito capaz de aplicação não somente no campo da lógica formal das proposições e normas, mas também no campo da razão prática sobre normas e valorações. Esse tipo de justificação consiste em dar razões adequadas para uma decisão judicial, nas quais as premissas não são apenas proposições e as regras de inferência não são apenas da lógica formal. Há um conjunto aceito de diretivas de inferência que é mais amplo do que aquelas da justificação lógica *sensu strictu*¹³⁴.

Já em seu ensaio “*Motivation de la décision judiciaire*”¹³⁵, Wróblewski prefere utilizar o conceito de motivação da decisão judicial em sentido amplo como gênero e,

¹³¹ Registre-se que o autor posteriormente refere a necessidade de desenvolvimento da ciência da psicologia na área, cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992, p. 16.

¹³² WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 409-419, 1971, p. 410.

¹³³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 409-419, 1971, p. 410-411.

¹³⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 409-419, 1971, p. 411. Após apresentar as três “justificações”, Wróblewski sustenta que o *status* semanticamente diferente das premissas normativas (norma geral e proposição de enunciado de fatos) requer esse conceito amplo de justificação. A respeito disso, veja-se a definição da doutrina de justificação abaixo (§3).

¹³⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Motivation de la décision judiciaire*, in: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978.

como espécies, os conceitos de justificação da decisão judicial, motivação legal e explicações psicológica e sociológica.

A justificação é entendida como a resposta às questões sobre a razão pela qual a decisão tomada é *correta* e sobre a razão pela qual a decisão é aquela decisão que se *deve formular*¹³⁶. Há a espécie de justificação *strictissimo sensu*, que depende tão somente da lógica alética e concerne somente às proposições e é adequada para as ciências formais ou exatas. Ao lado, há a justificação *sensu stricto*, que depende da lógica formal, seja ela alética, deontica ou normativa e abrangeria parte do discurso jurídico, moral ou político. E ainda há a justificação *sensu largo*, que compreende os argumentos que não são formalizáveis e, por isso, não são abrangidos pela justificação *sensu stricto*¹³⁷.

Quanto ao conceito de motivação legal, trata-se de caso especial da justificação judicial com duas subespécies. Há a motivação legal mínima, que existe quando a lei determina o que se deve constar como razões à decisão judicial, e há a motivação legal concreta, que é determinada não apenas pela motivação legal mínima (abstrata), mas pelo tipo de caso, o estilo das decisões e as informações ou atitudes do juiz¹³⁸.

As duas últimas espécies de motivação, psicológica e sociológica, que Wróblewski prefere denominar explicações, tratam, respectivamente, de uma descrição do processo psíquico da decisão e da descrição da decisão judicial como um fato social. A explicação psicológica utiliza os conceitos da psicologia e é analisada por meio dos métodos dessa ciência, dependendo de uma teoria psicológica admitida pela metodologia. E a explicação sociológica é realizada por meio de uma explicação mais profunda do processo psíquico ou como elemento de um sistema complexo de relações sociais. Ambas, segundo o autor, pertencem ao campo da teoria, e não da prática jurídica;

¹³⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978, p. 120.

¹³⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978, p. 119.

¹³⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978, pp. 121-130 e p. 135.

contudo, a explicação sociológica não é incluída nas razões da decisão, enquanto que a explicação psicológica pode ter relações com a justificação da decisão judicial¹³⁹.

Para além da observação do amadurecimento teórico de Wróblewski, o que se identifica é que, em sendo a escolha inerente à decisão judicial, a sua *racionalidade depende de uma justificação capaz de demonstrar que a decisão tomada é a única que deveria ter sido tomada, o que não corresponde a uma descrição do processo de decisão*, que envolve, em geral, um número maior de escolhas do que aquelas justificadas. Além disso, indicou-se que a explicação, ao contrário da justificação, não indica se a decisão tomada foi *correta* ou se ela *deveria ter sido tomada*, mas apenas explica, segundo determinada ciência, *como foi tomada* a decisão.

São os critérios que se utiliza para avaliar a aplicação do direito é que definem o tipo de razões que devem constar da decisão judicial. Caso os critérios sejam psicológicos, nada mais correto definir que os juízes devem explicar, segundo a linguagem e a metodologia da psicologia, como a decisão judicial foi tomada. Contudo, *caso os critérios para aplicação do direito sejam normativos, então as razões devem permitir a avaliação normativa da decisão judicial*¹⁴⁰.

As justificativas da decisão judicial não são descrições do procedimento de tomada da decisão¹⁴¹. Independente da forma com a qual a decisão judicial é tomada, a

¹³⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978, pp. 130-132.

¹⁴⁰ Não obstante, é possível utilizar-se da fundamentação das decisões judiciais como indícios de possíveis conteúdos psicológicos, que (esses, sim) serão objeto de análise das ciências não jurídicas. A propósito da “motivação como fonte de indícios”, TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 79 e ss., p. 236. Sem razão críticas “à teoria de que a motivação é uma fonte de indícios” com base na alegação de que generalizaria “uma situação patológica, que é aquela em que o juiz deixa de julgar segundo o que determina a ordem jurídica para julgar de acordo com os seus impulsos pessoais” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, pp. 204-205), por pelo menos dois motivos: 1) a crítica parte de uma interpretação discutível da obra de Michele Taruffo: a “motivação como fonte de indícios” representa um *modo de análise* da decisão, cujo objetivo é a descoberta de fatores externos à decisão (como valorações não expressas, mas também opiniões pessoais, nível cultural, posições políticas), não determinando que ela contenha esse ou aquele conteúdo; 2) a crítica é contrafactual: a utilização do discurso judicial como fonte de indícios não pode ser negada, vez que basta analisar a decisão sob a ótica interpretativa que busca o significado não expresso do discurso para que se esteja utilizando-o como fonte de indícios. Veja-se, ainda, a possibilidade da utilização da decisão judicial como indício para “prever” a possível futura decisão em um novo caso (analisando as estruturas dos enunciados interpretativos desse último tipo: CHIASSONI, Pierluigi. Interpretación jurídica sin verdad. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 79-107, janeiro-junho/2013, pp. 85ss; CHIASSONI, Pierluigi. Notas para um análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997, pp. 66-67).

¹⁴¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992, p. 15; ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación. *Isegoría*, n. 21, pp. 37-47, 1999, p. 39.

justificação deve mostrar que a decisão é correta segundo o direito vigente, os fatos do caso e as valorações aceitas.

1.3. A RELEVÂNCIA DO CONTEXTO DE DECISÃO PARA O PROCESSO CIVIL

A presente monografia cinge seu escopo ao tema do discurso da decisão judicial, que – conforme se referiu acima – poderá ser explicativo ou justificativo, a depender do critério de correção que se utiliza para avaliar a aplicação do direito. Definir-se-á, a seguir, que o contexto de justificação deverá objetivar a uma razão justificativa, e não explicativa. Antes disso, questiona-se a respeito da importância que o contexto de decisão desempenha na aplicação do direito, em especial no ramo do processo civil.

O que se quer ressaltar é que a rejeição do contexto de decisão como parâmetro de correção do *discurso* da decisão judicial não significa que esse contexto não tenha nenhuma importância ao direito. Especificamente no que toca ao processo civil, o *formalismo processual* desempenha um importante papel na estruturação e no controle da atuação processual do juiz e das partes no *iter* procedimental e, via de consequência, na estruturação do contexto de decisão.

A expressão “formalismo processual” vai aqui entendida em sentido amplo, razão pela qual compreende “não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”¹⁴². O estabelecimento da forma, em sentido amplo, consolida a organização do processo e afasta a desordem, a arbitrariedade e a desigualdade¹⁴³. É nesse sentido amplo de formalismo que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira atribuiu relevância à afirmação de Rudolf von Jhering segundo a qual “[a] forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”¹⁴⁴.

¹⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

¹⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 28-30.

¹⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29, n. 27 (A referência é à obra *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5ª Edição, de 1880). Também se refere

Porque organiza o processo, o formalismo restringe a atividade do Estado¹⁴⁵ e das partes¹⁴⁶⁻¹⁴⁷, o que é realizado por meio de uma distribuição de poderes, faculdades e deveres entre todos os participantes do processo¹⁴⁸. É evidente, contudo, que o formalismo processual não é encontrado *in res natura*¹⁴⁹, mas é construído por meio de correntes ideológicas e políticas – juridicizantes e juridicizadas – de pensamento¹⁵⁰, cujas escolhas são tomadas com relação ao objetivo da administração da justiça de um determinado tempo e de uma determinada sociedade¹⁵¹.

ao mesmo trecho: GAUL, Hans Friedhelm. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 168, pp. 27-62, 1968, p. 39.

¹⁴⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 87-92.

¹⁴⁶ “(...) trata-se de conceito que visa a abarcar a totalidade das posições jurídicas processuais objetivando o seu equilíbrio e, daí, sua ótima ordenação” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52). Ver, ainda, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 139-140 (delineando o direito de ação e o direito de defesa como conjuntos de posições subjetivas complexas de evolução progressiva, *i. e.*, “como a síntese de uma série de poderes, faculdades, direitos, deveres e ônus que o ordenamento atribui” no plano do processo e ao longo de todo o seu desenvolvimento).

¹⁴⁷ Sem fugir do escopo do presente trabalho, é necessário observar que, não obstante a crítica recente de Daniel Mitidiero à expressão *formalismo-valorativo* (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49), a compreensão do processo civil a partir do processo, que aqui se reconduz ao conceito de *formalismo* empregado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não foi objeto de críticas (*Idem*, pp. 47-48 e p. 23, n. 12). Com efeito, trata-se de uma crítica a respeito da nomenclatura mais adequada para designar o paradigma metodológico do processo civil – o que não está em discussão na presente dissertação.

¹⁴⁸ FAZZALARI, Elio. «Processo» e Giurisdizione. *Rivista di Diritto Procesuale*, a. 48, pp. 01-19, gennaio-marzo/1993, p. 11.

¹⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo Civil Brasileiro e Codificação, in: Judith Martins-Costa; Laura Beck Varela (organizadoras). *Código : Dimensão histórica e desafio contemporâneo : Estudos em homenagem ao Professor Paolo Grossi*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 151-160, 2013, p. 154.

¹⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista da AJURIS*, a. XII, n. 33, março/1985; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94; KLEIN, Franz. Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. (1901), in: Friedlaender (hrsg.). *Franz Klein, Reden / Vorträge / Briefe*, I, Wien: Manzschke Verlh., pp. 117 e ss., 1927; BAUR, Fritz. Zeit- und Geistesströmungen im Prozess (Einige aktuelle Bemerkungen zu dem so betitelten Vortrag von Franz Klein), in: Wolfgang Grunsky; Rolf Stürner (hrsg.). *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983, ou em italiano: *Idem*. Il Processo e le correnti culturali contemporanee. Tradução de Corrado Ferri. *Rivista di Diritto Procesuale*, v. XXVII, pp. 253-271, 1972; ressalta-se a qualificação dessas correntes “ideológicas” como sendo *juridicizadas* na linha de ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 167.

¹⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo Civil Brasileiro e Codificação, in: Judith Martins-Costa; Laura Beck Varela (organizadoras). *Código : Dimensão histórica e desafio contemporâneo : Estudos em homenagem ao Professor Paolo Grossi*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 151-160, 2013, p. 154; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 137-163, 2008, p. 138; FAZZALARI, Elio. «Processo» e Giurisdizione. *Rivista di Diritto Procesuale*, a. 48, pp. 01-19, gennaio-marzo/1993, p. 6.

Não obstante essa abertura cultural, a Constituição Federal toma posição a respeito das escolhas para a organização do processo civil e prescreve uma série de diretivas para a formação de um *processo justo*, havendo reflexo direto dessas normas sobre o desempenho da função jurisdicional¹⁵². No mesmo sentido, o direito processual civil não é visto como o mero estabelecimento das *regras do jogo*, mas é tido como efetiva criação de condições para o desenvolvimento do processo idôneo e adequado a chegar ao fim almejado¹⁵³.

E se o direito processual civil vai entendido como *direito constitucional aplicado*¹⁵⁴, ressalta-se a importância dos direitos fundamentais, pelo motivo de criarem os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana¹⁵⁵. Esses – e, mais especificamente, os direitos fundamentais processuais – não podem ter as suas eficácias plenas, que são garantias por meio do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, condicionadas à regulação por lei infraconstitucional como o Código de Processo Civil¹⁵⁶, ou indevidamente restringidas por ela¹⁵⁷.

É nesse sentido que se afirma que a Constituição Federal instituiu um *conteúdo mínimo*¹⁵⁸ ao formalismo do processo civil, por meio da previsão de uma gama de direitos

¹⁵² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo Civil Brasileiro e Codificação, in: Judith Martins-Costa; Laura Beck Varela (organizadoras). *Código : Dimensão histórica e desafio contemporâneo : Estudos em homenagem ao Professor Paolo Grossi*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 151-160, 2013, p. 156; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 103.

¹⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo Civil Brasileiro e Codificação, in: Judith Martins-Costa; Laura Beck Varela (organizadoras). *Código : Dimensão histórica e desafio contemporâneo : Estudos em homenagem ao Professor Paolo Grossi*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 151-160, 2013, p. 158.

¹⁵⁴ GAUL, Hans Friedhelm. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 168, pp. 27-62, 1968, p. 32, n. 25; WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978, p. 20; entre nós: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, *Revista da AJURIS*, a. XXIX, n. 87, tomo I, pp. 37-49, setembro/2002, p. 38.

¹⁵⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, *Revista da AJURIS*, a. XXIX, n. 87, tomo I, pp. 37-49, setembro/2002, p. 39; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 17-20.

¹⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, *Revista da AJURIS*, a. XXIX, n. 87, tomo I, pp. 37-49, setembro/2002, p. 40.

¹⁵⁷ A respeito da imposição de deveres organizacionais ao Estado nas suas funções legislativa, judiciária e executiva, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, p. 617. A propósito, v. ainda BETTERMANN, Karl August. *Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses*. *Juristischer Blätter*, 94. Jahrgang, Heft 3/4, pp. 56-68, Februar/1972.

¹⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 28; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direitos Fundamentais*

fundamentais processuais, tais como: a proibição de juízos de exceção, o princípio do juiz natural, a garantia de igualdade, o direito ao contraditório, o direito à ampla defesa, a regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos¹⁵⁹. E tanto esse conteúdo mínimo quanto o formalismo processual como um todo – aqui considerando também as normas de direito processual que densificam o direito ao processo justo infraconstitucionalmente¹⁶⁰ – conformam o modo pelo qual a decisão é tomada no processo.

Pensa-se, por exemplo, no direito ao contraditório, que é elemento essencial do fenômeno processual. A partir desse, é imprescindível a “participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica”¹⁶¹. O direito ao contraditório, como direito de participação, é realizado por meio de um permanente diálogo, que favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado e representa uma autêntica garantia de democratização do processo¹⁶². Essa norma, que grava a todos os participantes do processo, interfere diretamente no contexto de decisão – e não apenas no contexto de justificação. Indica, por exemplo, o dever de o juiz efetivamente ponderar sobre as razões trazidas pelas partes¹⁶³.

Veja-se, ainda, que a regra da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita implica em outra interferência direta sobre o contexto de decisão. Caso se ignorasse a importância jurídica do processo de decisão, a vedação encontraria significado tão somente de proibição para que a decisão fosse fundamentada com base em provas obtidas de forma ilícita, entendendo-se como irrelevante o *fato* de o magistrado efetuar seus raciocínios valorativos considerando tais provas e apenas *justificar* ex post a decisão com base em outros elementos de prova. Aqui, entretanto, tamanha é a importância do bem jurídico tutelado que o formalismo processual determina, por obra de norma

Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, p. 616.

¹⁵⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, *Revista da AJURIS*, a. XXIX, n. 87, tomo I, pp. 37-49, setembro/2002, p. 48.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, p. 620.

¹⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Forense*, a. 89, v. 323, pp. 55-59, julho-setembro/1993, p. 55.

¹⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Forense*, a. 89, v. 323, pp. 55-59, julho-setembro/1993, pp. 57 e 59.

¹⁶³ Por muitos, JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht : ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011, p. 121. PIEROTH, Bodo; SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 23 ed., Heidelberg: Müller, 2007, p. 279. Ver, ainda, §3.2, *infra*.

constitucional, já a inadmissão desse tipo de prova – com o que nem mesmo se permite chegar ao momento de produção e de valoração dessa prova e se justifica até mesmo o desentranhamento da prova ilícita dos autos do processo¹⁶⁴.

Fato é que, embora seja irrelevante o contexto de decisão à avaliação jurídica da decisão judicial, esse não é completamente livre; pelo contrário, é restringido e estruturado pelo formalismo processual¹⁶⁵.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, p. 659; KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista da AJURIS*, a. XXIII, n. 66, pp. 61-84, março/1996, p. 82.

¹⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho : Teorias de la argumentación jurídica*. (2003) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 5, reconhece o papel do formalismo processual sobre o contexto de decisão ao referir ser possível recomendar ou prescrever instrumentos que evitem o uso de ideologias como *motivos que levam à tomada da decisão*, com a proposição, por exemplo, de uma ampliação de causas de recusa de juízes e jurados. Reconhecendo limitações na argumentação desempenhada no processo civil, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 210; LUZZATI, Claudio. *L'Interprete e il Legislatore : Saggio sulla Certezza del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 444, 446. No sentido de que as regras do processo civil restringem a composição dos elementos de juízo disponíveis para valoração do julgador, bem como que determinam os standards de prova, FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 41-49. A respeito da previsão, pelo formalismo processual, de procedimentos de deliberação e de redação de sentenças, v. CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 34-35.

§ 2. A FUNDAMENTAÇÃO COMO DOCTRINA DE JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

“No contexto do Estado Constitucional de Direito, a sentença judicial constitui-se, de fato, como o momento em que joga, por excelência, o respeito aos princípios da legalidade, igualdade em face da lei e separação de poderes. Ao dar a sentença, o juiz dá atuação ao direito em relação ao caso concreto, ou comete um erro em nome desse no caso em que sua decisão não esteja em conformidade ao direito. Quando esta última eventualidade se verifica, o juiz exercita o próprio poder de modo ilegítimo, com resultado que casos iguais são decididos de modo diverso e o cidadão perde toda defesa no confronto ao arbítrio judicial. A justificação da decisão do juiz constitui-se, portanto, um elemento chave para controlar – nos limites em que isso é possível, como veremos – se tal decisão respeita ou não os princípios mencionados anteriormente”¹⁶⁶.

“O Direito, assim, ao contrário de ser um mero objeto cuja realização independe de estruturas argumentativas, ou uma simples atividade argumentativa sem qualquer heterolimitação decorrente de significados normativos que o antecedem; é uma espécie de ‘objeto-atividade’, pois requer, para a sua realização, a reconstrução de significados e de estruturas argumentativas de legitimação e de fundamentação.”¹⁶⁷

De início, cabe indicar que a *natureza discursiva* é pressuposta no exame de todas as doutrinas de motivação e de fundamentação da decisão judicial. Aceita-se como dado empírico¹⁶⁸ que a decisão, e a sua respectiva motivação ou fundamentação, constitui um *discurso* – entendido como tal “um conjunto de proposições entre si ligadas e inseridas em um mesmo contexto autonomamente identificável”¹⁶⁹, que realiza “uma mediação

¹⁶⁶ CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 316-351, 2013, pp. 319-320.

¹⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica : entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 254.

¹⁶⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 53-54.

¹⁶⁹ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 54.

estruturada do pensamento ou uma articulação intencionalmente unitária entre sucessivos elementos do pensamento”¹⁷⁰.

Com a qualificação de discurso, ressalta-se, por um lado, que as razões da decisão são manifestação concreta da língua e, por outro lado, que elas compõem uma *unidade linguística* maior do que a frase apresentada em uma situação de comunicação¹⁷¹. Além disso, sob uma perspectiva filosófica, a natureza discursiva também indica algo a respeito da unidade linguística em questão, a saber: que se realiza por uma série de operações intermediárias e parciais encadeadas de forma lógica e ordenada¹⁷².

Esse discurso contido na decisão judicial deve explicar ou justificar a decisão. Aqui, o ponto de reflexão do presente capítulo.

No §1, foi demonstrada a distinção entre os tipos de discurso que a decisão judicial pode conter, sendo um deles realizado por meio de razões explicativas e outro realizado por meio de razões justificativas. Dado o objeto da presente monografia, resta demonstrar qual o tipo de discurso que a decisão judicial *deve incorporar (doutrina)*: o *discurso explicativo da motivação* ou o *discurso justificativo da fundamentação*. Preliminarmente, contudo, há que se demonstrar qual a função que as razões constantes das decisões judiciais devem desempenhar segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

Uma vez demonstrada a função do discurso judicial e a maior adequação do discurso justificativo ao objeto da presente dissertação, revela-se necessário fazer outras escolhas no que toca ao conteúdo da justificação judicial. Assim, rejeita-se uma doutrina de justificação puramente lógico-silogística e defende-se – a partir de uma determinada teoria da atividade jurisdicional, entendida como reconstrução do ordenamento jurídico e do caso concreto – uma doutrina de justificação lógico-argumentativa.

2.1. A FUNÇÃO DE LEGITIMAÇÃO E DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

¹⁷⁰ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 30.

¹⁷¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI : o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 690; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, pp. 693-694.

¹⁷² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI : o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 690; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, pp. 693-694.

Defende-se que a função da outorga de razões às decisões judiciais é a de fornecer elementos para aferição da legitimação do exercício da atividade jurisdicional e para a realização de controle intersubjetivo, tudo segundo determinado parâmetro de racionalidade – que não por acaso será objeto de exame no §2.3, *infra*. Essa função, sustenta-se, é reconstruída a partir da noção de Estado Constitucional, entendido como tal um determinado standard do conceito de Estado de Direito.

A importância da compreensão da função das razões da decisão judicial é grande sob diferentes perspectivas. Sob uma perspectiva, por exemplo, pode-se pretender examinar as funções para reconstruir, por auxílio delas, um dever constitucional de outorgar razões às decisões judiciais¹⁷³, o que no contexto da Constituição Federal brasileira é resolvido pela previsão expressa desse dever no seu artigo 93, inciso IX¹⁷⁴. Na perspectiva que importa para a presente dissertação, a partir do estabelecimento de determinadas funções determina-se qual o tipo de conteúdo que as razões da decisão devem ter¹⁷⁵.

Com o fim de estabelecer a função aqui examinada, busca-se fundamentos no direito constitucional brasileiro, haja vista a atividade jurisdicional inserir-se no quadro do Estado Constitucional como um poder sujeito ao direito e legitimado pela democracia. A famosa caracterização de Jürgen Brüggenmann, incorporada no discurso da doutrina brasileira a partir de José Carlos Barbosa Moreira¹⁷⁶, do Estado de Direito como um

¹⁷³ Nesse sentido, as análises de BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, pp. 91-164; LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung : zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen, Mohr: 1987, pp. 37-124.

¹⁷⁴ “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

¹⁷⁵ Segundo Taruffo: “A função é o paradigma geral que define os requisitos do modelo a que em concreto os discursos devem adequar-se, representando, portanto, o termo de referência necessário para determinar tanto os tipos de proposições que esse deve conter, quanto a estrutura do sistema de inferências que esse deve conter, quanto a estrutura do sistema de inferências que devem ligar entre si tais proposições”. (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 59)

¹⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, pp. 111-125, out.-dez/1978, p. 117; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, pp. 107-114, 2004, p. 107. A análise da literatura jurídica demonstra ser um verdadeiro discurso comum o relacionamento do Estado de Direito como Estado que se justifica, cfr., pelo menos, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126;

Estado que se justifica¹⁷⁷ é central para o estabelecimento da ligação entre o Estado Constitucional e a função que deve ser desempenhada pelo discurso de razões que acompanham a decisão judicial.

Por essa razão, a seguir, delinea-se o conteúdo do Estado Constitucional já com vistas à determinação da função do discurso em exame. Logo após, explicita-se a função que esse deve desempenhar.

2.1.1. Estado Constitucional

O Estado brasileiro constitui-se em um Estado Democrático de Direito¹⁷⁸, cujas “duas grandes qualidades” – o Estado de Direito e o Estado Democrático – são comumente sintetizadas por meio da expressão *Estado Constitucional*¹⁷⁹. Trata-se de uma conjugação da ideia de “domesticação do domínio político”¹⁸⁰ com a noção de que o poder político decorre do “poder dos cidadãos”¹⁸¹.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 85-99, 2012, p. 86; MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial : a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 314; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 122, n. 366; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 179-185; SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 357-371, 2015, p. 359.

¹⁷⁷ BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, pp. 161-164.

¹⁷⁸ Constituição Federal, “Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2000, pp. 92 e ss.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 93.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 98.

De acordo com outra forma de visualizar a questão, pode-se reconhecer que o Estado de Direito adquiriu historicamente o caráter de um conceito escalonado, que pode ser realizado total ou parcialmente em diferentes Estados¹⁸². Dessa forma, a democracia, que comumente é critério de diferenciação entre os Estados Democráticos e os Estados Totalitários (negação da democracia instrumental) ou Estados Autoritários (limitação da democracia instrumental)¹⁸³, acaba compondo um dos níveis da noção (escalonada) de Estado de Direito. Nesse sentido, conclui-se que um Estado de Direito não democrático não é um *completo Estado de Direito* de acordo com os standards do conceito atual¹⁸⁴. O próprio Estado de direito internaliza o valor “participação” nos procedimentos de formação de decisões estatais¹⁸⁵.

As diferentes noções de Estado de Direito fazem-se presente na história de grande parte das culturas jurídicas ocidentais. É comum, a esse respeito, utilizar-se das expressões *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *État de droit* como se fossem equivalentes, em que pese a diversidade dos contextos culturais em que inseridas e da independência relativa dessas teorias¹⁸⁶. Com uma superficial aproximação histórica dos referidos conceitos, contudo, já se mostra viável relativizar essa equiparação.

A *Rule of Law* inglesa é caracterizada pela *igualdade jurídica dos indivíduos*, segundo a qual todos os cidadãos são iguais, sujeitos às regras ordinárias do Direito, rejeitando-se os privilégios, a arbitrariedade e o abuso de poder. Também é sua característica o reconhecimento da *sinergia entre o parlamento e o judiciário*, sendo igualmente soberanos os resultados e as decisões de ambos os poderes, cuja soberania é voltada *contra as prerrogativas do poder executivo*. Além disso, a *Rule of Law* exerce a função de *proteção dos direitos individuais*, por meio do histórico favorecimento do desenvolvimento das liberdades dos *Englishmen* pelas Cortes e pelo Parlamento¹⁸⁷. A constituição inglesa não é escrita, tampouco é um ato jurídico ou um costume, mas sim

¹⁸² GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit – zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft. *JuristenZeitung*, n. 12, pp. 596–600, 2009, p. 596.

¹⁸³ Por todos, ver SOUZA Jr., Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 27-34.

¹⁸⁴ GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit – zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft. *JuristenZeitung*, n. 12, pp. 596–600, 2009, p. 600.

¹⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

¹⁸⁶ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, p. 03.

¹⁸⁷ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, pp. 07-09.

um conjunto de tradições jurídicas, atos jurídicos, convenções sociais e práticas concorrentes na limitação e no controle do Executivo¹⁸⁸.

O modelo americano do *Rule of Law* recebeu a influência do inglês na atribuição ao judiciário das funções de *salvaguarda dos direitos individuais* e de *reação contra o arbítrio do poder estatal*. Entretanto, a visão americana de que o Parlamento era mais perigoso às liberdades fundamentais e à propriedade do que a função executiva do Estado conduziu à *primazia normativa da constituição*, garantida por meio da *rigidez constitucional* e da *judicial review* da legislação pelo Judiciário¹⁸⁹. E justamente nessas duas soluções institucionais que se encontra a distinção entre os modelos inglês e o americano¹⁹⁰.

A forma alemã do *Rechtsstaat* surgiu como consolidação do compromisso entre a doutrina liberal, apoiada pela burguesia, e a ideologia autoritária, apoiada pelas forças conservadoras, reelaborando-se os elementos-chave do pensamento liberal clássico (*proteção dos direitos humanos* e *separação dos poderes*) em termos positivos jurídicos. Isso foi realizado por meio da teoria dos *direitos públicos subjetivos*, os quais foram concebidos por meio de uma visão estatalista: é o Estado que se autolimita e concede tais direitos, não sendo originados da soberania popular. Em função disso e da inexistência de rigidez constitucional, consolidou-se a visão anticontratalista de que os direitos estavam à disposição do legislativo – disposição que era exclusiva, em virtude da *reserva legal*¹⁹¹. Em outro sentido, o *princípio da legalidade* estabelecia que as normas estabelecidas pelo Parlamento *submetiam ao Executivo e ao Judiciário*, de modo a garantir a *proteção dos*

¹⁸⁸ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, p. 15.

¹⁸⁹ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, pp. 10-11.

¹⁹⁰ “Na Inglaterra, nem as cortes de *common law* nem as cortes superiores nunca exerceram a *judicial review* com fundamento na superioridade normativa e autoridade formalmente inquestionável da constituição. A proteção das liberdades dos *Englishmen* dependeu de uma longa tradição do *common law* e não de instrumentos institucionais colocados nas mãos de altas burocracias judiciais. Além disso, na Europa Continental, ao longo do século XIX e ainda depois, as cartas constitucionais mantinham-se flexíveis e estavam à disposição do poder legislativo.” (ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, p. 11)

¹⁹¹ Não por acaso, a doutrina constitucional alemã não reconheceu o “direito de resistência” como garantia fundamental, o qual pressuporia uma origem transcendente (pré-política, religiosa) das liberdades individuais. Cfr. ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, p. 12.

direitos individuais, já que se assumia que a vontade estatal, a legalidade e a legitimidade moral correspondiam-se perfeitamente¹⁹².

Ao contrário das *teorias* acima, o modelo de *État de droit* surgiu na França como uma alternativa à realidade do constitucionalismo francês, havendo sido proposta inicialmente por Carré de Malberg – surgiu como uma *doutrina*, portanto. A proteção dos direitos individuais deveria ser assegurada por uma autolimitação do poder soberano, por meio da vinculação de todos a um conjunto válido de regras, o que significava a realização de um afastamento da tradição francesa pós-Revolução, que proclamava a absoluta *primazia do Parlamento sobre os demais poderes* no *État légal*. É que na França pós-Revolução, a *lei* ocupou posição de expressão da vontade geral da nação, *vinculando rigorosamente o Executivo*, e – devido ao papel histórico que os magistrados exerceram no *Ancien Régime* – também o *Judiciário*. Aos magistrados *negava-se qualquer prerrogativa de interferência na função legislativa* ou de suspender a exigibilidade das leis, o que afastou o modelo francês radicalmente dos modelos inglês e americano. A primazia do legislativo era explicitada pela outorga tanto do poder constituído como do constituinte ao Parlamento e pela rejeição do “governo dos juízes”, rejeitando os modelos da rigidez constitucional e do controle judicial sobre as leis ordinárias. Contra esse conjunto de elementos (que caracterizam o *État légal*) que foi construída a expressão *État de droit*¹⁹³.

Em linha de síntese, existem diferenças entre os contextos internos dessas diferentes noções, o que implica na *pluralidade de formas* de Estado de Direito. De outro lado, contudo, é possível construir uma noção de Estado de Direito que aproxima a pluralidade dessas experiências a um nível teórico¹⁹⁴. Mais importante, contudo, é realizar uma aproximação dessas experiências levando em conta o caso brasileiro para construção

¹⁹² ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, pp. 11-13.

¹⁹³ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, pp. 13-15. O *État de droit* proposto por Malberg passava pela submissão de todos os poderes, incluindo o legislativo, ao direito. “O Parlamento deveria ser visto como um mero poder constituído – de nenhuma forma um poder constituinte – cuja função deveria estar sujeita a limites e controles, tal como o caso do poder administrativo. (...) Um *État de droit* autêntico deveria fornecer aos indivíduos recursos jurídicos que permitam a eles opor-se à vontade do legislador sempre que seus atos violassem seus direitos fundamentais” (*Idem*, p. 15).

¹⁹⁴ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, p. 19.

do Estado Constitucional em que a presente dissertação se insere¹⁹⁵. Tal perspectiva de análise leva à conclusão de que o modelo brasileiro constitui um *sistema jurídico híbrido*¹⁹⁶.

Segundo uma concepção realista do Estado, entende-se a sua essência como a de um governo de um grupo de pessoas sobre outro. Em função da inevitável desigualdade que disso decorre e como medida de contrabalanceamento, o Estado de Direito sujeita ao direito não somente os governados como também os governantes, tornando-os todos, de certo modo, *iguais*¹⁹⁷. É por isso que se pode confirmar o antigo *slogan* do “governo do direito, não dos homens” (*rule of law, not men*)¹⁹⁸ e que é possível pensar-se em ser livre e governado ao mesmo tempo¹⁹⁹. Certo é que, seja em razão do reconhecimento da existência de um direito natural de resistir à opressão, entendida essa como qualquer limitação ao gozo de determinadas “liberdades naturais”, seja em função de um pessimismo frente ao poder, conclui-se pela necessidade de se *juridicizar* as barreiras do Estado, o que permite o seu *controle pelos cidadãos*²⁰⁰. O poder de modificar o direito que o Estado detém é canalizado (limitado), o que permite a calculabilidade da atuação estatal pelo indivíduo, garantindo-lhe segurança em relação aos seus comportamentos e um maior escopo para o seu planejamento²⁰¹.

Não se ignora que as leis que positivam os limites do poder são aprovadas por um grupo de *pessoas* e que a aplicação das leis, bem como a fiscalização para a prevenção

¹⁹⁵ Os próximos parágrafos propõem-se a isso, levando em conta o escopo do presente capítulo. Para tanto, entendeu-se por bem abordar aspectos atinentes tanto ao Estado de Direito quanto ao Estado Democrático, seguindo-se a linha segundo a qual a associação desses dois conceitos dá o conteúdo do Estado Constitucional.

¹⁹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 44; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

¹⁹⁷ WALDRON, Jeremy. The rule of law. (1990), in: WALDRON, Jeremy. *The Law*. New York: Routledge, pp. 30-57, 2005, p. 32; MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. *Revista de Processo*, ano 36, v. 199, pp.83-99, setembro/2011, pp. 87-88.

¹⁹⁸ No mesmo sentido, mas tratando da Democracia, v. KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. (1929) 2ª edição, in: KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 35.

¹⁹⁹ WALDRON, Jeremy. The rule of law. (1990), in: WALDRON, Jeremy. *The Law*. New York: Routledge, pp. 30-57, 2005, p. 33. Recorde-se, a propósito, CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. (1819) Paris: Éditions Mille et une Nuits (Éditions Fayard), 2010.

²⁰⁰ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, pp. 20-21.

²⁰¹ GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 159-175, 1991, p. 160; COUTO E SILVA, Almiro do. Problemas jurídicos do planejamento. *Revista de Direito Administrativo*, v. 170, pp. 1-17, outubro/1987, pp. 11 e ss.; ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica : entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 125-126 e pp. 206-211.

e repreensão de ofensas à lei é realizada por *pessoas*. Entretanto, esse fato não torna inócua a vinculação do poder ao direito para fins de limita-lo, tampouco significa que a vinculação se dá no interesse da pura juridicização do exercício do poder. Por meio da vinculação ao direito, existe, sim, uma limitação/restricção de tarefas estatais a favor da garantia do desenvolvimento pessoal e da autonomia da sociedade; sem esta, esses não seriam alcançáveis²⁰². Mais que isso, dado o conteúdo do direito constitucional atual, que prevê prestações, políticas e finalidades, o Estado Constitucional também vincula a atividade estatal e esse conteúdo prestacional, inclusive no que toca o Judiciário²⁰³. Com Castanheira Neves, pode-se ainda afirmar que, nesse Estado, o direito afirma-se não somente como limite da atuação do poder político do Estado, mas como dimensão constitutiva do próprio Estado, manifestada como instância de validade²⁰⁴.

É possível desenhar diferentes modelos de Estados de Direito que se pautem pela democracia e diferentes teorias da Democracia²⁰⁵; não obstante, também é possível reconhecer os elementos mínimos para que um Estado de Direito possa ser considerado democrático. Essa redefinição do termo democracia²⁰⁶ reconhece como núcleo de significado a noção de autogoverno do povo, cuja noção tem três aspectos fundamentais. Primeiro, a própria ideia de *autonomia política*, entendida como autonormatização coletiva. Segundo, a ideia de que o poder de decisão não depende do conteúdo da decisão, mas do *modo de decidir*, do processo para a tomada de decisão. Terceiro aspecto é da igual *distribuição de poder* de decisão entre os indivíduos que estão incluídos na

²⁰² GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 159-175, 1991, p. 160. Em decorrência disso que se afirma que o conceito de Estado de Direito não é simplesmente formal e neutro, significando – muito mais – uma opção ética a favor de uma ordem política racional e previsível, em que o direito garante os direitos individuais de liberdade e a segurança das atividades dos indivíduos. Cfr. *Idem*, pp. 162-163; ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, p. 30.

²⁰³ TALAMINI, Eduardo. Capítulo X – Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais a Prestações Positivas do Estado, in: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (coords.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 151-177, 2007, p. 162.

²⁰⁴ NEVES, António Castanheira. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, a. I, n. 1, pp. 35-65, julho/1982, pp. 61-62.

²⁰⁵ Vide, por exemplo, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2000, pp. 1409-1419.

²⁰⁶ Propondo uma redefinição do conceito de democracia em razão da pluralidade de sentidos dados ao termo, PINTORE, Anna. Democrazia e diritto, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 449-471, 2013, pp. 450-451.

comunidade política, *i.e.*, o estabelecimento de *quem* pode tomar decisões políticas coletivas²⁰⁷.

Enquanto método de decisão, a Democracia relaciona-se com o direito em diversos níveis e em modo reflexivo. De um lado, o método democrático é o modo de produção do direito no Estado Democrático. Ocorre que o regramento sobre o modo de decidir é, ele próprio, direito. E esse direito sobre a forma de produção do direito pode também ser modificado por meio do método democrático²⁰⁸.

Outra relação importante entre o Estado de Direito e o Estado Democrático é o do estabelecimento de limites à modificação realizável pela Democracia, por meio de âmbitos normativos em que *a modificação democrática é restrita ou sobre os quais não se pode decidir*²⁰⁹. São os casos, respectivamente, da rigidez constitucional brasileira (Constituição Federal, artigo 60) e da abolição das cláusulas pétreas (Constituição Federal, artigo 60, § 4º)²¹⁰, que protegem a democracia de si própria²¹¹.

É núcleo inafastável da ideia de Estado de Direito que o poder político somente seja exercido *com fundamento e dentro do quadro do Direito*²¹². Ela trata-se de uma estrutura normativa e institucional segundo a qual confia-se ao sistema jurídico a tarefa de proteção dos direitos individuais, *reprimindo-se as inclinações do poder político* de se

²⁰⁷ PINTORE, Anna. Democrazia e diritto, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 449-471, 2013, pp. 451-452; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 1418.

²⁰⁸ PINTORE, Anna. Democrazia e diritto, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 449-471, 2013, p. 462.

²⁰⁹ PINTORE, Anna. Democrazia e diritto, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 449-471, 2013, pp. 462-464 e 468-470.

²¹⁰ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

²¹¹ A respeito da função de proteção do direito das minorias, exercida pelo Poder Judiciário, MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 73-74.

²¹² GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 159-175, 1991, p. 159.

expandir, de agir de forma arbitrária e de abusar de suas prerrogativas²¹³. Em outras palavras: é o princípio segundo o qual todo ato estatal é sujeito à lei, ou, em sinonímia, que a *ação estatal é governada por normas jurídicas*²¹⁴.

Concretizando a vinculação do Estado ao direito, surge o requisito segundo o qual o exercício de poder/governo depende da outorga de competências e da atenção a determinados procedimentos²¹⁵. A vinculação do Estado à lei (*Gesetzesbindung*) é compreendida, de um lado, por meio da fixação de âmbitos e atividades em que o Estado somente poderá atuar com base em um fundamento legal (é a questão acerca da reserva de lei, *Gesetzesvorbehalt*), e, de outro, por meio do estabelecimento do modo e dos requisitos que a ação estatal deverá cumprir para ser válida (é a questão, por exemplo, da juridicização do processo legislativo). Ao fim, a *Gesetzesbindung* também implica no questionamento acerca da possibilidade de ser realizado o controle da vinculação do Estado à lei, bem como, do sujeito ou órgão a quem incumbe esse controle, em que medida ele pode ser exercido e quais são as consequências que o descumprimento da vinculação à lei provoca (questões acerca da tutela jurisdicional contra o Estado)²¹⁶.

O Princípio da Legalidade também é basilar para o Estado Democrático, já que a lei vai entendida como resultado da vontade popular e que ela contém decisões a respeito de manutenções e de modificações na ordem social²¹⁷. No exercício da democracia representativa, a vontade do Estado manifestada em suas decisões é o resultado da vontade do Parlamento, que por sua vez é eleito pelo povo para exercer uma determinada atividade na divisão do trabalho em sociedade²¹⁸.

Outro elemento do Estado de Direito é a *diferenciação do poder*, que abrange dois aspectos: a autonomia funcional do sistema político e jurídico aos sistemas ético-religiosos e econômicos – o que também acaba provocando um certo afastamento da

²¹³ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, p. 19.

²¹⁴ GUASTINI, Riccardo. Implementing the Rule of Law. *Analisi e Diritto*, pp. 95-103, 2001, p. 95.

²¹⁵ GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit – zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft. *JuristenZeitung*, n. 12, pp. 596–600, 2009, p. 596.

²¹⁶ GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 159-175, 1991, pp. 161-162.

²¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 121.

²¹⁸ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. (1929) 2ª edição, in: KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 47. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 92-93.

sociedade civil – e a diferenciação funcional interna, entendida como a separação de poderes²¹⁹.

A autonomia funcional, o primeiro aspecto referido, significa o reconhecimento da *Segurança Jurídica* como um valor em si, independentemente de se tomar o resultado da aplicação do direito como sendo bom ou ruim, útil ou nocivo²²⁰ – *i. e.*, independente do conteúdo do direito. Em sociedades que não são fundadas em uma verdade absoluta (religiosa ou secular), em respeito à pluralidade de concepções de verdade, a legitimação do governo não decorre de uma determinada verdade vinculante, mas do consenso dos governados²²¹. E, por esse motivo, não se espera que sejam preferidas as decisões decorrentes de concepções não jurídicas a decisões jurídico-normativas.

Agrega-se a esse aspecto do Estado de Direito, o fato de que o Estado Democrático pressupõe a tolerância, não podendo ser qualificado de democrática a situação em que se exige “que nossos interesses e valores sejam aceitos como absolutos”, em que não resta espaço para a convivência com a diversidade²²². A Democracia opõe-se à dominação absoluta, seja ela realizada por um indivíduo, por um grupo ou pela maioria do povo²²³. Ela contrapõe-se à autocracia, em que nenhuma oposição é tolerada²²⁴. Em uma palavra, Democracia é discussão²²⁵.

A diferenciação interna, o segundo aspecto da diferenciação de poder do Estado de Direito, importa na separação das atividades de fazer a lei e de aplicar a lei²²⁶, ou, em outras palavras, de tomar decisões programadoras ou decisões programadas²²⁷. Essa

²¹⁹ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, pp. 26-28.

²²⁰ GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit – zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft. *JuristenZeitung*, n. 12, pp. 596–600, 2009, p. 597.

²²¹ GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit – zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft. *JuristenZeitung*, n. 12, pp. 596–600, 2009, p. 597; WALDRON, Jeremy. The rule of law. (1990), in: WALDRON, Jeremy. *The Law*. New York: Routledge, pp. 30-57, 2005, p. 36.

²²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 137-163, 2008, p. 141.

²²³ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. (1955), in: KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993, pp. 182-183.

²²⁴ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. (1955), in: KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 184.

²²⁵ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. (1955), in: KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 183.

²²⁶ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007, p. 28.

²²⁷ GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 159-175, 1991, pp. 162-163.

separação de funções (separação de poderes *lato sensu* ou distinção de poderes)²²⁸ termina por criar uma estrutura organizacional, que pode ser modelada desde um sistema de Separação de Poderes até um sistema de Balanceamento de Poderes (freios e contrapesos; *checks and balances*)²²⁹, sendo possível, ainda, a existência de modelos mistos de diferentes graduações. Da mesma compreensão a respeito da distinção entre processos de criação de direito e de aplicação do direito decorre a ideia de hierarquização de normas²³⁰, segundo a qual uma norma deve ter como fundamento uma norma superior.

O Estado Constitucional brasileiro se caracteriza pela garantia da harmonia entre os poderes por meio de um sistema de freios e contrapesos. Assim, por exemplo, o Legislativo controla os demais poderes por meio sua atividade legislativa e da fiscalização externa de suas contas, o Executivo controla o Legislativo pelo poder de veto e o Judiciário por meio da nomeação de Ministros, o Judiciário controla os poderes pela conformação dos atos de poder à Constituição Federal²³¹. A respeito dessa função do Poder Judiciário, tem-se que esse é o “contrapoder jurídico do imediato poder político geral”²³², que como tal, “desempenha uma decisiva função política sem intenção política (sem que as suas determinações e critérios sejam directamente políticos)”²³³.

Já com base nesses elementos, em especial com suporte na Separação de Poderes e no Princípio da Igualdade, a atividade jurisdicional do Poder Judiciário é vinculada à lei e ao direito²³⁴.

A partir de uma visão formal sobre o Estado de Direito, inexistente a vinculação do direito do Estado a critérios materiais de justiça, dado que se espera que a justiça material

²²⁸ BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. *Analisi e Diritto*, pp. 01-21, 2004, pp. 02-04.

²²⁹ GUASTINI, Riccardo. Implementing the Rule of Law. *Analisi e Diritto*, pp. 95-103, 2001, p. 96; BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. *Analisi e Diritto*, pp. 01-21, 2004, pp. 04-07.

²³⁰ Chamando atenção ao critério da *hierarquização das normas*, ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica : entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 208.

²³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 110-111; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 111-112; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 64-68.

²³² NEVES, António Castanheira. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, a. I, n. 1, pp. 35-65, julho/1982, p. 63.

²³³ NEVES, António Castanheira. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, a. I, n. 1, pp. 35-65, julho/1982, p. 64.

²³⁴ BERNHARD, Angelika. *Die Entscheidungsbegründung im schweizerischen zivilgerichtlichen Verfahren*. Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, 1983, pp. 26-27.

esteja assegurada por meio da representação dos cidadãos²³⁵. Além disso, compreendendo-se a função estatal como de proteção de uma preconcebida ordem social por meio de interferências mínimas naquilo que é necessário para se manter ou reestabelecer a ordem, o requerimento de fundamento legal para a ação estatal cumpre suficientemente tal papel²³⁶. A experiência de governos em cujas leis veicula-se a injustiça, entretanto, demonstra a insuficiência de não vincular a lei a critérios materiais.

É nesse sentido que a vinculação do Estado aos direitos fundamentais estabelece como sendo critério material do Estado de Direito o valor próprio (*Selbstwert*) do indivíduo e o reconhecimento da liberdade e da igualdade que dele decorre²³⁷.

Com isso, fala-se de direitos fundamentais não só individuais, mas também transindividuais, e não apenas de restrição da atividade estatal, como também prestacionais²³⁸. Também é aspecto material do Estado de Direito contemporâneo o Estado Democrático a ele associado.

Alguns desdobramentos da associação da democracia ao Estado de Direito já foram indicados acima, contudo pode-se ressaltar ainda o aspecto legitimador da soberania popular e da participação.

A participação democrática está presente em todos os poderes, sendo mais evidente nos casos do Legislativo e do Executivo, em que há representantes eleitos. No Judiciário, o espaço democrático é garantido pelo princípio da inércia da jurisdição e pela participação direta da sociedade civil (na figura de partes ou mesmo de terceiros, em

²³⁵ GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 159-175, 1991, p. 163.

²³⁶ GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 159-175, 1991, p. 165.

²³⁷ GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit – zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft. *JuristenZeitung*, n. 12, pp. 596–600, 2009, p. 598. Relembrando a Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, Brüggemann recorda a concepção que, desde então, proclama-se que onde não está assegurada a garantia dos direitos, não há constituição – ao menos segundo o parâmetro do Estado de Direito (BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, p. 111).

²³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, *Revista da AJURIS*, a. XXIX, n. 87, tomo I, pp. 37-49, setembro/2002, pp. 40-41. Reconhecendo quatro dimensões de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito (liberdades negativas; preocupação promocional do direito e liberdades positivas; direitos difusos e coletivos; e direito à participação do cidadão), ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 107. Para uma visão crítica do tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 45-52.

determinados casos) no processo²³⁹. Afirma-se, com relação ao Judiciário e ao processo, ser esse um terreno privilegiado para o desenvolvimento da democracia participativa²⁴⁰, que já foi lentamente desenvolvida por meio do histórico papel criativo da jurisprudência brasileira no que toca o exercício do *judicial review* e estabelecimento de remédios processuais²⁴¹ e, hoje, é intensificada pela unidade da Constituição do Estado Constitucional²⁴².

O que se sustenta é que a democracia deixou de ser baseada exclusivamente na forma representativa, para também desempenhar a função de participação do exercício do poder estatal²⁴³. Daí porque, além dos canais relativos à democracia representativa, encontram-se na Constituição Federal canais de participação direta das decisões estatais por meio do processo legislativo²⁴⁴ (iniciativa popular, referendo e plebiscito)²⁴⁵ e por meio do processo judicial, em face dos três Poderes: por meio da cláusula geral de direito de ação²⁴⁶ contra quaisquer dos Poderes; de ação popular²⁴⁷ em face do Executivo, de

²³⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 114. Chamando atenção da realização do Estado Democrático por meio do direito ao contraditório, v. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, a. XXV, n. 74, pp. 103-120, nov/1998, p. 110. CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório, in: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 193-210, 2011, p. 200.

²⁴⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 27 e p. 32. A respeito da legitimação do Poder Judiciário no Estado Constitucional, recomenda-se MACEDO, Elaine Harzheim. O Juiz e o Poder Judiciário do Século XXI: Considerações sobre a Legitimação das Decisões, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 132-155, 2012.

²⁴¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 132. A adesão ao *judicial review*, entendido como prerrogativa judicial de teste de atos dos Poderes Legislativo e Executivo, é incompatível com a adoção do modelo de juiz como sendo um poder neutro e nulo (BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, pp. 136-138).

²⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 6, 23-24, 51.

²⁴³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: MÜLLER, Georg; RHINOW, René A.; SCHMID, Gerhard; WILDHABER, Luzius (hrsg.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel : Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 301-328, 1982, pp. 303-306.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 137 e 141-142.

²⁴⁵ Constituição Federal, “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular (...)”.

²⁴⁶ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁴⁷ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXIII, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à

mandado de injunção²⁴⁸ e de ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade²⁴⁹ em face do Legislativo, e do direito ao contraditório²⁵⁰ em face do Judiciário²⁵¹.

Todos os Poderes submetem-se, no Estado Constitucional, à supremacia da Constituição Federal²⁵², à soberania popular²⁵³ e aos objetivos reconstruídos a partir da Constituição²⁵⁴.

O Estado Constitucional, portanto, deve ser concebido como instrumento de realização da dignidade humana, motivo pelo qual aspectos materiais também lhe são reconhecidos²⁵⁵. Ela opera como como parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, mas de

moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

²⁴⁸ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXI, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

²⁴⁹ Constituição Federal, “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (...)”.

²⁵⁰ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno : Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 107-108.

²⁵² Segundo SOUZA Jr., Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2002, p. 52: “No regime democrático constitucional e pluralista, na forma como se consolida, a partir do segundo pós-guerra, denomina-se genericamente *supremacia do direito* a acolhida na Constituição, por consenso da comunidade, dos valores éticos supremos do direito como fins últimos da convivência política e – a partir daí – a sujeição ao ordenamento jurídico vigente, por meio de técnicas normativas adequadas, da organização e do funcionamento do Estado e de toda a vida social”. V., também, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

²⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 121; PINTORE, Anna. *Democrazia e diritto*, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 449-471, 2013.

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43; ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 33-72, 2011, p. 52. O autor complementa, “mesmo que isto importe em permanente tensão entre a regra da maioria e os direitos fundamentais” (*Idem, Ibidem*).

²⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica : entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 210.

todo o ordenamento jurídico²⁵⁶. Bem compreendido o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ele serve de limite à atuação estatal e de imposição de uma meta permanente de proteção, promoção e realização dos direitos fundamentais²⁵⁷.

2.1.2. A função da outorga de razões às decisões judiciais

Determinado o conteúdo do Estado Constitucional do qual o presente trabalho parte, cumpre examinar, segundo esse conteúdo, qual a função que deve ser desempenhada pelo discurso que outorga razões às decisões judiciais.

Em um primeiro nível de análise, a função das razões da decisão judicial é relacionada às seguintes normas da Constituição Federal: a vedação a que a lei viole a *coisa julgada* (artigo 5º, inciso XXXVI²⁵⁸), a previsão do direito à ampla defesa, com *recursos* a ela inerente (artigo 5º, inciso LV²⁵⁹; artigo 98, inciso I, última parte²⁶⁰; artigo 102, incisos II e III²⁶¹; artigo 105, incisos II e III²⁶²; artigo 108, inciso II²⁶³), e as normas que prescrevem a segurança do ordenamento jurídico, em que se incluem as *orientações jurisprudenciais* (Segurança Jurídica).

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 131.

²⁵⁸ “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

²⁵⁹ “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²⁶⁰ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

²⁶¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) II - julgar, em recurso ordinário: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...)”.

²⁶² “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) II - julgar, em recurso ordinário: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...)”.

²⁶³ “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: (...) II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição”.

Refletindo esses elementos do Estado Constitucional brasileiro, reconhece-se uma função *técnica*²⁶⁴ para as razões outorgadas às decisões judiciais, que é a função de *delimitar o conteúdo da decisão* para os diferentes fins, como por exemplo a identificação da coisa julgada e a reconstrução de orientações de decisões pretéritas, de rupturas ou de tendências de decisões. É possível realizar um discurso a respeito das razões das decisões judicial que leve em conta aspectos particulares, como o da coisa julgada, que exerça uma *função técnica endoprocessual*. Também é possível haver um discurso relativo à unidade do direito com relação a essas mesmas razões, que corresponde a uma *função técnica extraprocessual*²⁶⁵.

As razões da decisão judicial, em que pese não adquirem a imutabilidade da coisa julgada, exercem a relevante função de determinação do alcance dessa, seja em seu regime comum, relativo à resolução da questão principal (Código de Processo Civil, artigo 503, *caput*)²⁶⁶, seja em seu regime especial, relativo à questão prejudicial incidental expressamente resolvida²⁶⁷ (Código de Processo Civil, artigo 503, §§ 1º e 2º)²⁶⁸. Para se

²⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, pp. 111-125, out.-dez/1978, pp. 114-115.

²⁶⁵ Trata-se de subclassificação dentro do nível de análise denominado por José Carlos Barbosa Moreira de *técnico*, que não se confunde com a classificação das funções em *endo-* e *extraprocessuais*, de Michele Taruffo (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 282, 285 e 286-287), que serão abordadas, a seguir, no segundo nível de análise. O próprio Taruffo reconhece essa distinção da classificação, como se depreende do seu comentário sobre a legislação piemontesa e modense: “[n]esses casos, pode-se falar de função extraprocessual da motivação, mas com um significado diferente daquele definido anteriormente, na medida em que a finalidade que parece ser perseguida é a clarificação e simplificação da jurisprudência mediante a eficácia de precedente de fato que deveriam ter as sentenças motivadas” (*Idem*, p. 288).

²⁶⁶ “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”.

²⁶⁷ Segundo a lição de Liebman, “para identificar-se o objeto, no sentido técnico, do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário que se lembre que a sentença nada mais é do que a resposta dada pelo juiz ao pedido formulado pelos litigantes e que, assim (afastada a possibilidade excepcional de julgamento ‘*ultra petita*’), uma e outra têm os mesmos limites, constituindo por isso os pedidos o mais seguro critério para se fixar os limites da coisa julgada”; assim, ainda que excluídos da coisa julgada, “os motivos” constituem “indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, in: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos Sobre o Processo Civil*, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, pp. 159-164, 1976, pp. 162-164). Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 632; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 346.

²⁶⁸ “§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do §

estabelecer o conteúdo dos precedentes e mesmo identificar as alterações e tendências, a observação das razões dos casos julgados é determinante. Basta ver que é por meio delas que se determina o conteúdo dos fundamentos determinantes do precedente²⁶⁹.

Como tentativa de síntese, pode-se dizer que a função técnica das razões da decisão judicial é a de permitir a clareza no conhecimento do conteúdo juridicamente relevante da decisão, em uma perspectiva endo- ou extraprocessual.

Em um segundo nível de análise, afirma-se como decorrência do conteúdo fundamental do Estado Constitucional que a atividade jurisdicional deve ser vinculada ao direito e às circunstâncias do caso *sub judice*²⁷⁰, sob pena de a decisão ser arbitrária na definição do parâmetro de conduta ou na aplicação inadequada do parâmetro de conduta a casos que com ele não encontram relação, esmaecendo a função do próprio direito de orientação de condutas²⁷¹. Como demonstrado no § 2.1.1, a vinculação da atividade jurisdicional trata-se de uma decorrência dos dois corações do Estado Constitucional: o Estado de Direito e o Estado Democrático. Além disso, a Constituição Federal, ao dispor a respeito da diferenciação de funções, prescreveu uma relação de independência e harmonia entre os poderes (artigo 2º²⁷²) e submeteu a atividade estatal à *juridicidade*, ao reconhecer o Princípio da Legalidade (artigo 5º, inciso II²⁷³), a supremacia da

1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

²⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 85-99, 2012, p. 93; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 443; MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial : a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 164; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 606-613; BRUNS, Alexander. *Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen – Nobile Officium oder Rechtspflicht?*, in: TICHÝ, Luboš; HOLLÄNDER, Pavel; BRUNS, Alexander (eds.). *The Judicial Opinion*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, pp. 471-483, 2011.

²⁷⁰ LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung : zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen, Mohr: 1987, p. 40; KNEUBÜHLER, Lorenz. *Die Begründungspflicht : Eine Untersuchung über die Pflicht der staatlichen Behörden zur Begründung ihrer Entscheide*. Stuttgart: Paul Haupt Bern, 1998, p. 95.

²⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 22-23; ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica : entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 106-107.

²⁷² “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

²⁷³ “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Constituição (artigo 1º, parágrafo único²⁷⁴) e meios para o controle de constitucionalidade (artigo 97²⁷⁵; artigo 102, inciso I, alínea ‘a’, e inciso III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’²⁷⁶; artigo 125, §2º²⁷⁷). Assim, em razão desses vínculos à atividade jurisdicional, reconhece-se um determinado tipo de racionalidade que lhe serve de parâmetro de correção (examinada no § 2.3.2).

Todos esses pontos refletem-se na imposição de uma *função de controle*²⁷⁸ de racionalidade às razões dadas para a decisão judicial. Esse controle pode ser de vários tipos. Segundo o critério que classifica o controle em relação ao próprio órgão estatal, há o autocontrole (ou controle interno) e o controle externo²⁷⁹. Esse último, segundo o critério que classifica o controle externo em razão dos sujeitos a quem é garantido o controle, é dividido em controle endoprocessual e controle extraprocessual²⁸⁰.

A função de *autocontrole* é desempenhada indiretamente pelo discurso que outorga razões à decisão judicial e diretamente pelo *contexto* no qual o julgador decide quais as razões que constarão da decisão – contexto determinado por um modelo normativo do discurso. O objetivo dessa função é o de evitar a prolação de decisões

²⁷⁴ “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

²⁷⁵ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

²⁷⁶ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição (...)”.

²⁷⁷ “§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

²⁷⁸ BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, pp. 118-125, 136-145; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, pp. 111-125, out.-dez/1978, pp. 115-117.

²⁷⁹ LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung : zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen, Mohr: 1987, pp. 1, 22 e 46.

²⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, pp. 111-125, out.-dez/1978, pp. 118-119. Relacionando a função endoprocessual da fundamentação à justiça da decisão do caso particular e a função extraprocessual da fundamentação aos precedentes: MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial : a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133. Não se concorda completamente com a relação apresentada pelo autor, em razão de não se ignorar a possibilidade da realização de controle extraprocessual que não seja relacionado ao discurso para a sociedade (precedentes), mas ao discurso para o próprio caso. Veja-se, por exemplo, o caso da análise crítica da fundamentação das decisões feita pela doutrina (nem sempre com a intenção de definir o discurso para a sociedade).

precipitadas, exigindo uma prestação de contas interna prévia à decisão²⁸¹: uma racionalização do *processo* de aplicação do direito²⁸². Aqui, entra em jogo o que foi indicado por Wasserstrom a respeito da existência de uma assimetria entre o processo de justificação e o processo de decisão, sendo que a determinação de uma doutrina de fundamentação implica em uma certa conformação do processo de decisão²⁸³.

Para além dessa função de autocontrole, no que diz respeito ao *controle externo* da decisão, a outorga de razões à decisão judicial serve aos interesses dos destinatários da atividade estatal, ao interesse público da tutela do direito objetivo e ao interesse de terceiros²⁸⁴. Em razão disso, pode-se agrupar esse controle externo em duas classes: a classe do *controle endoprocessual* e a classe do *controle extraprocessual*²⁸⁵. A função de controle externo endoprocessual consiste em permitir o controle da decisão pelos participantes do processo – as partes, mas também as instâncias judiciais de controle –, enquanto que a função de controle externo extraprocessual consiste em possibilitar o controle por parte da opinião pública e da sociedade em geral. Nesse último sentido, o dever de outorgar razões às decisões judiciais “assume um *valor político fundamental*: é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto”²⁸⁶, valor político *em si*, tutelado pelo Princípio Democrático do Estado

²⁸¹ LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung : zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen, Mohr: 1987, pp. 39-46.

²⁸² BERNHARD, Angelika. *Die Entscheidungsbegründung im schweizerischen zivilgerichtlichen Verfahren*. Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, 1983, p. 47; KNEUBÜHLER, Lorenz. *Die Begründungspflicht : Eine Untersuchung über die Pflicht der staatlichen Behörden zur Begründung ihrer Entscheide*. Stuttgart: Paul Haupt Bern, 1998, p. 96.

²⁸³ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 27.

²⁸⁴ MÜLLER-IBOLD, Till. *Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht : eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1990, pp. 12-13; BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, p. 143; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 66-71; MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial : a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116.

²⁸⁵ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 282, 285 e 286-287; MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 85-99, 2012.

²⁸⁶ TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015, p. 21.

Constitucional²⁸⁷, e valor político *instrumental*, possibilitando o controle do respeito a outras normas, outros direitos e outras garantias, tutelados por meio do Princípio Democrático do Estado Constitucional²⁸⁸.

O controle externo extraprocessual, quando exercido por juristas e, em última análise, pela opinião pública, pode ser, ao menos, de três tipos: técnico-formal, que analisa a decisão sob o ponto de vista da conformidade ao direito; de oportunidade dogmática, realizado sobre as opiniões expressas e os posicionamentos do magistrado à luz de valorações *de lege lata* e *de sententia ferenda* atinentes ao direito objetivo; e de oportunidade consequencialista, realizado sobre as consequências práticas da decisão, à luz de valorações *de lege lata* e *de sententia ferenda*²⁸⁹.

Em função da vinculação da atividade jurisdicional ao direito e às circunstâncias do caso concreto, a realização do controle externo endoprocessual é realizada a partir de uma perspectiva técnico-formal.

É a função de controle das razões outorgadas à decisão judicial que é mais acentuada na presente dissertação. Não se ignora a função técnica que também desempenham essas razões; contudo, essa função não é determinante para o estabelecimento do tipo de conteúdo que a decisão judicial deve ter, porque pensar na *função de conhecimento do conteúdo da decisão judicial*, que é sem sombra de dúvidas desempenhada pela outorga de razões, é instrumental. Por si só, nada diz a respeito do conteúdo que a decisão *deve ter*. De outro lado, pensar na *função de controle da legitimidade da decisão judicial* determina um conteúdo material, sem o qual essa função não pode ser desempenhada.

²⁸⁷ BRUNS, Alexander. Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen – Nobile Officium oder Rechtspflicht?, in: TICHÝ, Luboš; HOLLÄNDER, Pavel; BRUNS, Alexander (eds.). *The Judicial Opinion*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, pp. 471-483, 2011.

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015, p. 21. A propósito do contra-argumento segundo o qual não faria sentido falar em função extraprocessual porque a sociedade não lê todas as decisões judiciais, precisa é a resposta de Taruffo, segundo a qual (i.) o dever de fundamentação das decisões judiciais, como garantia de controle do poder, não tem sentido somente quando efetivamente exercido o controle, mas já quando o controle é possível de realização, (ii.) os juristas exercem uma função de representação social importante ao examinar criticamente decisões judiciais e (iii.) a mídia possibilita um controle social de algumas decisões com maior ou menor medida de publicação das razões em grau mais ou menos preciso (*Idem*, pp. 21-23).

²⁸⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giurfrè, 1999, p. 45.

Esse controle, a que serve a outorga de razões para a decisão judicial, depende de uma adequada doutrina de fundamentação das decisões judiciais.

2.2. DECISÃO COMO UM DISCURSO JUSTIFICATIVO

A decisão judicial contém uma norma individual para o caso concreto²⁹⁰, que pressupõe um juízo valorativo, ou, mais especificamente, um juízo normativo²⁹¹. Esse juízo, entendido enquanto julgamento (e não enquanto mera inferência)²⁹², encontra no discurso da decisão judicial o seu *modus operandi* e é estruturado por meio de raciocínios de índole prático-argumentativa orientado a uma solução comunicativamente fundada²⁹³. Nesse sentido, é possível falar de um diálogo entre legislador, juiz e partes, no qual o legislador seria representado no processo pelas razões que os dispositivos textuais fornecem à disputa²⁹⁴, ou ainda falar de um diálogo atualizado, quando envolvida a identificação de um diálogo cristalizado, por exemplo, em precedentes (*Präjudizien*) ou em princípios gerais de direito²⁹⁵.

Para que se possa aferir a legitimação racional da decisão e, conseqüentemente, controla-la intersubjetivamente, o discurso deverá ter o *caráter justificativo*, e não

²⁹⁰ MERKL, Adolf. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. (1931), in: KELSEN, Hans *et al.*. *Die wiener Rechtstheoretische Schule : Schriften*. Band II, Wien: Europa-Verlag, pp. 1311-1361, 1968 p. 1348; KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. (1960) 2ª edição. Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 244, ou, em português, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. (1960) 2ª edição, Tradução de João Baptista Machado, 7ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 271.

²⁹¹ NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985, p. 130; NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 33.

²⁹² A propósito da distinção do juízo enquanto inferência do campo dos raciocínios e do juízo enquanto julgamento do sentido prático de julgar, v. NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 31. No mesmo sentido, WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978, p. 116.

²⁹³ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 31. Referindo-se à “problemática inerente à estrutura do juízo”, TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 41.

²⁹⁴ GRÖSCHNER, Rolf. Judiz – was ist und wie läßt es sich erlernen? *JuristenZeitung*, n. 19, pp. 903-908, 1987, p. 906; para uma leitura contextualizada do ensaio, v. a coletânea GRÖSCHNER, Rolf. *Dialogik des Rechts : Philosophische, dogmatische und methodologische Grundlagenarbeiten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

²⁹⁵ GRÖSCHNER, Rolf. Judiz – was ist und wie läßt es sich erlernen? *JuristenZeitung*, n. 19, pp. 903-908, 1987, p. 907 – o autor trata, ao lado do diálogo atual (relativo ao presente) e do diálogo atualizado (relativo ao passado), de um diálogo potencial, relativo ao futuro.

explicativo. Isso ocorre porque o parâmetro externo de legitimação é o direito, bem como porque não é possível controlar intersubjetivamente os motivos da tomada de decisão – ainda que esses sejam limitados pelo formalismo processual.

Quanto ao parâmetro de correção da decisão, a apresentação dos *motivos* da decisão, entendida como a enunciação das *razões explicativas*²⁹⁶, não permite a avaliação das decisões sob o ponto de vista jurídico, senão sob um ponto de vista psicológico. De outro lado, a *fundamentação* da decisão, entendida como a expressão das *razões justificativas*²⁹⁷, permite – com determinada estruturação – a avaliação das decisões sob ponto de vista jurídico. As razões explicativas, portanto, não servem às funções de legitimação e de controle intersubjetivo; as razões justificativas permitem a avaliação jurídica já que prescrevem que a proposição *normativa* seja *juridicamente* justificada com base em normas *jurídicas*²⁹⁸.

É por essa razão que Wróblewski afirma que a “[j]ustificação da decisão judicial é a única forma de demonstração da racionalidade da decisão e de, ao mesmo tempo, funcionar como um controle dessa racionalidade”²⁹⁹.

As razões da decisão não devem ter um caráter de explicação do processo heurístico de tomada de decisão, porque o que se pretende avaliar é a estrutura que suporta a decisão com base em critérios jurídicos intersubjetivamente controláveis³⁰⁰. Uma motivação da decisão, entendida como tal a exposição de razões explicativas, não vincula a avaliação a critérios intersubjetivos, mas a critérios subjetivos. Remeter a decisão jurídica para a psico-sociologia “deixa inconsiderado aquilo mesmo que especifica (e diferencia) essa decisão como decisão jurídica, o que lhe confere juridicidade e assim um sentido normativo”³⁰¹ – o que vale também para a utilização de outros discursos

²⁹⁶ NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985, p. 126.

²⁹⁷ NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985, p. 126.

²⁹⁸ Vide, acima, o contexto de justificação de HOYNINGEN-HUENE (*supra*, §1.1.).

²⁹⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992, p. 209.

³⁰⁰ No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira. In: Michele Taruffo. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015, p. 17; SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 357-371, 2015, pp. 361-362; GOTTWALD, Peter. Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. 98. Band, Heft 2, pp. 113-130, April/1985, pp. 117-119.

³⁰¹ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 53.

explicativos. É por conta desse sentido normativo que se exige uma fundamentação também normativa³⁰², a partir da qual o juiz justifica em que medida sua decisão respeitou a lei e o direito³⁰³. Assim, *o dever de fundamentação deve ser entendido como doutrina de justificação*.

Segundo Chiassoni, a fundamentação enquanto discurso justificativo tem a vantagem de rejeitar o ceticismo contrário à fundamentação judicial, segundo o qual ela seria apenas uma cortina atrás da qual o arbítrio judicial esconderia o incontrolável. O discurso justificativo também tem o efeito de aprofundar o estudo sobre argumentação judicial, possibilitando a criação de critérios intersubjetivos de valoração e o controle do discurso judicial e responsabilizando o Poder Judiciário pela apresentação de discursos justificativos com pretensão de correção, para o que se faz necessário explicitar opções ideológicas, critérios e teorias. Ao fim e ao cabo, a função da fundamentação judicial de possibilitar a controlabilidade da decisão é viabilizada, se não ao menos reforçada, pelo conteúdo de natureza justificativa³⁰⁴.

Além disso, porque os *motivos* da decisão dizem respeito às *operações* que a definem – e não aos procedimentos argumentativos de um discurso justificativo *ex post*³⁰⁵ como o da fundamentação –, abre-se a questão sobre a efetiva possibilidade de a decisão fornecer elementos suficientes e seguros para uma análise psicológica³⁰⁶, sociológica ou causal. O que dificulta, ou mesmo impossibilita, o controle sobre um discurso que expusesse a motivação da decisão é a exigência de que o juiz voltasse a percorrer, ao inverso, as etapas do processo (psíquico) da decisão, o que também não garantiria que os componentes decisivos fossem tornados controláveis³⁰⁷, ou mesmo que fossem verídicos.

³⁰² NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 53.

³⁰³ BERNHARD, Angelika. *Die Entscheidungsbegründung im schweizerischen zivilgerichtlichen Verfahren*. Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, 1983, p. 28.

³⁰⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giurfrè, 1999, p. 57.

³⁰⁵ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 229.

³⁰⁶ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 106; WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992, pp. 14-15.

³⁰⁷ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 229, nota 55; GOTTWALD, Peter. *Argumentation im Zivilprozeßrecht. Zeitschrift für Zivilprozeß*, 93. Band, Heft 1, pp. 01-23, januar/1980, p. 2.

Como indicado acima, a resolução dos problemas jurídicos ocorre de forma, ao menos parcialmente, intuitiva, na qual não se diferencia o erro e o conhecimento correto. Por isso, a exposição dessas operações mentais não permite uma validação racional³⁰⁸.

A escolha de um discurso justificativo como objeto do dever de fundamentação não é afastada ainda que se admita alguma aproximação entre as razões justificativas e o contexto de decisão. É o caso, por exemplo, do juiz que, sabendo que deverá fundamentar a decisão com base em um discurso jurídico justificativo, procura realizar o processo de decisão privilegiando os resultados com maior possibilidade de justificação³⁰⁹, racionalizando *ex ante* as próprias escolhas³¹⁰. Nesse caso, as razões da decisão judicial não se confundem com a explicação da decisão judicial por meio de nexos causais; ainda permanecerão razões justificativas. É o contexto de decisão que é estruturado de modo preencher os requisitos da justificação; não é a justificação que se estrutura para refletir o contexto de decisão.

Conforme bem observa Atienza³¹¹, as razões explicativas e as razões justificativas podem se entrecruzar. No que toca aos tipos de razão, é possível que a explicação da tomada de decisão demonstre que a decisão foi realizada em virtude de o juiz haver entendido determinada escolha como sendo a mais justificada. Também é possível que a justificação contenha elementos explicativos, como aqueles envolvidas na justificação do enunciado empírico a respeito dos fatos da causa. De qualquer sorte, reafirma-se o caráter justificativo do discurso que deve ser prolatado a respeito da decisão.

Um exemplo de Kantorowicz sintetiza bem o ponto em questão³¹²: um tribunal de apelação que examina uma decisão absurda de um juiz de primeira instância que é explicável (e tão somente *explicável*) pelo fato de o juiz estar intoxicado ou insano no momento da decisão deve ser mantida? Segundo o autor, a decisão deverá ser reformada

³⁰⁸ GOTTWALD, Peter. Argumentation im Zivilprozeßrecht. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 93. Band, Heft 1, pp. 01-23, januar/1980, p. 2.

³⁰⁹ Nesse sentido, é possível concordar com a afirmação de Wasserstrom de que há uma assimetria da relação entre os processos de descoberta e de justificação (WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 27) e reafirmar a função de autocontrole que a fundamentação das decisões judiciais desempenha, segundo o modelo de Estado Constitucional acima delineado.

³¹⁰ TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015, p. 19.

³¹¹ ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación. *Isegoría*, n. 21, pp. 37-47, 1999, p. 39.

³¹² KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, v. 43, pp. 1240-1253, june/1934, p. 1249.

porque não pode ser razoavelmente *justificada* com base no direito, “e essa é a única questão que interessa para a corte de apelação”³¹³. A explicação da tomada de decisão, com a apresentação das relações de causa e efeito pelas quais sobreveio, não tem relevância para fins de *avaliação* da decisão judicial.

É por essa razão que se afirma que os órgãos responsáveis pela aplicação do direito não têm o dever de explicar as suas decisões, se não de justificá-las³¹⁴, sentido ao qual se deve atribuir ao dever de fundamentação.

Porque a fundamentação deve ser realizada por uma justificação, o discurso a favor do objeto de justificação (*justificandum*) deve ser realizado como qualquer outro discurso justificativo: por meio de premissas justificativas e de um raciocínio que estabeleça o vínculo entre as premissas e o *justificandum*³¹⁵. Esse discurso é capaz de avaliar, do ponto de vista dos standards de correção adotados, a decisão judicial como sendo correta, ou ao menos, como incorreta³¹⁶. A decisão judicial, contudo, sempre será *justificada por referência*, não derivando diretamente das premissas justificativas e do raciocínio justificativo³¹⁷.

O discurso justificativo da fundamentação justifica a decisão judicial por referência, porque a partir das premissas justificativas e do raciocínio justificativo decorre apenas uma proposição segundo a qual o *justificandum* deve ser decidido³¹⁸.

Entendida a norma individual da decisão judicial como uma *decisão* ou como um *ato linguístico*, evidencia-se que a justificação somente se dá por referência. Neil MacCormick, por exemplo, sustenta que a *decisão* é um ato de vontade logicamente posterior ao silogismo judicial e que se justifica por referência à conclusão do

³¹³ KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, v. 43, pp. 1240-1253, June/1934, p. 1249.

³¹⁴ ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho : Teorías de la argumentación jurídica*. (2003) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 4.

³¹⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy; MACCORMICK, Neil. On Justification and Interpretation. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 53, Praktische Vernunft und Rechtsanwendung, pp. 255-268, 1994, pp. 256 e 264.

³¹⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy; MACCORMICK, Neil. On Justification and Interpretation. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 53, Praktische Vernunft und Rechtsanwendung, pp. 255-268, 1994, pp. 256-257.

³¹⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy; MACCORMICK, Neil. On Justification and Interpretation. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 53, Praktische Vernunft und Rechtsanwendung, pp. 255-268, 1994, p. 256.

³¹⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy; MACCORMICK, Neil. On Justification and Interpretation. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 53, Praktische Vernunft und Rechtsanwendung, pp. 255-268, 1994, p. 256.

silogismo³¹⁹. No mesmo sentido, mas utilizando outra nomenclatura, Chiassoni sustenta que do raciocínio justificativo lógico decorre a decisão judicial, que justifica por referência o enunciado performativo, que é o *ato linguístico* aqui denominado norma individual³²⁰.

Para fins da análise do conteúdo da fundamentação de decisão judicial, essa distinção analítica se mostrará relevante para a diferenciação entre a fundamentação das decisões de aplicação ou não aplicação de uma norma *prima facie* aplicável.

2.2.1. O idealismo ingênuo das doutrinas de motivação

As doutrinas de motivação são entendidas, segundo os conceitos desenvolvidos no presente trabalho, como aquelas que sustentam que a decisão judicial deve conter um discurso explicativo das razões pelas quais determinada decisão é tomada (e não um discurso a respeito das razões pelas quais *se deve* tomar a decisão). Sustentam, portanto, que a motivação deve ser explicitada de forma a refletir, de forma exata e precisa, as razões pelas quais a decisão *foi* tomada.

Compartilhando várias das premissas do presente trabalho, Rodrigo de Lucca acaba sustentando uma doutrina de motivação muito próxima à de fundamentação. Como se demonstra, pode-se colocar em dúvida alguns de seus elementos, com o que essa pode ser reduzida a uma doutrina de fundamentação.

Segundo o autor, *analiticamente* é possível distinguir as razões que faticamente levam a uma decisão judicial e as razões formalmente dadas pelo juiz, sendo que somente as razões formalmente dadas pelo juiz é que tem relevância para o direito³²¹. Contudo, sob um ponto de vista *teleológico* das razões dadas pelo juiz como suporte de sua decisão, ele questiona qual seria a verdadeira efetividade dessas razões para o controle do poder jurisdicional se fosse permitida a dissociação entre razões de decisão e de justificação. Por isso, sustenta a aplicação da regra da sinceridade, segundo a qual a razão apresentada

³¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 56.

³²⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 17-18.

³²¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, pp. 119-200.

pelo juiz deve refletir a verdadeira razão pela qual o juiz julgou³²². Seu objetivo, com isso, é o de evitar decisões realizadas por motivos inconfessáveis³²³.

Ao que parece, há dois pontos principais na argumentação de Rodrigo de Lucca: um deles a nível de teoria e outro a nível de doutrina. Quanto ao primeiro, o autor reconhece que, no processo de decisão, há um momento de confirmação das hipóteses prévias no parâmetro do direito, somente havendo decisão a partir dessa confirmação. Com relação ao segundo, ele estabelece um valor negativo tanto à decisão tomada de forma intuitiva quanto ao possível encobrimento dessa decisão ou de outras decisões tomadas com base em razões inconfessáveis. Com base nisso, torna-se possível sustentar que parte das razões explicativas são jurídicas – e capazes de avaliação jurídica – e que a decisão deve ser justificada nas verdadeiras razões de decidir. Chega-se, portanto, a uma doutrina de motivação normativa.

Nesse ponto, a presente dissertação dialoga com a obra desse autor por meio de duas ponderações. A primeira delas é a de que, seguindo a definição estabelecida, *as verdadeiras razões da decisão são irrelevantes*. Pense-se no caso de o julgador confirmar determinada hipótese de conclusão no ordenamento jurídico e decidir a favor dela, porém, no decorrer do contexto de justificação, utilizar outro fundamento que não aquele com base no qual realizou previamente a decisão – seja por entender o novo fundamento mais simples, adequado ou forte. A sua decisão seria insincera e *ilegítima* se ele utilizasse tão somente esse novo fundamento? Quer parecer que não, na medida em que a justificação com base nesse novo fundamento pressupõe uma nova decisão da questão; é dizer, portanto, que o que determina a razão que se pode considerar “efetivamente utilizada” para *decidir* é a razão *justificada*, e não o inverso. A segunda ponderação que se realiza é sobre a falta de um estabelecimento da forma de comprovação da sinceridade que Rodrigo exige para a legitimidade das decisões judiciais (como o juiz demonstra sua sinceridade?) e de um efeito concreto para os casos de insinceridade comprovada (são nulas as decisões?).

Entre aqueles que sustentam uma doutrina de motivação, aparentemente também se insere Leonard Schmitz, para quem a motivação deve explicitar o processo de

³²² LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, pp. 200-206.

³²³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 206.

compreensão do juiz³²⁴. A respeito de sua teoria sobre a fundamentação das decisões judiciais, dadas as grandes diferenças entre os seus pontos de partida e os pressupostos aqui adotados, faz-se necessário fazer uma contextualização crítica um pouco mais aprofundada de sua teoria.

O objetivo do autor é criar uma teoria de fundamentação capaz de desvelar as decisões judiciais discricionárias, entendidas como decisões em que atos de vontade desempenham a função de escolha, não limitada juridicamente e com base em preferências pessoais³²⁵. Pretende, por isso, estabelecer condições e critérios para verificação de casos em que a fundamentação funcionaria como mera “capa de legitimidade”, escondendo os “verdadeiros motivos da tomada de decisão”³²⁶; seu objetivo, contudo, pretende-se realizar em uma concepção pretensamente antimetodológica³²⁷.

Ao adotar a teoria hermenêutica da decisão judicial como processo de compreensão da questão jurídica, Leonard rejeita a existência de dois momentos distintos: de decisão e de fundamentação³²⁸. Assim, após realizar uma crítica ao silogismo enquanto teoria do processo de decisão³²⁹, porque ele nega a distinção entre decidir e fundamentar e principalmente porque entende que a motivação da decisão judicial deve “refletir o processo de compreensão da questão jurídica”, o autor chega à conclusão de que o silogismo é insuficiente como doutrina de fundamentação³³⁰, apenas mascarando o real motivo da decisão judicial (discricionariedade).

Aqui, uma primeira observação crítica é possível de ser feita, na medida em que, ainda que partindo da concepção hermenêutica a respeito do processo de decisão, é

³²⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.

³²⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 32, 159 e 106-107. Entendendo que a aceitação da discricionariedade decorreria de uma falha do positivismo (o “calcanhar de Aquiles do positivismo”), de que é paradigma Hans Kelsen, em permitir ao juiz um espaço interpretativo incontrolável, v. *Idem*, pp. 63-67 e p. 84.

³²⁶ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32 e pp. 220-225.

³²⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 37, 87 e 170.

³²⁸ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 49 e 153.

³²⁹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 74-79, v. também pp. 214-220.

³³⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 78-79 e 100-103.

possível reconhecer a distinção do processo hermenêutico de compreensão e o trabalho de explicitação da decisão, por meio de uma justificação que envolva “uma argumentação lógica e racional”³³¹. Por isso, a rejeição da teoria silogística como processo de decisão não conduz necessariamente à rejeição de todas doutrinas de fundamentação que se utilizam do silogismo, como também Leonard parece assumir³³² antes de rejeitar novamente a construção de silogismos³³³. É possível – e é o que se sustenta na presente dissertação – construir uma doutrina de fundamentação que utilize os benefícios do raciocínio silogístico sem ser aprisionada por sua incompletude.

A incorporação da distinção entre os dois processos, contudo, não é suficiente para se rejeitar a tese de que fundamentar é explicitar o processo de compreensão³³⁴, entendido por meio da descrição da imagem de um círculo (hermenêutico)³³⁵. Segundo o autor, a cada nova situação concreta, o juiz realiza um novo processo de decisão, que não seria procedimentalizável e tampouco baseado em uma estrutura ideal ou pré-estabelecida³³⁶. A cada situação fática, o juiz haveria de procurar a resposta correta entre todas as opções de respostas jurídicas possíveis, razão pela qual haveria de examinar as mais diversas fontes do direito³³⁷; contudo, a compreensão não partiria do nada, senão de pré-conceitos, que somente seriam legítimos se justificados sociológica e juridicamente³³⁸. Para Leonard, ao adotar a noção da decisão judicial como romance em cadeia, à medida em que o juiz decide, ele pode verificar se a decisão está ou não se adequando à facticidade, o que seria um modo de os juristas atingirem o projeto ético que eles querem concretizar³³⁹.

³³¹ NERY, Carmen Lígia. *Decisão Judicial e Discricionariedade : a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 132-133.

³³² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 216 e 219.

³³³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 220.

³³⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113. Para o autor, na justificação, o juiz mostra a legitimidade da decisão segundo o processo de compreensão realizado (*Idem*, p. 158).

³³⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 109-110.

³³⁶ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 127 e 170.

³³⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 153-158 e 170-171.

³³⁸ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 160-161.

³³⁹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 166-168.

Todavia, em pelo menos três pontos, é possível verificar que a teoria de Schmitz, ao contrário de negar a existência de atos de escolha na decisão judicial, aceita-os. Primeiro, o autor reconhece que aquilo que o juiz entende como sendo a resposta correta é o resultado de um ato de escolha entre as diversas opções possíveis de resposta. Segundo, na linha da literatura jurídica em que se baseia, o autor sustenta que os juízes têm, na teoria do romance em cadeia, um modo – e por que não reconhecer um método?³⁴⁰ – de atingir determinado projeto ético que por eles é escolhido. Assim, quer parecer que o problema enfrentado pelo autor não é a existência de atos de escolha, mas sim a existência de atos de escolha ilegítimos, segundo determinado parâmetro de legitimidade. A questão a ser resolvida, portanto, situa-se na definição desse parâmetro de legitimidade, o que leva ao terceiro ponto: segundo Leonard, o pré-conceito autêntico é “aquele cuja demonstração seja possível não só aos olhos do intérprete, mas sob um filtro democrático”³⁴¹ e a resposta adequada é aquela determinada pelo direito³⁴² – o que é o mesmo que dizer que há uma assimetria entre a justificação da decisão judicial e o processo de decisão, somente sendo legítimo o pré-conceito ou o critério capaz de ser justificável.

Não por acaso o autor procura resolver a questão da explicitação do adequado processo de compreensão por meio de um adequado discurso de fundamentação, que será aquele “que garante o respeito à Constituição”³⁴³. Ainda, partindo de uma base teórica semelhante ao do autor, Carmen Lígia Nery afirma que “[s]omente por meio da fundamentação é possível controlar as decisões judiciais”³⁴⁴. Pode-se dizer, portanto, que Leonard Schmitz apenas aparentemente sustenta uma doutrina de motivação.

Em uma síntese, pode-se dizer que as doutrinas de motivação são ingênuas e incoerentes. Justifica-se.

³⁴⁰ Entendendo método como caminho para alcançar determinado fim (CARNELUTTI, Francesco. *Controversie sul Metodo* (1948), in: CARNELUTTI, Francesco. *Discorsi intorno al Diritto. Volume Secondo*. Padova: CEDAM, pp. 107-116, 1953, p. 108), esse ‘modo’ de proceder para alcançar ‘determinado projeto ético’ nada mais é que um método.

³⁴¹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162, v. também pp. 162-163.

³⁴² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 174 e 200.

³⁴³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204, v. também p. 203.

³⁴⁴ NERY, Carmen Lígia. *Decisão Judicial e Discricionariiedade : a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 134.

A ingenuidade das doutrinas de motivação decorre do fato de que, ainda que se entenda que seria capaz de controlar a racionalidade da decisão a partir de sua motivação, e não da fundamentação, essas doutrinas pressupõem que as razões da decisão seriam efetivamente aquelas utilizadas na tomada da decisão. Nada dizem essas doutrinas, todavia, quanto à forma de *assegurar* que as razões publicadas para a decisão judicial foram aquelas que efetivamente levaram à decisão. Talvez por isso possam elas ser qualificadas, muito mais, como teorias de motivação, que pretendem descrever de forma idealizada a natureza do discurso da decisão judicial, do que doutrinas de motivação, que pretendem determinar uma forma ao discurso da decisão judicial.

Essas doutrinas são incoerentes, porque, quando se propõem a determinar o conteúdo que uma decisão judicial *deve* ter para ser aceita, tratam de discursos justificativos e não explicativos da decisão. Elas nada dizem sobre o que deve constar da decisão judicial a respeito do *processo de decisão*.

2.2.2. A incompletude das doutrinas de justificação lógico-silogísticas

Historicamente, a abordagem lógico-silogística da decisão judicial é vinculada a *teorias lógico-silogísticas do raciocínio judicial, i. e.*, teses segundo as quais as decisões são *efetivamente* tomadas pelos magistrados por meio de raciocínios puramente lógicos. Hoje, tais teorias são desacreditadas pela alegação dos juristas de que essas teorias seriam falsas ou, ao menos, excessivamente simplistas a respeito da aplicação judicial do direito, de que elas disfarçariam uma camuflada ideologia (prescritiva) por detrás de um discurso descritivo capaz de manter as forças do mito de um juiz aplicador da lei mecânico e imune de responsabilidades morais e políticas³⁴⁵. Dessa forma, não serão examinadas as *teorias lógico-silogísticas do raciocínio judicial*. Tampouco o exame das *doutrinas lógico-silogísticas do raciocínio judicial* auxiliaria para a realização de um exame da fundamentação das decisões judiciais, já que representam um objetivo ideal e

³⁴⁵ CHIASSONI, Pierluigi. Notas para um análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997, p. 77. É inegável que, ainda que as teorias silogísticas tenham sido formuladas sob o véu de teorias descritivas, a função que historicamente desempenharam foi a de verdadeiras doutrinas, cuja função foi a de prescrever como a decisão deve ser feita ou justificada, o que justifica a sua análise como doutrinas (cfr. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 157-158, p. 163).

parcialmente realizável, localizado no campo das ideologias e das políticas judiciárias³⁴⁶ que é apenas tendencial e especulativamente atingido, dado à falta de controle intersubjetivo dessas doutrinas³⁴⁷. O campo de análise do presente capítulo é, portanto, o das *doutrinas lógico-silogísticas de justificação*, segundo as quais a *fundamentação* da decisão *deve ser* expressa em um modelo racional lógico, capaz de suportar a decisão judicial³⁴⁸.

Para Alfredo Rocco, a função jurisdicional é a de determinação do direito para o caso concreto por meio da aplicação de uma norma geral. A sua definição de sentença é o de um ato por meio do qual o Estado, por intermédio de seus órgãos jurisdicionais, aplica a norma ao caso concreto, determinando a tutela jurídica a ser concedida pelo direito objetivo para determinado interesse³⁴⁹. Para Rocco, a sentença tem natureza lógica, a atividade do órgão estatal é teórica e intelectual – em que pese entenda que o material envolvido na decisão seja a vontade do Estado, fixada por meio de sua função legislativa³⁵⁰. A justificação da sentença deveria ser feita pela exposição, ainda que de forma sucinta, do desenvolvimento do processo lógico que seria o raciocínio judicial da sentença³⁵¹.

A doutrina da justificação lógico-silogística da decisão corresponde a uma teoria positivista da aplicação do direito que, segundo Castanheira Neves, iludia o problema da real aplicação do direito ao não considerar a sua problematicidade jurídico-concreta. Ela converte um postulado político, segundo o qual só a lei pode criar o direito e a decisão judicial deve limitar-se a aplicá-lo, em um esquema metódico lógico pretensamente aproblemático³⁵². Os críticos da teoria dedutiva afirmam que ela ignora a relevância desempenhadas pelas considerações sobre a seleção das proposições que servem para as premissas maior e menor da decisão, bem como sobre se a conclusão é desejada (ou

³⁴⁶ CHIASSONI, Pierluigi. Notas para un análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997, p. 77.

³⁴⁷ Vide as críticas às doutrinas de motivação em § 2.2.1.

³⁴⁸ A propósito da ascensão, da queda e da transformação do silogismo judicial, v. BARBERIS, Mauro. Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XLV, n. 1, pp. 163-176, giugno/2015; CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 316-351, 2013, pp. 321-322.

³⁴⁹ ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile : Studi*. (1906). Milano: Giuffrè, 1962, pp. 27-28.

³⁵⁰ ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile : Studi*. (1906). Milano: Giuffrè, 1962, pp. 30-31.

³⁵¹ ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile : Studi*. (1906). Milano: Giuffrè, 1962, pp. 113-114.

³⁵² NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 28.

justa)³⁵³. Enfatiza-se aqui que, de um lado, a redução da decisão judicial e de sua fundamentação a um puro esquema lógico-silogístico não oferece resposta ao problema da seleção da premissa maior (jurídica) para a decisão; de outro, não oferece resposta ao problema da seleção da premissa menor (fatos). Nenhuma das duas premissas são dadas *a priori*³⁵⁴, de modo que existe algo além do lógico³⁵⁵.

Essa doutrina também ignora o problema da distância normativa entre o abstrato da norma e o concreto do caso decidendo³⁵⁶, que deve ser resolvido e justificado na decisão judicial. Hans Kelsen trata desse problema como sendo uma “relativa indeterminação” do ato de aplicação do Direito, segundo a qual por mais completa que seja a norma a ser aplicada, ela terá o caráter de um quadro ou de uma moldura que será necessariamente preenchido pelo ato de aplicação³⁵⁷. Uma doutrina de justificação puramente lógica deixa sem justificação essa importante etapa da aplicação do direito, consistente justamente na aproximação da norma abstrata ao caso concreto.

A justificação da decisão não pode ser meramente lógica, porque existe um outro tipo de operação que deve ser demonstrada no raciocínio que justifica a aplicação da norma, operação relativa ao estabelecimento de uma *relação* entre as circunstâncias fáticas do caso da norma e do caso concreto³⁵⁸, para que ela permita o controle intersubjetivo de razões para a conclusão da decisão. Isso vale tanto para a aplicação de leis quanto para a aplicação de precedentes. Dado que, na aplicação de um precedente, não se poderia exigir uma relação de identidade entre todas as circunstâncias do caso paradigma e as do caso concreto, toda decisão pressupõe uma classificação do caso

³⁵³ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 15 e p. 23.

³⁵⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 98.

³⁵⁵ BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, p. 6.

³⁵⁶ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 29.

³⁵⁷ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. (1960) 2ª edição. Wien: Verlag Österreich, 2000, pp. 347-349; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (1960). 2ª edição, Tradução de João Baptista Machado, 7ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 388; HORAK, Franz. Zur rechtstheoretischen Problematik der juristischen Begründung von Entscheidungen, in: SPRUNG, Rainer; KÖNIG, Bernhard. *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten*. Wien: Springer, pp. 1-26, 1974, p. 5. Antes mesmo de Kelsen, Jsay falava da diferença existente entre as regras elaboradas previamente aos fatos, destinadas para grupo de casos agrupados conforme determinado aspecto, e as regras elaboradas posteriormente aos fatos (como a da decisão judicial), tomando em conta fatos reais (JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 3).

³⁵⁸ O que não significa que o procedimento de classificação é arbitrário, cfr. WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, pp. 32-34.

concreto como um membro da classe controlada pela regra jurídica do precedente³⁵⁹, o que não é feito e tampouco pode ser justificado por meio de um procedimento meramente lógico. Essa ordem de razões também se aplica no que toca à justificação da aplicação de regras jurídicas não oriundas de precedentes, já que os predicados que as regras jurídicas utilizam são necessariamente vagos, emergindo o problema da classificação de fatos concretos nas classes dos predicados³⁶⁰.

Quanto à regra jurídica que a doutrina lógico-silogística utiliza de premissa maior para a justificação da decisão, a sua determinação dependerá sempre do sentido dado pelo intérprete aplicador do direito em sua atividade mediativa. Tratando-se da determinação da *ratio decidendi* de um caso anterior, essa somente é feita pelo juízo sobre o segundo caso³⁶¹. Essa determinação, porque pode ser realizada com base em diferentes teorias³⁶², pode chegar a uma série de proposições normativas distintas – mais generalizantes na medida de um maior afastamento das circunstâncias do caso do precedente³⁶³ –, além de poder ser feita com base na norma expressamente formulada no voto (*Opinion*)³⁶⁴. Com relação à reconstrução da norma jurídica abstrata a partir de textos legislativos, os dispositivos que estão contidos nesses textos padecem de equívocidade e a determinação das normas é realizada em um processo discursivo baseado em

³⁵⁹ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, pp. 18-19 e p. 23; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 263-264; BANKOWSKI, Zenon. Statutory Interpretation in the United Kingdom, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 359-406, 1991, p. 392.

³⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 52-56; TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe; GARDIES, Jean-Louis. Statutory Interpretation in France, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 171-212, 1991, pp. 198-199.

³⁶¹ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 19 e p. 23.

³⁶² A respeito das diferentes teorias para a definição da *ratio decidendi*, indica-se GOODHART, Arthur L.. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 02, pp. 161-183, dec./1930; CROSS, Rupert; HARRIS, James William. *Precedent in English Law* (1991). 4ª edição. Oxford: Clarendon Press, 2004, pp. 39 e ss.; MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (editors). *Interpreting precedents : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 503-518, 1997; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 44; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 161-230.

³⁶³ OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal*, vol. 14, n. 2, pp. 71-76, February/1928, pp. 72-73; sobre o emprego da generalização no método casuístico, BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 165-166; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 264-265.

³⁶⁴ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, pp. 35-36.

argumentos, estruturado por métodos e guiado por teorias³⁶⁵. A doutrina lógico-silogística da justificação, no entanto, não permite o controle de grande parte desses elementos, mostrando-se insuficiente para que a justificação desempenhe a sua função.

A influência do direito constitucional também dilui a capacidade de uma doutrina lógico-silogística estruturar uma fundamentação da decisão judicial que sirva à função que ela deve desempenhar. Os casos de aplicação direta de normas constitucionais quebram com a doutrina de que a premissa maior seria retirada da lei. Com isso, também se passa a ter problemas na aplicação do direito, que dizem respeito à relação entre normas de diferentes hierarquias (constitucionais e infraconstitucionais) e ainda de mesma hierarquia, o que não pode ser reduzido a um mero silogismo³⁶⁶. E por influência das normas de direito constitucional, passou-se ainda a falar de espécies de normas jurídicas que não têm prescrição imediata de condutas³⁶⁷ e que, portanto, não tem as suas aplicações demonstradas completamente pelo modelo lógico tradicional, mormente quando se lida com argumentos práticos e não argumentos lógicos.

Os movimentos metodológicos-jurídicos de orientação prática tais como a Jurisprudência dos Interesses, o Movimento do Direito Livre e o Realismo Jurídico americano tiveram a importância de demonstrar que o direito não é só forma, mas intenção material. Permitiu-se com isso chegar à conclusão de que “a índole do pensamento jurídico não era simplesmente cognitivo-analítica e lógico-dedutiva, mas prático-normativa e normativo-teleologicamente constitutiva”³⁶⁸. Esses movimentos, que não se contrapunham a uma doutrina da justificação, mas a uma doutrina de decisão, negavam que fosse oportuno que o juiz operasse mediante silogismos, porque isso tornaria impossível que ele realizasse concretamente os valores nos quais deveria ser

³⁶⁵ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, pp. 181-204, 2013, p. 195.

³⁶⁶ BETTERMANN, Karl August. Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle, in: MÜLLER, Georg; RHINOW, René A.; SCHMID, Gerhard; WILDHABER, Luzius (hrsg.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel : Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 593-603, 1982, pp. 597-598; SOETMAN, Arend. *Logic in Law : Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law*. Dordrecht: Springer, 1989, pp. 226-229; BUCHWALD, Delf. *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung : Zur Theorie der juristischen Vernunft*. Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 38.

³⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 95-97. A propósito da alteração provocada em razão do direito constitucional, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 43-44.

³⁶⁸ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 29.

inspirada a decisão³⁶⁹. Hoje, o que se pode afirmar com base nessas doutrinas é que foi desmistificada a tese de que a jurisdição se desenvolveria em um método asséptico de valores, ao que a doutrina da justificação deve responder a fim de permitir o controle sobre os aspectos não lógicos da decisão.

Feitas essas observações, chega-se à conclusão de que a doutrina silogística é incompleta. Para além disso, há o fato de que a utilização do silogismo da justificativa da decisão judicial é muitas vezes realizada por meio de abusos, como por exemplo o de formalizar em uma dedução a relação entre proposições que não guardam uma relação de geral e particular³⁷⁰.

A doutrina da justificação puramente lógico-silogística, porque insuficiente para permitir o controle sobre a decisão judicial, apenas mascara a existência de atos de vontade na decisão³⁷¹, atribuindo o *status* de certeza a uma conclusão que não o tem³⁷².

Contudo, não se deve rejeitar totalmente o elemento lógico da justificação da decisão, conforme alguns críticos das teorias dedutivas propunham³⁷³. A crítica sobre a doutrina lógico-silogística apenas demonstra a sua *incompletude* frente à complexidade das operações que devem ser justificadas³⁷⁴, sob o ponto de vista da função da fundamentação da decisão judicial. No entanto, a análise lógica da decisão permite que sejam visualizadas quais são as proposições carentes de fundamentação³⁷⁵ e qual o tipo de justificativa mais adequada para cada uma, já que a estrutura lógica da fundamentação é determinante para individualizar a função que a proposição desempenha no discurso

³⁶⁹ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42; HECK, Philipp. *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912), in: HECK, Philipp. *Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Bad Homburg vor der Höhe: Verlag Gehlen, 1968, pp. 9-45, p.36.

³⁷⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 156.

³⁷¹ HORAK, Franz. Zur rechtstheoretischen Problematik der juristischen Begründung von Entscheidungen, in: SPRUNG, Rainer; KÖNIG, Bernhard. *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten*. Wien: Springer, pp. 1-26, 1974, p. 7

³⁷² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 155.

³⁷³ O alerta é de WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, *passim*.

³⁷⁴ CHIASSONI, Pierluigi. Notas para um análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997, p. 54.

³⁷⁵ Chiassoni fala de reconstrução da decisão por meio dos standards lógicos, cfr. CHIASSONI, Pierluigi. Notas para um análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997, pp. 77-78.

(funções de premissa, consequência ou critério de inferência)³⁷⁶. A solução para o problema da incompletude é reconhecer a sua importância enquanto ferramenta da justificação, mas não restringir o discurso justificativo aos aspectos lógicos, o que não representa um compromisso às teorias mecanicistas da aplicação do direito e auxilia na elaboração de um modelo normativo de raciocínio justificativo judicial³⁷⁷.

Conforme tem sido ressaltado na literatura jurídica³⁷⁸, não existe oposição entre as duas justificativas da decisão judicial: a justificativa lógica e a justificativa argumentativa. O que existe é a alocação dos diferentes discursos justificativos como partes de um discurso mais completo da decisão judicial.

2.3. DOUTRINA DE JUSTIFICAÇÃO LÓGICO-ARGUMENTATIVA

Na presente dissertação, defende-se uma doutrina de justificação das decisões judiciais que é caracterizada por ser lógico-argumentativa e que se coloca como resultado da superação da doutrina examinada acima³⁷⁹. Superação essa que engloba os elementos positivos da justificação lógica, em direção ao estabelecimento de uma determinada racionalidade. No entanto, porque nenhuma tentativa de resolver o problema da fundamentação poderia ser exitosa sem levar em conta a natureza problemática que é inerente à estrutura do juízo³⁸⁰, agrega-se elementos não lógicos à fundamentação das decisões judiciais.

Nas linhas a seguir, defende-se uma determinada doutrina de justificação a que corresponde o dever de fundamentação das decisões judiciais. Ela pressupõe uma determinada teoria da jurisdição segundo a qual a atividade jurisdicional realiza a

³⁷⁶ MORESO, José Juan; NAVARRO, P. E.; REDONDO, M. C.. Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa*, n. 11, pp. 247-262, 1992, p. 260; TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 118.

³⁷⁷ CHIASSONI, Pierluigi. Notas para um análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997, p. 90.

³⁷⁸ Por todos, WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORTIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978, p. 120.

³⁷⁹ Em sentido semelhante, v. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 197; GOTTWALD, Peter. Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. 98. Band, Heft 2, pp. 113-130, April/1985, p. 119.

³⁸⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 41.

reconstrução do ordenamento jurídico, seja no aspecto normativo da decisão, seja no seu aspecto fático. Essa reconstrução se dá por meio da *cognição* de determinados elementos, da respectiva *valoração* e, por fim, mas não menos importante, de *escolhas*. Uma doutrina de fundamentação, para que cumpra o seu papel de permitir o *controle intersubjetivo* da legitimação das decisões judiciais, deve refletir esse reconhecimento teórico da complexidade da atividade jurisdicional. Somente assim é que será garantida a possibilidade de efetivo controle.

2.3.1. A teoria da jurisdição como reconstrução do ordenamento jurídico

No processo civil, as partes alegam fatos e fundamentos jurídicos e apresentam argumentos, com os quais pretendem corroborar suas alegações³⁸¹. O processo se instaura porque não há consenso entre as partes a respeito de uma questão jurídica, estabelecendo-se uma crise do direito material³⁸². Assim, as posições jurídicas de direito material das partes entram no processo marcadas pela incerteza³⁸³, sendo esperado que o poder jurisdicional reestabeleça a certeza. É nessa perspectiva que se entendeu que a função do processo é a de resolução de conflitos e de situações jurídicas e que o fim do processo é a pacificação social³⁸⁴.

Essa conclusão, que é informada por uma visão do processo civil como instrumento do direito material e centralizada na jurisdição como polo metodológico da ciência do processo³⁸⁵, merece refinamentos.

O fim último do processo não é a pacificação social, mas a tutela do direito³⁸⁶. Aqui, a tutela do direito vai entendida não apenas em sua dimensão particular (relativa à

³⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 110-112.

³⁸² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 103-104; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 151; WASSERMANN, P. 109; GREGER, P. 79.

³⁸³ FAZZALARI, Elio. «Processo» e Giurisdizione. *Rivista di Diritto Procesuale*, a. 48, pp. 01-19, gennaio-marzo/1993, pp. 7-8.

³⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15ª Edição. São Paulo, 2013, pp. 193-194; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98.

³⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15ª Edição. São Paulo, 2013, p. 22.

³⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16; MITIDIERO, Daniel. A

proteção de direitos afirmados pelas partes), mas em sua dimensão geral (relativa à proteção do direito objetivo³⁸⁷ e de sua unidade)³⁸⁸.

Estabelecer o fim do processo civil é importante porque é a partir dele que se pode avaliar os meios idôneos mais adequados para se alcançar o fim almejado³⁸⁹. A importância da avaliação dos meios está na intrínseca relação existente entre esses e a escolha de regras para o formalismo processual³⁹⁰. Caso o fim último do processo seja a pacificação social ou a persecução da verdade, por exemplo, alguns meios idôneos se mostrarão mais adequados que outros para o atingimento do fim, o que implicará em escolhas relativas à estruturação do formalismo processual. Estabelecendo-se como fim do processo civil a tutela do direito, em sua dimensão geral e em sua dimensão particular, então serão idôneos outros meios para o atingimento desse fim e, entre eles, alguns serão mais adequados que outros.

Isso não significa que a paz social ou a persecução da verdade não sejam valores importantes para o processo civil, mas tão somente que esses não são os fins últimos do processo. O formalismo processual sofre influxo desses e de outros valores. Essa constatação leva ao segundo refinamento da conclusão exposta acima, atinente ao polo metodológico da ciência processual.

tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, a. 39, n. 229, pp. 51-74, março/2014; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 38.

³⁸⁷ GAUL, Hans Friedhelm. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 168, pp. 27-62, 1968, pp. 46-47; JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht : ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011, p. 02; KERN, Christoph. O processo civil dos EUA e da Alemanha numa Análise Comparativa. Tradução de Antonio do Passo Cabral. *Revista de Processo*, v. 227, pp. 249-271, janeiro/2014, item 1; STÜRNER, Rolf. Verfahrenszweck und Entscheidungsbegründung, in: TICHÝ, Lubôs; HOLLÄNDER, Pavel; BRUNS, Alexander (eds.). *The Judicial Opinion*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, pp. 384-397, 2011, pp. 384-389.

³⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 25-26; MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, a. 39, n. 229, pp. 51-74, março/2014.

³⁸⁹ Com relação aos fins do processo e a adequação do formalismo, v. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo. *Revista da AJURIS*, ano XXX, n. 90, pp. 55-84, junho/2003; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 139-140; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 452-454; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 700.

³⁹⁰ A escolha a que se faz referência é não apenas aquela que o Poder Legislativo faz ao estabelecer leis processuais, como também as escolhas realizadas pelos intérpretes dessas leis (incluindo-se aí a doutrina e o Poder Judiciário).

A colocação da jurisdição como polo metodológico da ciência processual representa um quadro unilateral, que “ignora a dimensão essencialmente *participativa* que a *democracia* conquistou no direito contemporâneo”³⁹¹. Além disso, essa definição foi historicamente realizada tendo em conta uma visão da jurisdição como atividade de declaração da vontade concreta da lei, a qual já foi superada. A jurisdição, “longe de apenas declarar o direito, opera *verdadeira reconstrução da ordem jurídica* mediante o processo, tendo por matéria-prima as afirmações de seus participantes a respeito da situação litigiosa”³⁹². Essa recompreensão da jurisdição aponta diretamente para o novo polo metodológico da ciência processual: a jurisdição vai substituída pelo próprio processo, com o que se valoriza a participação e o contraditório³⁹³.

Resta insubsistente a crítica da colocação do processo no centro da ciência processual que é realizada com fundamento na suposta tecnicidade que com isso seria conferida ao processo civil³⁹⁴. Essa crítica decorre de uma visão *avalorativa* do processo. Processo não trata de mera técnica³⁹⁵, mas de “fenômeno cultural”³⁹⁶ e, por isso, o

³⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 15; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

³⁹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 15; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp.114-119; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 1 : Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 157; FEIJÓ, Maria Angélica E. F.. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v.1 : Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, pp. 132-165, 2015.

³⁹³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 46-47.

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15ª Edição. São Paulo, 2013, p. 93.

³⁹⁵ No mesmo sentido, afirmando a superação da noção de processo como mera técnica, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22 e pp. 98 e ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15ª Edição. São Paulo, 2013, p. 23; BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 91, Heft 4, pp. 365-397, Oktober/1978, p. 367; WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978, pp. 13-17; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 66-67. Para uma visão geral a respeito, com destaque para a colaboração no processo civil, v. KOICHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, ano 41, v. 251, pp. 75-111, janeiro/2016, pp. 76-78.

³⁹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

formalismo do processo vai alinhado a valores sociais³⁹⁷ positivados³⁹⁸. No que toca à Constituição Federal, a doutrina que coloca o processo como polo metodológico não ignora que as relações entre a Constituição e o Processo Civil não se esgotam nas garantias constitucionais, mas que interferem na própria forma de pensar as normas jurídicas materiais e processuais, que são matéria-prima da jurisdição. Por isso, afirma-se que o processo deve ser pensado na perspectiva dos direitos fundamentais³⁹⁹. A efetividade do processo é garantidora da efetividade do próprio direito⁴⁰⁰.

A partir dessa perspectiva centrada no processo, a atividade jurisdicional se coloca na posição de solucionar, por meio da participação argumentativa das partes, a crise de irrealizabilidade do direito material. O juiz, mais importante que resolver o conflito ou a situação jurídica, o faz dando tutela ao direito, o que inclui a sua realização concreta.

O problema do sentido da função jurisdicional foi ocultado durante muito tempo por aquilo que se entendia ser uma evidência: a realização judicial do direito pela estrita aplicação da lei⁴⁰¹, a que respondiam as doutrinas lógico-silogísticas da decisão judicial. Esse sentido de jurisdição foi afastado pela crítica ao modelo de aplicação do direito lógico-dedutivo e pela proposição de uma teoria da jurisdição como reconstrução do ordenamento jurídico em face do caso⁴⁰², o que envolve aspectos jurídicos e empíricos.

³⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 98 e ss..

³⁹⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 42-43, 53, 140-144.

³⁹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 15; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48; KOPLIN, Klaus Cohen. A concretização dos princípios constitucionais do processo civil: o papel do poder judiciário. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, n. 12, pp. 101-112, 2011.

⁴⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

⁴⁰¹ NEVES, António Castanheira. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, a. I, n. 1, pp. 35-65, julho/1982, pp. 37-38.

⁴⁰² BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, pp. 31-45; TARELLO, Giovanni. Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi : studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 475-521, 1974, p. 477 e ss.; HUSSON, Léon. Les trois dimensions de la motivation judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 69-109, 1978, pp. 82-95; NEVES, António Castanheira. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, a. I, n. 1, pp. 35-65, julho/1982, p. 39; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 137-163, 2008, pp. 147-148; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO,

a) O duplo aspecto reconstutivo do juízo: direito e fatos

Tratar da *teoria da jurisdição*, que serve de pressuposto para se tratar da doutrina lógico-argumentativa de fundamentação das decisões judiciais, é uma empreitada que se pretende descritiva. Não obstante, é necessário afirmar que a descrição realizada não é uma descrição daquilo que acontece *de verdade* no processo, mas sim uma descrição da atividade jurisdicional a partir do *reconhecimento analítico* dos diferentes elementos que a compõe. Essa ressalva é importante para que não se pretenda colocar em dúvida o que aqui vai apresentado pelo simples fato de que “na prática” a atividade jurisdicional ocorreria com maior ou menor grau de distinção e definição dos elementos que, segundo um exame de linha analítica, a compõe.

A aplicação do direito realizada pelo juiz pressupõe pelo menos dois elementos: um objeto que vai aplicado e um outro objeto sobre qual o primeiro é aplicado. Para a utilização dos tradicionais termos lógicos do raciocínio dedutivo que são úteis para uma reconstrução analítica da justificação⁴⁰³, é dizer que a aplicação pressupõe uma premissa maior (normativa) e uma premissa menor (fática). Não obstante, nenhuma dessas premissas, e tampouco a conclusão, encontra-se disponível *in res natura* para que o aplicador do direito realize a simples apreensão desses elementos e proceda à sua atividade jurisdicional.

Com relação ao direito, é necessário pelo menos precisar o que se entende por *norma jurídica*, que constitui o elemento objeto de aplicação pelo órgão julgador, e como esse elemento é obtido por meio da jurisdição (reconstrução da norma jurídica). Quanto ao aspecto fático do litígio, a relevância do exame recai sobre o procedimento com o qual, partindo-se de enunciados fáticos, meios de prova e indícios, atinge-se um enunciado existencial, *i. e.*, a *apuração fática* (reconstrução dos fatos).

Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 114-119; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 1 : Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 157; FEIJÓ, Maria Angélica E. F.. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v.1 : Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, pp. 132-165, 2015.

⁴⁰³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 18 e ss..

A abordagem a seguir pretende dar ênfase precisamente sobre o aspecto reconstrutivo da atividade jurisdicional, que é logicamente prévia a qualquer decisão sobre o caso – muito embora, como se vê abaixo, já nesse momento a atividade é repleta de elementos decisórios⁴⁰⁴.

a.1. Direito

O problema da reconstrução normativa caracteriza-se pelo fato de que o juiz realiza escolhas interpretativas para obter do material jurídico os critérios para uma possível decisão da lide⁴⁰⁵. A norma jurídica não é pré-dada, não é resultado de um puro processo cognitivo pronto para a sua aplicação ao caso concreto. O fato de que os textos produzidos pelo legislador (e mesmo os textos produzidos pelo julgador, em se tratando de precedentes⁴⁰⁶) são enunciados linguísticos dá aso a que o juízo do caso concreto exerça a sua função de intérprete com uma *certa e iniludível discricionariedade*, porque a linguagem tem problemas de *equivocidade e vagueza*⁴⁰⁷.

O reconhecimento da equivocidade da linguagem jurídica se dá pelo fato de que um mesmo texto normativo pode admitir uma pluralidade de interpretações⁴⁰⁸. Nesse sentido, conforme Riccardo Guastini, a equivocidade é o gênero do qual se pode distinguir, ao menos, cinco espécies de problemas da linguagem: ambiguidade, complexidade, implicação, superabilidade e abrangibilidade.

⁴⁰⁴ Distinguindo a decisão do caso, de um lado, e as decisões necessárias à decisão, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 411.

⁴⁰⁵ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 208; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Verdade e Significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 5, pp. 76-97, mar.-abr./2005, p. 78.

⁴⁰⁶ Conforme Tarello, a interpretação de documentos normativos pode resultar em novos documentos que serão suscetíveis de uma ulterior interpretação. Esses “documentos de segundo grau” terão uma maior ou menor força normativa, a depender da “posição institucional de seus autores” (TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 10).

⁴⁰⁷ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 39-59.

⁴⁰⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39; ver também: ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, pp. 181-204, 2013, pp. 190-191.

A nível das fontes textuais do direito, a *ambiguidade* é a espécie relativa à possibilidade de o texto exprimir mais de uma norma em via alternativa⁴⁰⁹. *Complexidade* refere-se à possibilidade de o texto exprimir mais de uma norma em via cumulativa⁴¹⁰.

Já a nível normativo, e não apenas no contexto das fontes, a *implicação* trata da dúvida quanto à existência de implicação entre uma norma resultante da interpretação e uma outra norma dita implícita⁴¹¹. *Superabilidade* (ou defectibilidade) considera a possibilidade de se superar a norma, com o reconhecimento de exceções implícitas⁴¹². Ainda, há a espécie que questiona sobre se os predicados do dispositivo são taxativos ou exemplificativos⁴¹³, a que a doutrina refere como *abarcabilidade* ou *abrangibilidade*⁴¹⁴.

Para além disso, entretanto, ainda há o problema da vagueza das normas, decorrente da ineliminável vagueza dos predicados linguísticos. Predicados são os termos que denotam uma classe. Entendida essa como um conjunto de entidades individuais que contém um mesmo atributo ou um mesmo conjunto de atributos⁴¹⁵. Justamente pelo fato de se referirem a uma classe é que os predicados são vagos, de modo que a questão da vagueza questiona quais atributos o objeto deve ter para que seja aplicável o predicado⁴¹⁶. O problema aqui enfrentado é que o aplicador do direito poderá dotar um grupo maior ou menor de características à classe do predicado e, assim, definir um maior ou menor âmbito de aplicabilidade da norma.

São típicos casos de vagueza, os casos das normas que contêm *conceitos jurídicos indeterminados* e os das *cláusulas gerais*. Em que pese se possa colocar em discussão⁴¹⁷ o nível em que se encontram – se no nível das fontes do direito ou no nível

⁴⁰⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 40-41. A ambiguidade pode ter fonte na homonímia ou na polissemia dos termos utilizados no dispositivo, cfr. LUZZATI, Claudio. *La Vaghezza delle Norme : un' Analisi del Linguaggio Giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 46; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado : critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 132.

⁴¹⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 41-42.

⁴¹¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 42.

⁴¹² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 42-43.

⁴¹³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 43-44.

⁴¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

⁴¹⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 52-56.

⁴¹⁶ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 70-72.

⁴¹⁷ A propósito, VELLUZZI, Vito. *Le Clausole Generali : Semantica e Politica del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2010; CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. Tradução de Pablo Andrés Moreno Cruz. *Revista de Derecho Privado*, n. 21, pp. 89-106, julio-diciembre/2011.

das normas jurídicas⁴¹⁸ –, já se estabeleceu uma distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais com base na “estrutura normativa” de cada uma. Segundo Judith Martins-Costa⁴¹⁹, enquanto as regras com conceitos jurídicos indeterminados prescrevem, desde já, uma determinada consequência jurídica para o caso da ocorrência do fato que se enquadre nesse conceito jurídico, as cláusulas gerais são ainda mais complexas. Além de a *fattispecie* ser vaga, é o intérprete que deve individuar as regras sociais aplicáveis ao caso e determinar as consequências jurídicas aplicáveis concretamente, o que faz buscando parâmetros jurídicos e extrajurídicos.

Ambas têm origem em uma técnica legislativa programaticamente vaga⁴²⁰, que se contrapõe à técnica legislativa casuística, em que há alto grau de detalhamento ou exatidão da descrição do suporte fático⁴²¹. Tendo em vista, no entanto, que todas as expressões linguísticas são vagas em maior ou menor grau⁴²², pode-se colocar em dúvida essa classificação. A conclusão a respeito do alto ou do baixo grau de vagueza do predicado depende do contexto e da perspectiva do intérprete⁴²³, sendo possível que todos os casos *en détail* (ainda que não *en masse*) sejam convertidos em duvidosos⁴²⁴.

Assim, por exemplo, o vocábulo “livro” pode ser bem determinado levando em conta apenas o texto dos dispositivos do artigo 150, inciso VI, alínea d), da Constituição Federal que dispõe que “[s]em prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) instituir impostos sobre (...) *livros*, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (...)”

⁴¹⁸ Tratando de cláusulas gerais (CG), Chiassoni refere que seria possível identificar referências a CG-locuções, CG-dispositivos (enunciado do discurso das fontes com formulação que contém CG-locuções), CG-normas explícitas (representam o resultado da interpretação de CG-dispositivos) e CG-normas implícitas (que são normas que contém CG-locuções e que são produto das técnicas de integração do direito explícito), cfr. CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. Tradução de Pablo Andrés Moreno Cruz. *Revista de Derecho Privado*, n. 21, pp. 89-106, julio-diciembre/2011, pp. 95-96.

⁴¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado : critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 143-145.

⁴²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado : critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 121 e 138-141.

⁴²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado : critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 129.

⁴²² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado : critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 134.

⁴²³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado : critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 135.

⁴²⁴ BARBERIS, Mauro. Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 55-69, janeiro-junho/2013, p. 63.

Porém, sob uma perspectiva que leve em conta o contexto da comercialização de livros eletrônicos, pode-se passar a questionar o grau de determinação do predicado livro⁴²⁵.

Esses problemas da linguagem demonstram a existência de uma distinção entre *texto* e *norma* e a ausência de correspondência biunívoca entre dispositivo e norma⁴²⁶, e entre norma abstrata e norma concreta⁴²⁷.

Seria equivocado, contudo, concluir que a interpretação dos textos normativos poderia resultar em *qualquer sentido*, *i. e.*, que de qualquer texto seria possível chegar a qualquer norma⁴²⁸. Tendo em vista “a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”⁴²⁹, Humberto Ávila afirma que a interpretação é *reconstrução* de sentido do texto jurídico (porque parte de algo) e não apenas livre construção⁴³⁰. Assim, mesmo a rejeição do formalismo interpretativo não impede que seja adotada a noção do quadro de sentido comum de Kelsen (quadro de significado, *Rahmenlehre*) para todas as interpretações de um mesmo dispositivo: “um quadro com referência ao qual todas estas são precisamente interpretações e não outras tantas criações de normas”⁴³¹. De forma semelhante à afirmação de Ávila sobre a comunidade do discurso, Mauro Barberis afirma que o quadro de significados é construído pelo efeito agregado e não intencional do conjunto de interpretações-ato individuais, sendo, portanto, uma interpretação-atividade coletiva⁴³². O resultado dessa

⁴²⁵ A propósito, ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de direito Tributário*, n. 79, pp. 163-183, 2001.

⁴²⁶ GUASTINI, Riccardo. Disposizione vs. Norma, in: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI (GENOVA). Facoltà di Giurisprudenza. *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, v. II, pp. 235-251, Milano: Giuffrè, 1990, p. 239; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51.

⁴²⁷ BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, pp. 222-226.

⁴²⁸ A literatura jurídica costuma denotar a concepção que defende a inexistência de nenhum significado prévio ao intérprete de *ceticismo radical*, a qual – entretanto – encontra poucos defensores, cfr. BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione. *Analisi e Diritto*, pp. 01-21, 2004, pp. 12-13; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, pp. 231-234. Afirmando a inexistência de nenhum significado prévio, v. TARELLO, Giovanni. *L’Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 63.

⁴²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53.

⁴³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 51-55.

⁴³¹ BARBERIS, Mauro. Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 55-69, janeiro-junho/2013, p. 58. Ainda: BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, pp. 218-220; BARBERIS, Mauro. Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía. *Diritto e questioni pubbliche*, n. 11, pp. 533-557, 2011, pp. 536-538.

⁴³² Interpretación-atividade que também deve ser objetivável, cfr. BARBERIS, Mauro. Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62,

interpretação-atividade coletiva é uma interpretação-produto que, em razão de o juiz-intérprete ser institucionalmente autorizado e reiteradamente chamado a atribuir significados aos dispositivos textuais, tem relevância sócio-institucional⁴³³ que pode ou não ser revestida de uma particular autoridade jurídica⁴³⁴.

É nesse sentido que se compreende a afirmação de que já a identificação dos possíveis sentidos para os dispositivos é interpretação. A determinação das possíveis normas a partir do texto é fundada nas interpretações já existentes no âmbito da jurisprudência e da ciência jurídica⁴³⁵.

A *interpretação* e a *aplicação* do direito dependem, respectivamente, de forma *necessária* ou *contingencial* de argumentos, *i. e.*, de boas razões, para a sua realização ou justificação. São três as funções da argumentação jurídica para a atividade jurisdicional: *identificação* de significados, *criação* de novos significados e *especificação* (ou concreção) de significados identificados⁴³⁶. A identificação de significados se dá quando,

vol. 240, pp. 55-69, janeiro-junho/2013, pp. 57-59; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 232.

⁴³³ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 50. Ainda: “notar como usualmente, quando se emprega o termo ‘interpretação’ na acepção ‘interpretação-produto’, refere-se a interpretações para aplicação, a interpretações de juízes e funcionários administrativos, a interpretações daquelas cujas interpretações e aplicações tem consequências importantes sobre situações de outros sujeitos e a continuidade dessas operações tem consequências importantes para a estabilidade ou a mudança de um sistema jurídico” (TARELLO, Giovanni. Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 403-424, 1974, p. 408).

⁴³⁴ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 54.

⁴³⁵ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 209, inclusive n. 38. A respeito da interpretação como detecção, decisão e proposição de interpretações a enunciados, v. TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 61-67.

⁴³⁶ Em maior ou menor grau, a Escola de Gênova reconhece as três funções dos argumentos jurídicos, cfr., pelo menos, TARELLO, Giovanni. Sur la spécificité du raisonnement juridique. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft neue Folge, n.7, Die juristische Argumentation, pp. 103-124, 1972, p. 111 (“uns servem (ao menos parece) para produzir proposições jurídicas, os outros servem (ao menos parece) a interpretá-las”); TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 345 (“Trata-se de esquemas de argumentação, ou ‘de raciocínio’, que em alguns casos têm uma longa história de emprego não somente em sede interpretativa – a saber de escolha de enunciados normativos e de atribuição a esses de um significado – mas também em sede de produção de normas por meio da criação ou explicitação de enunciados normativos novos”); GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, pp. 179-181 (“O primeiro critério atine à distinção entre interpretação em abstrato (identificação da norma) e interpretação em concreto (concretização da norma, sua aplicação a um caso concreto)”, e “O segundo critério atine à distinção entre interpretação dos textos normativos e produção de normas novas inexpressas”); GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 259-260 (“argumentos interpretativos, que justificam a interpretação escolhida – em abstrato e em concreto –”, e “argumentos construtivos, que justificam um ou outro tipo de construção jurídica”); BARBERIS, Mauro. *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra, 2015, p. 213 (“Todos os nove argumentos serão classificados como *interpretativos* (que atribuem a disposições normas *explícitas*) e/ou como *integradores* (que integram lacunas com normas *implícitas*)”) e BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 224 (“assim como os princípios, com efeito,

por meio do uso de diretivas interpretativas⁴³⁷, o intérprete retira dos dispositivos textuais uma norma explícita. Falar de criação de novos significados indica o caso em que o intérprete, construindo lacunas no ordenamento jurídico, as suprime por meio da construção, com o uso de diretivas interpretativas, de normas implícitas. E a especificação dos significados interpretados, seja de normas explícitas ou normas implícitas, é a atividade por meio da qual se retira uma norma mais específica de uma norma abstrata⁴³⁸. Além de poder ser realizada por meio da argumentação, essa especificação pode ser realizada por meio de processos dedutivos, caso em que a argumentação desempenhará alguma função tão somente na justificação das premissas desse raciocínio dedutivo.

Poderá resultar da interpretação três tipos de normas jurídicas, as quais tem diferentes modos de aplicação. Segundo Ávila⁴³⁹, as normas jurídicas qualificam-se em *regras, princípios e postulados normativos*.

Quanto à distinção entre as primeiras, enquanto as regras prescrevem como dever imediato a adoção da conduta por elas descrita e somente prescrevem a manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores como dever mediato, os princípios prescrevem imediatamente a promoção de um estado ideal de coisas e somente mediamente impõem o dever de adoção da conduta necessária. As regras têm pretensão de gerar uma solução específica para a questão, enquanto que os princípios têm pretensão de contribuir ao lado de outras razões para a tomada da decisão. Assim, a justificação da aplicação de uma regra será feita por meio da demonstração da correspondência entre o

da regra genérica se pode sempre retirar por especificação regras mais específicas”); CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 49 (“A identificação de normas gerais (...) depende (...) de operações que consistem: a) na retirada de *normas explícitas* das disposições (...); e/ou b) na retirada de *normas implícitas* a partir de outra norma (explícita e/ou implícita”).⁴³⁷ O uso de diretivas interpretativas, no lugar das expressões tradicionais como cânones e argumentos, é realizada com referência à teoria de Pierluigi Chiassoni a respeito dos Códigos Hermenêuticos, com os quais é possível reconhecer uma determinada estrutura de uso das diferentes diretivas interpretativas, possibilitando um maior controle intersubjetivo da justificação externa das decisões judiciais – o que será abordado ao seu tempo, v. *infra* § 2.3.2 e § 3.2.4.

⁴³⁸ A respeito da especificação de regras potencialmente vagas como sendo uma atividade interpretativa da aplicação do direito: BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 141-142. Para a mesma atividade (ou uma sua espécie), designada de concreção, v. ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito, in: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito : O Ensino Jurídico no limiar no novo século*, v. 1, Porto Alegre: EDIPUCRS, pp. 413-465, 1997; MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da AJURIS*, ano XXXIII, n. 103, pp. 69-94, set./2006; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado : critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 185-189.

⁴³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014.

conceito da norma e o conceito do fato, enquanto que para o princípio será necessário demonstrar a correlação entre os efeitos da conduta e o estado ideal de coisas⁴⁴⁰.

Os postulados normativos, de outro lado, distinguem-se das duas outras espécies de normas pelo fato de serem normas de segundo grau, que orientam a aplicação de outras normas. Seus destinatários são exclusivamente os intérpretes e os aplicadores do direito. Além disso, os postulados orientam a aplicação das regras e dos princípios sem necessidade de conflituosidade entre normas⁴⁴¹. Assim, a aplicação dos postulados não será justificada nem por meio da demonstração da correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato, nem da correlação entre os efeitos da conduta e o estado ideal de coisas, já que o conteúdo dos postulados é um método de aplicação de normas.

Identifica-se dois momentos na produção do direito, um momento de interpretação e um momento de aplicação. Interpretação corresponde ao percurso do *texto* até a *norma jurídica abstrata aplicável*, que pode ser ou não intermediada por processos de criação ou especificação, e aplicação corresponde ao caminho entre a *norma jurídica abstrata* e a *norma jurídica concreta da decisão*⁴⁴². Tal constatação decorre do fato de que não se pode aplicar a lei sem antes interpretá-la, sem antes atribuir um significado aos seus enunciados⁴⁴³, tampouco se pode aplicar uma norma abstrata sem vinculá-la às circunstâncias fáticas do caso.

Assim, a interpretação soluciona os problemas de linguagem do dispositivo, a aplicação soluciona o problema de vagueza da (já) norma, o que nem sempre é realizado

⁴⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 95-102.

⁴⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 164.

⁴⁴² GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 16, 32-33. Não obstante Eros Grau (pp. 47-49) equacione “Interpretação = aplicação” e enuncie que “A separação em duas etapas – a de interpretação e a de aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de *subsunção*”, a distinção das duas atividades (ou dos dois momentos) é por ele reconhecida, já que sem ela não se poderia dizer que “*Interpretação e aplicação* consubstanciam um processo unitário, superpõem-se”. Não é possível haver superposição sem a existência de uma pluralidade de objetos. Portanto, a sua crítica à distinção parece ser apenas a de (i.) que há a uma necessidade de se entender que *também* a interpretação é operação realizada a partir de um caso concreto, ainda que fictício, e (ii.) que o *intérprete judicial* realiza um procedimento unitário de *concretização*, em que se imbricam interpretação e aplicação.

⁴⁴³ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 44; ou, ainda, TARELLO, Giovanni. Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi : studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 403-424, 1974, pp. 406-411. A propósito, Tarello também trata da sobreposição parcial da área semântica dos dois vocábulos interpretação e aplicação, considerando (de um lado) que a aplicação pressupõe uma interpretação e (de outro) que a interpretação pode ser realizada sem aplicação.

de forma linear – há lugar a uma reação da aplicação contra o resultado da interpretação⁴⁴⁴ –, entrando em jogo os postulados normativos aplicativos⁴⁴⁵.

a.2. Fatos

Para além do aspecto normativo, a decisão judicial tem uma base fática, com a qual as cortes determinam consequências jurídicas para *os fatos que consideram provados*⁴⁴⁶. Contudo, antes de se considerar qualquer coisa provada, é realizada a definição de quais os fatos que devem ser provados no procedimento, o que é realizado com base em propostas de qualificação jurídica dos fatos realizada pelas partes e pelo juiz, evidenciando que a individualização da *quaestio facti* é dialeticamente conexa à individualização da *quaestio iuris*⁴⁴⁷.

As partes narram fatos por meio de enunciados hipotéticos com pretensão de veracidade, que podem ser verdadeiros ou falsos, dispostos em uma ordem para que componham histórias convincentes⁴⁴⁸. Os juízes lidam com essas descrições de fatos (narrativas), que nunca serão completas, no sentido de indicar todos os elementos da real circunstância fática⁴⁴⁹. Realizada uma proposição a respeito da realidade (enunciado um fato⁴⁵⁰), a sua validade pode ser contestada pelos demais sujeitos do processo, com o que

⁴⁴⁴ BARBERIS, Mauro. Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 55-69, janeiro-junho/2013, p. 61; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 225. Ainda, conforme o mesmo autor, a distinção entre interpretação e aplicação é somente conceitual, não empírica (BARBERIS, Mauro. Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mia. *Diritto e questioni pubbliche*, n. 11, pp. 533-557, 2011, pp. 545).

⁴⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 175 e ss..

⁴⁴⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992, p. 131. Mais do que provas, o magistrado dá sentido aos fatos, cfr. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Verdade e Significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 5, pp. 76-97, mar.-abr./2005.

⁴⁴⁷ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 215-216; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 223.

⁴⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 225 e 236. Ainda, sobre o tema, TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. *Revista de Processo*, a. 39, v. 227, pp. 31-45, jan./2014.

⁴⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 232.

⁴⁵⁰ Necessário frisar a distinção conceitual entre a realidade (fatos empíricos) e os fatos do processo, cfr. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 116.

surge a necessidade de argumentação da proposição por meio da prova⁴⁵¹. Como instrumento da reconstrução dos fatos controversos, estão à disposição do juiz e das partes as provas e regras de julgamento, cujo resultado não são mais fatos, mas enunciados que expressam a existência e o modo de um alegado fato⁴⁵².

Prova, aqui⁴⁵³, vai entendida como o argumento, regulado pelo direito, dirigido à reconstrução racional das circunstâncias fáticas sobre as quais a questão jurídica se baseia⁴⁵⁴.

Antes de se produzir as provas, no entanto, há que se definir quais são os fatos objeto de decisão: os fatos *juridicamente relevantes* são definidos com referência aos suportes fáticos legais da norma que for assumida como critério jurídico da decisão⁴⁵⁵. Eles delimitam e determinam o âmbito e o conteúdo juridicamente relevante da

⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

⁴⁵² CALAMANDREI, Piero. La Genesi logica della Sentenza Civile (1914), in: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, v. 1, Napoli: Morano Editore, pp. 11-54, 1965, pp. 20-21; TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 259.

⁴⁵³ A respeito da ambiguidade do uso do termo “prova” (*proof*) e da sua dependência a estruturas institucionais, WRÓBLEWSKI, Jerzy. Proof in law: legal language and legal institutions. *International Journal for the Semiotics of Law*, v. II, issue 1, pp. 03-16, February/1989; TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 440-451; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 27-29; TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. *Revista de Processo*, a. 39, v. 229, pp. 75-87, mar./2014.

⁴⁵⁴ Segundo Marinoni e Arenhart, “prova, então, assume a condição de *um meio retórico, regulado pela lei, dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64 e p. 72). A propósito, EBERLE, Norbert. *Zur Rhetorik des zivilprozessualen Beweises*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1989; criticamente, TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 349-357. Também qualificando prova como argumento, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 137-163, 2008, p. 143; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 96; SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 357-371, 2015, p. 362.

⁴⁵⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 227; no mesmo sentido, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 251-252; TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 91 e ss..

globalidade da situação em que localizado o problema jurídico⁴⁵⁶, bem como suportam o *thema decidendum*⁴⁵⁷.

Os fatos relevantes constituem a porção de experiência que é objeto de prova no processo para fins da aplicação da norma jurídica sobre esses fatos. Contudo, a própria individualização do fato não é realizada por meio de um procedimento simples, já que as situações fáticas podem ser decompostas de forma qualitativa ou quantitativa, com o que se produzirá uma diversidade de “pedaços” da situação fática. Essa decomposição da circunstância fática é teoricamente infinita, motivo pelo qual, no âmbito do processo, o nível de descrição adequado do fato é definido pelo contexto prático da necessidade de se descrever esse fato (que será objeto de prova)⁴⁵⁸. Assim, a individualização do fato juridicamente relevante trata da conexão entre a norma e o fato, no sentido de “pretender constituir uma correspondência entre fato e norma que permita dizer que essa norma, em um de seus significados resultantes da interpretação, qualifica juridicamente esse fato, que é relevante a essa norma e que fundamentará a decisão na medida em que resulte provado em juízo”⁴⁵⁹.

Fatos juridicamente relevantes definem o *thema probandum*, que é plural em um processo, seja porque para cada hipótese de enunciado positivo existe um enunciado negativo a respeito dos fatos que também pode ser objeto de prova, seja porque um *thema decidendum* pode ter vários aspectos cuja prova se faz necessária, seja porque a existência de fatos novos pode modificar ou pluralizar os aspectos objeto de prova, seja porque para se provar determinado enunciado fático pode se fazer necessário provar fatos secundários⁴⁶⁰.

Além dos fatos juridicamente relevantes – também nomeados *fatos principais* ou *fatos diretos* – pode ser necessário analisar e decidir sobre *fatos secundários* (ou *simples*, *indiretos* ou *indiciários*), que são, não mais juridicamente, mas *logicamente relevantes*. Logicamente relevantes por “serem as premissas de inferências probatórias

⁴⁵⁶ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 163.

⁴⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

⁴⁵⁸ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 93-105.

⁴⁵⁹ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 99.

⁴⁶⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 215.

relativas aos fatos principais”⁴⁶¹; é dizer, realizando-se inferências lógicas desde os fatos secundários atinge-se uma determinada presunção a respeito dos fatos principais⁴⁶². Presunção é o resultado do raciocínio (presuntivo) formado a partir do indício e da prova indiciária⁴⁶³.

Assim, os fatos principais equivalem aos enunciados fáticos a respeito dos quais se determina que são potencialmente idôneos para a aplicação da norma (essas são aplicáveis). Os fatos secundários já não utilizam o direito como critério de seleção, mas utilizam os próprios fatos principais, de modo que serão fatos secundários aqueles que puderem ser empregados como premissas de inferências a respeito da existência dos fatos principais⁴⁶⁴. Existe uma grande variedade de fatos secundários, que podem ser classificados segundo a relação que desempenha junto aos fatos primários e, conseqüentemente, segundo o tipo da eficácia probatória desses fatos sobre os fatos presumidos⁴⁶⁵.

Como regra, os fatos juridicamente relevantes constam das alegações das partes; ocorrendo, contudo, situações em que as alegações são mais ou menos insuficientes, o juiz pode requerer esclarecimentos das partes (artigo 139, inciso VIII, Código de Processo Civil), ou mesmo levar em conta as circunstâncias mais gerais à base da controvérsia⁴⁶⁶, interpretando os pedidos segundo a boa-fé e o conjunto da postulação (artigo 322, § 2º, Código de Processo Civil). Os fatos secundários não estão sujeitos ao ônus da afirmação para que sejam objeto de prova, justamente em razão de se destinarem a demonstrar a verdade da afirmação de fato principal⁴⁶⁷ – esse, sim, já afirmado por uma das partes.

Uma vez determinados os fatos juridicamente relevantes, há que se determinar quais os fatos que, dadas as circunstâncias processuais, se mostram carentes de prova em

⁴⁶¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 227.

⁴⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 294, 426. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 121-123.

⁴⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.

⁴⁶⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 122-123.

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 123.

⁴⁶⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 235.

⁴⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

razão de restarem *controvertidos* (artigo 374, Código de Processo Civil). Somente sobre os fatos controvertidos, ou aqueles fatos indiciários que potencialmente são idôneos para demonstrar os fatos controvertidos, é que se deve admitir a produção de provas, sendo que as postulações de provas que se mostrem inúteis ou meramente postulatórias – que é o caso das provas sobre alegação de fatos incontroversa – devem ser rejeitadas pelo juízo já nesse ponto (artigo 370, Código de Processo Civil)⁴⁶⁸.

Mas uma vez determinado quais são os fatos relevantes, pertinentes e controversos, faz-se necessário determinar quais as provas que serão produzidas no caso. A admissão da produção de provas, que se refere à conformação do conjunto de provas que poderão ser valoradas no processo, dá-se com base na relevância dos elementos probatórios em relação com as alegações de fato (principais ou secundárias) que se pretende provar e nas limitações dadas pelo formalismo processual⁴⁶⁹. Uma prova é relevante se é capaz de fundar, em uma antecipação hipotética de valoração, uma conclusão a respeito do enunciado fático em questão⁴⁷⁰, ou a respeito da credibilidade de uma outra prova⁴⁷¹.

É possível produzir provas diretas e provas indiretas, sejam elas sobre fatos diretos ou fatos indiretos. As provas são classificadas em diretas ou indiretas com base na forma de percepção do juiz sobre os fatos, se imediata ou por intermédio da percepção de terceiro⁴⁷². Quando o juiz está diante de uma prova indireta, ele não está apto a perceber

⁴⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 139-143; TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 364.

⁴⁶⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 41-45; MATTOS, Sergio. O Juiz é o Destinatário da Prova: Prova Aberta para o Arbítrio?, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 446-458, 2012, p. 448. A respeito da tensão entre liberdade e legalidade da prova, não apenas no que tange a admissibilidade, mas também aos passos seguintes da produção de provas, TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 357-364.

⁴⁷⁰ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 366. Tratando da relevância e da questão da redundância de provas, FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 68-76. Quanto às limitações impostas pelo ordenamento jurídico na admissão de provas relevantes e a valoração que a aplicação dessas importa, *Idem*, pp. 77-86.

⁴⁷¹ Trata-se da relevância indireta, cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 90.

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 119. Utilizando a expressão “juízos lógicos” para designar as diferentes percepções a respeito dos fatos no processo e diferenciando os juízos diretos (formados imediatamente pelo na mente do juiz) e os juízos indiretos (formados a partir da outorga de significado, pelo juiz, da percepção enunciada por terceiros), CALAMANDREI, Piero. *La Genesi logica della Sentenza Civile* (1914), in: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, v. 1, Napoli: Morano Editore, pp. 11-54, 1965, pp. 20-21.

diretamente o fato, mas a conhecer a percepção de outro sujeito sobre o fato, que é por ele avaliada⁴⁷³. O caso típico da prova direta é o da inspeção judicial.

Para os casos de *provas indiretas*, antes de examinar o que essas representam, a atividade de valoração individual de provas implica em aferir a *credibilidade* e a confiabilidade dessas provas⁴⁷⁴, determinando-se, portanto, “se o documento é formalmente exato ou se o perito e a testemunha são idôneos, ou mesmo se a prova pericial e a prova testemunhal têm saliências que retirem a sua credibilidade”⁴⁷⁵. Pode-se falar em uma *valoração em abstrato* para designar esse momento. Em certa medida, o formalismo processual trata da credibilidade, por exemplo, ao estabelecer os *requisitos* para o perito judicial (artigos 156-158, Código de Processo Civil) ou o *procedimento* de produção da prova pericial (artigos 464-480, Código de Processo Civil), por meio dos quais se evita a produção de provas tendencialmente inidôneas.

O grau de credibilidade da prova indireta realizada sobre os *atos secundários* está no grau de certeza da ocorrência do fato secundário, bem como no grau de vinculação do indício com o fato juridicamente relevante⁴⁷⁶. Abalam a sua credibilidade a demonstração de que a presunção não é apta a demonstrar o fato principal e de que podem decorrer outros fatos, que não o fato principal, daquele indício⁴⁷⁷. A vinculação entre o fato indireto e o fato direto, que normalmente é representada pelos critérios decorrentes das máximas de experiência, tem vinculação com o contexto cultural e o repertório de conhecimento de um determinado momento e local. Normalmente, os vínculos utilizados se tratam de generalizações incompletas ou de algum modo vagas a respeito das experiências comuns (*id quod plerumque accidit*), sendo possível, ainda, que sejam fundadas inferências dedutivas (casos em que sempre que existente o fato indireto, ocorre

⁴⁷³ Contra a classificação aqui exposta a respeito das provas diretas e indiretas e propondo uma ligação do tipo de prova (direta ou indireta) ao tipo de fato sendo provado (fatos diretos e fatos indiretos), TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 454-458.

⁴⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 430.

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 294 e 431-432. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 159-163.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 297.

o fato direto) ou inferências estatísticas (quando determinável a probabilidade ou a frequência da ocorrência de um fato dada a ocorrência de outro fato)⁴⁷⁸. Já o grau de credibilidade da prova indireta sobre o *fato principal* é identificado pela maior ou menor idoneidade para a demonstração da verdade sobre os enunciados fáticos⁴⁷⁹. Em razão daquilo que foi afirmado sobre a distinção entre fatos principais e secundários, não se analisa o grau de vinculação ao fato juridicamente relevante porque a prova recai diretamente sobre esse.

Passando pelo teste de credibilidade, as provas são consideradas idôneas e se passa a valora-las concreta e individualmente e, em seguida, conjuntamente com todas as demais provas e presunções⁴⁸⁰. A valoração avalia o apoio empírico que o conjunto de elementos de juízo produzido aportam a favor uma determinada hipótese fática, por meio de um raciocínio indutivo⁴⁸¹. É relativa aos acontecimentos do caso concreto, não relativa à probabilidade estatística da ocorrência do fato em uma infinidade de casos. Isso não afasta, todavia, que o argumento a favor da inferência individual tenha apoio em generalizações⁴⁸² – assunções implícitas de caráter geral que são determinadas pelo contexto cultural do juiz, bem como pelas estruturas de que se serve para a interpretação dos fatos⁴⁸³.

Quanto à *valoração individual* das provas, essa leva em conta os elementos de prova causal e logicamente independentes cujas proposições são colocadas a favor de uma ou de outra hipótese a respeito do enunciado fático objeto da prova. Nesse momento, também as hipóteses são consideradas autonomamente frente às provas produzidas⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 270 e 272.

⁴⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 328.

⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 431.

⁴⁸¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 46 e p. 121.

⁴⁸² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 106-108.

⁴⁸³ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 261; TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 218-219.

⁴⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 251 e 253.

A *valoração coletiva*, de seu turno, propõe-se à construção de uma narrativa racional a partir do resultado das valorações individuais e das presunções realizadas⁴⁸⁵. Trabalha já com os resultados que se traduzem em determinado grau de corroboração ou falsificação das hipóteses em conflito e da posição que entre si esses resultados se colocam: se unidirecionais ou não⁴⁸⁶.

b) A função judicial entre conhecimento, valoração e escolha

Como se indicou acima, a atividade jurisdicional é realizada por meio de uma reconstrução do aspecto jurídico da causa e do seu aspecto fático. Isso tudo precede, ao menos sob o aspecto lógico, à decisão judicial sobre a causa. A decisão pressupõe a existência de uma escolha entre diferentes alternativas que são, a *nível teórico*, igualmente possíveis para comporem a solução do caso⁴⁸⁷. É nos *níveis dogmático e prático* que se reduzem as possibilidades de solução do caso para fixar, por exemplo, uma determinada norma como sendo a norma aplicável concretamente e uma determinada hipótese fática.

Dado esse conjunto de circunstâncias, a conclusão a que se chega é a de que existe discricionariedade quanto ao direito e quanto ao fato⁴⁸⁸ na atividade jurisdicional. Discricionariedade, aqui, vai entendida como poder de escolha de uma entre outras possíveis alternativas de decisão⁴⁸⁹. Convém atentar que o reconhecimento da existência da discricionariedade não implica em uma legitimação para que seja tomada qualquer escolha e de qualquer forma; pelo contrário, o seu reconhecimento no Estado Constitucional faz com que os elementos que são levados em conta na decisão

⁴⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 334.

⁴⁸⁶ A propósito da corroboração de hipóteses, FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 126-138.

⁴⁸⁷ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 198-199.

⁴⁸⁸ CHIASSONI, Pierluigi. Il Realismo Radicale della Teoria Pura del Diritto. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XLVII, n. 1, pp. 237-261, giugno/2012, pp. 241-248.

⁴⁸⁹ TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. LV, n. 1, pp. 11-31, marzo/2001, p. 12; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 137-163, 2008, p. 139; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Verdade e Significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 5, pp. 76-97, mar.-abr./2005, p. 97.

discricionária sejam racionalizados por meio da justificação, o que possibilita que se realize um controle intersubjetivo do exercício do poder⁴⁹⁰.

Negar a existência de discricionariedade no processo de decisão judicial é resultado de pelo menos uma das seguintes escolhas, as quais não são compartilhadas no presente trabalho: a pressuposição de que o juízo discricionário seria insindicável e a tese de que o juiz apreenderia uma solução única ao caso concreto.

Com efeito, a doutrina parece vincular os juízos discricionários à sua insindicabilidade, na esteira da literatura de direito administrativo que sustenta a posição de que a discricionariedade seria resolvida por meio de juízos de conveniência e oportunidade (o chamado mérito do ato administrativo) e que eventual controle sobre esses juízos seria uma indevida interferência no Poder Executivo⁴⁹¹. Não obstante essa posição estar sendo alvo de críticas no próprio âmbito do direito administrativo⁴⁹², o que essa objeção questiona não é verdadeiramente a existência de espaços de escolha, mas a inexistência de critérios para se realizar e avaliar a escolha. A doutrina lógico-argumentativa de fundamentação das decisões judiciais, contudo, pretende reconhecer esses espaços de escolha e fornecer critérios para avaliar a escolha por meio de sua justificativa, com o que a crítica em exame perde sentido.

As teses de que o juiz retiraria do ordenamento jurídico e do próprio caso concreto uma solução única e de que os métodos de interpretação conduziram a uma só norma inequivocamente aplicável também têm sido utilizadas para a oposição ao reconhecimento da discricionariedade judicial⁴⁹³. Contudo, é possível afastar essa

⁴⁹⁰ Discorda-se, portanto, da visão segundo a qual seria impróprio à atividade jurisdicional a discricionariedade, da qual é representante WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desvinculação da idéia de discricionariedade administrativa e liberdade do juiz, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo : Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, pp. 947-960, 2007. Extremamente adequada é a lembrança de Barbosa Moreira: “Quando o ato é discricionário, torna-se até mais necessária a motivação, sob pena de cair-se no domínio do arbítrio: *sic volo, sic jubeo*. Se a lei concede ao juiz a possibilidade de optar entre várias soluções, ele há de explicar por que uma lhe pareceu mais apropriada que as outras” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, pp. 117-124, 2004, p. 119).

⁴⁹¹ É o caso, por exemplo, de GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, in: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais : estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 87-93, 2008.

⁴⁹² FREITAS, Juarez. Decisões administrativas: conceito e controle judicial da motivação suficiente. *Interesse Público*, a. 17, n. 91, pp. 15-26, maio-jun./2015, p. 22.

⁴⁹³ Nesse sentido, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

objeção pela percepção de que a escolha de métodos para a resolução de casos ou para a interpretação dos dispositivos textuais também é resultado de decisões. Com isso, a aparente segurança da atividade jurisdicional, que se contraporia à discricionariedade administrativa, não se resolve na distinção de estrutura entre normas que outorgam discricionariedade ao administrador e normas mais ou menos vagas para aplicação do juiz, mas nos critérios jurídicos reconhecidos como suficientes para a tomada de decisão ou de sua justificativa⁴⁹⁴.

Por meio desses argumentos, rejeita-se distinção realizada por parte de alguns juristas⁴⁹⁵ entre sentenças declarativas e sentenças determinativas. Referida distinção, ao contrário de dar maior controle às decisões judiciais, cobre com o manto das sentenças declarativas diversas atividades discricionárias que são realizadas pelo juiz em casos em que não está em jogo a aplicação de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos indeterminados⁴⁹⁶.

A racionalização das escolhas na fundamentação da decisão judicial, a nível dogmático e prático, é dada, de um lado, pela escolha e do uso de um determinado conjunto de diretivas interpretativas e, de outro lado, pela adequação das decisões a respeito dos fatos e da qualificação jurídica segundo os um conjunto de níveis de argumentação probatória (v., *infra*, § 2.3.2, b)).

Em uma tentativa de síntese: nem a norma que vai aplicada ao caso, nem os enunciados empíricos que representam o caso, são obtidos sem a devida realização de cognições, valorações e escolhas. A norma geral utilizada para disciplinar o caso, quando explícita, é o resultado de uma reconstrução, que envolve: a *cognição* das fontes normativas e dos diferentes sentidos que se pode atribuir aos dispositivos conhecidos, a *valoração* dos sentidos atribuíveis segundo diretivas de interpretação e a *escolha* por um dos possíveis sentidos. Quando implícita, a norma geral é o resultado de uma construção⁴⁹⁷ que, partindo das normas explícitas reconstruídas, envolve a *escolha* de um

⁴⁹⁴ Segundo Luzzati, no entanto, o efeito do reconhecimento desses critérios jurídicos em uma adequada doutrina panjuridicista, que concebe uma concepção da juridicidade sem fronteiras em que toda decisão é tomada por critérios e metacritérios, seria a negação da discricionariedade (cfr. LUZZATI, Claudio. *L'Interprete e il Legislatore : Saggio sulla Certezza del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 13-14).

⁴⁹⁵ NERY, Carmen Lígia. *Decisão Judicial e Discricionariedade : a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁹⁶ CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 25-26.

⁴⁹⁷ Veja-se que se a interpretação jurídica (*reconstrução* normativa) é uma atividade criativa, com muito mais razão é criativa a atividade de legislação intersticial, a que se costuma designar *construção* de normas

significado fora daqueles sentidos possíveis do texto, por meio de uma inferência⁴⁹⁸ em que entram em jogo *valorações*⁴⁹⁹. Além disso, a obtenção da norma geral também pode envolver, em maior ou menor grau, atos de especificação de sentido. A decisão sobre os fatos da causa, de outro lado, é realizada por meio de uma *cognição* das alegações de fato relevantes e controversas, de uma *valoração* a partir da norma aplicável dos fatos relevantes que devem ser provados, de uma *valoração* da relação entre fatos secundários e fatos relevantes, de uma *cognição* dos meios de provas postulados e uma *valoração* quanto à credibilidade e *escolha* quanto à produção de provas, de uma *valoração* do resultado da produção de provas e de uma final *escolha* da narrativa tida como provada com base nos elementos de juízo da causa e em determinado nível de corroboração adequado para o caso.

E se a presente dissertação se aproxima de uma abordagem prática, pode-se afirmar, sem nenhuma ofensa ao reconhecimento analítico dos diferentes elementos sujeitos a controle de racionalidade no exercício da jurisdição, que o processo de decisão não se realiza em etapas estanques. Pelo contrário, como é ressaltado pela doutrina que cuida do *iter* decisório, a decisão quanto à norma aplicável pressupõe determinados fatos e a decisão quanto aos fatos relevantes do caso depende da norma aplicável. Por isso, pode-se dizer que a decisão judicial é tomada em um procedimento de tentativa e erro (*trial and error*), a que por vezes chamam de círculo hermenêutico ou espiral hermenêutica⁵⁰⁰.

jurídicas e *integração* do ordenamento jurídico (posta ao lado da interpretação *stricto sensu* e dentro de um conceito mais amplo de interpretação), que parte do sistema jurídico resultante da interpretação para a inovação na ordem jurídica. A propósito, v. GUASTINI, Riccardo. El realismo jurídico redefinido. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 26-42, janeiro-junho/2013, pp. 30-31; BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. *Analisi e Diritto*, pp. 01-21, 2004, p. 18-19; TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 10-11.

⁴⁹⁸ BARBERIS, Mauro. Imperialismo dell'argomentazione? In margine al Curso di Manuel Atienza. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 91, n. 3, pp. 450-451; BARBERIS, Mauro. Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 55-69, janeiro-junho/2013, p. 58; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, pp. 218-220.

⁴⁹⁹ É precisa a síntese de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para quem a jurisdição “é sempre chamada a reconhecer significados possíveis dos textos, *valorá-los* argumentativamente e *decidir* por uma das alternativas interpretativas: reconhecer, valorar e decidir são tarefas inerentes à jurisdição no Estado Constitucional”, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137.

⁵⁰⁰ BARBERIS, Mauro. Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mia. *Diritto e questioni pubbliche*, n. 11, pp. 533-557, 2011, p. 544.

No que importa ao tema do presente trabalho, para prosseguir no estabelecimento da *doutrina* lógico-argumentativa de *fundamentação* das decisões judiciais, há que se reconhecer, na esteira de Taruffo⁵⁰¹, basicamente quatro nexos de implicação envolvidos na decisão: a implicação dos fatos na aplicabilidade da norma; a implicação da norma aplicável na existência de fatos; a implicação da coincidência semântica entre fatos e norma na qualificação dos fatos segundo a norma aplicável; a implicação da qualificação jurídica na produção de consequências jurídicas. Nesse contexto de diferentes nexos, entram em jogo elementos “lógicos” e elementos “não lógicos”, de modo que serão modelos adequados para a incorporação por uma doutrina de justificação aqueles que permitam a análise e a avaliação de ambos os tipos de elementos no contexto do raciocínio justificativo global⁵⁰².

Resta lançar os fundamentos da doutrina de fundamentação lógico-argumentativa das decisões judiciais.

2.3.2. *Por uma doutrina de fundamentação lógico-argumentativa*

Com base nessa teoria da atividade jurisdicional reconstrutiva e tendo em vista a função que a fundamentação das decisões judiciais desempenha, uma doutrina a respeito da fundamentação das decisões deve permitir o *controle intersubjetivo das razões* outorgadas pelo juiz para reconstruir racionalmente a decisão. Fora disso, a fundamentação da decisão judicial será uma mera ilusão de controlabilidade. Daí porque Taruffo qualifica o discurso que não contém a justificação de todas as escolhas necessárias para o controle intersubjetivo da decisão como fundamentação ficta⁵⁰³.

⁵⁰¹ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 238.

⁵⁰² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 198.

⁵⁰³ Ocorre quando o discurso justificativo é realizado “dissimulando as larguíssimas margens de discricionariedade que concretamente caracterizam a escolha do juiz” (cfr. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 234-235). Esse conceito de fundamentação ficta (no original “motivação ficta”) não se confunde com o conceito de mesmo nome que é utilizado para caracterizar os casos em que a fundamentação não corresponda fielmente às “razões reais” da decisão. Nesse último caso, o conceito é utilizado com relação a um dever ético-jurídico ligado à verdade, enquanto que no primeiro caso, o conceito é utilizado com relação a uma ilusão de controlabilidade e de uma ficção a respeito do desempenho do papel da fundamentação no caso concreto (*Idem*, p. 235, n. 110). Uma vez definidos os significados dos termos de motivação e fundamentação na presente dissertação, pode-se devidamente designar o primeiro

A controlabilidade da fundamentação depende de parâmetros de controle, razão pela qual o seu estabelecimento requer uma determinada racionalidade para o discurso judicial⁵⁰⁴, a partir da qual será possível determinar a sua correção ou incorreção. Abaixo, portanto, defende-se uma determinada racionalidade para servir de parâmetro de correção da fundamentação das decisões judiciais. Esse parâmetro de controle, sustenta-se, deve ser reconduzível ao próprio direito, já que a eleição de quaisquer outros parâmetros – por mais elevados ou coerentes que sejam – implicaria em uma arbitrária negação ao caráter normativo do direito.

a) A racionalidade do discurso judicial

A justificação de uma decisão judicial é racional quando ela demonstra o seu suporte em parâmetros externos de correção⁵⁰⁵. Assim, uma determinada posição ou conclusão é racional quando ela se mostra sustentável pela referência a determinados pressupostos, por meio de uma medição de pensamento com uma certa estrutura⁵⁰⁶. A característica da racionalidade é a outorga de validade intersubjetiva.

Tratar de racionalidade da fundamentação da decisão judicial conduz a um questionamento, que é aquele a respeito do tipo de racionalidade a que se refere. Em outras palavras: questiona-se a respeito dos diferentes pressupostos a partir dos quais uma decisão pode ser avaliada e a determinada estrutura racional a que se referem.

Por motivos de sistematização, adota-se a classificação de António Castanheira Neves, com a qual se identifica três modalidades de racionalidade: *puramente lógica*,

tipo de problema de *fundamentação ficta*, porque diz respeito à validade do discurso justificativo, e o segundo tipo de problema de *motivação ficta*, porque depende da assunção prévia a favor de um discurso explicativo da decisão. A respeito do tema, amplamente, BRECHER, Fritz. *Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht*, in: BRECHER, Fritz *et al.*. *Festschrift für Arthur Nikisch*. Tübingen: J. C. B. Mohr, pp. 227-247, 1958.

⁵⁰⁴ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 236; LUZZATI, Claudio. *L'Interprete e il Legislatore : Saggio sulla Certezza del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 449.

⁵⁰⁵ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialletica. *Revista de Processo*, a. 32, n. 143, pp. 65-77, janeiro/2007, pp. 66-67.

⁵⁰⁶ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 34-35.

teórica ou comunicativa⁵⁰⁷. Referida classificação é aproximada das três perspectivas sob as quais a semiótica pode estudar os signos: a sintaxe, a semântica e a pragmática⁵⁰⁸.

Primeiro, a racionalidade puramente lógica cuida exclusivamente da relação entre proposições num modo de inferência necessária entre elas, que independe do seu conteúdo material. Aplicada a um discurso, a sua estrutura é estritamente sintática e a validade da relação entre as proposições contidas no discurso é aferida por meio da compossibilidade entre si⁵⁰⁹.

Uma doutrina de fundamentação lógico-silogística, como aquela examinada acima (*supra*, § 2.2.2), adota a lógica dedutiva como forma de discurso para a decisão judicial e esse tipo de racionalidade como critério de validade intersubjetiva do discurso. Para aquela doutrina, uma decisão é fundamentada se a conclusão em que se funda a decisão judicial decorre das premissas expostas no discurso justificativo.

Havendo sido demonstrado, contudo, que tal doutrina não é adequada para a fundamentação das decisões judiciais, porque pressupõe que o direito é meramente conhecido em uma estrutura lógico-dogmática e é aplicado de forma lógico-dedutiva⁵¹⁰, ou ao menos porque não é apta a permitir o controle dos elementos não formais da decisão judicial, também por esses motivos se rejeita a racionalidade puramente lógica como possível parâmetro de correção do discurso judicial.

Segundo, ao se questionar acerca da racionalidade teórica, adota-se uma referência objetiva ao discurso, segundo a qual os enunciados são o resultado da relação entre o sujeito e o objeto e é a partir da própria realidade referida pelo objeto que se mede a validade da proposição contida no discurso⁵¹¹.

⁵⁰⁷ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 34 e ss.

⁵⁰⁸ TEIXEIRA, João Paulo Allain. *A Racionalidade das Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 72-74.

⁵⁰⁹ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 35.

⁵¹⁰ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 28; CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 316-351, 2013, pp. 323-324; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *A Racionalidade das Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 11-17.

⁵¹¹ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 35-36. Segundo Castanheira Neves (*Idem, Ibidem*), a definição sobre o objeto, que é referência dessa racionalidade, será diferente para o tipo de discurso no qual as proposições estão contidas. No caso do discurso teórico-especulativo, o objeto pode ser tomado pelas próprias coisas na realidade, pela explicitação da realidade objetiva, ou pelo seu espelho discursivo. A validade é identificada

O discurso judicial de justificação da decisão judicial não pode ser entendido como a explicitação de uma realidade objetiva apreendida, cujo exame seria meio para avaliar a validade dos enunciados de discursos especulativo ou técnico-finalístico. Tampouco é um discurso sustentado em um modelo de construção e comprovação científica, cuja validade é metodológica. Por isso, também se coloca em dúvida a utilidade da racionalidade teórica⁵¹² como parâmetro de correção da justificação da decisão.

Terceiro, a *racionalidade comunicativa* manifesta-se em um discurso *argumentativo*, mediante a relação entre os sujeitos, cuja validade é de sentido prático estrito, é dizer, a validade vai entendida como justificação comunicativa⁵¹³. Trata-se de uma racionalidade prática, que é dirigida às “razões mobilizáveis na situada dialética prática de uma controvérsia”⁵¹⁴. Essa racionalidade parece adequada para tratar do problema do raciocínio jurídico e, em especial, do raciocínio linguístico manifestado por meio da fundamentação da norma da decisão judicial por um sujeito que exerce poder institucional⁵¹⁵.

Especificamente entre os tipos de racionalidade prática, aquele que se mostra adequado como critério para a doutrina da fundamentação judicial é o que situa a dialética da controvérsia entre sistema e problema, com uma intencionalidade de solução do

com a verdade por correspondência. Em se tratando de um discurso teórico-explicativo, o objeto encontra o seu fundamento explicativo em teorias (construções racionais de universalidade explicativa), nas quais cada elemento objetivo encontra sua razão em outros elementos objetivos, cujas conexões entre si são concebidas de modo universal e necessário. E a validade é metodológica, porque se sustenta em um modelo processual ou procedimental de construção teórica e de comprovação empírica. O discurso ainda poderá ser funcional-técnico, que tem a realidade como sendo a referência objetiva, mas entendida essa na sua perspectiva de condição e possibilidade para a consecução de certos fins. Nesse caso, a relação é funcional e a validade é justamente a adequação funcional (ou aptidão instrumental).

⁵¹² Não há como se confundir a racionalidade teórica referida no texto com a racionalidade da ciência do direito, já que a primeira expressão é qualificada desse modo em razão de ter como referência *teorias* (teses descritivistas), enquanto que a expressão racionalidade da ciência do direito reporta-se tão somente ao tipo de racionalidade que a metodologia da ciência do direito adotará como sua. Propondo, por exemplo, racionalidades não descritivistas à ciência do direito, NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013; ÁVILA, Humberto. A doutrina e o Direito Tributário, in: ÁVILA, Humberto. (org.) *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 221-245, 2012.

⁵¹³ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 36-37. De acordo com Castanheira Neves (*Idem, Ibidem*), esse discurso não pretende apresentar inferências ou demonstrações necessárias, nem conhecimento verdadeiro, explicações universais ou adequação e aptidão funcionais e técnicas, visa sim a plausibilidade razoável-situacional e prático-contextual.

⁵¹⁴ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 37.

⁵¹⁵ Colocando o problema do raciocínio jurídico em termos em termos de raciocínio linguístico prático realizado por sujeitos que exercem poderes públicos, CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 316-351, 2013, pp. 316-317.

problema prático por meio de *realização normativa*⁵¹⁶. O critério de validade dessa racionalidade é o ordenamento jurídico, que vai já na decisão reconstituído⁵¹⁷, ou reconstruído, em virtude da abertura decorrente da prática problemática da realização do direito – abertura que é reflexo dos elementos de valoração inerentes ao exercício da jurisdição. É essa racionalidade que se encontra pressuposta na doutrina que toma o direito, não como um objeto, mas como prática argumentativa⁵¹⁸, que é objetivada por meio da fundamentação das decisões judiciais.

A fundamentação da decisão judicial, assim, é informada por uma racionalidade prática, cuja conclusão é constituída por uma norma individual⁵¹⁹ e que não vai formalmente demonstrada, mas em vez disso é realizada por meio da argumentação com base em *boas razões*. Boas razões fundadas no direito, já que o juiz é institucional e constitucionalmente a ele vinculado.

O raciocínio jurídico⁵²⁰ tem como ponto de referência os processos discursivos que atingem uma conclusão jurídica a partir de determinadas premissas, *racionalizáveis*

⁵¹⁶ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 79.

⁵¹⁷ NEVES, António Castanheira. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, a. I, n. 1, pp. 35-65, julho/1982, p. 52; NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 79 (segundo a classificação aqui adotada, a doutrina de Robert Alexy seria classificada – ao contrário de adepta à racionalidade prática procedimental – como manifestação de uma racionalidade prática substancial, em razão de sua tese conter fatores de vinculação normativa (cfr. *Idem*, p. 73)). Partindo da mesma base teórica, mas divergindo quanto ao tipo de racionalidade (dando preferência a uma racionalidade prática *procedimental* em detrimento de uma racionalidade prática *substancial*): ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 65-66 e, em especial, p. 99. Não obstante, o mesmo autor, a partir da leitura de Luigi Ferrajoli, parece sustentar parcialmente uma racionalidade prática substancial (*Idem*, pp. 103-105). A conclusão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também parece ser a favor de uma racionalidade prática substancial, cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Processo de Conhecimento. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 4, n. 4, pp. 405-418, 2004, p. 407.

⁵¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica : entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 137 e p. 114.

⁵¹⁹ No mesmo sentido, CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 316-351, 2013, p. 317.

⁵²⁰ Crítico quanto à especificidade do raciocínio jurídico e dissolvendo o problema por meio de questões metodológicas sobre a posição do teórico do direito e do cientista lógico, TARELLO, Giovanni. Sur la spécificité du raisonnement juridique. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft neue Folge, n.7, Die juristische Argumentation, pp. 103-124, 1972; a crítica é mais profundamente desenvolvida na versão estendida do mesmo ensaio, em italiano, TARELLO, Giovanni. I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi : studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 425-474, 1974, pp. 425-426. No mesmo sentido, TWINING, William. Legal Reasoning and Argumentation, in: TWINING, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2ª edição. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 271-279, 2006. Veja-se, no entanto, que mesmo considerando não haver uma especificidade do raciocínio jurídico, é possível analisar a racionalidade das fundamentações das decisões com base em critérios racionais lógicos e argumentativos.

por meio de uma combinação entre *inferências lógico-dedutivas* e *inferências não lógico-dedutivas* (argumentos). E, se de um lado, o papel da lógica não pode ser concernente à *matéria* do julgamento⁵²¹, de outro lado, existem boas razões para conceber um papel importante para a lógica dedutiva no controle de racionalidade da *estrutura* da fundamentação judicial⁵²².

Um exemplo de Joseph Horovitz⁵²³ – se bem que não formulado para esse fim – ilustra bem a questão da incorporação da lógica ao discurso judicial: supondo que todas as premissas de um raciocínio são fundamentadas de acordo com os argumentos jurídicos, de que maneira (se não lógica) se poderia garantir que a conclusão seja aceitável? Ou se utiliza uma regra “não formal” de aceitação da conclusão em razão da aceitação das premissas, que ao fim e ao cabo levaria a uma justificação formal do argumento a partir dessa “regra ‘não formal’” como premissa maior e a aceitação das premissas iniciais como premissa menor, conforme demonstrou Horovitz⁵²⁴. Ou a conclusão retiraria sua aceitabilidade de outros fatores não reconduzíveis à racionalidade prática normativa (a mera autoridade do julgador?)⁵²⁵, o que representaria uma negação das premissas como

⁵²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. (1983), 2ª edição. Tradução de António Menezes Cordeiro. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012, p. 33; PERELMAN, Chaim. Le raisonnement juridique. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft neue Folge, n.7, Die juristische Argumentation, pp. 01-15, 1972, p. 2; TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 75; BÄCKER, Carsten. Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens? *Rechtstheorie*, 40. Band, Heft. 3, pp. 404-424, 2003, p. 421; MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47.

⁵²² MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16; WEINBERGER, Ota. Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning, in: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; ROERMUND, Bert van (eds.). *Theory of Legal Science : Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*. Dordrecht: Kluwer, pp. 217-234, 1984, p. 223. Ainda, v. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, pp. 164-168.

⁵²³ HOROVITZ, Joseph. *Law and Logic : A Critical Account of Legal Argument*. Wien: Springer: 1972, pp. 126-127.

⁵²⁴ De modo semelhante, tratando da impossibilidade de se justificar lógica e juridicamente uma regra interpretativa com base em uma estipulação lexicográfica considerada isoladamente, CHIASSONI, Pierluigi. Notas para um análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997, pp. 75-76.

⁵²⁵ Lembre-se, a propósito, Kelsen, para quem a norma individual expressa no dispositivo da sentença seria válida se determinada pelo órgão jurisdicional autorizado a emanar essa norma utilizando o procedimento adequado, não importando o seu conteúdo, já que dependeria de uma anulação, entendida como constitutiva (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. (1960) 2ª edição. Wien: Verlag Österreich, 2000, pp. 282 e 352; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 219 e p. 184ss.; CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 316-351, 2013, p. 323).

tais – já que não contribuiriam para a justificabilidade da conclusão – e importaria na substituição da *racionalidade de boas razões* pela *razoabilidade da força*⁵²⁶.

A afirmação do papel da lógica como instrumento de análise da justificação que tem como critério de validade a racionalidade prática, e não a racionalidade puramente lógica, circunscreve o papel dessa à investigação a respeito da existência de vínculos de necessidade entre as premissas e a conclusão. A lógica é capaz de dar uma relativa objetividade para a decisão judicial, entendida como exatidão e objetividade das formas e das operações lógicas⁵²⁷. Ela fornece instrumentos para determinar se a conclusão é ou não justificada, segundo suas regras de inferência, de acordo com premissas, cujo conteúdo não é por ela determinado⁵²⁸, o que é fundamental mas tem um campo de controle muito reduzido⁵²⁹.

Por fim, a incorporação de instrumentos lógicos como critério de controle da racionalidade prática não implica na exigência de uma doutrina lógico-argumentativa de fundamentação em que se deva justificar as decisões expressamente com base em silogismos. Uma prescrição nesse sentido dependeria de uma fundamentação jurídica própria. Assim, o papel da lógica na racionalidade prática trata, muito mais, da afirmação da aplicabilidade de determinadas condições para a racionalidade do discurso justificativo e, com isso, da abertura da possibilidade de se avaliar a decisão judicial com base em determinadas regras lógicas decorrentes do tipo de raciocínio identificado em determinadas inferências do discurso.

Além da lógica, e de forma mais relevante e característica do pensamento jurídico, há o elemento pragmático que provém da racionalidade prática e que, segundo uma de suas vertentes, pode ser qualificada como argumento⁵³⁰. A argumentação é um

⁵²⁶ A propósito, HORAK, Franz. Zur rechtstheoretischen Problematik der juristischen Begründung von Entscheidungen, in: SPRUNG, Rainer; KÖNIG, Bernhard. *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten*. Wien: Springer, pp. 1-26, 1974, pp. 1-2.

⁵²⁷ WEINBERGER, Ota. Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning, in: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; ROERMUND, Bert van (eds.). *Theory of Legal Science : Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*. Dordrecht: Kluwer, pp. 217-234, 1984, pp. 223-224.

⁵²⁸ CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 316-351, 2013, p. 318.

⁵²⁹ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 81.

⁵³⁰ PERELMAN, Chaim. Le raisonnement juridique. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft neue Folge, n.7, Die juristische Argumentation, pp. 01-15, 1972, p. 4; TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 85-99; NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

tipo de raciocínio inferencial; no entanto, diferentemente da lógica dedutiva, o vínculo entre as premissas e a conclusão não é um vínculo de necessidade, mas de probabilidade ou aparência. Nessa acepção de argumentação, todos os demais raciocínios justificativos que suportam a interpretação e a dedução estão incluídos nesse conceito⁵³¹, inclusive o da lógica indutiva.

De um lado, os *argumentos interpretativos* dizem respeito ao raciocínio justificativo a favor de uma certa *interpretação* do direito⁵³² ou de uma certa *aplicação* da norma. Esses argumentos são as boas razões dadas pelo intérprete em sua justificação a favor da interpretação realizada⁵³³. As teorias da interpretação identificaram e classificaram uma série de argumentos que podem ser utilizados pelos intérpretes a favor da outorga de sentido a determinado texto⁵³⁴. Ainda, os argumentos são colocados pelo intérprete em estruturas que condicionam a forma de seu uso.

De outro lado, segundo uma das acepções do termo *prova*, ele designa os argumentos que justificam os enunciados a respeito da existência de fatos por meio das regras de raciocínio justificativo⁵³⁵. São enunciados linguísticos que justificam o enunciado existencial descritivo “está provado que p”⁵³⁶. Um *argumento probatório* outorgará boas razões à justificação quando satisfizer os requisitos do quadro

pp. 72-73; ALEXU, Robert. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ALEXU, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 13-51, 1995, p. 18; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 242; ATIENZA, Manuel. Razonamiento Jurídico. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 91, n. 3, pp. 421-441, luglio-settembre/2014, p. 437.

⁵³¹ BARBERIS, Mauro. Imperialismo dell’argomentazione? In margine al Corso di Manuel Atienza. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 91, n. 3, pp. 443-457, luglio-settembre/2014, pp. 449-450.

⁵³² BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 243.

⁵³³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 65.

⁵³⁴ Entre muitos, para a Escola de Gênova, v. TARELLO, Giovanni. *L’Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 341-396; BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, pp. 243-251; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 269-306; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 81-120. Para outras abordagens do tema: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Interpretation and Justification, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 511-544, 1991; ALEXU, Robert. Juristische Interpretation, in: ALEXU, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, pp. 84-89; ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de direito Tributário*, n. 79, pp. 163-183, 2001; VELLUZI, Vito. Argomenti interpretativi, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 352-373, 2013.

⁵³⁵ Vide, *supra*, § 2.3.1, a.2.

⁵³⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Proof in law: legal language and legal institutions. *International Journal for the Semiotics of Law*, v. II, issue 1, pp. 03-16, February/1989, pp. 05-06; A respeito da natureza descritiva do enunciado “está provado que p”, FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 25-27; PAULA RAMOS, Vitor. *Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp.33-35.

institucional do processo civil⁵³⁷, demonstrando a existência de “elementos de juízo suficientes a favor de p”⁵³⁸, segundo um determinado standard de suficiência. Essas boas razões, que denominamos acima argumentos, são os raciocínios indutivos entre os elementos de juízo e o enunciado existencial⁵³⁹.

Um terceiro caráter externo à decisão judicial que serve de parâmetro de controle da sua fundamentação é o próprio formalismo do processo civil. Diz-se, mais uma vez, que o formalismo processual exerce interferências sobre o processo de decisão (*supra*, § 1.3), impondo determinadas posições jurídicas que são exercidas ao longo de todo o processo e também no momento de julgamento (*contexto de decisão*). Mas, para além disso, o formalismo processual interfere diretamente no momento de justificação, estipulando determinados conteúdos para constar da fundamentação da decisão judicial (*contexto de justificação*), o que se reflete no conteúdo do *discurso justificativo* (e não *explicativo*).

Portanto, como o juiz tem o dever de respeitar o formalismo processual estabelecido⁵⁴⁰, as normas que estipulam um determinado conteúdo ou uma determinada estrutura à fundamentação das decisões judiciais servem de parâmetros de racionalidade para o discurso justificativo.

b) A possibilidade de correção da fundamentação da decisão judicial

⁵³⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Proof in law: legal language and legal institutions. *International Journal for the Semiotics of Law*, v. II, issue 1, pp. 03-16, February/1989, pp. 13-14.

⁵³⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 35-38.

⁵³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 120-138; PAULA RAMOS, Vitor. *Ônus da prova no proceso civil : do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 35-40.

⁵⁴⁰ Parece necessário frisar que não se desconhece o papel do juiz-intérprete na estruturação do formalismo processual a partir do material dado pelo legislador e pelo constituinte. Contudo, negar que o julgador deva respeitar as normas processuais que estabelecem o formalismo processual em razão do caráter reconstrutivo da interpretação judicial importaria em uma negativa geral da possibilidade do próprio Estado de Direito. A respeito da compatibilização do realismo jurídico com a distinção entre o poder criador de normas e o poder que as executa, sugere-se, para mais referências, GUASTINI, Riccardo. Implementing the Rule of Law. *Analisi e Diritto*, pp. 95-103, 2001; BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. *Analisi e Diritto*, pp. 01-21, 2004; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Demonstrado a racionalidade em que se baseia a doutrina de fundamentação, cabe questionar em que sentido é possível falar de correção da fundamentação da decisão judicial. Com efeito, em tratando-se de uma racionalidade puramente lógica, a correção seria dada pela simples compossibilidade das proposições entre si e da dedução lógica da conclusão desde as premissas afirmadas. Em se tratando de racionalidade teórica, a correção da decisão estaria na realidade referida pela solução jurídica e, em uma vertente técnico-finalística, nas consequências provocadas pela solução. Tratando-se de uma racionalidade prática procedimental, a correção a que se poderia referir seria tão somente de índole procedimental e independente de um fundamento. A adoção de uma racionalidade prática material, contudo, é capaz de dar sentido ao conceito de correção como sendo a realização de processos discursivos com vínculos institucionais.

Assim, a fundamentação de uma decisão judicial é correta quando seu discurso justificativo for adequado a cada um dos parâmetros de racionalidade.

A fundamentação da decisão judicial deve ser *logicamente correta*, no sentido de a conclusão derivar necessariamente das premissas⁵⁴¹. Assim, uma argumentação será ilógica – ou logicamente incorreta – se a conclusão afirmada não for derivada das premissas indicadas como aceitas, ou se a conclusão afirmada se colocar em contradição com a conclusão que corretamente deriva das premissas⁵⁴². Essa última hipótese é importante em razão do que já se afirmou a respeito da justificação por referência (§ 2.2, *supra*): no caso das decisões judiciais, é ilógica – e, portanto, incorreta – a decisão que está em contradição com a conclusão da inferência das premissas aceitas na decisão.

Segundo a regra da correção lógica, a fundamentação deve ser imune a contradições, que impedem a individuação da regra ou dos fatos tomados como base da decisão⁵⁴³. Tolerar o descompasso com o critério da lógica-formal é o equivalente a adotar uma “metodologia irracionalística para a qual *anything goes*”⁵⁴⁴; ao contrário disso, é

⁵⁴¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47 e p. 51; ALEXI, Robert. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ALEXI, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 13-51, 1995, p. 17.

⁵⁴² MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47 e p. 15.

⁵⁴³ CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 46-47.

⁵⁴⁴ LUZZATI, Claudio. *L'Interprete e il Legislatore : Saggio sulla Certezza del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 450.

necessário que a solução do caso se mostre consistente com as normas jurídicas prévias⁵⁴⁵ e que se justifique a aplicação das normas em razão da ocorrência dos fatos operativos previstos na norma de forma universal⁵⁴⁶. A correção lógica independe da correção do conteúdo das premissas, mas tão somente da estrutura da justificação⁵⁴⁷.

O instrumento que permite a avaliação lógica do discurso judicial é o silogismo, entendido como tal um “raciocínio dedutivo articulado em três enunciados: os primeiros dois são as ‘premissas’; o terceiro enunciado é a ‘conclusão’”⁵⁴⁸. Com isso, não se quer dizer que exista um dever para que o discurso da decisão seja redigido na forma de um silogismo, mas sim que a correção lógica é aferida, pelo intérprete da decisão, por meio de uma reconstrução do discurso em um modelo silogístico⁵⁴⁹.

Segundo essa perspectiva, a doutrina lógico-argumentativa de fundamentação, ao incorporar a correção lógica por meio da possibilidade de reconstrução silogística da decisão, permite identificar, com clareza, premissas, explícitas ou implícitas, das decisões judiciais, avaliar se as conclusões decorrem logicamente das premissas, identificar se a fundamentação contém saltos lógicos (que indicam a utilização de premissas implícitas ou a incorreção lógica), bem como, para identificar quais os fundamentos dados para justificar cada uma das premissas⁵⁵⁰. O silogismo permite, portanto, a análise da correção lógica e da completude da fundamentação da decisão judicial.

Sob a perspectiva da argumentação interpretativa envolvida na decisão judicial, a fundamentação pode ser considerada argumentativamente correta se, segundo determinado critério de avaliação, for possível identificar justificações corretas, entre tantas outras incorretas, do uso de argumentos interpretativos. Aqui, entram em jogo as estruturas que determinadas teorias da argumentação criaram para descrever analiticamente o processo de interpretação.

⁵⁴⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 53-54.

⁵⁴⁶ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 36-37.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 223.

⁵⁴⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giurffrè, 1999, p. 151.

⁵⁴⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 20-21.

⁵⁵⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giurffrè, 1999, p. 156. Ver, ainda, MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 33-77.

Embora seja particularmente importante a estrutura de diretivas interpretativas construída por Wróblewski, por haver possibilitado de forma pioneira a análise do problema da resolução de dúvidas interpretativas à luz das diretivas interpretativas e do modo como elas são utilizadas⁵⁵¹, aqui, adota-se o modelo de Código Hermenêutico de Chiassoni como instrumento de verificação da correção da argumentação interpretativa justificada⁵⁵². Esse modelo, que parte do reconhecimento do avanço realizado por Wróblewski, mostra-se mais completo e analítico que o anterior e permite a avaliação da correta utilização das diretivas interpretativas.

A estrutura do Código Hermenêutico parte da constatação de que a mera utilização dos “cânones interpretativos” (aqui, diretivas interpretativas) que prescrevem determinado conteúdo para o texto objeto da interpretação leva possivelmente a soluções diversas e incompatíveis e de que, por isso, essas “regras” tem capacidade prescritiva limitada, o que se reflete em um déficit de capacidade justificatória⁵⁵³. A inexistência de diretivas superiores que determinassem a utilização “correta” dessas diretivas interpretativas implicaria em justificar as decisões no mero arbítrio da escolha entre uma diretiva em detrimento das demais, quando se estivesse diante de um problema interpretativo.

Com isso, reconhece-se outros tipos de diretivas interpretativas e, o que é mais importante, que as diretivas interpretativas envolvidas no processo de argumentação desempenham diferentes funções. Há *diretivas de primeiro nível*, ou primárias, que são as próprias operações interpretativas realizadas, por meio das quais o significado do texto é atingido⁵⁵⁴, *diretivas de segundo nível*, ou secundárias, que disciplinam o uso das diretivas primárias selecionando-as, estabelecendo procedimentos e fixando preferências entre elas⁵⁵⁵ e *diretivas de terceiro nível*, ou terciárias, que refletem as atitudes axiológicas

⁵⁵¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Reasoning in Legal Interpretation. *Logique & Analyse*, v. 12, n. 45, pp. 3-31, 1969; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Statutory Interpretation in Poland, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 257-309, 1991; WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992, pp 93 e ss..

⁵⁵² CHIASSONI, Pierluigi. Codici interpretativi. Progetto di você per un *Vademecum* giuridico. *Analisi e diritto*, pp. 55-124, 2002-2003; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

⁵⁵³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 99.

⁵⁵⁴ Nos termos de Chiassoni, tem “eficácia hermenêutica imediata”, cf. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 80.

⁵⁵⁵ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 100.

mais fundamentais do intérprete a respeito do modo de interpretar os dispositivos normativos (todos eles, um grupo ou alguns)⁵⁵⁶.

As diretivas primárias não representam nenhum juízo de valor ou de preferência, mas apenas a “regra” utilizada para dar significado ao texto. Assim, por exemplo, a diretiva segundo a qual se deve atribuir a um dispositivo o significado que resulta do uso ordinário das palavras e das regras gramaticais da língua natural em que é formulado, ao momento da aplicação do dispositivo, (*interpretação literal-ordinária-evolutiva*)⁵⁵⁷ e a diretiva segundo a qual se deve atribuir a um dispositivo o significado pretendido pelo legislador histórico, ao momento da produção do dispositivo, (*interpretação psicológico-linguística-originalista*)⁵⁵⁸, inserem-se nessa classe.

Uma interpretação que se limitasse a descrever todos os possíveis sentidos de um texto elencaria uma série de enunciados de possíveis significados (*possíveis normas*) decorrentes de um determinado dispositivo. Cada um desses significados seria obtido por meio de uma diretiva interpretativa. Todavia, entre tais significados não haveria nenhuma regra de prevalência, de exclusão ou algum parâmetro de correção extrínseco, é dizer: por meio das diretivas interpretativas primárias atinge-se uma série de interpretações concorrentes, sobre as quais o intérprete escolherá (passo seguinte) o significado para a norma do caso concreto.

É por essa razão que o modelo de código hermenêutico de Chiassoni prevê e organiza as diretivas secundárias. Segundo as diretivas seletivas, um código hermenêutico pode ser tido como monístico (quando se prescreve a utilização de apenas uma diretiva primária ou de um complexo unitário de diretivas primárias), pluralístico (quando se prescreve a utilização de duas ou mais diretivas primárias ou complexos unitários de diretivas primárias) ou holístico (que prescreve a utilização de todas as diretivas primária

⁵⁵⁶ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 119. Segundo o modelo de Wróblewski, as diretivas interpretativas são classificadas em apenas dois níveis e o que é determinante na escolha das diretivas aplicáveis ao processo de interpretação é diretamente a ideologia do intérprete, que poderá se localizar entre os seguintes três modelos ideais de ideologia: de decisão judicial vinculada, de decisão judicial livre e de decisão judicial jurídica e racional. Para o autor, o processo interpretativo se dá pelo avanço no uso das diretivas secundárias para determinar eventuais problemas interpretativos decorrentes do uso das diretivas primárias, sendo todo esse processo determinado pelas ideologias referidas acima. É possível, entretanto, que a mera aplicação de uma diretiva primária solucione a dúvida interpretativa com um grau de precisão suficiente, não se avançando no uso das diretivas secundárias.

⁵⁵⁷ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 83.

⁵⁵⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 88.

ou todos complexos unitários de diretivas primárias de determinada organização jurídica)⁵⁵⁹.

O conjunto das diretivas interpretativas terciárias determinam, com base na ideologia pressuposta pelo intérprete, os comandos que estruturarão as diretivas primárias e secundárias e caracterizam todo o código interpretativo. Há, por exemplo, códigos que podem ser chamados de naturalísticos, porque tem como base axiomática uma diretiva como terciária que determina a configuração do código hermenêutico em conformidade com a natureza dos dispositivos a serem interpretados. Um *código naturalístico* inclui, por exemplo, uma diretiva axiomática segundo a qual a interpretação dos dispositivos deve ser realizada por meio de diretivas interpretativas primárias e secundárias conforme a natureza dos dispositivos interpretados⁵⁶⁰. De outro lado, por exemplo, pode-se classificar determinados códigos hermenêuticos como estáticos ou dinâmicos quando neles contiverem diretivas terciárias que incorporem a ideologia estática ou dinâmica da interpretação⁵⁶¹. Um código *estático* inclui, por exemplo, uma diretiva axiomática segunda a qual: a interpretação dos dispositivos deve ser realizada por meio de diretivas interpretativas primárias e secundárias, que assegurem o máximo grau possível de certeza do direito na sua aplicação judicial (e / ou o máximo grau possível de subordinação do intérprete à lei)⁵⁶². E um código *dinâmico* inclui, por exemplo, uma diretiva axiomática segundo a qual: a interpretação dos dispositivos deve ser realizada por meio de diretivas interpretativas primárias e secundárias, que assegurem a máxima adequação axiológica momentâneo do direito, na sua aplicação judicial⁵⁶³. Por fim, Chiassoni ainda indica a possibilidade de haver um código hermenêutico *eclético*, que inclui uma diretiva interpretativa terciária (ou axiomática), segundo a qual: a interpretação dos dispositivos deve ser realizada por meio de diretivas interpretativas primárias e secundárias, que: a) sejam conforme à natureza do documento objeto de interpretação; b) assegurem que a determinação do significado do dispositivo leve em conta a sua filiação a um determinado

⁵⁵⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 100-101. Um exemplo de diretiva secundária seria: “Argumentos que dão expressão a uma ligação com as próprias palavras do direito, ou com a vontade do legislador histórico, têm precedência sobre outros argumentos, a não ser que possam ser citados fundamentos racionais para garantir precedência a essoutros argumentos” (ALEXY, Robert. *Certeza Jurídica e Correção*. Tradução de Ana Margarida Gaudêncio e Luís Meneses do Vale, in: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXXVIII, Tomo II. Coimbra: Universidade de Coimbra, pp. 481-497, 2012, p. 497).

⁵⁶⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 121.

⁵⁶¹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 120-122.

⁵⁶² CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 122.

⁵⁶³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 122.

sistema normativo; c) sejam capazes de levar em conta a atualidade (e ou historicidade) fatal da compreensão; d) sejam capazes de promover a fusão dos contextos de produção e de aplicação do dispositivo⁵⁶⁴.

Para que uma decisão judicial seja corretamente fundamentada deverá se considerar o código hermenêutico utilizado na determinada decisão. Caso ela utilize-se de uma ideologia dinâmica de interpretação, por exemplo, estará incorreta a sua justificação feita com base na preferência de uma diretiva interpretativa psicológico-linguística-originalista sobre uma diretiva literal-ordinária-evolutiva de determinado dispositivo. Tampouco será corretamente fundamentada uma decisão que se utilize de diretivas interpretativas incongruentes (que não se inserem em um mesmo código interpretativo).

A diretiva interpretativa determina a realização de uma operação capaz de dar sentido ao texto objeto de interpretação. Para que essa operação seja realizada, ela depende de algum *material argumentativo*, com base no qual se pode inferir o sentido segundo a diretiva interpretativa selecionada. Segundo Robert Alexy e Ralph Dreier⁵⁶⁵, existem os *must-materials*, que são as próprias fontes do direito⁵⁶⁶; os *should-materials*, que devem ser considerados em todos os casos em que aplicáveis para demonstrar a correção do argumento sob pena de uma interpretação ser tida como equivocada⁵⁶⁷; os *may-materials*, que, quando aplicáveis, podem ser empregados ou não na argumentação; e os *may not-materials*, que são elementos que não devem ser considerados em decorrência de fundamentos materiais⁵⁶⁸ ou formais⁵⁶⁹.

Assim, além de ser possível aferir a correção lógica da fundamentação das decisões judiciais por meio do instrumento do silogismo judicial, é possível aferir a correção argumentativa interpretativa da fundamentação por meio do instrumento das diretivas interpretativas e de seu uso. Quanto à correção da fundamentação sob a

⁵⁶⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 122.

⁵⁶⁵ ALEXY, Robert; DREIER, Ralph. Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 73-121, 1991, pp. 91-92.

⁵⁶⁶ É o dispositivo interpretandum.

⁵⁶⁷ A utilização de uma diretiva de interpretação psicológica, por exemplo, sempre que utilizada requer sejam utilizados indícios de qual haveria sido a vontade do legislador. Ainda, a utilização de uma diretiva interpretativa sistemática sempre requer como material argumentativo outros textos normativos (requer um co-texto).

⁵⁶⁸ Por exemplo, a utilização de princípios de governo totalitário.

⁵⁶⁹ Como aqueles que, caso considerados, conduziriam à violação do juiz de seu dever de respeitar a lei ou de sua obrigação de neutralidade.

perspectiva da *argumentação probatória* constante da decisão, também é possível identificar uma determinada estrutura, ainda que flexível, segundo a qual a justificativa da reconstrução dos fatos pode ser tida como correta ou incorreta.

A decisão sobre a ocorrência – ou não – do fato operativo da norma aplicável é justificada, em um primeiro nível, pela confirmação das circunstâncias relevantes que o compõem – ou pela não confirmação ou confirmação da negativa –, segundo a regra de qualificação jurídica construída a partir da norma. Esse conjunto de circunstâncias, que é denominado fato principal, é comprovável e justificável de forma autônoma segundo o peso das provas a seu respeito; porém, também é possível que, dada a riqueza das circunstâncias fáticas envolvidas, a comprovação do fato relevante se desdobre na conjugação da comprovação de fatos autonomamente considerados – trata-se do que se falou acima (vide, *supra*, § 2.3.1, a.2) a respeito da pluralidade do *thema probandum* em razão dos diversos aspectos do *thema decidendum* carentes de prova. Em qualquer hipótese, contudo, esse primeiro nível diz respeito à qualificação jurídica dos fatos.

Para que se possa chegar à decisão a respeito da qualificação do fato, é necessário que esse enunciado esteja corroborado por meios de prova e que essa corroboração tenha grau suficiente para se considerar o fato provado. A esses dois exames correspondem, respectivamente, o segundo e o terceiro nível de justificação.

O segundo nível de justificação trata do raciocínio indutivo entre cada meio de prova e o fato a que ele se refere⁵⁷⁰, o que exige sejam atribuídos determinados pesos aos argumentos probatórios a favor ou contra um determinado fato principal, segundo a força das inferências factuais, o que pode ser relativamente simples no caso das provas sobre fatos diretos, ou complexo no caso de provas sobre fatos indiretos⁵⁷¹. Nesse nível, “[p]rocura-se estabelecer se e em que grau as provas disponíveis ao julgador sustentam uma concussão sobre o *status* epistêmico final desses enunciados”⁵⁷².

No caso da prova sobre fatos diretos, o grau de credibilidade da prova coincide com o seu valor probatório⁵⁷³. À prova direta, de que é exemplo a inspeção judicial, o juiz

⁵⁷⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 244.

⁵⁷¹ TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 138-139.

⁵⁷² TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 130.

⁵⁷³ TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 138.

outorga um alto grau de credibilidade, de modo que quando produzida sobre o fato direto perceptível por meio dessa prova resulta na confirmação positiva ou negativa do fato com alto valor probatório. Quando a prova sobre o fato direto é realizada por meio de prova indireta, contudo, o valor probatório da prova poderá ser menor, a depender do grau de credibilidade atribuído a ela.

A verificação da credibilidade vai determinada pelo formalismo processual⁵⁷⁴ e pode requerer valorações simples ou complexas. Assim, por exemplo, é uma valoração simples da autenticidade da autoria de um documento o caso em que o tabelião reconheceu a firma do signatário (Código de Processo Civil, artigo 405)⁵⁷⁵, caso em que o juiz poderá dar alta credibilidade à prova e, via de consequência, alto valor probatório ao documento como argumento a favor do fato da sua autoria. No entanto, é uma valoração mais complexa da credibilidade da prova, por exemplo, quando a parte contradita, oralmente, a testemunha, arguindo a sua incapacidade para testemunhar e essa nega os fatos que lhe são imputados (Código de Processo Civil, artigo 447, § 1º)⁵⁷⁶, instaurando-se um incidente em que a parte poderá provar as suas alegações (Código de Processo Civil, artigo 457, § 1º)⁵⁷⁷⁻⁵⁷⁸. É ainda mais complexa a valoração em sendo duvidosa a veracidade do testemunho, havendo de se justificar – em ambos os casos – a

⁵⁷⁴ Por exemplo: “Convém lembrar, desde logo, que o perito pode ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 467) e, ainda, ser substituído quando carecer de conhecimento técnico ou científico (art. 468) ou, evidentemente, de idoneidade moral. No que diz respeito à testemunha, a parte pode contradita-la, arguindo a sua incapacidade, impedimento ou suspeição (art. 475, § 1º). Além disso, o juiz pode, de ofício ou a requerimento, determinar ‘a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações’ (art. 461, II)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 430). Veja também: “Nos artigos 405 a 429, o Código de Processo civil cuida do que chamou de ‘força probante dos documentos’. Traz, nesses dispositivos, inúmeras regras relativas à eficácia probatória de documentos públicos e particulares, descendo a minúcias muitas vezes desnecessárias” (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 195).

⁵⁷⁵ “Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”.

⁵⁷⁶ “Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam”.

⁵⁷⁷ “§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado”.

⁵⁷⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 250.

decisão pela maior ou menor credibilidade com base em outras provas (e respectivos raciocínios probatórios) ou em máximas da experiência⁵⁷⁹.

No caso da prova sobre fatos indiretos, a justificação do valor probatório a ela atribuído dependerá não somente da correta justificação da credibilidade da prova – no que se aplica o disposto a respeito da prova direta e da prova indireta sobre os fatos diretos, acima –, mas também da justificação a respeito da inferência traçada a partir do fato probatório e o fato principal a ser provado (presunção), o que é realizado com base em máximas de experiência⁵⁸⁰. A força da relação de inferência contribui para a determinação do grau de corroboração do fato principal. Essas máximas podem estabelecer relações de certeza dedutiva, de alto nível de probabilidade, de variável grau de confirmação ou sem qualquer grau de confirmação⁵⁸¹ (Código de Processo Civil, artigo 375)⁵⁸², o que confirmará com respectivo maior ou grau de probabilidade a inferência. Ainda com relação ao mesmo fato, é possível que sejam realizados diversos passos inferenciais (provas em cadeia) ou uma pluralidade de inferências independentes, sejam elas convergentes ou divergentes⁵⁸³.

A afirmação da ocorrência do fato, contudo, ainda depende da suficiência da corroboração, já que é possível haver mais ou menos meios de prova e presunções a favor ou contra determinado fato em maior ou menor grau de probabilidade. Nesse nível, entram em jogo os standards de prova⁵⁸⁴. Um standard de prova se propõe a oferecer ao

⁵⁷⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 67.

⁵⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 432.

⁵⁸¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 241-243.

⁵⁸² “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

⁵⁸³ TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 138-139.

⁵⁸⁴ Da mesma forma em que, ao tratar da argumentação interpretativa, não se adentrou o exame a respeito da definição de um determinado código hermenêutico por meio do estabelecimento de uma doutrina de argumentação, tampouco se adentra no estabelecimento de um (ou mais) standard (ou standards) de prova para o processo civil. Entende-se que esses exames transbordam o escopo do trabalho, que é o de definição de formas de controle da decisão judicial, haja sido adotado um tipo, ou outro, de código hermenêutico e de critério de confirmação das hipóteses fáticas.

jugador diretrizes mais ou menos precisas para a valoração das provas no contexto da decisão judicial⁵⁸⁵.

Adotando-se, por exemplo, o standard da *preponderância da prova*, o juiz deverá entender como provado o fato a favor do qual exista suporte relativamente maior que aos demais enunciados fáticos. Sua racionalidade encontra-se no fato de que entre a escolha entre duas versões dos fatos com graus distintos de confirmação, a versão dos fatos mais forte deverá prevalecer sobre a versão de fatos mais debilmente sustentada pelos meios de prova⁵⁸⁶. Um critério similar é o da *probabilidade preponderante*, segundo o qual não basta para a escolha judicial que uma versão dos fatos seja relativamente mais forte que outra, sendo necessário que a probabilidade dessa versão também seja maior do que a de sua negação⁵⁸⁷.

Finalmente, o quarto nível dos argumentos probatórios é o dos fatores que interferem diretamente na decisão final a favor da versão de fatos de uma das partes ou de outra. Os ônus probatórios são regras de julgamento que permitem ao juiz formular uma decisão final mesmo quando falte a confirmação probatória suficiente dos fatos principais⁵⁸⁸. Na ausência de comprovação de um fato principal, o magistrado não pode decidir por meio da aplicação da norma aos fatos do caso, assim o ônus da prova – enquanto regra de julgamento – determina que se considere inexistentes os fatos não provados⁵⁸⁹.

A correção da decisão – sob o ponto de vista do parâmetro da argumentação probatória – se dá pela completude da fundamentação e na racionalidade dos seus diferentes níveis. Para que seja completa, a fundamentação deve justificar, segundo os respectivos níveis da argumentação probatória, todo enunciado apresentado como verdadeiro, falso, ou que tiveram confirmações fracas ou nenhuma confirmação

⁵⁸⁵ TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135. A propósito do tema, v. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁵⁸⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 254; TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135.

⁵⁸⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 254; TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 136.

⁵⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 259.

⁵⁸⁹ TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 142-143; PAULA RAMOS, Vitor. *Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 111-116.

probatória – essas duas últimas hipóteses são necessárias para justificar a aplicação das regras de julgamento segundo o ônus probatório⁵⁹⁰. Em especial, a credibilidade das provas deve ser devidamente justificada nas normas processuais ou nas máximas de experiência⁵⁹¹ e as inferências entre provas sobre fatos secundários e provas sobre fatos primários também devem ser justificadas nas máximas de experiência. Essas devem corresponder ao senso comum, razão pela qual a explicitação da sua utilização é imprescindível para a rejeição de máximas de experiência espúrias. Quanto ao grau de corroboração das provas ou a eventual aplicação da regra de decisão segundo o ônus de prova, para que a justificação seja correta é necessário que se demonstre o atingimento – ou não – do respectivo grau de probabilidade pelo conjunto de inferências indutivas entre o meio de prova (e as presunções) e o fato relevante.

Para que uma decisão seja correta, do ponto de vista processual, é necessário que tenham sido respeitadas as normas processuais⁵⁹². Mais que isso, o respeito ao formalismo processual passa a ser objeto de justificação por meio da fundamentação das decisões judiciais quando compõe a própria discussão havida no processo antes da decisão. É o caso, por exemplo, do requerimento de produção de provas, que exige uma decisão judicial a respeito (Código de Processo Civil, artigo 370, Parágrafo Único)⁵⁹³. Nesse tipo de caso⁵⁹⁴, contudo, a correção procedimental transforma-se em correção da justificação da aplicação de normas jurídicas – ainda que processuais, o que é irrelevante sob o

⁵⁹⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*. (2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 275.

⁵⁹¹ Não satisfazem afirmações “estereotipadas”, “tais como ‘a declaração da testemunha X não é convincente’” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, pp. 107-114, 2004, p. 112).

⁵⁹² A correção da decisão segundo o respeito às normas processuais ordinárias ou às normas processuais fundamentais (o respeito ao processo justo) não é objeto direto do presente trabalho. A propósito do tema, v. TARUFFO, Michele. Idee per una Teoria della Decisione Giusta, in: TARUFFO, Michele. *Sui Confini : Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. A esse respeito, fala-se – por exemplo – na garantia de respeito aos direitos fundamentais no processo civil, impondo-se que a decisão seja conforme os direitos fundamentais, que é conteúdo do direito à tutela jurisdicional efetiva (BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, pp. 105-107; LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung : zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen, Mohr: 1987, pp. 47 e 50).

⁵⁹³ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

⁵⁹⁴ Pense-se, também, nos limites provocados em decorrência de presunções processuais, como a presunção de veracidade de um fatos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, pp. 107-114, 2004, p. 108).

presente ponto de vista –, razão pela qual se aplica o disposto acima a respeito os critérios de correção.

Há normas processuais, contudo, que interferem de outro modo no conteúdo ou na forma da fundamentação das decisões judiciais e que, por isso, servem de *critério processual* para a correção da fundamentação das decisões judiciais (mais especificamente, para a utilização dos demais critérios de correção). Essa interferência pode ser direta, por meio de normas a respeito do conteúdo e da forma da fundamentação, ou indireta, por meio da previsão de posições jurídicas aos participantes do processo⁵⁹⁵ que importem em deveres de o juiz decidir a respeito dessas posições. Insere-se nessa última hipótese o caso das diferentes concretizações do direito ao contraditório das partes no processo civil. Nesse caso, uma decisão é correta se sua justificativa dá conta do respeito a esse direito.

⁵⁹⁵ FAZZALARI, Elio. «Processo» e Giurisdizione. *Rivista di Diritto Procesuale*, a. 48, pp. 01-19, gennaio-marzo/1993, pp. 11.

§ 3. O CONTROLE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

“A justificação interna, presente na demonstração do encadeamento das premissas à conclusão, é insuficiente. É preciso agregar-lhe a justificação externa, mediante a demonstração de quais argumentos (históricos, genéticos, linguísticos, finalísticos, sistemáticos, consequencialistas) foram utilizados, e em que sentido e com que peso foram empregados. Somente assim é possível garantir racionalidade aos argumentos, bem como transparência na fundamentação”⁵⁹⁶.

Estabelecido que a fundamentação da decisão judicial é um discurso justificativo, não um discurso explicativo, das razões que suportam uma decisão judicial e que esse discurso justificativo tem a função de possibilitar o controle intersubjetivo da decisão judicial, levando em conta a atividade jurisdicional, com toda sua complexidade, procura-se identificar *critérios para o controle* dessa fundamentação. Se, acima (§ 2), foi estabelecida uma doutrina de fundamentação das decisões judiciais com os seus devidos parâmetros de racionalidade, aqui (§ 3), identifica-se alguns critérios de correção relativos a esses parâmetros, com base nos quais é possível a realização de um efetivo controle (fornecem instrumentos para isso) de correção da fundamentação das decisões judiciais.

Desde já, uma vez mais com Wróblewski, recorda-se do reconhecimento, no plano da teoria do direito, dos significados de fundamentação⁵⁹⁷ como conceito puramente teórico de razões que suportam a decisão – construído pelos teóricos do direito para indicação de uma completa justificação das decisões inseridas na decisão judicial – e como conteúdo dogmático e prático das razões exigidas pela lei (abstratamente) ou pelo magistrado (concretamente)⁵⁹⁸. Essa distinção, ao lado do reconhecimento de significados relativos apenas a explicações, foi importante para a construção da distinção entre os contextos de decisão e de justificação. No presente ponto, contudo, utiliza-se dessa

⁵⁹⁶ ÁVILA, Humberto. A doutrina e o Direito Tributário, in: ÁVILA, Humberto. (org.) *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 221-245, 2012, p. 230.

⁵⁹⁷ Como já referido acima, o autor utiliza trata dos significados de motivação (*motivation*); contudo, com base nas premissas expostas na Introdução da presente dissertação e na construção argumentativa realizada no § 2, substitui-se o termo para fundamentação.

⁵⁹⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Motivation de la décision judiciaire*, in: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978.

distinção para reconhecer diferentes graduações da exigência de profundidade da fundamentação da decisão judicial.

Em um grau de exigência que correspondesse à completa justificação das decisões judiciais segundo a teoria do direito, haveria de se estabelecer uma pluralidade numerosa de instrumentos de controle da fundamentação da decisão judicial. Pragmaticamente, reconhece-se que esses instrumentos não seriam aplicáveis para todos os casos, havendo de se estabelecer o controle da fundamentação com base nas exigências de um determinado ordenamento jurídico – levando em conta especialmente as suas normas processuais – e nas peculiaridades do caso concreto. Reconhece-se, portanto, a importância das graduações de exigência de *fundamentação legal mínima*, relativa à previsão abstrata de determinados requisitos para uma generalidade de casos, e de *fundamentação legal concreta*, relativa às exigências concretas para determinada decisão.

É de grande importância esse reconhecimento já que sem essas graduações dificilmente se saberia *até onde* vai o dever de fundamentação dos magistrados. Não obstante, o reconhecimento dessas réguas de controle da fundamentação das decisões judiciais não quer significar um enrijecimento dos requisitos de um discurso justificativo ou uma gradual diminuição dos instrumentos de controle. Em que pese se esteja partindo da situação regular segundo a qual as circunstâncias do caso concreto corresponderão apenas a parte dos elementos cuja fundamentação é prescrita pela lei processual, que é apenas parte das exigências reconstruídas a partir do ordenamento jurídico e das possíveis exigências realizadas por uma teoria analítica completa da fundamentação das decisões, reconhece-se que um determinado caso concreto de decisão judicial somente poderá ser racionalmente fundamentado se ultrapassadas as exigências da lei processual, estabelecendo-se instrumentos de controle com direta base na teoria do direito.

Caso contrário, corre-se o risco de se estabelecer um nível de controle muito alto e pragmaticamente desnecessário, ou muito baixo e pragmaticamente insuficiente. O que se espera é que, com base na presente doutrina de fundamentação das decisões judiciais, seja possível reconhecer critérios com base nos quais apresente-se uma fundamentação juridicamente adequada para o caso e se permita o efetivo controle intersubjetivo das decisões judiciais concretas.

Junta-se, portanto, ao coro de juristas que, em face §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil⁵⁹⁹, referem que o rol de critérios ali elencados para que uma decisão seja considerada suficientemente fundamentada é meramente exemplificativo⁶⁰⁰. Já um exame sistemático do Código de Processo Civil o confirma, ao trazer, por exemplo, no inciso I do Parágrafo Único do artigo 1022⁶⁰¹ e no artigo 371⁶⁰² critérios não elencados no § 1º do artigo 489. Portanto, faz-se necessário identificar, a partir das circunstâncias do caso concreto, os pontos carentes de fundamentação, segundo os respectivos tipos de racionalidade de justificação das decisões judiciais (§ 2.3.2).

A identificação dos critérios de correção da fundamentação das decisões judiciais se mostra uma tarefa muito mais complexa e extensa caso se pretenda *exaurir* todos os aspectos possíveis de abordagem, dado à riqueza dos tipos e dos modos de fundamentar decisões que estariam de acordo com a doutrina aqui apresentada. Com efeito, embora a dissertação tenha tratado até o presente momento de uma *doutrina geral de fundamentação das decisões judiciais*, basta pensar na pluralidade de situações para identificar uma certa heterogeneidade. Pense-se, por exemplo, na existência de decisões

⁵⁹⁹ “§ 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”.

⁶⁰⁰ MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 491; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 327; SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 357-371, 2015, pp. 370-371; SOUZA, Fábio Luís Pereira de. A fundamentação das decisões judiciais e o Novo Código de Processo Civil: uma mudança profunda, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 387-408, 2015, p. 397. Ainda, v. enunciado n. 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (“303. (Art. 489, §1º) As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 499 são exemplificativas”).

⁶⁰¹ “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”.

⁶⁰² “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

de primeira, segunda instância ou das instâncias extraordinárias, de antecipação de tutela, julgamento parcial de mérito ou julgamento total de mérito, de saneamento e organização da causa, de deferimento ou indeferimento de provas, de fixação de ônus probatórios, de julgamento de admissibilidade ou inadmissibilidade de recursos, para se identificar a *impossibilidade de tratar dos critérios de correção de todas essas decisões* – e o rol não é exaustivo – *da mesma forma*.

É possível identificar, para ficar tão somente na diferenciação entre julgamentos de primeira, segunda instância ou das instâncias extraordinárias, pelo menos três *jogos de fundamentação*⁶⁰³ que vão alinhados a três diferentes *funções institucionais dos juízes*⁶⁰⁴ de primeira instância, das cortes de justiça e das cortes supremas⁶⁰⁵. Esses jogos são resultado das distintas funções dos julgamentos para o ordenamento jurídico – o que depende da posição institucional em que o julgador se encontra – e de limitações processuais correspondente a essas, em razão do que quer parecer equivocado, ou ao menos superficial, fixar somente um jogo de fundamentação geral.

Dado esses fatos, o paradigma de fundamentação de decisão judicial que se utiliza para tecer as considerações a respeito da doutrina apresentada no presente trabalho é o da *sentença de primeira instância*. Justifica-se essa escolha, de um lado, com base no

⁶⁰³ A expressão *jogos de fundamentação* tem legítima inspiração nos *jogos interpretativos* de CHIASSONI, Pierluigi. L'Interpretazione della Legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi, in: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI (GENOVA). Facoltà di Giurisprudenza. *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, v. II, pp. 121-161, Milano: Giuffrè, 1990; CHIASSONI, Pierluigi. Interpretative Games. Statutory Construction through Gricean Eyes. *Analisi e Diritto*, pp. 79-99, 1999. O autor cunhou a expressão original para designar diferentes tipos de interpretação, levando em conta os as regras a que estão submetidos os diferentes intérpretes, distinguindo, por exemplo, jogos interpretativos sem reinterpretação, cognitivos, pragmáticos e de pura reinterpretação. A originalidade e a utilidade dessa elaboração são reconhecidas em BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 220 e BARBERIS, Mauro. *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra, 2015, p. 196 (“A verdade é que ‘interpretação’, em sua acepção jurídica, designa muitos tipos de atividades diversas realizadas por operadores jurídicos diferentes – muitos “jogos interpretativos”, se pode dizer –, cada uma das quais está regida por regras diversas e produz resultados diferentes”); BARBERIS, Mauro. Genoa’s Realism: a Guide for the Perplexed. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 13-25, janeiro-junho/2013, p. 19.

⁶⁰⁴ Apontando no mesmo sentido da distinção de fundamentação em razão do tipo de julgamento, MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 99 e 101; STÜRNER, Rolf. *Verfahrenszweck und Entscheidungsbegründung*, in: TICHÝ, Lubôs; HOLLÄNDER, Pavel; BRUNS, Alexander (eds.). *The Judicial Opinion*. Praha: Centrum právní komparistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, pp. 384-397, 2011, pp. 385-389.

⁶⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. *Revista de Processo*, ano 36, v. 199, pp.83-99, setembro/2011, pp. 93-96; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 29-32 e 66-70.

provável fato de que essa decisão é a mais importante decisão judicial no processo⁶⁰⁶ e, de outro lado, com base no entendimento de que a abordagem com base no paradigma da sentença judicial de primeiro grau é aquela que se mostra mais proveitosa para, passo seguinte, realizar adaptações para se trabalhar com os demais tipos de decisões judiciais – construindo os respectivos jogos de fundamentação.

Com efeito, também o legislador do Código de Processo Civil regulamentou a estrutura e o conteúdo das decisões judiciais em geral com base no paradigma da sentença judicial. É o que demonstra o tratamento no “Capítulo XIII – Da Sentença e da Coisa Julgada”, na “Seção II – Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença”, no artigo em que o *caput* trata dos elementos essenciais da sentença (artigo 489, *caput*)⁶⁰⁷, de requisitos necessários *para todas as decisões judiciais* (artigo 489, § 1º)⁶⁰⁸.

O segundo corte realizado sobre a abordagem dos critérios de correção da fundamentação das decisões judiciais é quanto a quais critérios são analisados. Em uma primeira seção (§ 3.1), analisa-se critérios estruturais decorrentes da racionalidade lógica aplicável, como se viu, aos discursos justificativos das decisões judiciais. Em uma segunda seção (§ 3.2), analisa-se parte dos critérios materiais de correção da fundamentação das decisões judiciais, o que é feito a partir de uma determinada perspectiva. A saber, a determinação de quais os critérios materiais que são abordados nessa seção foi realizada levando em conta a interpretação dos incisos do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, limitando a abordagem aos casos reconduzíveis a tais dispositivos. A perspectiva adotada é a do direito ao contraditório.

3.1. CRITÉRIOS ESTRUTURAIS DE CORREÇÃO: A LÓGICA DEDUTIVA

⁶⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 7. Não à toa, já se afirmou que a atividade jurisdicional se encerraria com a prolação da sentença, nesse sentido constava em nosso Código de Processo Civil de 1973, no artigo 463, que com a prolação da sentença o juiz cumpria e acabava com o ofício jurisdicional – ideia incorporada por Alfredo Buzaid na redação do antigo Código, sob influência de Enrico Tullio Liebman ao trabalhar as lições do seu mestre, Giuseppe Chivenda. Nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil : As relações processuais : A relação processual ordinária de cognição. Volume III*. (1935), 2ª edição. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 197. A crítica a esta concepção foi feita por Daniel Mitidiero, no clássico ensaio, MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, ano 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010, p. 179.

⁶⁰⁷ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)”.

⁶⁰⁸ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)”

Acima, referiu-se que não existe uma verdadeira contraposição entre o discurso justificativo lógico e o discurso justificativo argumentativo. O que se ressaltou é que a doutrina lógico-silogística da decisão judicial – *i. e.*, aquela que determina que a decisão seja fundamentada *apenas* com critérios lógicos silogísticos – é incompleta, porque deixa sem consideração numerosas circunstâncias a respeito das quais o juiz também deve se pronunciar para que a fundamentação cumpra a sua função de legitimação e de controle intersubjetivo da decisão. Essa doutrina deixa sem consideração, por detrás do esfumaçamento da decisão em um esquema lógico, o aspecto argumentativo da atividade jurisdicional.

Precisamente no presente capítulo, o discurso justificativo lógico dedutivo é resgatado para que desempenhe o papel que está apto a ter na avaliação da fundamentação judicial – que, por certo, não é completo, mas é viável e é necessário. Após, trata-se daquilo que não fica considerado pela avaliação lógica, indicando o papel e os critérios de justificação do raciocínio argumentativo.

Segundo Chiassoni, a análise lógica e a análise argumentativa da decisão judicial representam a consideração de dois tipos de conteúdo existentes na decisão: um deles relativo à estrutura lógica da decisão, que lhe confere racionalidade formal, e outro, à forma de argumentação, atribuidora de racionalidade substancial⁶⁰⁹. O primeiro tipo de análise verifica se a decisão é justificada de um ponto de vista de correção lógico-dedutivo, enquanto que o segundo tipo de análise verifica se a decisão é justificada de um ponto de vista de correção jurídica das premissas normativas e factuais⁶¹⁰.

Foi Wróblewski quem cunhou os termos *justificação interna* e *justificação externa* para diferenciar os dois aspectos de justificação enunciados acima. Segundo a distinção, a justificação interna trataria da validade da inferência da decisão judicial a partir das premissas fixadas. A justificação externa da decisão judicial não trataria apenas da validade das inferências, mas também da solidez das premissas⁶¹¹.

⁶⁰⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 11-12 e 14-15. No mesmo sentido, MORESO, José Juan; NAVARRO, P. E.; REDONDO, M. C.. Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa*, n. 11, pp. 247-262, 1992, p. 258.

⁶¹⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 14.

⁶¹¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 409-419, 1971, p. 412; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la

Em geral, a literatura jurídica costuma adotar tal distinção sem maiores problemas⁶¹², abordando-a como sendo um ponto sobre qual a passagem é necessária para que se possa tratar dos problemas da fundamentação das decisões judiciais e da análise da interpretação do direito, segundo a atual compreensão da atividade interpretativa envolvida na decisão. De modo geral, a justificação interna vai identificada com as regras de inferência formal da lógica dedutiva entre premissas e conclusão e a justificação externa é relacionada com a fundamentação das premissas da justificação interna por meio de argumentos. Contudo, considerando a definição de Wróblewski de justificação externa, surge o questionamento de se seria possível justificar logicamente as inferências relativas a essa: haveria uma justificação interna (não da decisão, mas) das premissas?

Robert Alexy, por exemplo, expressamente cita a definição de Wróblewski de justificação externa como sendo aquela que “testa não apenas a validade da inferência, mas também a solidez das premissas”⁶¹³, e, após sustentar que “na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas”⁶¹⁴, afirma que é necessário realizar uma análise lógica da justificação externa⁶¹⁵.

décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978, pp. 119-120.

⁶¹² Entre muitos, AARNIO, Aulus. *The Rational as Reasonable : A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 119; ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219; ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*, in: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 80; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 14; MORESO, José Juan; NAVARRO, P. E.; REDONDO, M. C.. *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*. *Doxa*, n. 11, pp. 247-262, 1992, p. 257; MORESO, José Juan. *On relevance and justification of legal decisions*. *Erkenntnis*, v. 44, n. 1, pp. 73-100, januar/1996, pp. 73-74. Criticamente, BUCHWALD, Delf. *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung : Zur Theorie der juristischen Vernunft*. Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 277-278.

⁶¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219, n. 26.

⁶¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

⁶¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 229. Em outra sede, o autor admite que a “justificação interna” (*interne Rechtsfertigung*), além de determinar o objeto da “justificação externa” (*externe Rechtsfertigung*) determina “até certo ponto” (*ein Stück weit*), “em extensão limitada” (*in begrenztem Umfang*), a estrutura da justificação externa (ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 13-51, 1995, p. 18), o que se aproxima da conclusão, que se demonstra a seguir, de que as premissas da decisão judicial também são justificáveis logicamente. No sentido da importância da justificação lógica das premissas, v. também SOETMAN, Arend. *Logic in Law : Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law*. Dordrecht: Springer, 1989, pp. 248-251.

Em que pese Wróblewski afirme que o importante papel da justificação externa não pode ser explicado logicamente⁶¹⁶, ele utiliza o conceito de justificação interna não apenas para denominar a justificação lógica de que depende a racionalidade da *decisão final* sobre o pedido, mas para denominar a justificação lógica das *decisões interpretativas e probatórias*. É dizer: haveria uma pluralidade de justificações internas, algumas delas cuidariam do discurso que racionaliza a decisão interpretativa (que justifica a premissa normativa utilizada na decisão final) e do que racionaliza a decisão a respeito da apuração dos fatos (que justifica a premissa fática utilizada na decisão final)⁶¹⁷. Para se evitar a confusão entre as justificativas, prefere-se utilizar a comum denominação de justificativa externa para a justificação das premissas utilizadas na decisão judicial, sublinhando-se, todavia, que também ela pode ser analisada (de forma parcial) segundo a lógica dedutiva.

A concepção da estrutura da fundamentação jurídica em dois níveis, justificação interna e justificação externa, não é uma característica somente da obra de Wróblewski e dos autores que adotaram os conceitos por ele propostos. Wasserstrom, por exemplo, constrói em sua obra um procedimento de justificação de dois níveis⁶¹⁸. MacCormick distingue a justificação interna da justificação de segunda ordem⁶¹⁹. Delf Buchwald utiliza, em metáfora com o núcleo atômico e o orbital atômico (nuvem de elétrons), os conceitos de justificação de núcleo (*Kernbegründung*) e justificação de cobertura (*Mantelbegründung*)⁶²⁰.

Em um *esquema explicativo e simplificado* das relações de inferência que são objeto da justificação interna e da justificação externa, tem-se:

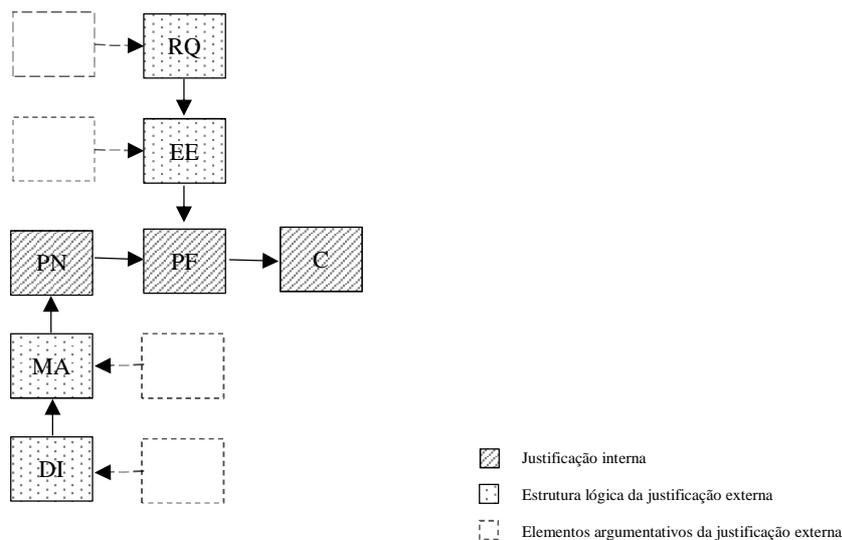
⁶¹⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, n. 5, 33-46, 1974, p. 46.

⁶¹⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978, pp. 414 e 416.

⁶¹⁸ WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961.

⁶¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁶²⁰ BUCHWALD, Delf. *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung : Zur Theorie der juridischen Vernunft*. Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 277-278, n. 46.



Nesse simplificado esquema, tem-se que PN e PF representam respectivamente as premissas normativa e fática (ou, mais propriamente, premissa qualificatória⁶²¹) e C representa a conclusão com base na qual é justificada a decisão judicial final⁶²². A ligação entre esses três elementos se justifica por meio da *justificação interna* da decisão. Cada uma das premissas também é justificada por meio da lógica dedutiva, sendo que a PN se justifica pela inferência a partir da premissa maior que é um enunciado prescritivo que determina a utilização de determinada diretiva interpretativa (DI) e da premissa menor que explicita o material argumentativo (MA) correspondente à DI, enquanto que a PF se justifica com a subsunção de um enunciado empírico (EE) final sobre os fatos do caso, como premissa menor, em determinada regra de qualificação (RQ), como premissa maior. Ocorre que a escolha entre as premissas DI, MA, RQ e EE não são justificáveis senão por meio da justificação com base em argumentos⁶²³. A *justificação externa* diz respeito dos

⁶²¹ CALAMANDREI, Piero. La Genesi logica della Sentenza Civile (1914), in: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, v. 1, Napoli: Morano Editore, pp. 11-54, 1965, p. 53; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 31; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, n. 5, 33-46, 1974, p. 34. De fato, a PF representa a afirmação da inclusão de uma constante individual (do caso concreto) na classe da constante predicativa (da norma abstrata). Em sentido semelhante, tratando da PF como afirmação de que a circunstância universal é materializada (*instantiated*) no caso particular, MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 58.

⁶²² Recordar-se o que já foi afirmado *supra*, § 2.2, a respeito da justificação por referência da decisão judicial.

⁶²³ A escolha dos referidos silogismos foi realizada em razão da maior abertura ao controle intersubjetivo das premissas em questão que essa permite: quanto à PF, essa escolha permite destacar a necessidade de justificar externamente a RQ (como se justifica a Regra de Qualificação?) e o EE (como se justifica a afirmação do Enunciado Empírico?); quanto à PN, essa escolha destaca a necessidade de justificação externa da DI (como se justifica a Diretiva Interpretativa / a escolha do argumento?) e da MA (como se justifica a correta utilização do Material do Argumento?). Compare-se com a justificação externa por meio

caminhos de DI e MA até PN e de RQ e EE até PF, caminhos em que o raciocínio justificativo recebe *inputs* dos argumentos.

Assim, os elementos não lógicos da fundamentação não tratam diretamente da justificação das premissas da justificação da decisão final; fundamentam, sim, o uso das diretivas interpretativas sobre determinado dispositivo, a existência de determinado material argumentativo, a regra de qualificação e o enunciado empírico utilizados na justificação externa das premissas utilizadas para justificação da decisão final. O local de suas atuações é sobre os elementos que servem de proposições para inferências lógicas a favor da conclusão final.

Opõem-se, com esse posicionamento, a possível redução do papel da justificação lógica dedutiva à estrutura lógica mínima da fundamentação da decisão (relação entre PN, PF e C). Essa redução implicaria no reconhecimento da impossibilidade de controle lógico sobre a justificação das premissas da estrutura da decisão, o que promoveria um menor espaço de controle intersubjetivo lógico.

Com força de síntese a respeito da relação entre justificação interna e justificação externa, afirma-se, com Daniel Mitidiero, que “a primeira recobre o campo da *lógica* e atine à *ausência de contradição* e à *completude* da justificação, ao passo que a segunda concerne ao campo da *argumentação*, do oferecimento de *razões* que sustentem as individualizações, valorações e escolhas realizadas pelo intérprete para *composição dos enunciados jurídicos e das proposições fáticas* que integram o silogismo judicial”⁶²⁴

3.1.1. A justificação interna: a estrutura mínima da fundamentação da decisão judicial

Conforme já estabelecido acima, a justificação interna é a parte lógica dedutiva que, a partir da norma tida por aplicável e da assertiva acerca da ocorrência de fato que materializa o fato previsto na norma, justifica formalmente a conclusão em que se baseia a decisão judicial. Essa justificativa lógica poderia ser sintética (no sentido de um

de silogismos simples concatenados de AARNIO, Aulus. *The Rational as Reasonable : A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, pp. 120-121.

⁶²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 60. No mesmo sentido, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 158-159.

silogismo subsuntivo composto de uma premissa maior e de uma premissa menor)⁶²⁵, ou ter um cumprimento indefinido *a priori*, que dependeria das etapas de justificação lógica do caso. A presente dissertação reconhece o valor analítico do estabelecimento de uma *estrutura lógica subsuntiva mínima*⁶²⁶.

Segundo Michele Taruffo⁶²⁷, a estrutura lógica da decisão é a ossatura essencial do discurso justificativo. A estrutura parte de uma consideração global da decisão e dos nexos de implicação entre os seus elementos, configurando-se como campo de *justificação inerente à própria decisão*.

A decisão judicial é um ato jurídico que depende de alguns pressupostos: as assertivas com relação aos fatos apurados e à norma que é aplicada ao caso. Não há decisão sem esses elementos. Dessa forma, a estrutura da fundamentação vai parcialmente definida pelos nexos que ligam esses pressupostos à decisão. No entanto, justamente porque a estrutura não exaure o conteúdo do discurso justificativo (nada diz sobre o conteúdo das premissas fáticas e normativas), há necessidade de complementar essa estrutura com a justificação externa⁶²⁸, com a parte dela que é reconstruível de forma silogística e com a parte argumentativa.

No que toca diretamente à estrutura lógica mínima da fundamentação, essa pressupõe nexos de implicação que podem ser sintetizados em um módulo lógico inferencial dedutivo. Assim, ela é considerada a justificação interna – ou, segundo quem não reconhece o valor da estrutura mínima da decisão judicial, parte dessa justificação interna⁶²⁹.

⁶²⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, n. 5, 33-46, 1974, pp. 43-44. O conceito de silogismo subsuntivo a que se refere Wróblewski e que é adotado na presente dissertação não se confunde com o conceito de mesmo nome adotado por Chiassoni para referir ao silogismo de qualificação dos fatos, cfr. CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 158 e 173.

⁶²⁶ Como se demonstra nessa seção e nas próximas seções do presente capítulo, o reconhecimento da justificação interna como sendo a estrutura lógica mínima da fundamentação judicial (PN, PF e C) tem a vantagem simplificadora da doutrina e da prática judiciária de não haver a necessidade de as teorias e as doutrinas a respeito da fundamentação de decisões judiciais construírem uma pluralidade de tipos de justificação lógica das decisões. Ainda se reconhece a vantagem de dar conta da possibilidade de modulação do discurso segundo as circunstâncias do caso concreto, por meio do direito ao contraditório. Nada obstante, é possível que o intérprete da decisão judicial prefira construir a decisão judicial por meio de silogismos mais complexos, o que em nada invalida as conclusões e os critérios que se expõe na presente dissertação.

⁶²⁷ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 237.

⁶²⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 237.

⁶²⁹ No mesmo sentido do reconhecimento de uma “estrutura lógica mínima”, afirmando que o silogismo subsuntivo entre a premissa normativa e a premissa fática é o “argumento geral” da decisão judicial (em

Sob uma perspectiva global, são basicamente quatro os nexos de implicação envolvidos na decisão⁶³⁰: a implicação dos fatos na aplicabilidade da norma; a implicação da norma aplicável na existência de fatos; a implicação da coincidência semântica entre fatos e norma na qualificação dos fatos segundo a norma aplicável; a implicação da qualificação jurídica na produção de consequências jurídicas. Esses nexos refletem-se na estrutura básica da decisão judicial, que pode ser reconstruída racionalmente na forma de um silogismo, no qual a lógica dedutiva justifica a prescrição de consequências jurídicas a partir de uma qualificação dos fatos concretos⁶³¹.

Como já se referiu nessa dissertação, não se exige a apresentação formalizada da decisão judicial em um silogismo, mas tão somente a validade da fundamentação da decisão *sob ponto de vista da lógica dedutiva*, o que significa o reconhecimento da *possibilidade de se reconstruir* um silogismo válido acerca dos elementos estruturais da fundamentação da decisão judicial (PN, PF e C).

A importância de denominar esse esquema mínimo de justificação interna como “estrutura lógica mínima da fundamentação” está, de um lado, no reconhecimento de um conteúdo lógico mínimo independente do caso, sem o qual não há fundamentação e, de outro lado, em essa denominação permitir o reconhecimento da possibilidade de reconstrução lógica (justificação interna) também da premissa normativa e da premissa fática. O que se quer com isso é diferenciar mais adequadamente a justificação das premissas da estrutura mínima de justificação, evitando-se a necessidade de construção de uma tipologia lógica de justificações internas da decisão judicial⁶³². Além disso, essa abordagem que limita a justificação interna à estrutura lógica mínima da fundamentação

que pese qualificando a afirmação como “aproximada”), v. ATIENZA, Manuel. Razonamiento Jurídico. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 91, n. 3, pp. 421-441, luglio-settembre/2014, p. 426.

⁶³⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 238. Reconhecendo a importância dos nexos de implicação identificados por Taruffo, MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial : a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

⁶³¹ Ainda que se possa falar, posteriormente, de uma etapa seguinte na justificação, relativa ao afastamento da consequência jurídica em determinados casos – o que depende de uma certa metodologia jurídica –, cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 409-419, 1971, p. 417; TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 239, n. 117.

⁶³² Pretendendo reconstruir a justificação interna da decisão judicial para cada tipo de decisão, CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 21-47; ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 219-228; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, n. 5, 33-46, 1974, PP. 43-46.

tem a vantagem de dar evidência à modulação da justificação externa segundo as exigências do debate do caso concreto.

Afasta-se com isso afirmações como a de Manuel Atienza, para quem o “argumento geral” (aqui, a “estrutura lógica mínima da fundamentação”), estruturado em um silogismo, seria apenas uma forma *aproximada* de justificar a aplicação do direito, pelo motivo de não representar a aplicação de normas finalísticas ao caso concreto⁶³³. Sua afirmação apenas seria aplicável à estrutura lógica da fundamentação se fosse colocada como sua premissa normativa a norma que institui o fim; porém, não é o que aqui se sustenta para a estrutura lógica da fundamentação. Essa estrutura tem como premissa normativa a norma que já é o resultado de uma especificação⁶³⁴, *i. e.*, é a norma abstrata reconstruída para o caso (a partir da norma finalística), e não a norma finalística⁶³⁵.

Assim, a acima delineada estrutura lógica da fundamentação da decisão judicial deve constar em quaisquer justificações de decisões que envolvam a aplicação de normas – e em alguns casos pode ser que seja o que somente conste do discurso justificativo. Trata-se do elemento mínimo de justificação que decorre da própria existência de um objeto de aplicação (norma) e de um elemento sobre o qual a aplicação é realizada (caso).

Haja vista o conteúdo lógico da justificação interna da decisão judicial é possível compor as seguintes regras a respeito da fundamentação da decisão judicial:

R.1. Condição geral de racionalidade lógica: a conclusão da justificação deve decorrer das premissas.

R.2. Condição geral de racionalidade lógica: a estrutura da justificação da decisão judicial não pode conter contradições internas, mesmo com relação a diferentes assertivas (de fato e de direito) e suas justificativas externas⁶³⁶.

⁶³³ Esse é o seu exemplo, em ATIENZA, Manuel. Razonamiento Jurídico. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 91, n. 3, pp. 421-441, luglio-settembre/2014, pp. 432-433.

⁶³⁴ BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, pp. 224-225.

⁶³⁵ O próprio Atienza, ao tratar do problema da ponderação de princípios constitucionais, reconhece semelhante distinção entre as duas atividades, afirmando que a ponderação é prévia à atividade de subsunção que o “argumento geral” representa (ATIENZA, Manuel. Razonamiento Jurídico. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 91, n. 3, pp. 421-441, luglio-settembre/2014, pp. 432-433).

⁶³⁶ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 239-240.

R.3. Condição geral de racionalidade lógica: a premissa maior do raciocínio justificativo deve ser abstrata e universal e a premissa menor deve ser concreta e particular⁶³⁷.

Quanto à R.1., estipula-se que, para que uma justificação seja considerada logicamente correta, é necessário que a conclusão decorra das premissas adotadas, de modo que a conclusão do raciocínio silogístico deve estar contida na sua premissa maior – o que depende de um sentido atribuído. Assim, por exemplo, a conclusão segundo a qual “julgado o incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e tramitando, em sua área de jurisdição, processo judicial que versa sobre idêntica questão de direito, deve ser aplicada a tese jurídica firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas” está contida na premissa maior segundo a qual “julgado o incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional e havendo processos individuais em trâmite, na jurisdição do respectivo tribunal, que versem sobre idêntica questão de direito, deve ser aplicada a tese jurídica nele firmada a todos esses casos”.

Quanto à R.2., a fundamentação deve ser imune a contradições, que impedem a individuação da regra ou dos fatos tomados como base da decisão, que é o requisito para que se demonstra que a solução do caso está consistente com as normas jurídicas e com as circunstâncias do caso⁶³⁸. Assim, por exemplo, é incorreta uma justificativa em que existe contradição entre a classe do fato operativo incluído na premissa normativa e a classe do fato que resulta da aplicação da regra de qualificação utilizada para justificar a premissa fática. Também é incorreta a justificação da decisão judicial em que existe contradição entre a decisão final (que é justificada por referência) e a conclusão do raciocínio lógico – nesse caso, pode se identificar um salto lógico em que se omite a inferência lógico-argumentativa a partir da consequência jurídica prevista para generalidade de casos (e resultado do silogismo subsuntivo) e a consequência jurídica

⁶³⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 118.

⁶³⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 46-47; LUZZATI, Claudio. *L'Interprete e il Legislatore : Saggio sulla Certezza del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 450; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 53-54; MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47.

decorrente da aplicação de outra norma que interfira na aplicação da norma, como o postulado da razoabilidade⁶³⁹.

Quanto à R.3., em razão de a decisão judicial sobre um fato concreto ser realizada com base em determinadas circunstâncias relevantes do caso que estão previstas no fato operativo da norma aplicável, a premissa maior do silogismo judicial deve ser considerada aplicável para todos os demais casos que sejam iguais nas mesmas circunstâncias relevantes que o fato concreto⁶⁴⁰. Com isso, ainda que a norma aplicável seja o resultado de uma especificação de uma norma abstrata e universal mais geral (o que deve ser justificado externamente), a premissa normativa da estrutura lógica mínima da decisão também deverá ser abstrata e universal, ainda que menos geral. Caso contrário, não haverá justificativa lógica à decisão, decorrendo a conclusão final de sua mera afirmação particular.

Além dos problemas decorrentes da utilização de uma premissa maior adequada, uma decisão que não utiliza uma premissa menor correspondente a um enunciado provado e devidamente qualificado também é incorreta. A premissa menor não deve corresponder aos fatos do caso, mas ao resultado de valorações fáticas e jurídicas das peculiaridades do caso⁶⁴¹.

Observa-se quanto à estrutura lógica geral da justificação da decisão judicial que ela representa a decisão enquanto resposta jurisdicional ao pedido e uma determinada causa de pedir, aos quais o ordenamento jurídico ou a parte contrária poderá opor questões que guardem prejudicialidade lógica a esse. Ainda, é possível que exista uma pluralidade de pedidos, caso no qual, em tese, haverá uma estrutura lógica para cada um deles. Assim, a justificação deve racionalizar a relação existente na cumulação dos pedidos (que pode ser do tipo simples, sucessiva, alternativa ou subsidiária) estruturando a relação entre as diferentes estruturas lógicas de cada uma das questões envolvidas.

Nessa linha de raciocínio, é possível construir as seguintes regras de fundamentação:

⁶³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 196-197.

⁶⁴⁰ A respeito do princípio da universalidade, com base em Hare, v. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 74-84, 105 e 187.

⁶⁴¹ GOTTWALD, Peter. Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. 98. Band, Heft 2, pp. 113-130, April/1985, p. 129.

R.4. Condição especial de dependência ou de mera compatibilidade entre questões prejudiciais e dependente: em havendo relação de prejudicialidade lógica entre diferentes questões que são decididas, ou a questão prejudicial é julgada procedente e com isso se justifica a qualificação da questão dependente como prejudicada, ou a questão prejudicial é julgada improcedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões das questões⁶⁴².

R.5. Condição especial de dependência ou de mera compatibilidade na cumulação de pedidos⁶⁴³: (a.) em havendo cumulação simples de pedidos, há, apenas, o dever de compatibilidade entre as justificativas das decisões dos dois pedidos; (b.) em havendo cumulação sucessiva de pedidos, ou o primeiro pedido é julgado improcedente e com isso se justifica a qualificação do segundo pedido como prejudicado, ou o primeiro pedido é julgado procedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos; (c.) em havendo cumulação alternativa de pedidos, ou um dos pedidos é julgado procedente e com isso se justifica a qualificação do outro pedido como prejudicado, ou os dois pedidos são independentemente julgados improcedentes e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos; (d.) em havendo cumulação subsidiária de pedidos, ou o primeiro pedido é julgado procedente e com isso se justifica a qualificação do segundo pedido como prejudicado, ou o primeiro pedido é julgado improcedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos.

Quanto à R.4. e R.5., porque a solução das questões e dos pedidos é colocada no interior de uma relação lógica, há regras específicas para os respectivos exames. Em R.3. e em R.4. (b.), (c.) e (d.), há uma relação de prejudicialidade lógica, de modo que a justificação do não exame de uma das questões ou de um dos pedidos é realizada logicamente. Trata-se de uma inferência a partir da premissa da existência de uma relação de prejudicialidade lógica e da premissa de que a questão logicamente prejudicial ocorreu. Todavia, nos demais casos, em que a inexistente relação de prejudicialidade (R.3. (a.)) ou em que a questão prejudicial lógica ou o pedido prejudicial não são concretizados, resta

⁶⁴² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 240-241.

⁶⁴³ Para duas sistematizações distintas da cumulação de pedidos, v. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 1 : Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 567-572; e MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp.161-163.

o dever, apenas, de se preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões das respectivas questões e dos respectivos pedidos.

A fundamentação da decisão judicial não se exaure na estrutura lógica mínima examinada, já que cada uma das assertivas utilizadas na estrutura lógica da decisão deve ser justificada, a partir de seus correlatos pressupostos racionais⁶⁴⁴. Essas assertivas, que funcionam como premissas na estrutura lógica da fundamentação, são justificadas externamente por meio de justificações lógicas e justificações argumentativas.

3.1.2. A justificação externa e sua estrutura lógica

Se, de um lado, a estrutura lógica da fundamentação da decisão judicial encontra justificação já na pressuposição de que é inerente à aplicação da norma a existência de uma relação de inferência dedutiva entre a norma e os elementos qualificados do caso, de outro lado, isso não ocorre no que toca a justificativa das premissas da decisão judicial. Ante tudo aquilo que foi exposto com relação à racionalidade atinente à fundamentação da decisão judicial e dos aspectos argumentativos da reconstrução da norma e da circunstância fática do caso, poder-se-ia questionar qual é a *utilidade* de analisarmos o discurso justificativo das premissas da decisão judicial sob o ponto de vista da lógica dedutiva. A par disso, além da utilidade restaria aberta a questão sobre a *possibilidade* de redução daqueles discursos argumentativos a raciocínios lógico dedutivos. Ambas as perguntas, cujas respostas também são aplicáveis com adaptações para justificar a estrutura lógica da fundamentação da decisão judicial (justificação interna)⁶⁴⁵, são importantíssimas para se avaliar a doutrina de fundamentação lógico-argumentativa que aqui vai defendida. Analisa-se cada uma delas.

Em primeiro lugar, é útil reconstruir a argumentação em um silogismo dedutivo, porque a lógica permite analisar a validade de uma inferência entre uma premissa abstrata e uma premissa concreta, em que *partes da argumentação podem ser reconstruídas*. A

⁶⁴⁴ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 242; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 27-28.

⁶⁴⁵ Não se justificou os referidos pontos no § 3.1.1., em razão da já afirmada “inerência” da relação de inferência dedutiva que justifica a decisão judicial.

premissa normativa e a premissa fática são justificadas logicamente de modo diferente, conforme se indicou no esquema explicativo e simplificado acima.

A *estrutura lógica da justificação externa da premissa normativa* deve apresentar as razões pelas quais uma determinada norma é obtida⁶⁴⁶. É possível reconstruir tal justificativa com base em um silogismo a partir de um *enunciado prescritivo a favor do uso de uma diretiva interpretativa* como premissa maior e do *material argumentativo* como premissa menor, justificando assim determinada interpretação. A diretiva interpretativa será aquela segundo a qual, se é correta determinada interpretação a um dispositivo segundo determinado material argumentativo, então se deve interpretar o dispositivo nesse sentido. Essa premissa é abstrata e geral, porque é uma regra em que o antecedente é o estabelecimento de uma operação interpretativa como correta e o conseqüente é a vinculação a essa interpretação. E a premissa menor é aquela segundo a qual a interpretação do dispositivo é correta. Essa premissa é concreta, porque é relativa ao caso a interpretação do dispositivo segundo o material argumentativo pertinente à diretiva interpretativa. A conclusão desse raciocínio é a *determinação do significado a ser atribuído ao dispositivo*. A justificação interna não inquire a respeito das razões que suportam a escolha da diretiva interpretativa ou a determinação do material argumentativo.

A *estrutura lógica da justificação externa da premissa fática* deve apresentar as razões pelas quais uma determinada qualificação dos fatos (a conclusão) é realizada⁶⁴⁷. É possível reconstruir tal justificativa com base em um silogismo a partir da *regra de qualificação* como premissa maior e do *enunciado empírico* como premissa menor. A regra de qualificação será aquela segundo a qual a materialização de determinadas características no caso particular implica na conclusão da inclusão do caso concreto na classe prevista na norma. Essa é a premissa abstrata e universal, porque é uma regra em que o antecedente é a determinação dos elementos que devem ser materializados para que esteja presente a consequência que é a qualificação dos fatos. E a premissa menor será aquela segundo a qual o caso particular materializa as determinadas características referidas na regra de qualificação. Essa é a premissa concreta e particular, porque é

⁶⁴⁶ Para diferentes reconstruções, v. CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giurfrè, 1999, p. 161-173. Analisando a obra de Chiassoni sobre esse ponto, LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, pp. 187-194.

⁶⁴⁷ Para uma proposta semelhante, v. CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giurfrè, 1999, p. 173-174.

relativa ao caso e representa o resultado do processo probatório concreto. A conclusão da inferência é a *asserção da qualificação jurídica dos fatos concretos segundo a norma a que a regra de qualificação faz referência* e serve de premissa menor para a justificação interna da decisão judicial. A justificação lógica não inquirir a respeito das razões que suportam a regra de qualificação ou o enunciado empírico.

Com base nesses dois tipos de justificação lógica é possível avaliar se determinada fundamentação da decisão judicial é logicamente válida, *i. e.*, verificar se cada uma das conclusões apresentadas (o significado a ser atribuído ao dispositivo é PN e os fatos do são qualificados como PF) está justificada em premissas suficientes para justificá-la⁶⁴⁸. Essa é uma das utilidades da reconstrução lógica da justificação externa das premissas normativa e fática da decisão judicial.

Fala-se, nesse sentido, de completude da justificação lógica:

R.6. Condição especial de completude da justificação externa: quando oferecida justificação externa à decisão judicial, deve ser completa a exposição da justificação lógica.

O respeito à R.6., trata da necessidade de haver completude lógica das passagens argumentativas, não podendo ser utilizado o fato de que a justificação externa envolve justificações práticas para serem apresentadas conclusões desprovidas de premissas claras, ou com saltos lógicos⁶⁴⁹. Uma decisão segundo a qual determinadas circunstâncias fáticas são qualificadas na norma aplicável que não contenha a explicitação da regra de qualificação (quais as circunstâncias relevantes que foram materializadas no caso) não é uma decisão justificada.

Em segundo lugar, é possível reconstruir a argumentação em silogismos dedutivos, em que as conclusões decorrem necessariamente das premissas afirmadas. Os parágrafos acima demonstraram os modos pelos quais se pode realizar uma justificação lógica da justificação externa. Assim, a demonstração a seguir limita-se a apresentação de exemplos de fundamentações que podem ser reconstruídas com base na lógica

⁶⁴⁸ A respeito da identificação de premissas ocultas no discurso justificativo por meio da lógica, v. MORESO, José Juan; NAVARRO, P. E.; REDONDO, M. C.. *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. Doxa*, n. 11, pp. 247-262, 1992, p. 260.

⁶⁴⁹ Nesse sentido, a regra de Alexy segundo a qual “[d]eve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento” (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 226).

dedutiva e que, portanto, permitem a avaliação da argumentação segundo o critério lógico.

Uma fundamentação cuja justificação externa da premissa normativa se pretenda fazer com base em uma diretiva interpretativa primária segundo a qual o dispositivo deve ser interpretado conforme a vontade histórica do legislador, para que seja considerada logicamente completa, deve apresentar a premissa menor da justificação lógica dessa premissa. Deve apresentar, é dizer, o material argumentativo, que, nesse caso, pode ser um enunciado a respeito dos debates parlamentares. Sem o material sobre o qual a diretiva interpretativa opera, não há justificação lógica à fundamentação externa da decisão judicial.

Quanto à justificação lógica da premissa fática de uma decisão, também é possível identificar vícios lógicos. É o caso, por exemplo, da aplicação inconsistente de uma regra de qualificação, segundo a qual para se qualificar um documento particular como título executivo extrajudicial esse documento deve ser assinado por duas testemunhas, a um enunciado empírico segundo o qual o documento foi assinado por apenas uma testemunha. Nesse caso, das premissas não decorre a conclusão de que o documento seria um título executivo extrajudicial, motivo pelo qual é logicamente incorreta a justificação externa da premissa fática da fundamentação.

Por fim, é importante ressaltar novamente que reconhecer o papel do raciocínio lógico na estrutura da fundamentação da decisão judicial não significa um enrijecimento do estilo ou da forma de decisão. Conforme já se indicou, o que a doutrina lógico-argumentativa da fundamentação judicial reconhece é *a possibilidade de se reconstruir a justificação judicial por meio de raciocínios lógicos*, o que coloca sob avaliação o efetivo respeito à regra lógica de compossibilidade das proposições e a estipulação dos nexos entre elas, bem como, permite uma visualização dos elementos carentes de argumentação externa⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ Parece necessário frisar o ponto, para que não se caia no engano de se propor a redução de toda a justificação à silogismos judiciais. Segundo Wróblewski, “o papel da lógica informal ou lógica da argumentação não é de nenhum modo ameaçado pelo uso da justificação silogística. Pelo contrário, essa justificação poderia servir de argumento para o papel decisivo das valorações e escolhas na determinação das premissas da decisão judicial” (WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, n. 5, 33-46, 1974, p. 46).

3.2. CRITÉRIOS MATERIAIS DE CORREÇÃO: A FUNDAMENTAÇÃO EXTERNA E A FUNÇÃO DO CONTRADITÓRIO

A justificação externa da decisão judicial exerce a função de preenchimento da estrutura lógica com elementos substanciais. Conforme visto, enquanto que a justificação interna é concebida como aspecto formal da aplicação do direito e da explicitação das premissas, a justificação externa refere-se ao aspecto material. Associa-se, nos dizeres de Chiassoni, a justificação interna ao princípio da não contradição e a justificação externa ao princípio da suficiência de razões⁶⁵¹. Questiona-se, no entanto, como se pode controlar intersubjetivamente esse aspecto da justificativa judicial.

Primeiramente, parte-se da afirmação da inadequação, em sede do presente trabalho, de se pretender reconstruir por meio de silogismos dedutivos o discurso argumentativo justificativo completo da decisão, inclusive por meio da indicação de estruturas dedutivas atinentes à escolha das premissas da justificação externa indicadas acima (diretivas interpretativas, material argumentativo, regra de qualificação e enunciado empírico), ou de cada um dos argumentos concretos.

Recordando a tarefa dogmática e prática a que serve a presente dissertação, essa tentativa de reconstrução lógica vai logo rejeitada. Talvez no âmbito de um trabalho de filosofia analítica poderia se objetivar reconstruir a numerosa multiplicidade de argumentos que estão à disposição do aplicador do direito para preencher substancialmente a justificação da decisão judicial⁶⁵². Assim, por exemplo, identifica-se que foi esse o objetivo de Pierluigi Chiassoni na exposição de um elenco (não exaustivo) de 26 diretivas primárias possíveis de utilização para reconstrução do significado dos dispositivos textuais⁶⁵³. Sua tarefa, no entanto, era limitada aos argumentos interpretativos, deixando de reconstruir os demais elementos deixados carentes de justificação lógica. Lembrando Canaris, ainda, vê-se que mesmo essa intenção pode ser

⁶⁵¹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 14-15.

⁶⁵² Recordar-se do chamado dos juristas realizado por Humberto Theodoro Júnior para tratar dos problemas filosóficos na medida da relevância dada pela ciência jurídica, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Interpretação e aplicação das normas jurídicas*, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo : Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, pp. 375-388, 2007.

⁶⁵³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 81-100 e pp. 295 e ss.. Para uma versão anterior da teoria do autor, v. CHIASSONI, Pierluigi. *Codici interpretativi. Progetto di você per un Vademecum giuridico. Analisi e diritto*, pp. 55-124, 2002-2003.

questionada. O autor, criticando Klug pela representação da argumentação por meio de instrumentos da lógica moderna, afirmou ser “duvidoso que, com isso, se tenha ganho algo de essencial para o trabalho jurídico”⁶⁵⁴.

De outro lado, deve-se reconhecer como elemento fático da realidade que as discussões a respeito do uso dos argumentos passam, hoje e no atual sistema jurídico brasileiro, longe do questionamento a respeito dos aspectos estruturais lógicos do próprio argumento⁶⁵⁵⁻⁶⁵⁶. Uma tentativa de reconstrução silogística dos argumentos na presente sede se mostraria despicienda.

Além disso, a concatenação de silogismos para a fundamentação das decisões judiciais pode ser realizada, em teoria, de forma quase infinita⁶⁵⁷, motivo pelo qual ela deve encontrar um ponto que sirva de trava a essa concatenação, a partir do qual são preenchidos os espaços deixados como conexão entre os diferentes silogismos⁶⁵⁸. Quer parecer que esse ponto, dado o elemento empírico que é a prática judiciária atual, é aquele do uso de diretivas interpretativas, de um lado, e o do uso de regras de qualificação jurídica, de outro lado. A desmesurada reconstrução lógico-silogística da decisão ignoraria a sua função prático-jurídica, a sua colocação dentro dos limites do formalismo processual (entre os quais estão aqueles decorrentes pelo princípio da duração razoável do processo e da imposição do dever de *non liquet*) e a existência de pré-compreensões⁶⁵⁹ e de um relativo consenso, ficto (presunção) ou não, sobre alguns temas de decisão. A desconsideração desses aspectos seria prejudicial até mesmo para o diálogo entre os

⁶⁵⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. (1983), 2ª edição. Tradução de António Menezes Cordeiro. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012, p. 35.

⁶⁵⁵ O que não significa que, talvez, no futuro, de um modo geral, e hoje, em casos particulares, não se coloque em discussão os aspectos estruturais do argumento e não se procure demonstrar a importância da reconstrução lógico-dedutiva dos argumentos para a avaliação da justificação das decisões judiciais.

⁶⁵⁶ Aqui, distingue-se os aspectos estruturais do uso dos argumentos (que é objeto de justificação lógica do § 3.1.) dos aspectos estruturais do próprio argumento (que é o que está em questão).

⁶⁵⁷ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 267; MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 94 e pp. 68-79.

⁶⁵⁸ Veja-se que a cada colocação de um novo silogismo, aumenta a abstração da argumentação. Assim, colocar o ponto de travamento mais além poderia fazer com que fossem importados para a prática judiciária diferentes debates filosóficos, éticos, políticos a serem realizados a cada aplicação do direito (a escolha da diretiva interpretativa, poderia redundar, por exemplo, no questionamento a respeito de qual o tipo de justiça que se deve privilegiar na aplicação do direito).

⁶⁵⁹ HORAK, Franz. Zur rechtstheoretischen Problematik der juristischen Begründung von Entscheidungen, in: SPRUNG, Rainer; KÖNIG, Bernhard. *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten*. Wien: Springer, pp. 1-26, 1974, p. 9; TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 267.

participantes do processo, já que a cada processo poderia ser feito tábula rasa das decisões já tomadas na sociedade em geral e na comunidade de trabalho que é o processo.

O fato de a reconstrução lógica dedutiva dos elementos que compõem a justificação externa não ter relevância, não significa reconhecer a impossibilidade de controlar intersubjetivamente os elementos que restaram não justificados pela justificação interna: o uso de diretivas interpretativas sobre dispositivos textuais e de regras de qualificação sobre enunciados empíricos. Entram em jogo diferentes critérios para o controle da fundamentação com relação à justificação externa.

3.2.1. O direito ao contraditório

Mais acima, falou-se da utilização do formalismo processual como medida de controle da racionalidade da fundamentação das decisões judiciais. Ressalta-se com isso a existência de vínculos institucionais a que o julgador está vinculado durante todo o decorrer do processo e, no que importa para a presente dissertação, também na justificação da decisão judicial. Entre os diversos vínculos institucionais a que se poderia fazer referência – e se trata de um rol numeroso, tendo em vista a diversidade de posições jurídicas desempenháveis pelos participantes do processo – são de destaque aqueles decorrentes do direito das partes ao contraditório.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso LV, que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são *assegurados o contraditório* e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. É com base nesse dispositivo que a doutrina⁶⁶⁰ e a jurisprudência⁶⁶¹ reconstróem o direito ao contraditório. O Código de Processo Civil de 2015 inovou com relação ao Código de Processo Civil de

⁶⁶⁰ Entre muitos, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, p. 646.

⁶⁶¹ O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o conteúdo do princípio do contraditório no paradigmático Mandado de Segurança nº 24.268, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17/09/2004, p. 053. Referida decisão tem sido repetidamente reiterada em diversos outros casos, dos quais se destaca, por ser o mais recente, o Recurso em Mandado de Segurança nº 31.661, Ministro Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 07/05/2014. Acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 47-94, 2004.

1973 ao conter dispositivos com referências expressas ao direito ao contraditório⁶⁶². Segundo o artigo 7º, compete “ao juiz zelar pelo *efetivo contraditório*”. O *caput* do artigo 9º dispõe que “[n]ão se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja *previamente ouvida*”. Conforme o artigo 10, “[o] juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes *oportunidade de se manifestar*, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. E, no que toca à fundamentação das decisões, o artigo 489, § 1º, incisos III e IV prescrevem que não se considera fundamentada a decisão judicial que, respectivamente, “invocar *motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*” ou “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”.

Antes de se prosseguir e tratar especificamente dos seus vínculos à fundamentação das decisões judiciais, é necessário dar precisão ao conteúdo e ao alcance do direito ao contraditório.

Por direito ao contraditório denomina-se um conjunto de direitos e deveres existentes na relação entre os participantes do processo (incluídos estão os juízes). Em sua acepção mais comum, esse direito vai entendido como direito de as partes serem *informadas* e de se *manifestarem* no processo⁶⁶³.

Já com esse conteúdo mínimo a doutrina o colocou como elemento central para a concepção do processo, tamanha a relevância do direito ao contraditório para a experiência processual. Antes mesmo de a ciência do processo civil ser tida como iniciada⁶⁶⁴, Nikolaus Thaddäus von Gönner, por exemplo, situava como mais alto princípio do processo comum alemão a “introdução de ambas as partes à defesa entre

⁶⁶² Além dos dispositivos indicados a seguir, seria possível ainda indicar diversos outros dispositivos em que a noção de direito ao contraditório vai especificada. Para uma exposição nesse sentido, KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório, in: RUBIN, Fernando; REICHELT, Luis Alberto (orgs.) *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 15-52, 2015, p. 38; SILVEIRA, Daniela Gonsalves. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 248, pp. 69-87, outubro/2015, pp. 77 e ss..

⁶⁶³ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: As Matrizes Históricas-Culturais do Contraditório*. (2003) Tradução de Luís Alberto Reichelt, in: PICARDI, Nicola (autor); ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 127-143, 2008, pp. 137-138.

⁶⁶⁴ Embora não se ignore a discussão a respeito da fundação da ciência processual civil, em razão da limitação do escopo do presente trabalho, utiliza-se a referência à obra BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen*. Gießen: Verlag von Emil Roth, 1868, como obra que marca o início da ciência processual civil. No mesmo sentido, assinalando o início da ciência processual civil com Oskar Bülow, v. MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21.

si”⁶⁶⁵, haja vista que *ninguém deve ser sentenciado sem ser ouvido*⁶⁶⁶. Gönner trata-se de exemplo que pode ser vinculado àquelas doutrinas construídas sobre a ideia de princípios de razão natural a que faz referência Nicola Picardi⁶⁶⁷.

Anos mais tarde, o direito ao contraditório tornou-se reconhecidamente um componente do próprio conceito de processo utilizado na ciência processual civil⁶⁶⁸. No campo do direito constitucional, reconhece-se o direito ao contraditório como fundado no próprio valor da dignidade humana, já que o dever de o respeitar impede que a pessoa seja tornada mero objeto do processo⁶⁶⁹.

Ainda que esse conteúdo mínimo já indique o elemento da *participação* das partes no processo, é possível visualizar, no decorrer do século XX, uma ressignificação ampliativa do direito ao contraditório para justamente enfatizar “a ideia de *cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório*”⁶⁷⁰. Segundo Alvaro de Oliveira, o surgimento de um novo enfoque sobre o direito ao contraditório surge a partir dos anos cinquenta, em razão de se tratar do momento “em que amplamente se renovam os estudos da lógica jurídica e se revitaliza, com novas roupagens e ideias, o sentido problemático do Direito”⁶⁷¹. Na mesma época, o conceito de jurisdição é colocado no contexto de um renovado Estado Democrático de Direito. E, como ressaltado por Antonio

⁶⁶⁵ GÖNNER, Nikolaus Thaddäus von. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, v. 1, Erlangen: Johann Jacob Palm, 1801, p. 95.

⁶⁶⁶ GÖNNER, Nikolaus Thaddäus von. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, v. 1, Erlangen: Johann Jacob Palm, 1801, p. 94.

⁶⁶⁷ Sobre o fundamento jusnaturalista do contraditório, PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: As Matrizes Históricas-Culturais do Contraditório. (2003) Tradução de Luís Alberto Reichelt, in: PICARDI, Nicola (autor); ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 127-143, 2008, pp. 131-132.

⁶⁶⁸ FAZZALARI, Elio. Processo (Teoria Generale), in: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (dirs.). *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIII, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese (UTET), pp. 1067-1076, 1966, p. 1072; FAZZALARI, Elio. «Processo» e Giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, a. 48, pp. 01-19, gennaio-marzo/1993, p. 4; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, pp. 646-647; CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, pp. 449-464, aprile-giugno/2005, p. 449; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo : Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, pp. 151-173, 2007, p. 152.

⁶⁶⁹ RÖHL, Hellmut. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 33/34, pp. 1268-1274, 1958, p. 1269; ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, p. 6

⁶⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, p. 648.

⁶⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, a. XXV, n. 74, pp. 103-120, novembro/1998, p. 107.

do Passo Cabral, a consagração da democracia participativa e deliberativa se dá no processo por meio do direito ao contraditório⁶⁷².

Já em 1958, Hellmut Röhl analisou a jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) e apontou que o direito à oitiva (*Recht auf Gehör*) judicial⁶⁷³ demandava, de um lado, que as partes tivessem a *oportunidade de se manifestar* a respeito dos fatos relevantes do caso, *apresentar pedidos e declarações* antes da decisão, e, de outro lado, que a decisão somente poderia ter como fundamento *aqueles fatos e os resultados de prova sobre os quais as partes tiveram oportunidade de se manifestar*⁶⁷⁴.

Mais que isso, Adolf Arndt sustentava, em 1959, que o direito à oitiva judicial haveria de ser maior do que o reconhecimento dado pela Corte Constitucional. Para respeitar o direito fundamental ao contraditório, não basta que as partes possam falar e que elas sejam ouvidas no processo; impõem-se o dever de o tribunal agir de modo a permitir que as partes possam ter suas *considerações jurídicas conhecidas* pelo tribunal antes da decisão e que possam, com isso, *influenciá-lo*⁶⁷⁵.

Esses fatores do reconhecimento do processo como momento dialético e da valorização da participação processual dos cidadãos contribuíram para que o direito ao contraditório deixasse de ser visto como mero direito à bilateralidade de instância⁶⁷⁶.

⁶⁷² CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório, in: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 193 – 210, 2011, pp. 197-199.

⁶⁷³ O *Recht auf rechtliches Gehör* (direito à oitiva jurídica) é entendido como *Recht auf gerichtliches Gehör* (direito à oitiva judicial), cfr. JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht : ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011, p. 121.

⁶⁷⁴ RÖHL, Hellmut. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 33/34, pp. 1268-1274, 1958, p. 1269. No mesmo sentido, ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, p. 6; JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht : ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011, p. 121. Veja-se que a ideia de que o juiz somente poderia decidir a respeito daquilo que as partes tiveram oportunidade de se manifestar não é nova. Já na CPO de 1877 se estipulava, com uma vinculação talvez demasiada ao Princípio da Oralidade, que o fundamento para a decisão judicial somente poderia ser o material litigioso trazido em audiência (Wach, no entanto, apontava como exceção a essa regra o conteúdo da Petição Inicial, cfr. WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2ª edição, Bonn: Adolph Marcus, 1896, p. 19).

⁶⁷⁵ ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, pp. 7-8. No mesmo sentido, BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör. *Archiv für civilistische Praxis*, Band 153, Heft 5, pp. 393-412, 1954, p. 403.

⁶⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 143-150. Segundo William Santos Ferreira, “[c]ontraditório é a representação máxima e necessária do conflito de interesses, de um processo que é dialético e voltado à solução, concebido com estrutura propiciadora de tese (autor), antítese (réu) e síntese (juiz)” (FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 44).

Assim, ao lado dos elementos informação e manifestação, colocou-se um terceiro, qual seja o *direito à influência* sobre o desenvolvimento do processo e sobre a tomada de decisões racionais. Substituiu-se, portanto, o binômio informação-manifestação, pelo trinômio informação-manifestação-influência⁶⁷⁷. E o do dever de o juiz considerar os argumentos trazidos pelas partes é justamente o meio pelo qual esse direito à influência se realiza⁶⁷⁸.

Não basta, assim, que as partes sejam informadas e que possam manifestar-se a respeito das manifestações das partes adversas e do juiz, faz-se necessário que as alegações das partes sejam de fato consideradas – o que implica na consequência, desenvolvida a seguir, a respeito do conteúdo do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Há um terceiro conteúdo que se atribui ao direito ao contraditório (além de direito à informação e manifestação e de direito à influência na decisão judicial), que é relativo a uma série de outras posições jurídicas. Trata-se de questões como a exigência de que as contribuições das partes sejam realizadas de forma proba⁶⁷⁹ e que sejam tempestivas sob pena de a decisão ser tomada às custas da parte inativa⁶⁸⁰, o dever de o

Amplamente, GOTTWALD, Peter. Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 98. Band, Heft 2, pp. 113-130, April/1985, pp. 122-126.

⁶⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, pp. 449-464, aprile-giugno/2005, pp. 451-452 e p. 455; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, pp. 151-173, 2007, p. 152; KOPLIN, Klaus Cohen. O princípio do Contraditório na Experiência Alemã. *Revista Atitude – Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre*, a. VI, n. 12, pp. 31-38, jul.-ago./2012, pp. 34-37; KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório, in: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (orgs.) *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 15-52, 2015, pp. 42-43; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 149; FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC: Doutrina Seleccionada: v.1: Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, pp. 132-165, 2015, p. 153.

⁶⁷⁸ Falando, com base na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã, de três níveis de realização do direito à oitiva jurídica: direito à informação, direito à manifestação e direito à consideração, PIEROTH, Bodo; SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 23 ed., Heidelberg: Müller, 2007, p. 279; JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011, p. 121.

⁶⁷⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Processo de Conhecimento. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 4, n. 4, pp. 405-418, 2004, p. 413; CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, pp. 449-464, aprile-giugno/2005, pp. 459-460.

⁶⁸⁰ JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011, p. 122; PIEROTH, Bodo; SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 23 ed., Heidelberg: Müller, 2007, p. 279.

juiz provocar o debate entre as partes, inclusive por meio de produção de provas⁶⁸¹ e de submeter ao contraditório prévio até mesmo questões que pode conhecer de ofício⁶⁸². Ainda, mais concretamente, fala-se na proibição de o legislador impor presunções onerosas desproporcionais⁶⁸³ e no dever de o juiz ouvir terceiros que possam ser diretamente afetados pela decisão do caso⁶⁸⁴.

Em linha de síntese, importa dizer, com Alvaro de Oliveira, que para a efetividade do direito ao contraditório é necessário que as partes contribuam como anteparo à lacunosidade e insuficiência de uma cognição unilateral do juiz⁶⁸⁵ e que ele pondere a respeito da contribuição das partes, acolhendo ou rejeitando-as.

Mas para além da extensão que o direito ao contraditório teve no seu conteúdo, também há um verdadeiro aumento no *alcance* desse direito. É que, uma vez levada em conta toda a complexidade da atividade jurisdicional reconstrutiva do direito, o brocardo *iura novit curia* passa a ser lido de modo a que a aplicação do direito também não seja feita em surpresa às partes⁶⁸⁶.

Adolf Arndt pontuou que o *esclarecimento das questões de direito* não é menos importante que a discussão e a decisão a respeito das questões fáticas do processo⁶⁸⁷. Segundo o autor, não se decide o caso por meio da justaposição da situação fática com a lei, mas sim pelo modo com que o juízo constata os fatos e, portanto, por meio do *posicionamento jurídico* com que se determinam quais os acontecimentos fáticos relevantes e qual o modo juridicamente correto de valoração desses acontecimentos⁶⁸⁸. Somente com a perspectiva da *compreensão jurídica* do caso é que a parte compreende quais os fatos relevantes para a causa e tem o seu direito ao contraditório garantido⁶⁸⁹.

⁶⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, pp. 449-464, aprile-giugno/2005, p. 461.

⁶⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, p. 648.

⁶⁸³ ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, p. 7.

⁶⁸⁴ JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht : ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011, p. 122.

⁶⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, a. XXV, n. 74, pp. 103-120, novembro/1998, p. 110.

⁶⁸⁶ ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, pp. 6-7; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, a. XXV, n. 74, pp. 103-120, novembro/1998, pp. 113-115.

⁶⁸⁷ ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, p. 6

⁶⁸⁸ ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, p. 6.

⁶⁸⁹ ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, p. 7.

E esse direito das partes à compreensão do posicionamento jurídico do tribunal em momento prévio ao julgamento já havia sido previsto na *Civilprozessordnung* de 1877 por meio da prescrição dos deveres de questionamento (*Fragepflicht*) e de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*)⁶⁹⁰. Por meio do desempenho desses deveres – posteriormente atribuídos ao Princípio da Cooperação (*Kooperationsmaxime*)⁶⁹¹ –, a parte que tem a capacidade de esclarecer os pontos debatidos e que sabe antes do julgamento quais pontos o juiz dá valor para a solução da causa não é surpreendida com uma decisão “equivocada”⁶⁹² (segundo o direito material).

Além disso, reforça substancialmente essa extensão do direito ao contraditório a pressuposição (sustentada no § *supra* 2.3.1) de uma teoria da jurisdição como atividade reconstrutiva, não apenas dos fatos, mas do direito⁶⁹³. Pois, levando em conta o aspecto argumentativo da decisão com relação ao direito aplicável, revela-se o fato que as partes não se manifestam apenas com relação aos fatos relevantes para uma determinada norma pressuposta, mas argumentam para persuadir o magistrado a reconstruir uma determinada norma com base em um substrato textual. É a partir da norma reconstruída que se definem quais os fatos relevantes para a causa.

Nas seções seguintes, aborda-se os critérios de correção da fundamentação das decisões judiciais *a partir da perspectiva do direito ao contraditório*. Sustenta-se que o direito ao contraditório desempenha uma dupla função para a fundamentação das decisões e que justamente por isso a análise da justificação judicial sob sua perspectiva é

⁶⁹⁰ ENGELMANN, Arthur. *Der Civilprozeß : Geschichte und System*. Dritter Band: Der Deutsche Civilprozeß. Breslau: Verlag von M & H Marcus, 1901, pp. 327-328; RÖHL, Hellmut. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 33/34, pp. 1268-1274, 1958, p. 1273. Reconhecendo a decisão de indicação (*Hinweisbeschluss*) às partes sobre a opinião jurídica prévia do juízo, JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht : ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011, p. 122.

⁶⁹¹ A propósito da atribuição desses deveres a esse princípio, v. BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 91, Heft 4, pp. 365-397, Oktober/1978; WASSERMANN, Rudolf. Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978, pp. 97-102; KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório, in: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (orgs.) *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 15-52, 2015, pp. 44-48. Para uma síntese desse movimento histórico, v. KOICHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*, ano 41, v. 251, pp. 75-111, janeiro/2016.

⁶⁹² ENGELMANN, Arthur. *Der Civilprozeß : Geschichte und System*. Dritter Band: Der Deutsche Civilprozeß. Breslau: Verlag von M & H Marcus, 1901, p. 328.

⁶⁹³ FEIJÓ, Maria Angélica E. F.. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v.1 : Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, pp. 132-165, 2015, p. 156.

enriquecida. Essa dupla função é de *critério* e de *meta-critério* da completude da fundamentação das decisões judiciais. A função de critério (§ 3.2.2) informa que a decisão judicial deve ser justificada de modo a responder às manifestações das partes, apresentando as razões que suportam a tese da decisão judicial e as razões com as quais se rejeita as teses opostas. O critério opera diretamente sobre o conteúdo da fundamentação da decisão judicial. A função de meta-critério (§ 3.2.3 - § 3.2.6) informa que a fundamentação segundo os demais critérios de correção deve ser realizada na medida em que desempenhado o contraditório no processo civil. O meta-critério opera indiretamente sobre o conteúdo da fundamentação da decisão judicial, determinando a medida adequada de análise da correção segundo os demais critérios de correção.

3.2.2. A promoção do direito ao contraditório na fundamentação

Especificamente com relação à fundamentação das decisões judiciais, afirma-se que essa constitui o “*banco de prova do direito ao contraditório das partes*”⁶⁹⁴. Se a decisão judicial deve *levar em consideração* o exercício do direito à participação, então as manifestações das partes devem ser ou aceitas ou rejeitadas no discurso justificativo da decisão⁶⁹⁵, sendo esse o meio de argumentação do magistrado a favor da sua conclusão de que a decisão foi condicionada pelos discursos das partes. Em síntese, é por meio da fundamentação que se demonstra a submissão da atividade jurisdicional ao contraditório⁶⁹⁶. A função do direito ao contraditório, aqui, é de *critério de correção* da fundamentação das decisões judiciais.

Trata-se de uma virada de paradigma acerca da correção e da completude da fundamentação da decisão judicial. A compreensão de que é desnecessário ao

⁶⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012, p. 665.

⁶⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, pp. 449-464, aprile-giugno/2005, p. 457; CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório, in: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 193 – 210, 2011, p. 200; KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório, in: RUBIN, Fernando; REICHELTL, Luis Alberto (orgs.) *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 15-52, 2015, p. 43.

⁶⁹⁶ SILVEIRA, Daniela Gonsalves. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 248, pp. 69-87, outubro/2015, pp. 77 e ss..

“magistrado examinar analiticamente argumento por argumento deduzidos pelos litigantes, em particular pela parte que restar vencida”⁶⁹⁷, entende a fundamentação apenas numa função de persuadir os destinatários da decisão⁶⁹⁸ ou de garantir que eles tenham uma adequada compreensão do que foi decidido⁶⁹⁹. Essa é incompatível com o fortalecido direito ao contraditório.

Afirma-se, portanto, que a apresentação de razões que se limitam a erigir teses, não demonstrando o respeito ao direito ao contraditório pela análise das opiniões das partes, são apenas aparentes e valem como pura declaração de vontade⁷⁰⁰. Não são, portanto, discursos justificativos. Tampouco servem ao interesse público de controle da atividade jurisdicional⁷⁰¹.

E para se afastar a aparente contradição entre a R.4. – sobre a relação de prejudicialidade lógica – e o ataque à rejeição implícita dos argumentos contrários aos sustentados na decisão, tece-se duas pequenas considerações. Primeira, a defesa da rejeição implícita da argumentação da parte vencida pressupõe a incompatibilidade lógica entre os fundamentos adotados na decisão judicial e a posição da parte vencida. Contudo, a incompatibilidade lógica não se confunde com incompatibilidade substancial, ou normativa. Aquela pressupõe essa⁷⁰², somente sendo possível falar de contradição lógica de proposições normativas uma vez que identificada a incompatibilidade jurídica entre as proposições em um mesmo sistema jurídico. Isso leva à segunda consideração. Ao contrário da relação de prejudicialidade lógica da R.4., em que há um juízo normativo segundo o qual a análise de uma questão está condicionada pela análise de uma outra questão, não existe um juízo normativo segundo o qual a adoção de uma posição jurídica exclui a posição jurídica da parte vencida. Em verdade, o direito ao contraditório age justamente no sentido contrário a esse suposto juízo normativo, já que segundo o direito

⁶⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 19.

⁶⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 15 e pp. 21-22.

⁶⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 22.

⁷⁰⁰ ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959, p. 7. Contra, RÖHL, Hellmut. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 33/34, pp. 1268-1274, 1958, p. 1274.

⁷⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, pp. 449-464, aprile-giugno/2005, p. 456.

⁷⁰² SOETMAN, Arend. *Logic in Law : Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law*. Dordrecht: Springer, 1989, p. 217.

de influência das partes, o magistrado deve dialogar com as partes e demonstrar os motivos para aceitação ou rejeição das fundamentações apresentadas pelas partes.

Com base nisso, é possível construir as seguintes regras para a fundamentação das decisões judiciais:

R.7. Condição geral de respeito ao contraditório (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, inciso III)⁷⁰³: a fundamentação deve guardar relação de correspondência às particularidades do caso, sendo vedada a decisão justificada de modo total ou parcialmente genérico.

R. 8. Condição geral de respeito ao contraditório (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, inciso IV)⁷⁰⁴: a fundamentação deve enfrentar todos os argumentos que, em tese, seriam capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão.

A R.7. trata de regra segundo a qual a fundamentação das decisões judiciais não pode ser genérica, devendo levar em conta as particularidades do caso, o que se justifica em um bem entendido direito ao contraditório⁷⁰⁵. Recorde-se que o material de decisão do juiz é dado pelas partes, que têm o direito de ter as suas manifestações consideradas pelo magistrado em sua decisão. Além disso, a decisão judicial é proferida sobre circunstâncias concretas de um caso cujo conteúdo é determinante ao processo de reconstrução e de aplicação de normas jurídicas⁷⁰⁶.

Na regra acima, indicou-se a vedação das decisões totalmente e parcialmente genéricas. São totalmente genéricas aquelas decisões que contêm justificativas que não digam respeito aos elementos do caso concreto, sejam eles fáticos ou jurídicos. A fundamentação, por exemplo, de decisão de não retratação da sentença que não resolve o mérito (Código de Processo Civil, artigo 485, § 7º)⁷⁰⁷ deve justificar os motivos pelos quais os argumentos do apelante a respeito da causa de julgamento de sem resolução de

⁷⁰³ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

⁷⁰⁴ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

⁷⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 153; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 592-593.

⁷⁰⁶ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 302.

⁷⁰⁷ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se”.

mérito devem ser rejeitados. É nula, por ausência de fundamentação, a decisão que genericamente dispor que “não se vislumbra a presença dos fundamentos para a retratação do julgamento”, ou que apenas reafirme o conteúdo da sentença apelada. A decisão deve enfrentar os fundamentos do autor dispostos em seu recurso de apelação.

Parcialmente genéricas são aquelas decisões que, embora tenham parte da fundamentação relacionada às circunstâncias do caso, têm partes genéricas. Poderia se questionar se essa regra, que é uma das interpretações possíveis do artigo 489, § 1º, inciso III, não estaria indo longe demais ao vedar as decisões que, por exemplo, contêm longos trechos doutrinários preliminares ou indicações laterais que não tratam diretamente do caso, mas que efetivamente decidem completamente todo o objeto do debate judicial. Com efeito, fosse esse o conteúdo reconstruído do dispositivo aqui defendido, a norma poderia ser considerada desmedida; contudo, outro é o sentido a que se refere com a decisão parcialmente genérica. Muito embora todo esse discurso lateral ao caso seja inoportuno⁷⁰⁸, não há fundamento jurídico para entendê-lo vedado. O que se rejeita, com o nome de decisão parcialmente genérica, é a decisão que em sua fundamentação não trata de todo o objeto que deveria ser examinado na decisão, mas apenas parte dele, e agrega elementos genéricos à decisão. Esse é o caso, por exemplo, de sentença que julga improcedente uma ação anulatória de multa administrativa ajuizada com três fundamentos jurídicos e justifica a sua decisão com a rejeição concreta de apenas dois deles, rejeitando o terceiro com afirmações no sentido de “inexistir as demais ilegalidades aventadas pelo autor”.

Quanto à R.8., também essa trata da vedação de fundamentações de decisões judiciais que negligenciem o direito ao contraditório das partes, entendido como direito de ter os seus argumentos examinados e justificados na decisão. A questão atinente a quais são os argumentos a respeito dos quais existe esse dever será examinada a seguir (§ 3.2.3, *infra*); no presente ponto, apenas se ressalta aquilo que parece fundamental a respeito dessa regra.

A norma reconstruída a partir do artigo 489, § 1º, inciso IV, veda as decisões cuja justificação se limita a adotar uma versão da causa, seja em seu aspecto fático, seja em seu aspecto normativo. Assim, é incorreta a decisão que decide pela comprovação de

⁷⁰⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, pp. 218-219.

determinado enunciado fático, justificando a sua decisão com base nas provas que suportam esse enunciado, e que nada diz a respeito das demais provas produzidas nos autos, que têm a potencialidade de infirmar a conclusão da decisão. Desse modo, além de justificar a acolhida das alegações vencedoras, deve justificar a rejeição de todas as demais alegações⁷⁰⁹.

Resta, agora, avançar sobre o tema, para identificar a função que o direito ao contraditório tem sobre o conteúdo da fundamentação das decisões judiciais e sobre a graduação da profundidade do discurso justificativo.

3.2.3. A extensão da fundamentação e as alegações das partes

Dizer que se deve considerar as manifestações das partes, aceitando-as ou as rejeitando na justificação da decisão judicial, sem mais nenhuma especificação, poderia redundar na impossibilidade prática da fundamentação das decisões judiciais ou na violação de normas que dispõem a respeito do tempo no processo. Faz-se necessário dar um novo passo no discurso, para que se entenda o que é que *deve* ser objeto de fundamentação, em respeito ao direito ao contraditório, entre tudo aquilo que as partes apresentam no processo.

Ao tratar da oposição de Embargos de Declaração para sanar a omissão na justificação das decisões judiciais, Alvaro de Oliveira e Mitidiero sustentam, sob a perspectiva do dever de diálogo judicial derivado do direito ao contraditório, que o juiz deve “examinar todas as proposições levantadas pelas partes capazes de, por si só, levarem à improcedência [*sic*, leia-se procedência] ou à improcedência do pedido formulado”⁷¹⁰.

Antes disso, Marinoni e Mitidiero, para tratar do mesmo problema, realizavam a distinção entre *fundamentos* e *argumentos* trazidos pelas partes e estipulavam que o

⁷⁰⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 137-163, 2008, pp. 150-152; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 222; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 304.

⁷¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume II, São Paulo: Atlas, 2012, p. 196.

direito ao contraditório implicaria na análise completa dos fundamentos das decisões; não dos argumentos. Segundo os autores, os “fundamentos constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência do pedido formulado” e os argumentos “são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos”⁷¹¹. E hoje, os dois juristas afirmam, acompanhados de Arenhart, que “o art. 489, §1º, IV, não visa a fazer com que o juiz rebata todo e qualquer argumento invocado pelas partes no processo” e que há o “dever de diálogo com a parte a respeito dos argumentos capazes de determinar por si só a procedência ou improcedência do pedido – ou de determinar por si só o conhecimento, não conhecimento, provimento ou desprovimento de um recurso”⁷¹².

Para uma visualização mais geral da tese é possível dizer que “fundamentos”, ou “argumentos capazes de determinar por si só” o resultado do julgamento, são os *elementos centrais*, os núcleos, da alegação das partes e os “argumentos”⁷¹³, ou “simples reforços”, são os *elementos que os orbitam*, para fins de corroboração⁷¹⁴. E, complementando, também se diz que *o juiz tem o dever de examinar, e justificar a procedência ou não, dos elementos centrais das alegações das partes, mas não os elementos que os orbitam*.

Essa distinção é de grande relevância; não obstante, é possível contribuir ainda mais para dar precisão à *função de meta-critério de correção* da fundamentação das decisões judiciais que é desempenhada pelo direito ao contraditório.

Dizer que “fundamentos” são os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência da ação e que por isso devem ser analisados é uma orientação que está no nível de justificação da estrutura lógica mínima da fundamentação da decisão judicial (a que se referiu acima por meio da reconstrução

⁷¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 419.

⁷¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

⁷¹³ É necessário ressaltar a diferença existente entre o conceito de “argumento” utilizado por Marinoni e Mitidiero no que toca a distinção entre “fundamentos” e “argumentos” e o conceito de argumento que até então foi utilizado na presente dissertação. Com efeito, para esses autores, “argumento” é utilizado para designar nada mais que a alegação da parte que não é um “fundamento”; tem um conteúdo apenas definido negativamente. Argumento, no sentido dado nesta dissertação, é toda aquela inferência não dedutiva entre proposições. Assim, para que não se caia em uma confusão terminológica, utiliza-se, aqui, o vocábulo com aspas (“argumento”) para designar o que esses autores se referem.

⁷¹⁴ Deve constar da fundamentação todos os “argumentos essenciais”, segundo GOTTWALD, Peter. Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. 98. Band, Heft 2, pp. 113-130, April/1985, p. 127.

silogística da decisão em duas premissas e em uma conclusão que decorre das premissas). Com efeito, nesse nível, a distinção entre “fundamentos” e “argumentos” mostra-se suficiente para o fim da determinação da extensão da fundamentação⁷¹⁵.

A estrutura básica da fundamentação representa a resposta jurisdicional a um determinado pedido e uma determinada causa de pedir, e nesse nível o contraditório se caracteriza pela manifestação das partes a favor de uma ou mais possíveis aplicações de normas e pelo dever do juiz de enfrentamento das manifestações das partes sobre a possibilidade de aplicação dessas normas. As partes podem alegar “fundamentos” e “argumentos”. Aqui, “fundamentos” correspondem a causas de pedir⁷¹⁶ do autor e defesas indiretas do réu, nas quais se incluem as defesas relativas à admissibilidade do exame de mérito⁷¹⁷ e as defesas que veiculam contraditórios⁷¹⁸.

E como o juiz deve julgar todas as ações⁷¹⁹ contidas no processo e todas os meios de defesa, sob pena de negativa do direito à prestação de tutela jurisdicional das partes⁷²⁰,

⁷¹⁵ O mesmo vale para a distinção atualizada entre dois tipos de “argumentos”.

⁷¹⁶ Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a causa de pedir é composta pelo fato (*causa remota*) e o fundamento jurídico (*causa próxima*): TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 127. Com relação aos seus elementos, reconhece-se a adoção da teoria da substanciação, segundo a qual a causa de pedir “é constituída pelo fato ou pelo conjunto de fatos concretos da vida social, juridicamente qualificáveis, a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 150). Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151. Para uma análise crítica atual, v. DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. A causa de pedir no Novo Código de Processo Civil: necessidade de superação do mito da substanciação em prol de uma nova compreensão da demanda no processo civil brasileiro, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Selecionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 31-64, 2015.

⁷¹⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 1 : Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 632 e 640-649; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 181.

⁷¹⁸ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 1 : Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 628-630; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 181.

⁷¹⁹ Ação entendida como partes, causa de pedir e pedido. A propósito, v. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 148; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182; e, amplamente, MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁷²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 348.

reconhece-se o *dever de que o juiz julgue (e justifique) cada um dos “fundamentos” alegados pelas partes*, tal como acima entendidos. Não há, todavia, o dever de o juiz se pronunciar a respeito dos “argumentos”, entendidos como meros *reforços retóricos* dos “fundamentos”. Voltando à imagem acima delineada: há o dever de julgar e de justificar os elementos centrais das alegações, não os elementos que o orbitam.

A importância dessa distinção é tendencialmente maior para os casos em que há uma pluralidade de causas de pedir relativas a um mesmo pedido. Nesses casos, existe uma pluralidade de ações ajuizadas em conjunto. E aqui, de forma semelhante à R.4., pode-se identificar uma regra para a relação entre as diferentes causas de pedir para um mesmo pedido:

R.9. Condição especial de suficiência do exame de causas de pedir: em havendo uma pluralidade de causas de pedir relacionadas ao mesmo pedido, ou o pedido é julgado procedente com base em uma das causas de pedir e não é necessário justificar a procedência ou improcedência do pedido com base nas demais causas de pedir, ou é necessário, para julgar improcedente o pedido, justificar essa conclusão com base em cada uma das causas de pedir⁷²¹.

Referida regra expressa um juízo normativo segundo o qual existe uma assimetria entre o pedido e as causas de pedir. Embora tanto o pedido quanto a causa de pedir componham o mérito do processo⁷²², é o primeiro que representa a tutela do direito objetivada pelo autor e o segundo é nada mais que o meio (o motivo, a causa) pelo qual o pedido é realizado⁷²³. Em cuidando de uma pluralidade de causas de pedir relativas a um mesmo pedido, reconhece-se que as causas de pedir foram apontadas para alcançar o pedido e, em havendo sido alcançado o pedido por meio de uma das causas de pedir, todas as demais perdem a sua função. Ainda, porque reconhecido que a pluralidade de causas de pedir representa uma pluralidade de ações em um mesmo processo, é possível dizer que uma vez julgado procedente o pedido com base em uma das causas de pedir, todas as demais ações passam a carecer de interesse processual (necessidade e

⁷²¹ A propósito, veja-se o parágrafo segundo do artigo 1.013 do Código de Processo Civil: “§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”.

⁷²² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Volume II*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

⁷²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 86 e ss..

utilidade)⁷²⁴. E é por esses motivos que, no caso de pluralidade de causas de pedir e de acolhimento de uma delas, não há violação ao artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil.

O mesmo juízo normativo existe no caso das decisões que acolhem um dos argumentos de defesa indireta do réu relativas à admissibilidade do julgamento de mérito, ou pontos sobre os quais o juiz pode se manifestar de ofício e que impossibilitam o exame de mérito⁷²⁵. É que, uma vez justificado o acolhimento de uma questão que impossibilita o exame de mérito, não há o que decidir ou justificar quanto a essa. Esse juízo normativo de contrariedade – que é requisito para que se estabeleça uma relação de prejudicialidade lógica e, via de consequência, para que se reconheça a justificação implícita da rejeição de uma determinada alegação – não está presente, todavia, entre a justificação de decisões a respeito de defesas diretas ou a respeito de defesas indiretas de mérito. Com isso se justifica a seguinte regra de correção da fundamentação das decisões judiciais:

R.10. Condição especial de suficiência do exame de causas de pedir: em havendo sido alegada defesa indireta relativa à admissibilidade do julgamento de mérito com relação a determinado pedido, ou levantada questão pelo juiz que em tese impossibilitaria o julgamento de mérito, ou os argumentos de defesa são acolhidos e o julgamento de improcedência do pedido é justificado com base nesse acolhimento, ou é necessário, além de justificar o não acolhimento da defesa indireta relativa à admissibilidade do julgamento, julgar o pedido do autor e justificar a conclusão chegada.

Quando se referiu acima a necessidade de se precisar a distinção entre “fundamentos” e “argumentos” realizada pela doutrina para distinguir aquilo sobre o que o juiz deve decidir e justificar daquilo sobre o que não há esse dever, referia-se à possibilidade de aplicação de um mesmo esquema de raciocínio (elementos centrais e orbitais) à justificação das premissas da estrutura lógica. Nesse ponto, a análise deixa de ser sobre a estrutura lógica da decisão judicial para ser sobre a justificação externa das premissas da decisão judicial. O que se sustenta é que também aquilo que é alegado pelas partes para persuadir o juiz a decidir por uma ou outra premissa normativa e premissa fática é composto por elementos centrais e por elementos que orbitam e pretendem apenas

⁷²⁴ Código de Processo Civil, artigo 485, inciso VI – “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

⁷²⁵ A lembrança é de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, pp. 117-124, 2004, p. 117.

corroborar os primeiros. Mas antes de tratar desse aspecto, é necessário desenvolver uma outra função do direito ao contraditório na justificação das premissas, que é a de determinar quando se deve justificar as premissas e quando não há esse dever.

A doutrina identificou o problema de que uma decisão judicial contém muitas decisões em si mesma⁷²⁶. Para aplicar uma norma de direito material, de um lado, *pressupõe-se* a aplicação de normas de direito processual relativas à competência, custas processuais, legitimação. Além disso, para a aplicação de uma norma jurídica específica, *pressupõe-se* que a norma seja o resultado de um processo interpretativo, que a norma reconstruída seja válida formal e materialmente. E ainda mais especificamente, para a retirada de uma norma a partir de um texto ou de um conjunto de textos é possível utilizar uma série numerosa de argumentos e de combinação de argumentos que podem indicar um ou vários sentidos entre os quais o intérprete, *pressupõe-se*, escolhe um determinado significado por alguma razão.

Para estabelecer a decisão sobre a qualificação dos fatos, de outro lado, *pressupõe-se* a reconstrução de uma regra de qualificação e a reconstrução de uma determinada circunstância fática. A primeira *pressupõe* uma determinada norma jurídica e uma decisão a respeito das circunstâncias qualificadoras determinadas na norma, enquanto que a segunda (a reconstrução da circunstância fática) *pressupõe* uma decisão a respeito da suficiência de corroboração da hipótese. Esse juízo é realizado sobre o conjunto de raciocínios indutivos sobre as provas produzidas no processo e que, por isso, são *pressupostos* à decisão.

Exigir-se que a decisão seja fundamentada em todos os seus aspectos – e os indicados acima são somente exemplificativos –, conforme já se apontou acima, iria implicar na perda da função prática do processo civil⁷²⁷. É necessário reconhecer, portanto, um *critério* que determine *quando é necessário* justificar determinadas questões e premissas da estrutura lógica da decisão judicial e *sob qual perspectiva* isso deve ser feito. Esse *meta-critério* é o direito ao contraditório⁷²⁸.

⁷²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 491.

⁷²⁷ A propósito, MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático, in: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1. REGIÃO. *IV Jornada de direito processual civil*. Brasília: Tribunal Regional Federal. 1. Região., pp. 67-88, 2015, pp. 76 e 82.

⁷²⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

Se as partes e o juiz não debateram a respeito da competência do juízo, da legitimidade das partes, da suficiência das custas processuais (questões processuais), isso não deverá ser objeto da fundamentação da decisão judicial. Se as partes e o juiz não debateram a respeito do sentido de um determinado dispositivo, havendo um efetivo consenso no processo a respeito da norma aplicável ao caso (premissa normativa), também não haverá fundamentação quanto a isso. Se não se debateu a respeito da validade da norma (premissa normativa), tampouco. Se as partes e o juiz não debateram a respeito da verdade dos fatos, restando incontrovertidos os fatos afirmados na inicial, ou da possível qualificação desses (premissa fática), também aí não haverá fundamentação judicial sobre esse aspecto.

Em face do conteúdo do direito ao contraditório, todavia, não se poderá pensar – a partir das afirmações acima – que o processo é *coisa apenas das partes*⁷²⁹, que a validade das normas ou o conteúdo dado aos dispositivos seria decidido a cada caso pelo comportamento das partes, privilegiando o *particularismo* jurídico. Tampouco se poderá contrapor o ponto aqui sustentado com a questão a respeito da *verdade negociada* no processo civil. É que o processo civil, entendido como *actum trium personarum*⁷³⁰, garante por meio do direito ao contraditório a possibilidade de qualquer uma das partes e também o juiz provocar o debate a respeito de questões e de premissas nos limites dados pelo formalismo processual.

Conforme lembrado por Gottwald, “de fato, o tribunal não está limitado às hipóteses jurídicas das partes, podendo introduzir, com o respeito ao direito à oitiva judicial, novas hipóteses normativas no processo”⁷³¹.

Se, voltando aos mesmos exemplos, não houve debate provocado pelas partes a respeito da competência absoluta do juízo, da legitimidade das partes, da suficiência das custas processuais, do sentido de um determinado dispositivo, da validade da norma, da verdade dos fatos afirmados na inicial, da regra de qualificação a ser adotada, então o juiz

⁷²⁹ Sobre o privatismo e o publicismo no processo civil, amplamente, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil, in: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6. ed.. Salvador: Jus Podivm, pp. 31-42, 2008; GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, v. 164, pp. 29-56, outubro/2008.

⁷³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

⁷³¹ GOTTWALD, Peter. Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. 98. Band, Heft 2, pp. 113-130, April/1985, p. 118.

poderá provocá-lo, nos limites do formalismo processual⁷³² e antes do julgamento, garantindo o direito ao contraditório prévio (Código de Processo Civil, artigos 9º e 10º)⁷³³ das partes sobre qualquer decisão.

No que toca à fundamentação das premissas das decisões judiciais e das demais questões, portanto, o que define a sua necessidade e a sua perspectiva é o debate processual realizado pelas partes e pelo juiz, independentemente de quem o provoca.

Justifica-se, nessa linha, a seguinte regra de fundamentação:

R.11. Condição geral de necessidade de fundamentação: somente aquilo que foi objeto do exercício do contraditório deve ser objeto da fundamentação da decisão judicial. A justificação externa das premissas deve ser realizada apenas nos casos em que a existência de suporte às premissas da decisão judicial foi objeto do direito ao contraditório e na medida do debate havido.

Realizada essa definição geral de o que deve ser justificado na decisão judicial e sob qual a perspectiva que isso deve ser feito, torna-se possível aproximar-se da justificação das premissas normativa e fática com aquele mesmo raciocínio que distingue os elementos centrais dos elementos que o orbitam nas alegações das partes. Os elementos centrais são os argumentos, cuja doutrina de justificação foi especificada no § 2.3.2, *supra*, e os elementos que orbitam – e que, portanto, não precisam ser objeto de justificação –, são os reforços retóricos apresentados pelas partes.

3.2.4. O direito ao contraditório e as premissas da justificação interna

⁷³² Ressalta-se a existência de outros limites, além do direito ao contraditório aqui examinado, em razão de institutos como a preclusão no processo civil, que impedem a provocação de determinados debates (como a preclusão do artigo 278 do Código de Processo Civil – “Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento”), ou da reserva para que determinados sujeitos processuais provoquem os debates (é o caso da competência relativa e da alegação de existência de cláusula de arbitragem, por exemplo, cuja provocação do debate é reservada às partes, conforme norma reconstruída a partir do artigo 337, § 5º, do Código de Processo Civil – “§ 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo”).

⁷³³ “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701”; “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Acima, referiu-se que a justificação interna da decisão judicial é aquela segundo a qual a conclusão decorre logicamente das premissas estabelecidas pelo aplicador do direito, independentemente da solidez dessas. Além disso, estabeleceu-se que a justificação interna representa a estrutura lógica mínima da decisão, reconstruída por meio de um silogismo dedutivo em que a premissa maior é a norma abstrata aplicável ao caso, a premissa menor é o enunciado a respeito da materialização concreta dos fatos operativos da norma (qualificação dos fatos particulares provados na classe de fatos da norma) e a conclusão é a norma jurídica concreta da decisão. Também se sustentou a distinção entre o texto, objeto da interpretação jurídica, e a norma, o seu resultado, destacando-se a complexidade do processo interpretativo, em que estão envolvidos elementos de conhecimento, valoração e escolha. Quanto ao direito ao contraditório como meta-critério de correção da fundamentação da decisão judicial, demonstrou-se que esse direito serve de medida para determinação do que deve ser objeto da justificação externa, ressaltando que o que não foi objeto de debate não deve ser justificado.

A presente seção desenvolve esse ponto, levando em conta o inciso I do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil⁷³⁴, com o fim de demonstrar que tipo de caso de fundamentação judicial não se enquadra na previsão do referido inciso e que, portanto, é suficientemente fundamentado.

Há casos em que não existe controvérsia a respeito da interpretação do texto normativo⁷³⁵. Autor, réu e juiz não debatem acerca do sentido a ser atribuído ao dispositivo, ou ao conjunto de dispositivos, centrando-se o debate judicial na determinação da ocorrência de determinadas *circunstâncias de fato* capazes de serem reconduzíveis à norma aplicável.

Pense-se, por exemplo, no caso em que Otávio ajuíza uma ação indenizatória contra Rafael, com fundamento na norma segundo a qual “aquele sujeito que causa dano à propriedade de outro, deve indenizar o valor do reparo”, reconstruída a partir dos artigos 927 e 186 do Código Civil⁷³⁶, e que Rafael não discute a respeito da validade e da vigência

⁷³⁴ “§ 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”.

⁷³⁵ GOTTWALD, Peter. Argumentation im Zivilprozeßrecht. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 93. Band, Heft 1, pp. 01-23, januar/1980, p. 5.

⁷³⁶ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”; e “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

da norma indicada por Otávio, que tampouco é colocada em dúvida pelo magistrado, mas tão somente a ocorrência do fato descrito na inicial. Nesse caso, a fundamentação de eventual sentença de procedência não necessita apresentar a justificativa externa da norma abstrata aplicada ao caso.

Outros casos semelhantes ocorrem com grande frequência no que diz respeito à aplicação de normas jurídicas processuais no decorrer de processos. Fosse o juiz obrigado a justificar externamente todas suas decisões judiciais, a cada uma de suas decisões ele haveria de reconstruir uma numerosa pluralidade de normas processuais, a respeito das quais não há controvérsia no caso concreto.

Muito embora toda interpretação possa ser discutida, convertendo-se casos claros em casos duvidosos⁷³⁷, segundo o contexto do caso pode haver consenso entre os participantes do diálogo processual a respeito da correção de uma determinada interpretação. Nesse caso, a norma jurídica aplicável ao caso é tomada como pressuposto para as partes e para o juiz no debate⁷³⁸ e, em razão disso, não precisa ser justificada externamente. Já há aceitação da norma pelas partes.

A decisão fundamentada tão somente internamente, sem a justificativa externa de sua premissa normativa, não viola a norma reconstruída a partir do inciso I do § 1º do artigo 489 em casos em que não se discute qual a norma aplicável, reconstruída de determinado dispositivo normativo. É que, segundo essa norma, é incorreta a fundamentação que, em sua reconstrução silogística, utiliza como premissa maior um determinado *dispositivo textual*. Com efeito, a decisão que se limita a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, confunde o discurso das fontes do direito com o discurso das normas jurídicas⁷³⁹; não sendo esse o caso, contudo, de uma decisão que aplica uma norma jurídica incontroversa sem justificar a sua reconstrução.

3.2.5. A justificação externa da decisão na aplicação da lei

⁷³⁷ BARBERIS, Mauro. Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 55-69, janeiro-junho/2013, p. 63.

⁷³⁸ HORAK, Franz. Zur rechtstheoretischen Problematik der juristischen Begründung von Entscheidungen, in: SPRUNG, Rainer; KÖNIG, Bernhard. *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten*. Wien: Springer, pp. 1-26, 1974, p. 9.

⁷³⁹ Por todos, GUASTINI, Riccardo. Disposizione vs. Norma, in: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI (GENOVA). Facoltà di Giurisprudenza. *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, v. II, pp. 235-251, Milano: Giuffrè, 1990.

Os incisos I e II do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil⁷⁴⁰ dão pistas de determinada posição metodológica a favor de uma teoria da jurisdição reconstrutiva do ordenamento jurídico, que reconhece a distinção entre texto e norma e o papel da *argumentação jurídica no caminho do texto à norma*⁷⁴¹ e na *especificação das normas abstratas gerais em normas abstratas menos gerais*. Referidos incisos dão aso à reconstrução de normas segundo as quais a fundamentação das decisões judiciais deve expor a justificação externa das normas aplicadas ao caso concreto, seja para que se avalie juridicamente a reconstrução normativa a partir dos textos jurídicos, seja para que se avalie a especificação de sentido de uma norma geral.

Quanto à hipótese da vedação à utilização de textos de atos normativos como se fossem normas jurídicas (artigo 489, § 1º, inciso I), ressaltou-se, no § 3.2.5, que esse *não é o caso* da justificação tão somente interna da aplicação de normas jurídicas. O que está vedado é a justificação com *salto argumentativo entre o texto e a conclusão do caso*, o que é examinado na presente seção. Com relação à segunda hipótese (artigo 489, § 1º, inciso II), o critério de controle é aquele segundo o qual, caso a norma jurídica resultado da interpretação contenha conceitos jurídicos indeterminados, então o juiz deverá justificar o processo de especificação da norma geral abstrata em uma norma geral aplicável, que servirá de premissa normativa da justificação interna da decisão judicial. Veda-se, aqui, o *salto argumentativo ou lógico dedutivo entre uma norma vaga e a conclusão do caso*⁷⁴².

⁷⁴⁰ “§ 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”.

⁷⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 116-118.

⁷⁴² O caso típico de normas vagas é o das normas com conceitos jurídicos indeterminados. A respeito dessas, é pacífico na doutrina que a aplicação dessas normas exige uma fundamentação externa da decisão judicial, cfr., por exemplo, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, pp. 111-125, out.-dez/1978, pp. 116-122; BERNHARD, Angelika. *Die Entscheidungsbegründung im schweizerischen zivilgerichtlichen Verfahren*. Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, 1983, p. 28; MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 85-99, 2012, p. 90.

Essa exigência de justificação externa, cujo conteúdo deve ser objeto de debate entre partes e juiz, possibilita o estabelecimento do seguinte critério de correção da fundamentação das decisões judiciais:

R.12. Condição especial de justificação externa (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, incisos I e II): em estando em discussão a norma jurídica aplicável ao caso, em razão de divergências interpretativas do dispositivo e/ou de divergências na especificação de normas com vagueza semântica, há o dever de o magistrado justificar externamente o raciocínio que suporta a norma jurídica selecionada como norma de aplicação ao caso.

Questões que restam ser resolvida é aquela a respeito de *qual* deve ser o objeto de justificação externa e a de *qual a medida* dessa fundamentação.

Segundo o modelo geral de estipulação do objeto de fundamentação por meio do direito ao contraditório, a decisão judicial deve justificar os elementos centrais do debate, não havendo necessidade de tratar dos elementos que os orbitam. Dessa forma, antes de mais nada, deve-se estabelecer *quais são os elementos centrais* da argumentação que devem ser objeto de justificação externa da premissa normativa da decisão judicial.

A justificação externa da reconstrução de determinada norma jurídica deve ser passível de reconstrução lógica por meio de um silogismo entre um enunciado prescritivo do uso de uma diretiva interpretativa primária, como premissa maior, e o material argumentativo utilizado, como premissa menor (§ 3.1.2). Essa reconstrução permitirá a identificação da correção lógica da decisão interpretativa. No que toca à correção material, utiliza-se como critério para identificar a correção ou a incorreção da decisão interpretativa o *instrumento do Código Hermenêutico incorporado no discurso justificativo* e o objeto da diretiva interpretativa selecionada, que é o *material argumentativo*.

Segundo o modelo do Código Hermenêutico, a decisão interpretativa é o resultado da aplicação de uma diretiva interpretativa primária sobre o dispositivo, que determina a realização de uma determinada operação interpretativa. A escolha a favor de determinada diretiva interpretativa primária, contudo, é determinada pela diretiva interpretativa secundária, que é orientada segundo a diretiva interpretativa terciária. As diretivas primárias, secundárias e terciárias devem constar da justificação externa da

premissa normativa para que se possa avalia-la segundo os parâmetros de uma correta argumentação interpretativa⁷⁴³.

E, para que, a partir de uma determinada diretiva interpretativa primária, seja possível justificar um determinado resultado da interpretação jurídica, deve constar da fundamentação da decisão judicial o material argumentativo utilizado na interpretação. Esses materiais são os elementos com que a utilização concreta de uma diretiva interpretativa é possível e podem ser de diferentes tipos e naturezas⁷⁴⁴. Um exemplo de material que deve ser utilizado para argumentação com base na diretiva primária genético-psicológica é o dos registros das discussões legislativas ou das propostas parlamentares, sem o qual não se pode aferir a correção da aplicação da diretiva referida.

A decisão judicial cuja justificação externa de uma premissa normativa é realizada sem que seja possível identificar nela os *três níveis de diretivas interpretativas* envolvidas no processo de interpretação é incompleta e incorreta para o contexto do processo. É que, partindo do pressuposto de que somente haverá justificação externa quando houver divergência interpretativa – em que se sustenta, de um lado, a utilização de determinada diretiva interpretativa primária e, de outro lado, a utilização de outra diretiva interpretativa primária –, o juiz deve decidir a respeito de qual das duas diretivas deve ser aplicada ao caso. Ocorre que essa decisão somente pode ser feita e justificada racionalmente por meio do reconhecimento de que somente uma das diretivas em jogo pode ser utilizada, ou de que uma delas deve preferir a outra, *i.e.*, por meio da aplicação das diretivas secundárias. Essas, por sua vez, são imediatamente determinadas pelas diretivas terciárias⁷⁴⁵. De outro lado, para que se possa justificar o resultado do uso das diretivas corretamente, também deverá ser explicitado o *material argumentativo* com base no qual se afirma que o uso da diretiva interpretativa conduz ao significado decidido; caso contrário, faltará a premissa menor do uso da argumentação no caso concreto (o que por si só é uma incorreção lógica) e a correção substancial da decisão interpretativa será inviabilizada.

⁷⁴³ O modelo foi amplamente demonstrado em § 2.3.2, b).

⁷⁴⁴ Vide, também, § 2.3.2, b).

⁷⁴⁵ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 100-102 e 121-122.

Assim, por exemplo, para se justificar a interpretação do artigo 1º da Lei nº 8.899/1994⁷⁴⁶ no sentido de que o benefício do passe-livre *não se aplica para o caso de transporte aéreo*, em um *contexto processual* em que uma parte defende a utilização de uma *diretiva primária psicológica-funcional atualizada*⁷⁴⁷ e outra parte sustenta a utilização de uma *diretiva primária literal-especialista sistemática*⁷⁴⁸, o juiz deverá justificar a escolha pela diretiva literal-especialista sistemática. Ao dar *preferência* a essa diretiva, o juiz deverá justificar a sua escolha com base, por exemplo, em uma *diretiva secundária de prioridade absoluta*, segundo a qual “uma diretiva literal deve prevalecer sobre uma diretiva psicológica”, o que é fundado em uma *diretiva terciária* decorrente do Princípio do Estado de Direito, segundo a qual “a interpretação deve privilegiar as diretivas primárias e secundárias que assegurem a maior recondutibilidade do resultado ao ordenamento jurídico”⁷⁴⁹. O *material argumentativo* para a utilização da diretiva primária selecionada e justificada seria, por exemplo, dispositivos de outras fontes normativas que utilizem a expressão do dispositivo interpretando (“transporte coletivo interestadual”) e aos quais *não seja possível atribuir o significado de transporte aéreo* a ele.

A justificação externa da norma aplicável ao caso, de que depende a correção da fundamentação das decisões judiciais, é realizada por meio da análise do conjunto desses elementos, que correspondem aos elementos centrais da alegação das partes; o que estiver fora disso não é um dos elementos centrais das alegações a apenas as orbita. São exemplos desse tipo de alegação orbital, a respeito da qual não existe dever de fundamentação, os reforços retóricos e as falácias.

O direito ao contraditório, em sua função de meta-critério, também modula a fundamentação externa da premissa maior da decisão judicial. Em razão de o debate processual ter seu foco na disputa de sentido a ser atribuído a determinado dispositivo, ou

⁷⁴⁶ “Art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual”.

⁷⁴⁷ “A um dispositivo se deve atribuir o significado sugerido do escopo que o legislador atual haveria desejado perseguir mediante tal dispositivo se houvesse produzido, no aqui e agora de sua aplicação”, cfr. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 88.

⁷⁴⁸ Segundo essa diretiva, “a um dispositivo se deve atribuir o significado que resulte do uso especialista jurídico das palavras e das regras gramaticais da língua natural em que formulada e que não provoque contradições no contexto de um conjunto de fontes normativas”. Referida diretiva foi construída a partir de CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 91 e ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de direito Tributário*, n. 79, pp. 163-183, 2001, p. 169.

⁷⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de direito Tributário*, n. 79, pp. 163-183, 2001, pp. 178-181.

conjunto de dispositivos, é por meio dele que se deve selecionar quais as diretivas primárias envolvidas nessa disputa e que serão objeto de escolha. São somente aquelas que são debatidas pelas partes que devem ser objeto de decisão interpretativa e, via de consequência, de justificação, sob pena de ser proferida *decisão-surpresa* quanto à apreciação do direito.

É possível, a partir disso, construir a seguinte regra a respeito do conteúdo da fundamentação das decisões judiciais:

R.13. Condição especial de justificação externa (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, inciso I): em estando em discussão a norma jurídica aplicável ao caso, em razão de divergências interpretativas do dispositivo, a justificação externa da decisão interpretativa deve explicitar o conjunto de elementos a favor da escolha realizada entre as diretivas interpretativas debatidas pelas partes.

No caso de especificação de uma norma abstrata mais particular a partir de uma norma abstrata mais geral, a justificação externa também deve ser realizada, também se questionando a respeito de *qual* deve ser o objeto de justificação externa e a de *qual a medida* dessa fundamentação.

Aqui, a escolha do aplicador do direito pela norma aplicável ao caso se inicia partir da norma jurídica, que pode ser uma regra de alto grau de vagueza, como as denominadas normas com conceitos jurídicos indeterminados, ou um princípio. Em sendo uma *regra*, há casos em que a especificação se faz por meio da *argumentação interpretativa*, razão pela o que foi dito acima sobre a justificação externa do caminho entre o texto e a norma se aplica ao caso da justificação da norma abstrata mais geral à norma abstrata menos geral. Contudo, é possível que uma *regra* seja especificada por meio de um processo de *dedução* anterior à estrutura lógica mínima da fundamentação. Nesse caso, a justificação externa é realizada por meio de uma justificação lógica na qual são inseridas premissas que possibilitam a justificação até a conclusão⁷⁵⁰, o que não retira

⁷⁵⁰ É exemplo de uma especificação dedutiva, o seguinte raciocínio de Chiassoni (CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giurfrè, 1999, pp. 159-160):

Silogismo normativo de terceiro grau: Premissa maior, os contratos contrários a normas imperativas são nulos; Premissa menor, os contratos sacrílegos são contratos contrários a normas imperativas; Conclusão, os contratos sacrílegos são nulos.

Silogismo normativo de segundo grau: Premissa maior, os contratos sacrílegos são nulos; Premissa menor, os contratos firmados aos domingos são contratos sacrílegos; Conclusão, os contratos conclusos aos domingos são nulos.

a possibilidade de, segundo o debate existente no contexto processual concreto, haver de se justificar externamente as premissas utilizadas na especificação dedutiva. Em se tratando da especificação de uma *norma-princípio*, a justificação da especificação de uma regra a partir desse princípio será feita por meio da demonstração da correlação entre os efeitos da regra e o estado ideal de coisas⁷⁵¹.

A justificação externa da especificação da norma aplicável ao caso, de que depende a correção da fundamentação das decisões judiciais, é realizada por meio da explicitação: do conjunto dos elementos necessários para o uso de determinado Código Hermenêutico, no caso de especificação argumentativa; das premissas a partir das quais se justifica dedutivamente a norma aplicável, no caso de especificação dedutiva, que pode ser combinada da explicitação de determinado Código Hermenêutico no que diz respeito à justificação das premissas dessa especificação dedutiva; do estado ideal de coisas reconstruído a partir do princípio e dos efeitos da regra objeto de justificação. Esses correspondem aos elementos centrais da alegação das partes; o que estiver fora disso não é um dos elementos centrais das alegações a apenas as orbita. São exemplos desse tipo de alegação orbital, a respeito da qual não existe dever de fundamentação, os reforços retóricos e as falácias.

O direito ao contraditório, mais uma vez, funciona como meta-critério que estipula a medida de justificação externa da especificação por meio da qual se dá suporte à norma jurídica aplicável ao caso, de modo que não seja proferida *decisão-surpresa* na apreciação do direito. Na especificação argumentativa, vale o já referido a respeito da argumentação interpretativa. No caso de especificação dedutiva, o direito ao contraditório serve de medida à justificação externa que, a depender do debate processual, poderá ser somente sobre a justificação lógica da dedução da norma aplicável ao caso, ou também sobre a justificação argumentativa de uma ou mais premissas utilizadas nessa justificação lógica. Na especificação de regras a partir de princípios, o objeto de debate judicial representado pelo contraditório modula quais as possíveis regras a respeito das quais haverá decisão judicial.

Silogismo normativo de primeiro grau (decisional): Premissa maior: os contratos concluídos aos domingos são nulos; Premissa menor: o contrato entre Dulcinea Neri e Astianatte Bianchi é um contrato celebrado no domingo; Conclusão, o contrato entre Dulcinea Neri e Astianatte Bianchi é nulo.

⁷⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 95-102.

Tem-se a seguinte regra a respeito do conteúdo da fundamentação das decisões judiciais:

R.14. Condição especial de justificação externa (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, inciso I): em estando em discussão a norma jurídica aplicável ao caso, em razão de divergências na especificação de normas com vagueza semântica, a justificação externa da decisão de especificação deve explicitar o conjunto de elementos que suportam a escolha realizada entre as diferentes regras e que foram debatidas pelas partes.

3.2.6. A extensão da fundamentação na aplicação de precedentes

Da mesma forma que o § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil dispõe de dois incisos sobre a reconstrução de normas que tratam da justificação externa relativa à premissa normativa da estrutura lógica mínima da fundamentação judicial realizada *a partir da lei*, estão previstos outros dois incisos sobre a justificação externa relativa a que se pode chamar de *direito judiciário* (incisos V e VI)⁷⁵². As normas reconstruídas a partir desses dois últimos dispositivos tratam do problema da fundamentação inadequada de decisões judiciais tomadas com base em precedentes, enunciados de súmula ou jurisprudência.

Ainda que a interpretação dada pela doutrina processual⁷⁵³ ao Código de Processo Civil, quando trata de precedentes, enunciados de súmula ou jurisprudência (em

⁷⁵² “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) 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”.

⁷⁵³ O rico debate a respeito do “sistema de precedentes” (*lato sensu*) no Brasil, que já se formava antes mesmo do novo Código de Processo Civil, foi aumentado a partir da plural variação de conceitos utilizadas no código e de uma também plural atribuição de sentidos que são a esses. A propósito do tema, amplamente e para maiores referências, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 39, v. 235, pp. 293-350, setembro/2014; MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, ano 4, v. 245, pp. 333-349, julho/2015; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 441-511; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 332-339; SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Selecionada : v. 2 : Processo*

especial, o artigo 926⁷⁵⁴ e o artigo 927⁷⁵⁵) esteja longe de ser uniforme, o que importa para a presente dissertação não é o estabelecimento desse sistema de precedentes brasileiro. Importa, sim, a outorga de sentido ao disposto no § 1º do artigo 489 a respeito do critério de correção da fundamentação externa das decisões judiciais que são tomadas com base em precedentes⁷⁵⁶, enunciados de súmulas⁷⁵⁷ e jurisprudência⁷⁵⁸. Seja qual for a posição adotada pelo intérprete, a aplicação dos critérios de correção da fundamentação das decisões judiciais, com base nessas espécies de direito judicial, não é afastada.

A decisão de casos com base em orientações judiciais pretéritas sobre casos semelhantes ou sobre a mesma questão jurídica relevante é feita com base nos *fundamentos determinantes* com os quais se justificou a conclusão pretérita⁷⁵⁹. Aplicar

de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. Salvador: JusPodivm, pp. 816-848, 2015, pp. 819-823.

⁷⁵⁴ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

⁷⁵⁵ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

⁷⁵⁶ Para o fim do presente trabalho, utilizar-se-á um conceito amplo de “precedentes”, entendendo como tais não apenas os fundamentos determinantes das decisões arroladas no artigo 927, como também os fundamentos determinantes de quaisquer outras decisões dos tribunais. Essa escolha é realizada tão somente em razão da aplicabilidade da doutrina de fundamentação aqui sustentada tanto a um posicionamento mais restritivo do conceito de precedente quanto a um posicionamento amplo.

⁷⁵⁷ Os “enunciados de súmula” são entendidos tanto como sendo aqueles enunciados de súmula a que se refere o artigo 103-A da Constituição Federal e o artigo 927, inciso II, do Código de Processo Civil, como os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a que se refere o artigo 927, inciso IV, do Código de Processo Civil, e mesmo os enunciados de súmula dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais a que se refere o artigo 926, § 1º, do Código de Processo Civil. Essa escolha também é realizada em razão da aplicabilidade da doutrina de fundamentação aqui sustentada tanto a um posicionamento que se refira a um grupo mais restrito de enunciados de súmula quanto a um grupo mais amplo.

⁷⁵⁸ Nesse trabalho, utiliza-se um conceito amplo de “jurisprudência”, para designar um conjunto de decisões reiteradas em um mesmo sentido.

⁷⁵⁹ “O que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as *razões* constantes da sua *justificação*, as quais devem ainda ser lidas a partir do *caso* exposto no seu *relatório*” (MARINONI, Luiz Guilherme;

esses fundamentos a um caso concreto requer que exista uma correspondência às circunstâncias fático-jurídicas do caso que está sendo julgado. Assim, a justificação da decisão judicial que aplica esses fundamentos determinantes tem uma peculiaridade própria – que não diz respeito à justificação interna, mas sim à externa.

Isso, porque esses fundamentos determinantes, que são chamados de *ratio decidendi*, podem ser reconstruídos pelo intérprete por meio de diferentes teorias, conforme já se indicou na seção § 2.2.2. Ao final desse processo de interpretação da decisão pretérita, haverá uma regra cuja aplicabilidade ao caso será examinada. Daí porque a justificação da decisão que aplica esses fundamentos deverá ser feita sobre o processo de determinação da *ratio decidendi* pelo intérprete e o processo de enquadramento do caso concreto nas circunstâncias relevantes da regra aplicável. Essa justificação respeita a mesma estrutura lógica mínima de fundamentação de qualquer outra decisão judicial.

Uma decisão que apresenta apenas justificação interna com base em uma regra retirada de um precedente não é vedada pelo artigo 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil, se não houve *debate judicial* a respeito da correta ou incorreta *reconstrução* da *ratio decidendi*, ou da *aplicabilidade* da regra ao caso concreto. Aqui, vale o mesmo demonstrado no § 3.2.4, aplicando-se a R.11. também na hipótese de aplicação de normas decorrentes de precedentes.

Veja-se, por exemplo, o caso em que o autor ajuizou uma ação com fundamento em orientação do Supremo Tribunal de Federal firmada em julgamento de Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, no sentido da inconstitucionalidade de uma determinada contribuição para custeio da seguridade social, e que em razão disso a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, representando a União Federal – sujeito ativo do tributo em questão, administrado pela Receita Federal –, esteja autorizada a não oferecer contestação (artigo 19, inciso IV, da Lei nº 10.522/2002), que concretamente não é oferecida no caso. Ao fundamentar a decisão desse caso, entendendo ser aplicável a orientação firmada em Recurso Extraordinário ao caso concreto, a decisão poderá ter apenas justificação interna, já que não houve debate a respeito da justificação externa da regra, decorrente do precedente aplicável ao caso.

ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 613).

Contudo, o objeto dos incisos V e VI é outro: trata de quando não há consenso a respeito da determinação do conteúdo da *ratio decidendi* ou de sua aplicabilidade ao caso concreto, motivo pelo qual a justificação externa das premissas deve ser realizada. A norma reconstruída a partir do primeiro inciso referido diz respeito à correta fundamentação da determinação do conteúdo da *ratio decidendi* e da demonstração da aplicação ao caso concreto; a norma reconstruída a partir do segundo inciso diz respeito à necessidade de fundamentar a decisão que, após identificação dos fundamentos determinantes do direito judicial, deixa de aplica-los ao caso por distinção ou superação.

Analisando o tema sob a perspectiva do direito ao contraditório, além de excluir os casos em que a justificação externa das premissas não é necessária, e de determinar os casos em que é necessária (artigo 489, § 1º, inciso V), o contraditório exige que, para se realizar a *distinção* ou para se justificar a *superação* (artigo 489, § 1º, inciso VI), tenha havido debate das partes a respeito. De um lado, sempre que estiver em discussão a justificação externa da regra, e a sua aplicação ao caso concreto, já está em debate a possibilidade de realizar uma distinção entre o caso do direito judicial e o caso concreto. Trata-se do outro lado da moeda da justificação externa da regra.

Se o julgador identifica que o direito judicial alegado foi superado pelo órgão prolator da decisão interpretanda, e esta questão da superação não foi objeto de debate entre as partes, o juiz somente só poderá julgar nesse sentido após provocá-las a respeito⁷⁶⁰ – ainda que o objeto da discussão consista na existência ou não de direito judicial aplicável ao caso – evitando-se, assim, uma decisão-surpresa com relação à apreciação normativa do caso. Essa situação também se encontra abrangida pela R. 11.

⁷⁶⁰ Recorde-se a afirmação da doutrina a respeito da vinculação do direito ao contraditório também no debate acerca da identificação do direito judicial aplicável: “Isso quer dizer que há o *dever de debater previamente* a aplicação de um precedente a um dado caso concreto – acaso não tenha sido ainda debatido pelas partes no processo – e que há *dever de identificação precisa da identidade ou semelhança* entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 614).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da presente dissertação, falou-se que o escopo geral da pesquisa foi o de *delinear critérios de correção da fundamentação de uma decisão judicial, de modo a fornecer à prática judiciária instrumentos para a compreensão do dever de fundamentação, seu desempenho e controle*. De modo a se atingir o escopo geral, a dissertação reconheceu como seu objeto a *construção argumentativa de uma doutrina de fundamentação das decisões judiciais*.

Ao fim do trabalho, quer parecer haver sido cumprido o objeto da dissertação. Além disso, quer parecer ter havido se realizado a previsão de que o cumprimento do objeto levaria ao preenchimento do escopo geral da dissertação. Foi particularmente no último capítulo da dissertação que se atingiu diretamente o escopo geral da pesquisa, demonstrando-se os critérios de correção da fundamentação das decisões judiciais, fundados em uma doutrina de fundamentação, capazes de serem utilizados na prática judiciária.

Antes desse capítulo, no entanto, foram traçados passos importantes para se atingir esses critérios.

No primeiro capítulo da dissertação (§ 1), demonstrou-se a distinção entre os processos de decisão e os processos de prolação de razões a favor da decisão. A distinção utilizada por grande parte dos teóricos do direito hoje, distinção entre *contexto de decisão* e *contexto de justificação*, foi reconstruída a partir desde as origens na ciência da epistemologia até a importação para o âmbito do direito. Diante do fato de que se estudou a natureza de um *ente linguístico* (e não de um procedimento), que poderia ser denominado motivação ou fundamentação das decisões judiciais, reconheceu-se valor em uma segunda distinção, realizada sobre o resultado do contexto de justificação. Distinguiu-se as *razões explicativas* das *razões justificativas*, indicando a possibilidade de se pretender vincular o discurso das razões a favor de uma decisão judicial em qualquer uma das duas razões. Antes de prosseguir, a dissertação tratou da relevância do contexto de decisão no processo civil, destacando a influência do formalismo processual no procedimento decisório.

No capítulo seguinte (§ 2), preencheu-se o objeto da dissertação, ao estabelecer uma *doutrina de fundamentação das decisões judiciais*. Para que essa doutrina fosse adequada, fixou-se que as razões das decisões judiciais devem desempenhar uma *função de controle* das decisões no fenômeno do processo civil. Com base nisso, a questão sobre o tipo de razões que devem constar da decisão judicial (o dilema entre *motivação*, por meio de *razões explicativas*, ou *fundamentação*, com *razões justificativas*), foi resolvido, sustentando-se que somente um *discurso justificativo* é capaz de cumprir a função das razões das decisões judiciais. Antes de prosseguir, ainda, destacou-se que uma determinada doutrina de fundamentação, particularmente difundida, segundo a qual a decisão deve ser fundamentada tão somente de forma lógica é incompleta diante de inúmeros fatores que ficam injustificados e sobre os quais a função de controle não poderia ser exercida. Chegou-se ao momento de construir uma *doutrina de justificação* da decisão que levasse em conta a complexidade da *atividade jurisdicional* (que envolve valorações e escolhas), a qual deve ser objeto de justificação para que se permita efetivamente o seu controle. Adotou-se, portanto, uma determinada *teoria da jurisdição* capaz de representar toda essa complexidade.

Estabelecido que a fundamentação das decisões judiciais *deve ser* um discurso justificativo, que permita o controle sobre a atividade jurisdicional, inclusive sobre aquelas escolhas discricionárias, procurou-se por um parâmetro de controle: uma *racionalidade* à fundamentação das decisões judiciais. A racionalidade indicada escolhida para esse fim foi aquela de racionalidade prática que reconhece, no direito, parâmetros substanciais de controle. Essa racionalidade, no que toca a fundamentação das decisões judiciais, se desdobra em racionalidades lógico-dedutiva, argumentativa interpretativa, argumentativa probatória e processual. A partir disso, sustentou-se, é possível falar em *fundamentação correta*, ou *incorreta*, segundo os parâmetros de controle da racionalidade.

Realizado o objeto de construção argumentativa de uma doutrina de fundamentação das decisões judiciais, no último capítulo da dissertação (§ 3), demonstrou-se que esse objeto é um meio adequado para o atingimento do escopo geral, qual seja, o de delinear critérios de correção. Assim, a partir das bases da doutrina de fundamentação lógico-argumentativa, reconheceu-se os *critérios estruturais* de correção, decorrentes do emprego do raciocínio lógico-dedutivo no discurso justificativo, e os *critérios materiais*, alinhados à correção argumentativa da decisão. Quanto aos critérios

estruturais, demonstrou-se que para uma fundamentação ser correta, deve ser possível reconstruir um *silogismo dedutivo* que justifique a decisão a partir das premissas adotadas. Denominou-se esse silogismo dedutivo de *estrutura lógica mínima* da fundamentação das decisões judiciais; mínima, porque se reconhece que as justificativas das premissas daquele silogismo também devem ser passíveis de reconstrução lógica-dedutiva. Quanto aos fatores argumentativos, reconheceu-se os *critérios materiais* de correção da fundamentação da decisão judicial, que podem ser os mais diversos. A abordagem realizada na referida seção da dissertação levou em conta tão somente a perspectiva do *direito ao contraditório*.

Dado ao fim eminentemente prático da análise no terceiro capítulo da dissertação, procurou-se sintetizar os critérios analisados na dissertação, que certamente não são exaustivos, em algumas regras, eu se compila abaixo:

R.1. Condição geral de racionalidade lógica: a conclusão da justificação deve decorrer das premissas.

R.2. Condição geral de racionalidade lógica: a estrutura da justificação da decisão judicial não pode conter contradições internas, mesmo com relação a diferentes assertivas (de fato e de direito) e suas justificativas externas.

R.3. Condição geral de racionalidade lógica: a premissa maior do raciocínio justificativo deve ser abstrata e universal e a premissa menor deve ser concreta e particular.

R.4. Condição especial de dependência ou de mera compatibilidade entre questões prejudiciais e dependente: em havendo relação de prejudicialidade lógica entre diferentes questões que são decididas, ou a questão prejudicial é julgada procedente e com isso se justifica a qualificação da questão dependente como prejudicada, ou a questão prejudicial é julgada improcedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões das questões.

R.5. Condição especial de dependência ou de mera compatibilidade na cumulação de pedidos: (a.) em havendo cumulação simples de pedidos, há, apenas, o dever de compatibilidade entre as justificativas das decisões dos dois pedidos; (b.) em havendo cumulação sucessiva de pedidos, ou o primeiro pedido é julgado improcedente e com isso se justifica a qualificação do segundo pedido como prejudicado, ou o primeiro pedido é

julgado procedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos; (c.) em havendo cumulação alternativa de pedidos, ou um dos pedidos é julgado procedente e com isso se justifica a qualificação do outro pedido como prejudicado, ou os dois pedidos são independentemente julgados improcedentes e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos; (d.) em havendo cumulação subsidiária de pedidos, ou o primeiro pedido é julgado procedente e com isso se justifica a qualificação do segundo pedido como prejudicado, ou o primeiro pedido é julgado improcedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos.

R.6. Condição especial de completude da justificação externa: quando oferecida justificação externa à decisão judicial, deve ser completa a exposição da justificação lógica.

R.7. Condição geral de respeito ao contraditório (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, inciso III): a fundamentação deve guardar relação de correspondência às particularidades do caso, sendo vedada a decisão justificada de modo total ou parcialmente genérico.

R.8. Condição geral de respeito ao contraditório (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, inciso IV): a fundamentação deve enfrentar todos os argumentos que, em tese, seriam capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão.

R.9. Condição especial de suficiência do exame de causas de pedir: em havendo uma pluralidade de causas de pedir relacionadas ao mesmo pedido, ou o pedido é julgado procedente com base em uma das causas de pedir e não é necessário justificar a procedência ou improcedência do pedido com base nas demais causas de pedir, ou é necessário, para julgar improcedente o pedido, justificar essa conclusão com base em cada uma das causas de pedir.

R.10. Condição especial de suficiência do exame de causas de pedir: em havendo sido alegada defesa indireta relativa à admissibilidade do julgamento de mérito com relação a determinado pedido, ou levantada questão pelo juiz que em tese impossibilitaria o julgamento de mérito, ou os argumentos de defesa são acolhidos e o julgamento de improcedência do pedido é justificado com base nesse acolhimento, ou é necessário, além de justificar o não acolhimento da defesa indireta relativa à admissibilidade do julgamento, julgar o pedido do autor e justificar a conclusão chegada.

R.11. Condição geral de necessidade de fundamentação: somente aquilo que foi objeto do exercício do contraditório deve ser objeto da fundamentação da decisão judicial. A justificação externa das premissas deve ser realizada apenas nos casos em que a existência de suporte às premissas da decisão judicial foi objeto do direito ao contraditório e na medida do debate havido.

R.12. Condição especial de justificação externa (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, incisos I e II): em estando em discussão a norma jurídica aplicável ao caso, em razão de divergências interpretativas do dispositivo e/ou de divergências na especificação de normas com vagueza semântica, há o dever de o magistrado justificar externamente o raciocínio que suporta a norma jurídica selecionada como norma de aplicação ao caso.

R.13. Condição especial de justificação externa (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, inciso I): em estando em discussão a norma jurídica aplicável ao caso, em razão de divergências interpretativas do dispositivo, a justificação externa da decisão interpretativa deve explicitar o conjunto de elementos a favor da escolha realizada entre as diretrizes interpretativas debatidas pelas partes.

R.14. Condição especial de justificação externa (Código de Processo Civil, artigo 489, § 1º, inciso I): em estando em discussão a norma jurídica aplicável ao caso, em razão de divergências na especificação de normas com vagueza semântica, a justificação externa da decisão de especificação deve explicitar o conjunto de elementos que suportam a escolha realizada entre as diferentes regras e que foram debatidas pelas partes.

Ante o exposto, parece ter havido sido cumprido o objeto e o escopo geral da dissertação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable : A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ALEXY, Robert. Certeza Jurídica e Correção. Tradução de Ana Margarida Gaudêncio e Luís Meneses do Vale, in: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXXVIII, Tomo II. Coimbra: Universidade de Coimbra, pp. 481-497, 2012.

ALEXY, Robert. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 13-51, 1995.

ALEXY, Robert. Juristische Interpretation, in: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. (1990) 2ª edição. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, a. XXV, n. 74, pp. 103-120, novembro/1998.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Processo de Conhecimento. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 4, n. 4, pp. 405-418, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Forense*, a. 89, v. 323, pp. 55-59, julho-setembro/1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, *Revista da AJURIS*, a. XXIX, n. 87, tomo I, pp. 37-49, setembro/2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo. *Revista da AJURIS*, ano XXX, n. 90, pp. 55-84, junho/2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista da AJURIS*, a. XII, n. 33, março/1985.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo Civil Brasileiro e Codificação, in: Judith Martins-Costa; Laura Beck Varela (organizadoras). *Código : Dimensão histórica e desafio contemporâneo : Estudos em homenagem ao Professor Paolo Grossi*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 151-160, 2013.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume I, São Paulo: Atlas, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Volume II, São Paulo: Atlas, 2012.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDERSON, Bruce. *“Discovery” in legal decision-making*. Dordrecht: Springer, 1996.

ARNDT, Adolf. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 1/2, pp. 6-8, 1959.

ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación. *Isegoría*, n. 21, pp. 37-47, 1999.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho : Teorías de la argumentación jurídica*. (2003) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ATIENZA, Manuel. Razonamiento Jurídico. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 91, n. 3, pp. 421-441, luglio-settembre/2014.

ÁVILA, Humberto. A doutrina e o Direito Tributário, in: ÁVILA, Humberto. (org.) *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 221-245, 2012.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de direito Tributário*, n. 79, pp. 163-183, 2001.

ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, pp. 181-204, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica : entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito, in: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito : O Ensino Jurídico no limiar no novo século*, v. 1, Porto Alegre: EDIPUCRS, pp. 413-465, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014.

BÄCKER, Carsten. Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens? *Rechtstheorie*, 40. Band, Heft. 3, pp. 404-424, 2003.

BANKOWSKI, Zenon. Statutory Interpretation in the United Kingdom, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 359-406, 1991.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in: SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 137-163, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Verdade e Significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 5, pp. 76-97, mar.-abr./2005.

BARBERIS, Mauro. Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XLV, n. 1, pp. 163-176, giugno/2015.

BARBERIS, Mauro. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 13-25, janeiro-junho/2013.

BARBERIS, Mauro. Imperialismo dell'argomentazione? In margine al Corso di Manuel Atienza. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 91, n. 3, pp. 443-457, luglio-settembre/2014.

BARBERIS, Mauro. Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 55-69, janeiro-junho/2013.

BARBERIS, Mauro. Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía. *Diritto e questioni pubbliche*, n. 11, pp. 533-557, 2011.

BARBERIS, Mauro. *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra, 2015.

BARBERIS, Mauro. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011.

BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. *Analisi e Diritto*, pp. 01-21, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, pp. 111-125, out.-dez/1978.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil, in: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6. ed.. Salvador: Jus Podivm, pp. 31-42, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, pp. 117-124, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, pp. 107-114, 2004.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör. *Archiv für civilistische Praxis*, Band 153, Heft 5, pp. 393-412, 1954.

BAUR, Fritz. Il Processo e le correnti culturali contemporanee. Tradução de Corrado Ferri. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXVII, pp. 253-271, 1972.

BAUR, Fritz. Zeit- und Geistesströmungen im Prozess (Einige aktuelle Bemerkungen zu dem so betitelten Vortrag von Franz Klein), in: Wolfgang Grunsky; Rolf Stürner (hrsg.). *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983.

BERNHARD, Angelika. *Die Entscheidungsbegründung im schweizerischen zivilgerichtlichen Verfahren*. Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, 1983.

BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 91, Heft 4, pp. 365-397, Oktober/1978.

BETTERMANN, Karl August. Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle, in: MÜLLER, Georg; RHINOW, René A.; SCHMID, Gerhard; WILDHABER, Luzius (hrsg.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel : Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 593-603, 1982.

BETTERMANN, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. *Juristischer Blätter*, 94. Jahrgang, Heft 3/4, pp. 56-68, Februar/1972.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: MÜLLER, Georg; RHINOW, René A.; SCHMID, Gerhard; WILDHABER, Luzius (hrsg.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel : Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 301-328, 1982.

BRECHER, Fritz. Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: BRECHER, Fritz *et al.*. *Festschrift für Arthur Nikisch*. Tübingen: J. C. B. Mohr, pp. 227-247, 1958.

BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971.

BRUNS, Alexander. Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen – Nobile Officium oder Rechtspflicht?, in: TICHÝ, Luboš; HOLLÄNDER, Pavel; BRUNS, Alexander (eds.). *The Judicial Opinion*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, pp. 471-483, 2011.

BUCHWALD, Delf. *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung : Zur Theorie der juridischen Vernunft*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*. Gießen: Verlag von Emil Roth, 1868.

BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig, Duncker & Humblot, 1885.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, pp. 449-464, aprile-giugno/2005.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno : Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório, in: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 193 – 210, 2011.

CALAMANDREI, Piero. La Crisi della Motivazione, in: CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*, Padova: CEDAM, 1954.

CALAMANDREI, Piero. La Genesi logica della Sentenza Civile (1914), in: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, v. 1, Napoli: Morano Editore, pp. 11-54, 1965.

CANALE, Damiano. Il ragionamento giuridico, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 316-351, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. (1983), 2ª edição. Tradução de António Menezes Cordeiro. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CARNAP, Rudolf. *Der logische Aufbau der Welt*. (1928) 4ª Edição, Hamburg: Felix Meiner, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. Controversie sul Metodo (1948), in: CARNELUTTI, Francesco. *Discorsi intorno al Diritto. Volume Secondo*. Padova: CEDAM, pp. 107-116, 1953.

CHIASSONI, Pierluigi. Codici interpretativi. Progetto di você per un *Vademecum* giuridico. *Analisi e diritto*, pp. 55-124, 2002-2003.

CHIASSONI, Pierluigi. Il Realismo Radicale della Teoria Pura del Diritto. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XLVII, n. 1, pp. 237-261, giugno/2012.

CHIASSONI, Pierluigi. Interpretación jurídica sin verdad. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 79-107, janeiro-junho/2013.

CHIASSONI, Pierluigi. Interpretative Games. Statutory Construction through Gricean Eyes. *Analisi e Diritto*, pp. 79-99, 1999.

CHIASSONI, Pierluigi. L'Interpretazione della Legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi, in: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI (GENOVA). Facoltà di Giurisprudenza. *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, v. II, pp. 121-161, Milano: Giuffrè, 1990.

CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile : Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999.

CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. Tradução de Pablo Andrés Moreno Cruz. *Revista de Derecho Privado*, n. 21, pp. 89-106, julio-diciembre/2011.

CHIASSONI, Pierluigi. Notas para um análisis silogístico del discurso judicial. Tradução de J. M. Vilajosana. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 20, pp. 53-90, 1997.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil : As relações processuais : A relação processual ordinária de cognição. Volume III*. (1935), 2ª edição. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1969.

CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. (1819) Paris: Éditions Mille et une Nuits (Éditions Fayard), 2010.

COUTO E SILVA, Almiro do. Problemas jurídicos do planejamento. *Revista de Direito Administrativo*, v. 170, pp. 1-17, out-dez/1987.

CROSS, Rupert; HARRIS, James William. *Precedent in English Law* (1991). 4ª edição. Oxford: Clarendon Press, 2004.

DEWEY, John. Logical Method and Law. *Cornell Law Review*, v. 10, issue 1, pp. 17-27, December/1924.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 1 : Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil : Volume 2 : Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15ª Edição. São Paulo, 2013.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. A causa de pedir no Novo Código de Processo Civil: necessidade de superação do mito da substanciação em prol de uma nova compreensão da demanda no processo civil brasileiro, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 31-64, 2015.

DOYLE, James F. Principles and policies in the justification of legal decisions, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 257-269, 1971.

DWORKIN, Ronald. Reviewed Work: The Judicial Decision by Richard A. Wasserstrom. *Ethics*, v. 75, n. 1, pp. 47-56, October/1964.

DYZENHAUS, David; TAGGART, Michael. Reasoned Decisions and Legal Theory, in: EDLIN, Douglas E. (ed.). *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, pp. 134-167, 2007.

EBERLE, Norbert. *Zur Rhetorik des zivilprozessualen Beweises*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1989.

ENGELMANN, Arthur. *Der Civilprozeß : Geschichte und System*. Dritter Band: Der Deutsche Civilprozeß. Breslau: Verlag von M & H Marcus, 1901.

FAZZALARI, Elio. «Processo» e Giurisdizione. *Rivista di Diritto Procesuale*, a. 48, pp. 01-19, gennaio-marzo/1993.

FAZZALARI, Elio. Processo (Teoria Generale), in: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (dirs.). *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIII, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese (UTET), pp. 1067-1076, 1966.

FEIJÓ, Maria Angélica E. F.. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 1 : Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, pp. 132-165, 2015.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a Fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI : o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FETERIS, Eveline T.. *Fundamentals of Legal Argumentation : a survey of theories on the justification of judicial decisions*. Dordrecht: Springer, 1999.

FRANK, Jerome. Civil Law Influences on the Common Law. Some Reflections on “Comparative” and “Contrastive” Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 104, n. 7, pp. 887-926, may/1956.

FRANK, Jerome. *Courts on trial : myth and reality in American Justice*. (1949) Princeton: Princeton University Press, 1973.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. (1930) New York: Anchor Books, 1963.

FREITAS, Juarez. Decisões administrativas: conceito e controle judicial da motivação suficiente. *Interesse Público*, a. 17, n. 91, pp. 15-26, maio-jun./2015.

GAUL, Hans Friedhelm. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 168, pp. 27-62, 1968.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariiedade judicial? Discricionariiedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, in: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais : estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 87-93, 2008.

GOLDING, Martin. A note on discovery and justification in science and law, in: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). *Justification : Nomos XXVIII*. New York: New York University Press, pp. 124-140, 1986.

GOLDING, Martin. Discovery and Justification in Science and Law, in: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; ROERMUND, Bert van (eds.). *Theory of Legal Science : Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*. Dordrecht: Kluwer, pp. 295-305, 1984.

GOLDING, Martin. *Legal Reasoning*. New York: Alfred A. Knopf, 1984.

GÖNNER, Nikolaus Thaddäus von. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, v. 1, Erlangen: Johann Jacob Palm, 1801.

GOODHART, Arthur L.. Determinig the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 02, pp. 161-183, dec./1930.

GOTTWALD, Peter. Argumentation im Zivilprozeßrecht. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 93. Band, Heft 1, pp. 01-23, januar/1980.

GOTTWALD, Peter. Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. 98. Band, Heft 2, pp. 113-130, April/1985.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, v. 164, pp. 29-56, outubro/2008.

GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 159-175, 1991.

GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit – zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft. *JuristenZeitung*, n. 12, pp. 596–600, 2009.

GRÖSCHNER, Rolf. *Dialogik des Rechts : Philosophische, dogmatische und methodologische Grundlagenarbeiten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

GRÖSCHNER, Rolf. Judiz – was ist und wie läßt es sich erlernen? *JuristenZeitung*, n. 19, pp. 903-908, 1987.

GUASTINI, Riccardo. Disposizione vs. Norma, in: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI (GENOVA). Facoltà di Giurisprudenza. *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, v. II, pp. 235-251, Milano: Giuffrè, 1990.

GUASTINI, Riccardo. El realismo jurídico redefinido. *Revista Brasileira de Filosofia*, a. 62, vol. 240, pp. 26-42, janeiro-junho/2013.

GUASTINI, Riccardo. Implementing the Rule of Law. *Analisi e Diritto*, pp. 95-103, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

HART, Herbert L. A.. Reviewed Work: *The Judicial Decision* by Richard A. Wasserstrom. *Stanford Law Review*, v. 14, n. 04, pp. 919-926, july/1962.

HECK, Philipp. *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912), in: HECK, Philipp. *Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Bad Homburg vor der Höhe: Verlag Gehlen, 1968.

HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German free law movement as the source of American legal realism. *Virginia Law Review*, v. 73, pp. 399-455, 1987.

HORAK, Franz. Zur rechtstheoretischen Problematik der juristischen Begründung von Entscheidungen, in: SPRUNG, Rainer; KÖNIG, Bernhard. *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten*. Wien: Springer, pp. 1-26, 1974.

HOROVITZ, Joseph. *Law and Logic : A Critical Account of Legal Argument*. Wien: Springer: 1972.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HOWARD, Don. Lost Wanderers in the Forest of Knowledge: some thoughts on the Discovery-Justification distinction, in: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (eds.). *Revisiting Discovery and Justification : historical and philosophical perspectives on the context distinction*. Dordrecht: Springer, pp. 03-22, 2006.

HOYNINGEN-HUENE, Paul. Context of discovery versus context of justification and Thomas Kuhn, in: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (eds.). *Revisiting Discovery and Justification : historical and philosophical perspectives on the context distinction*. Dordrecht: Springer, pp. 119-131, 2006.

HUSSON, Léon. Les trois dimencions de la motivation judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 69-109, 1978.

HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive : the function of the 'hunch' in judicial decision. *Cornell Law Review*, v. 14, issue 3, pp. 274-288, april/1929.

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht : ein Studienbuch*. 30ª edição, München: Beck, 2011.

JSAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1929.

KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, v. 43, pp. 1240-1253, june/1934.

KAUFMANN, Arthur. Freirechtsbewegung – lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre. *Juristische Schulung*, 5. Jahrgang, Heft 1, pp. 1-9, Januar/1965.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. (1929) 2ª edição, in: KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. (1955), in: KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. (1960) 2ª edição. Wien: Verlag Österreich, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. (1960) 2ª edição. Tradução de João Baptista Machado, 7ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KERN, Christoph. O processo civil dos EUA e da Alemanha numa Análise Comparativa. Tradução de Antonio do Passo Cabral. *Revista de Processo*, v. 227, pp. 249-271, janeiro/2014.

KLEIN, Franz. Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. (1901), in: Friedlaender (hrsg.). *Franz Klein, Reden / Vorträge / Briefe*, I, Wien: Manzsche Verlh., pp. 117 e ss., 1927.

KNEUBÜHLER, Lorenz. *Die Begründungspflicht : Eine Untersuchung über die Pflicht der staatlichen Behörden zur Begründung ihrer Entscheide*. Stuttgart: Paul Haupt Bern, 1998.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista da AJURIS*, a. XXIII, n. 66, pp. 61-84, março/1996.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, ano 41, v. 251, pp. 75-111, janeiro/2016.

KOPLIN, Klaus Cohen. A concretização dos princípios constitucionais do processo civil: o papel do poder judiciário. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, n. 12, pp. 101-112, 2011.

KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório, in: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (orgs.) *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 15-52, 2015.

KOPLIN, Klaus Cohen. O princípio do Contraditório na Experiência Alemã. *Revista Atitude – Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre*, a. VI, n. 12, pp. 31-38, jul.-ago./2012.

KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. (1962) 3ª Edição, Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. (1991) 6ª edição. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites Objetivos da Coisa Julgada, in: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos Sobre o Processo Civil*, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, pp. 159-164, 1976.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung : zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen, Mohr: 1987.

LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 47-94, 2004.

LUZZATI, Claudio. *L'Interprete e il Legislatore : Saggio sulla Certezza del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1999.

LUZZATI, Claudio. *La Vaghezza delle Norme : un' Analisi del Linguaggio Giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. (1978) Tradução de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law : A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Interpretation and Justification, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 511-544, 1991.

MACEDO, Elaine Harzheim. O Juiz e o Poder Judiciário do Século XXI: Considerações sobre a Legitimação das Decisões, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 132-155, 2012.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático, in: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1. REGIÃO. *IV Jornada de direito processual civil*. Brasília: Tribunal Regional Federal. 1. Região., pp. 67-88, 2015.

MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 615-682, 2012.

MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (editors). *Interpreting precedents : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 503-518, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado : critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MATTOS, Sergio. O Juiz é o Destinatário da Prova: Prova Aberta para o Arbítrio?, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 446-458, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da AJURIS*, ano XXXIII, n. 103, pp. 69-94, set./2006.

MERKL, Adolf. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. (1931), in: KELSEN, Hans *et. al.*. *Die wiener Rechtstheoretische Schule : Schriften*. Band II, Wien: Europa-Verlag, pp. 1311-1361, 1968.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, a. 39, n. 229, pp. 51-74, março/2014.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial, in: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica E. F. (org.). *Processo Civil : Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, pp. 85-99, 2012.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, ano 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. *Revista de Processo*, ano 36, v. 199, pp.83-99, setembro/2011.

MORESO, José Juan. On relevance and justification of legal decisions. *Erkenntnis*, v. 44, n. 1, pp. 73-100, januar/1996.

MORESO, José Juan; NAVARRO, P. E.; REDONDO, M. C.. Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa*, n. 11, pp. 247-262, 1992.

MOTTA, Otávio Verdí. *Justificação da Decisão Judicial : a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MÜLLER-IBOLD, Till. *Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht : eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1990.

NERY, Carmen Lígia. *Decisão Judicial e Discricionarietà : a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NETTEL, Ana Laura. La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial. *Isonomía*, n. 05, pp. 107-117, Octubre/1996.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica : Problemas Fundamentais*. (1993) 1. ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NEVES, António Castanheira. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, a. I, n. 1, pp. 35-65, julho/1982.

NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo : Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, pp. 151-173, 2007.

OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal*, vol. 14, n. 2, pp. 71-76, February/1928.

PAULA RAMOS, Vitor. *Ônus da prova no proceso civil : do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PERELMAN, Chaim. Le raisonnement juridique. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft neue Folge, n.7, Die juristische Argumentation, pp. 01-15, 1972.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: As Matrizes Históricas-Culturais do Contraditório. (2003) Tradução de Luís Alberto Reichelt, in: PICARDI, Nicola (autor); ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 127-143, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 23 ed., Heidelberg: Müller, 2007.

PINTORE, Anna. Democrazia e diritto, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 449-471, 2013.

POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. (1973) 5ª edição. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1974.

POPPER, Karl. *Logik der Forschung : Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*. Wien: Springer, 1935.

REA-FRAUCHIGER, Maria Anna. *Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewelyn, Jerome Frank, Underhill Moore*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. (1938) Chicago: Phoenix Books (The University of Chicago Press), 1961.

ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile : Studi*. (1906). Milano: Giuffrè, 1962.

RÖHL, Hellmut. Das rechtliche Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 33/34, pp. 1268-1274, 1958.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, pp. 509-548, March/1988.

SCHAUER, Frederick. Legal Realism Untamed. *Texas Law Review*, v. 91, pp. 749-780, 2012-2013.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais : A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 357-371, 2015.

SILVA, Gilson Olegario da. Carnap, Kuhn e a distinção entre contextos de descoberta e justificação, in: SILVA, Gilson Olegario da. *Sobre estruturas linguísticas e paradigmas: as releituras recentes de Carnap e Kuhn*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), pp. 63-108, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Daniela Gonsalves. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 248, pp. 69-87, outubro/2015.

SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil, in: DIDIER, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 816-848, 2015.

SOETMAN, Arend. *Logic in Law : Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law*. Dordrecht: Springer, 1989.

SOUZA Jr., Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SOUZA Jr., Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2002.

SOUZA, Fábio Luís Pereira de. A fundamentação das decisões judiciais e o Novo Código de Processo Civil: uma mudança profunda, in: DIDIER, Fredie (coord. geral);

MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC : Doutrina Seleccionada : v. 2 : Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Salvador: JusPodivm, pp. 387-408, 2015.

STÜRNER, Rolf. Verfahrenszweck und Entscheidungsbegründung, in: TICHÝ, Luboš; HOLLÄNDER, Pavel; BRUNS, Alexander (eds.). *The Judicial Opinion*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, pp. 384-397, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Capítulo X – Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais a Prestações Positivas do Estado, in: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (coords.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 151-177, 2007.

TARELLO, Giovanni. “Realismo giuridico”, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi : studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 81-85, 1974.

TARELLO, Giovanni. Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi : studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 475-521, 1974.

TARELLO, Giovanni. I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell’argomentazione, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi : studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 425-474, 1974.

TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

TARELLO, Giovanni. *L’Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARELLO, Giovanni. Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica, in: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi : studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, pp. 403-424, 1974.

TARELLO, Giovanni. Sur la spécificité du raisonnement juridique. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft neue Folge, n.7, Die juristische Argumentation, pp. 103-124, 1972.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. (1975) Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. *A Prova*. (2008) Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Idee per una Teoria della Decisione Giusta, in: TARUFFO, Michele. *Sui Confini : Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. *Revista de Processo*, a. 39, v. 229, pp. 75-87, mar./2014.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e diallettica. *Revista de Processo*, a. 32, n. 143, pp. 65-77, janeiro/2007.

TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. *Revista de Processo*, a. 39, v. 227, pp. 31-45, jan./2014.

TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. (1992) 2ª edição. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. LV, n. 1, pp. 11-31, marzo/2001.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade : o juiz e a construção dos fatos*.(2009) Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *A Racionalidade das Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo : Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, pp. 375-388, 2007.
- TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe; GARDIES, Jean-Louis. Statutory Interpretation in France, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 171-212, 1991.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TWINING, William. Legal Reasoning and Argumentation, in: TWINING, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2ª edição. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 271-279, 2006.
- VELLUZI, Vito. Argomenti interpretativi, in: PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio. *Filosofia del Diritto : Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 352-373, 2013.
- VELLUZZI, Vito. *Le Clausole Generali : Semantica e Politica del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2010.
- WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2ª edição, Bonn: Adolph Marcus, 1896.
- WALDRON, Jeremy. The rule of law. (1990), in: WALDRON, Jeremy. *The Law*. New York: Routledge, pp. 30-57, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desvinculação da idéia de discricionariedade administrativa e liberdade do juiz, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo : Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, pp. 947-960, 2007.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978.

WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961.

WEINBERGER, Ota. Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning, in: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; ROERMUND, Bert van (eds.). *Theory of Legal Science : Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*. Dordrecht: Kluwer, pp. 217-234, 1984.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. (1967) 2ª edição. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit : unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Il modello teorico dell'applicazione della legge. Tradução de Luigi Ferrajoli. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 10-30, 1987.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique : Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 409-419, 1971.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Reasoning in Legal Interpretation. *Logique & Analyse*, v. 12, n. 45, pp. 3-31, 1969.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, n. 5, 33-46, 1974.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire, in: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, pp. 111-135, 1978.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Proof in law: legal language and legal institutions. *International Journal for the Semiotics of Law*, v. II, issue 1, pp. 03-16, February/1989.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Statutory Interpretation in Poland, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds). *Interpreting statutes : a comparative study*. Farnham: Ashgate Dartmouth, pp. 257-309, 1991.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992.

WRÓBLEWSKI, Jerzy; MACCORMICK, Neil. On Justification and Interpretation. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 53, Praktische Vernunft und Rechtsanwendung, pp. 255-268, 1994.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo : O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 33-72, 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 39, v. 235, pp. 293-350, setembro/2014.

ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a Critical Reappraisal, in: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). *The Rule of Law : History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer, pp. 03-72, 2007.