



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DUÍLIO LIMA ROCHA

**FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO: UMA
ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO.**

FORTALEZA

2015

DUÍLIO LIMA ROCHA

**FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO:
UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.

FORTALEZA

2015

Página reservada para ficha catalográfica que deve ser confeccionada após
apresentação e alterações sugeridas pela banca examinadora.

Para solicitar a ficha catalográfica de seu trabalho, acesse o site:
www.biblioteca.ufc.br, clique no banner Catalogação na Publicação (Solicitação de
ficha catalográfica)

DUÍLIO LIMA ROCHA

**FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO:
UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Agradecimentos Especiais:

A Deus, ao Universo, à Natureza.

Aos meus pais, que ainda me fornecem diariamente um aprendizado vivo sobre argumentação e racionalidade no processo de tomada de decisões.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra, pelo exemplo de humanidade, paciência, amizade e orientação.

Aos professores participantes da banca examinadora Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo e Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho, pelo tempo, pelas valiosas colaborações, sugestões e respeito acadêmico constantemente acrescido e conquistado.

Aos colegas da turma de mestrado, pelo aprendizado compartilhado, pelas reflexões, críticas e sugestões recebidas.

Às secretárias do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Marilene Arrais e Heloísa de Paula, exemplos de presteza, educação, simpatia, atenção e gentileza.

“Talvez a mais alta aspiração do juiz seja a razoabilidade na decisão judicial” (Richard A. Posner, “Problemas de filosofia do direito”)

RESUMO

A falta de clareza e coerência nas decisões torna comum a situação de convergência de contextos diferentes para os mesmos resultados com argumentos diferentes, muito embora o dever de fundamentar decisões judiciais constitua, muito mais do que uma mera explicação ou satisfação para as partes, mas sim uma legítima exigência do Estado Democrático de Direito em prol de toda sociedade e sempre em busca da transparência e segurança jurídica. Buscaremos o questionamento da fundamentação da decisão judicial no tocante ao seu conteúdo de racionalidade necessariamente suficiente para ser considerado satisfeito pela norma constitucional, no caso brasileiro pela norma jurídica contida no artigo 93, IX da Constituição Federal, identificando um mínimo de coerência em nome da expectativa de racionalidade e previsibilidade do sentido normativo das decisões, o que não tem ocorrido. Abordamos a noção de modelo normativo de fundamentação das decisões judiciais como um conjunto de critérios com base nos quais se deve comprovar o cumprimento ou não da norma constitucional impondo a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Identificamos a relevância e as dificuldades a serem enfrentadas na construção de um modelo normativo de fundamentação de decisões judiciais, bem como as funções básicas de um modelo normativo de fundamentação de decisões judiciais, as quais servirão como critério de avaliação do modelo Toulmin de argumentação. Exporemos os traços essenciais do modelo Toulmin (*lay out*) e as principais críticas a que está exposto, tanto em geral, quanto em sua aplicabilidade ao direito. Por fim, examinamos a relação entre os critérios de fundamentação no novo Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) e o modelo Toulmin, analisando assim a construção de um modelo normativo brasileiro de fundamentação de decisões judiciais, na perspectiva da realização dos Direitos Fundamentais da CF/ 88.

Palavras-chave: Fundamentação. Argumentação. Modelo Toulmin.

ABSTRACT

The lack of clarity and consistency in decisions makes common the convergence situation of different contexts for the same results with different arguments, although the obligation to state reasons court decisions constitutes, much more than a mere explanation or satisfaction for the parties, but a legitimate requirement of democratic rule of law in favor of the whole society and always striving for transparency and legal certainty.

We seek to question the reasoning of the court decision concerning its necessarily sufficient rationality of content to be considered satisfied by constitutional rule, in Brazil the legal rule in Article 93, IX of the Constitution, identifying a minimum of coherence on behalf of expectation of rationality and predictability of the legal meaning of the decision, which has not occurred. We approach the notion of normative model of reasoning of judgments as a set of criteria against which to prove compliance or not of constitutional law imposing the obligation to state reasons for judgments. We identify the importance and the difficulties to be faced in building a normative model of reasoning of court decisions, as well as basic functions of a normative model of reasoning of court decisions, which will serve as an evaluation criterion of argumentation Toulmin model. We shall set out the essential features of the Toulmin model (lay out) and the main criticisms to which it is exposed, both in general and in its applicability to the right. Finally, we examine the relationship between the basis of criteria in the new Civil Procedure Code (Law 13.105/2015) and Toulmin model, thus analyzing the construction of a Brazilian normative model of reasoning of court decisions, in view of the completion of Fundamental Rights CF/88.

Keywords: Rationality. Argument. Toulmin model.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
Metodologia	05
Referencial Teórico	06
1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO.....	07
1.1 Do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito - A Construção dos Direitos Fundamentais.....	07
1.2 Breve Relato do Jusnaturalismo ao Neoconstitucionalismo – A Afirmação dos Direitos Fundamentais.....	17
2 FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	26
2.1 Perfil Histórico da Fundamentação das Decisões Judiciais	26
2.2 O desenvolvimento do princípio da motivação das decisões judiciais junto direito brasileiro – A influência Portuguesa.....	29
2.3 A Fundamentação Judicial Comparada.....	32
2.4 A Fundamentação Judicial Brasileira.....	33
2.5 Princípios Constitucionais Processuais Gerais.....	37
2.6 A Motivação das Decisões Judiciais como Princípio Constitucional.....	43
2.7 A Motivação Deficiente como Fator de Atraso da Prestação Jurisdicional.....	45
3 A LÓGICA E O SILOGISMO JURÍDICO.....	47
3.1 O Método Lógico e seus conceitos.....	48
3.2 A Relação da Lógica com o Direito.....	50
3.3 A insuficiência da Lógica Formal para o Direito.....	55
3.4 A lógica jurídica de Chaim Perelman.....	57
4 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL.....	60
4.1 O “Problema” da Fundamentação Judicial.....	60
4.2 Definição do Conteúdo Obrigatório da Fundamentação Judicial.	62
4.3 A Racionalidade da Decisão Judicial como Requisito à Fundamentação Judicial.....	69
4.4 Justificação Interna e Externa.....	71
4.5 Contexto de Descoberta e Contexto de Justificação.....	76
5 O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	77
5.1 Considerações iniciais – Apresentação do Modelo Toulmin	78
5.2 Terminologia do Modelo Toulmin - O <i>Layout</i> de argumento racional.	80
5.2.1 Alegação (<i>CLAIM</i>)	81
5.2.2 Dados (<i>DATA</i>)	81
5.2.3 Garantia (<i>Warrant</i>)	82
5.2.4 Suporte (<i>Backing</i>)	83
5.2.5 Refutação (<i>Rebuttal ou Elemento R</i>)	84
5.2.6 Qualificador (<i>Qualifier ou Elemento Q</i>)	84
5.3 O Modelo Toulmin e o Campo Judicial	85

5.4	Críticas ao Modelo Toulmin.....	90
5.5	Sobre a utilidade do modelo Toulmin como modelo normativo de fundamentação de decisões judiciais.....	93
6	UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	95
6.1	Visão Geral da Fundamentação no Novo Código de Processo Civil	95
6.2	A Fundamentação no Novo Código de Processo Civil sob o Olhar do modelo Toulmin.....	100
7	CONCLUSÕES.....	103
8	REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

O foco da presente investigação científica é o processo de fundamentação das decisões judiciais, mais especificamente, como considerar devidamente fundamentada uma decisão judicial. A problemática aqui envolvida é investigar qual conteúdo de racionalidade para tornar uma decisão judicial suficientemente fundamentada de acordo com a exigência da norma constitucional contida no artigo 93, IX da Constituição Federal.

Percebemos, ao longo da investigação científica, que apesar da exigência constitucional, não há uma unanimidade sobre o conteúdo ou teor que satisfaça tal obrigação. Dilemas como o vivido por Fernando Vieira ressaltam a polêmica envolvida no presente estudo:

“Sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos a conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares¹”

Afirme-se, no entanto, e desde já, que não consiste no objetivo desta pesquisa amarrar todas as pontas soltas ou deixar o assunto guardado em uma caixa segura e inviolável, mas sim realizar pesquisa, levantar questionamentos, fornecer subsídios, dados e posicionamentos doutrinários para que seja possível a rediscussão do conceito de fundamentação racional de uma decisão judicial, segundo propugna, a exigência normativa contida no artigo 93, IX da Constituição Federal brasileira de 1988.

A falta de clareza e coerência nas decisões torna comum a situação de convergência de contextos diferentes para os mesmos resultados com argumentos diferentes. Trata-se de um tema que tem provocado inúmeras discussões entre os operadores do direito e intérpretes da lei, sobretudo porque se busca, na prática dos magistrados, identificar um mínimo de coerência em nome da expectativa de racionalidade e previsibilidade do sentido normativo das decisões, o que não tem ocorrido na realidade brasileira.

¹ VIEIRA LUIZ, Fernando em sua abertura de defesa de mestrado. Apud STRECK, Lênio Luiz. in Teoria da decisão Judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

As perguntas que nos guiaram foram: Como considerar uma decisão devidamente fundamentada? Qual a diferença entre uma decisão judicial correta e uma errada? Qual o critério de correção válido para atestar uma decisão como fundamentada? É possível utilizarmos um modelo que seja aplicável a todas as situações levadas ao Poder Judiciário?

Percebemos ao longo da pesquisa e da prática jurídica, que erroneamente duas atitudes são frequentemente confundidas com fundamentação. A primeira é a mera aplicação lógica de um silogismo judicial que ao final apresenta uma conclusão questionavelmente formal (processo este muitas vezes confundido com fundamentação) e a outra é utilizar o argumento de autoridade como suficiente para considerar fundamentada tal decisão judicial, ou seja, se são juízes e doutrinadores de *escol*, é natural e óbvio que essas pessoas sabem dizer o direito (*juris dicto*).

Ocorre que mesmo entre juízes e doutrinadores existe muita disputa e contradição. Qualquer tema jurídico polemico, na atualidade, desperta calorosos debates em diversas direções contrárias e, aparentemente, todas aparentemente fundamentadas de acordo com a “presunção de sabedoria” de cada parte envolvida na polêmica em debate, mas qual realmente é a decisão correta?

No presente trabalho, focaremos não a análise do “conteúdo” da decisão, mas sim a “construção racional” da mesma, ou seja analisaremos os aspectos técnicos suficientemente convincentes para satisfazer a exigência constitucional brasileira, vez que o dever de fundamentar decisões judiciais constitui, muito mais do que uma explicação ou satisfação para as partes, mas sim uma legítima exigência do Estado Democrático de Direito em prol de toda sociedade organizada sob os pilares da justiça e da responsabilidade comunitária, sempre em busca da transparência e segurança jurídica.

Tendo como objetivo geral avaliar a contribuição das idéias de Stephen Toulmin sobre a argumentação racional para a construção de um modelo normativo de fundamentação das decisões judiciais adentraremos nos seguintes seguintes objetivos mais específicos:

(a) Expor a realidade brasileira no tocante à fundamentação das decisões judiciais, tanto no aspecto histórico, como ainda os aspectos constitucionais e infraconstitucionais atuais.

(b) Explicitar a noção de modelo normativo de fundamentação das decisões judiciais como um conjunto de critérios com base nos quais se deve comprovar o

cumprimento ou não da norma constitucional impondo a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

(b) identificar a relevância e as dificuldades a serem enfrentadas na construção de um modelo normativo de fundamentação de decisões judiciais.

(c) identificar as funções básicas de um modelo normativo de fundamentação de decisões judiciais, as quais servirão como critério de avaliação do modelo Toulmin de argumentação.

(d) identificar os traços essenciais do modelo Toulmin e as principais críticas a que está exposto, tanto em geral, quanto em sua aplicabilidade ao direito.

(e) examinar a relação entre os critérios de fundamentação no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e o modelo Toulmin, analisando assim a viabilidade de um modelo normativo brasileiro de fundamentação de decisões judiciais, na perspectiva da realização dos Direitos Fundamentais da CF/ 88.

Para responder aos questionamentos levantados, o estudo será dividido em seis capítulos, além da conclusão e referenciais teóricos, abrindo os debates com um aporte histórico do avanço político e jurídico do Estado, no capítulo 1. onde exporemos a construção dos direitos fundamentais durante a passagem das fases estatais desde o Estado Absolutista até o Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Constitucional-liberal. Tal exposição fez-se necessária diante da crença de que Direito e Estado estão umbilicalmente ligados a ponto de suas relações perpassarem todas as quadras da História, não se encontrando até os dias de hoje, e certamente até todo o sempre, solução única que congregue todos os estudiosos a respeito dos pontos de contato e de diferença entre o fenômeno jurídico e o aparelho estatal.

Logo mais, ainda no capítulo 1, adentraremos na temática da afirmação dos direitos fundamentais, explorando os conceitos desde o Jusnaturalismo ao Neoconstitucionalismo para demonstrarmos ao final do capítulo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide tanto sobre o legislador como sobre o juiz, ou seja, sobre toda a estruturação legal do processo e sobre toda a conformação dessa estrutura pela jurisdição, obrigando o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição.

O Capítulo 2 dedica-se especial atenção à pesquisa da evolução histórica da fundamentação judicial, fundamentação comparada entre países ocidentais para por fim adentrar na realidade brasileira em seu aspecto constitucional em sua relação com os direitos fundamentais em especial a fundamentação judicial das decisões jurisdicionais, com o status de Princípio, albergada em enunciados normativos expressos dos ordenamentos jurídicos modernos, tanto no plano constitucional, quanto no plano infraconstitucional.

É nesse contexto que a distinção entre princípios e regras se torna imprescindível, implicando na mudança no significado lingüístico dos princípios, agora elevados à categoria do norma jurídica expressando verdadeiros preceitos normativos, sem perderem a sua característica de vetores axiológicos em virtude do dever de fundamentação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, IX da Carta Magna.

No terceiro capítulo, será aprofundada a pesquisa sobre o papel da lógica e do silogismo jurídico, diante da compreensão que a Lógica Jurídica passa, necessariamente, por uma reavaliação em decorrência da própria evolução do Direito, e da sociedade ao longo do tempo, Passou-se assim a exigir na modernidade, uma nova postura dos operadores do direito para lidar com os princípios explícitos e implícitos no ordenamento jurídico, principalmente os constitucionais, e com a complexidade da sociedade moderna, não sendo mais possível decidir todos os casos que chegam ao Poder Judiciário com o tradicional princípio da subsunção.

Já no quarto capítulo, serão reveladas as principais elaborações doutrinárias a respeito do denominado “problema” da fundamentação judicial, em decorrência do alargamento dos poderes do juiz em virtude da consolidação da força normativa da Constituição no Estado contemporâneo, e conseqüentemente a legitimidade da tutela jurisdicional, diante da necessidade em verificar o grau de atribuição de correção à decisão do juiz, e ainda a própria definição do que significa “correção da decisão jurisdicional”. Temos ainda o estudo sobre a racionalidade do ordenamento jurídico como uma pretensão de razão decorrente da própria juridicidade do Ordenamento Jurídico em questão, como forma própria de limitação e existência em si mesmo, forçando que as decisões judiciais proferidas estejam de acordo com tal racionalidade.

No quinto capítulo, será introduzido o modelo toulmin de argumentação e a sua aplicabilidade para a fundamentação das decisões judiciais. Aqui são examinadas as possibilidades de construção de um raciocínio decisional, mediante a identificação

de vários tratamentos teóricos possíveis do Direito, tanto como norma e como decisão, oferecendo uma aprofundada visão crítica da lógica formal. Demonstraremos que, como objeto de estudo, sua filosofia seja viável e útil como proposta de modelo normativo de decisão judicial fundamentada, uma vez que o mesmo parte de um modelo diverso da lógica dedutiva defendendo que sentença é muito mais do que um conjunto de enunciados de fatos

No quinto capítulo abordaremos ainda as críticas doutrinárias dirigidas ao Modelo Toulmin e demonstraremos a utilidade prática modelo Toulmin como modelo normativo de fundamentação de decisões judiciais para a realidade brasileira. Ainda serão realçadas, em abordagem específica, as mais relevantes contribuições decorrentes da adoção de tal modelo.

O Capítulo 6 fará uma análise da fundamentação no novo código de processo civil brasileiro (NCPC), partindo de uma visão geral da fundamentação para adentrarmos na polêmica gira em torno dos parágrafos do artigo 489 e do parágrafo 1º do artigo 927, que tratam da fundamentação da decisão judicial, seja interlocutória, sentença ou acórdão.

Por fim abordaremos a fundamentação no Novo Código de Processo Civil sob o Olhar do modelo Toulmin, levantando aos seguintes questionamentos: qual a relação entre o layout de Toulmin e as exigências de fundamentação estabelecidas pelo Novo Código de Processo Civil? Estaria o novo CPC em seu Art 489 §§ 1o, 2o e 3o, estabelecendo um modelo racional para justificar a fundamentação judicial? Há elementos normativos explícitos sobre o que se deve entender como “decisão fundamentada”, pelo menos para fins de cumprimento/aplicação das normas que impõem o dever de fundamentar as decisões judiciais?

Metodologia

No presente trabalho, a abordagem do tema será pluridimensional, com ênfase na dimensão analítica da dogmática, que será utilizada para o exame do debate sobre a racionalidade da decisão judicial. A dimensão empírica será utilizada paralelamente, com a finalidade de trazer contribuições teóricas para a investigação do problema de trabalho, pois se acredita que a observância da aplicação de uma racionalidade em torno da fundamentação judicial utilizada pelos juízes em seus conteúdos de fundamentação proporciona a transparência e o funcionamento da técnica

envolvida na decisão. Por fim, a dimensão normativa será utilizada para fornecer uma tentativa de resposta aos problemas enfrentados na presente pesquisa.

Referencial Teórico

Nosso principal referencial teórico será o livro de Stephen Edelston Toulmin intitulado *Os usos do argumento*, traduzido por Reinaldo Guarany, atualmente em sua 2ª edição e publicado pela editora Martins Fontes no ano de 2006.

Destacamos que muito embora a pesquisa tenha se realizado principalmente em torno do livro acima citado, o aprofundamento, embora não ainda no nível desejado de pesquisa, só foi possível graças às anotações manuscritas do meu orientador, o prof. Dr. Marcelo Lima Guerra, contendo aprofundados estudos sobre a temática aqui envolvida. Tudo gentilmente cedidas pelo qual seremos eternamente gratos.

1. A EVOLUÇÃO DO ESTADO

1.1. Do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito - A Construção dos Direitos Fundamentais.

As palavras têm uma história e, de certa maneira também, as palavras fazem a história. Se isso é verdadeiro para todas as palavras, é particularmente verificável do caso dos termos “Direito” e “Estado”. Realmente, a própria história funciona como condição necessária para a definição dos termos, notadamente em hipóteses em que se deitam luzes sobre entidades sociais, políticas, econômicas e culturais.

Nietzsche expressou raciocínio semelhante ao expressar com argúcia que definível é apenas aquilo que não tem história”² (*definierbar is nur das, was keine Geschichte hat*).

Apesar de os grandes conceitos atravessarem os séculos, não o fazem, no entanto, sem sofrer adaptações e se adequarem às realidades que os cercam e ao mesmo tempo os identificam. No caso específico do Direito e do Estado, suas ideias estão umbilicalmente ligadas a ponto de se acolher a veracidade da seguinte asserção: Digame qual o seu conceito de Direito que lhe direi qual o seu conceito de Estado³.

Com efeito, as relações entre Direito e Estado perpassam todas as quadras da História, não se encontrando até os dias de hoje, e certamente até todo o sempre, solução única que congregue todos os estudiosos a respeito dos pontos de contato e de diferença entre o fenômeno jurídico e o aparelho estatal.

Segundo se aponta amiúde, a expressão “Estado” foi inaugurada por Maquiavel, que a introduziu nas primeiras linhas de sua célebre obra *O Príncipe*⁴. Seu uso, no entanto, só ficou consagrado em período posterior, haja vista a ausência à época dos elementos identificadores e legitimantes numa organização permanente e duradoura.

² NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: uma polêmica*. Tradução, notas e pós-fácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 34.

³ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 31.

⁴ Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm autoridade sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados” MAQUIVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3.

No mesmo sentido de que os elementos caracterizadores do Estado constituem entendimento que não pode ser contextualizado durante o período medieval, Gilberto Bercovici ensina:

Devo, em primeiro lugar, deixar claro que entendo impossível transplantar a noção de Estado para a Idade Média, com sua pluralidade de ordenamentos jurídicos. Segundo o estudo clássico de Joseph Strayer, os elementos essenciais do Estado moderno começaram a surgir entre os séculos XII e XIII em quase toda a Europa Ocidental. A formação do Estado Moderno se desenvolveu na luta contra a supremacia da Igreja e do Sacro Império Romano-Germânico. A Própria palavra “Estado” só vai ser utilizada no sentido de organização política a partir do século XVI, evidenciando uma nova forma que só se consolidará no século XVII.⁵

De fato, enquanto na Antiguidade o organismo estatal se confundia com a Cidade, reunindo as funções e irradiando dominações, tudo por meio de uma concentração personificada de poder, durante a Idade Média a noção de Estado, no sentido de instituição materialmente concentradora da força e da coerção, sofreu intenso processo de esvanecimento, que somente terminou com o advento do Iluminismo, e consequente superação do legado feudal, permitindo o Estado Moderno manifestar-se mediante o surgimento da soberania.⁶

Frise-se que por soberania, enquanto elemento por excelência do Estado Moderno, deve se entender o poder que tem a autoridade estatal, por meio da representação que lhe é conferida pelo povo, de organizar-se livremente e de fazer valer dentro do seu território a universalidade de suas decisões.

Outro aspecto fundamental para a ascensão do Estado Moderno foi o crescimento quase que simultâneo do poder real. À época, o rei representava o ideal nacional, o interesse da nação, centralizando as ações estatais, organizando os órgãos de justiça, arrendando a cobrança de impostos, tudo em nome do Estado que representava.

Nesta quadra da história, as guerras que atormentavam os povos europeus acentuavam sobremaneira o sentimento de amor à pátria e de devoção ao rei, incumbido da defesa do território e principalmente do destino da vida dos seus súditos. Também colaboraram para o fortalecimento do poder real e para a exacerbação das rivalidades

⁵ BERCOVICI, Gilberto, Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 50.

⁶ Deve-se a Jean Bodin (1530-1596) a formulação jurídica do conceito de soberania, o que aconteceu por meio de sua obra Os Seis Livros da República.

nacionais a concorrência comercial, mesmo que ainda incipiente, e a disputa dos mercados coloniais.

De fato, o crescimento do poder dos monarcas era resultado de uma necessidade que aflorava do próprio corpo social: fazia-se necessário um poder forte e centralizador incumbido da solução célere e eficiente das contendas políticas, econômicas e principalmente armamentistas que se travavam entre as recém erguidas nações europeias.⁷

Presente esta moldura fática, surge o Estado absolutista. Produto do ambiente social e jurídico que imperava, o absolutismo representava uma vitória sobre o passado feudal, fortalecido por sua ligação com o tradicionalismo político e cultural da monarquia, que à época via-se confrontada, por toda a Europa ocidental, com guerras e, sobretudo, com um movimento econômico marcado pelo mercantilismo e pelo desenvolvimento do capitalismo.

Eis o contexto fático que originou o Estado absolutista, representando um produto do ambiente social e jurídico que reinava à época, representando uma vitória sobre o passado feudal, fortalecido por sua ligação com o tradicionalismo político e cultural da monarquia, influenciado por constantes guerras e, sobretudo, com um movimento econômico marcado pelo mercantilismo e pelo desenvolvimento do capitalismo.

Tal intróito contextual revela-se importante pois Segundo Nicola Matteucci é impossível compreender as estruturas do constitucionalismo moderno sem ter presente a formação e as razões da derrocada do Estado absolutista. Sobre essa modalidade histórica de formação estatal, esclarece o autor:

Desde un punto de vista tipológico, por Estado absoluto se entiende un particular momento del desarrollo político que se verifica en una diferenciación institucional, en una creación de nuevos oficios y en una especificación de nuevas funciones, producidas por las presiones internacionales o por las nuevas exigencias de la sociedad. Se caracteriza por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional (*superiorem non recognoscens*), ni en el plano interno, ya que no admite en su seno ninguna justicia privada ni instancia que pueda participar del poder político. El Estado, personificado por el rey, es el único sujeto, el único protagonista de la política y representa la unidad política, una unidad superior y neutral respecto a las opiniones de los súbditos. A esta premisa corresponde una mayor capacidad del gobierno central de penetrar en la sociedad, bien para regular el comportamiento de los individuos y de

⁷ Para maiores detalhes ver ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de et al. História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010.

las fuerzas sociales, bien para extraer mayores recursos con instrumentos y procedimientos más racionales.⁸

Durante o século XVII, o Absolutismo mostrava sinais de exaustão e aos poucos perdia espaço, a ponto de a burguesia, influenciada pela aprimoramento do capitalismo e pela incapacidade do poder político para conduzir o aparelho estatal ao alcance e legitimação dos seus interesses, decretar o fim da sociedade de privilégios disseminada pela Monarquia absoluta.

Em substituição ao Absolutismo, simbolizado pela queda da Bastilha através da qual se dava a derrocada da ordem moral erguida sob os pilares da injustiça, da desigualdade e das regalias, o Constitucionalismo funda suas âncoras na limitação do poder através da lei enquanto instrumento representativo da vontade dos homens.

Desse modo, substituindo o retrógrado absolutismo monárquico, surge o Estado constitucional com base nos valores da burguesia de liberdade e igualdade, limitando o pessoalismo no poder político, e passando a ter como núcleo referente as disposições legais aprovadas pelos legítimos representantes do povo.

O Estado constitucional, atendendo sempre aos interesses político-econômicos da burguesia, adota como centro de referência a lei, o código, a separação de poderes, a fixação de limites às autoridades, tudo isso mediante um novo pacto celebrado entre o povo e o sistema de Estado.

No entanto, ao longo do tempo, esse novo modelo de Estado, de características intimamente relacionadas ao império da lei, de caráter marcadamente individualista e forjado através de uma separação lógica e independente das funções estatais, revelou-se, em seu caráter abstencionista, como visivelmente desinteressado em promover qualquer reconhecimento concreto dos direitos e garantias individuais, contentando-se apenas com o fato de haver na lei previsão generalizada dos fundamentos de justiça, liberdade, igualdade, mas, repetindo, sem qualquer intenção real de transformação do tecido social.

Mesmo diante do fato do Estado liberal haver alcançado significativos avanços com referência à normatização de direitos, tal progresso não foi suficiente para assegurar a materialização no mundo concreto os ideais da dignidade humana, fato que

⁸ MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno. Traducción Francisco Javier Ansuátegui y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 29.

fez surgir posteriormente os direitos fundamentais, exclusivamente com a função de limitar os poderes do Estado.

As primeiras normas relacionadas aos direitos fundamentais foram de natureza negativa (*non facere*), impondo comportamento omissivo do aparelho estatal em favor da liberdade individual, almejando assim a defesa dos direitos individuais através da defesa dos cidadãos contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado, agora reconhecido como um inimigo opressor dos valores.

Paulo Bonavides estabelecendo um paralelo entre a liberdade e as ideias do Estado liberal, afirma que [...] na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, que não pode prescindir do ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade⁹.

Já Jorge Miranda, associando o constitucionalismo fundado à época com a concepção de Estado liberal, pontifica que

[...] o constitucionalismo que não pode ser compreendido senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos séculos XVIII e XIX traduz exactamente certa ideia de Direito, a ideia de Direito liberal. A Constituição em sentido material não desponta como pura regulamentação jurídica do Estado; é a regulação do Estado conforme os princípios proclamados nos grandes textos revolucionários. O Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. [...] Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescindíveis e invioláveis. [...] A ideia de Constituição é uma garantia e, ainda mais, de uma direcção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na protecção em que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos do cidadão, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos.¹⁰

Por isso, durante o século XX ocorreu um novo levante de ideias com a transformação da doutrina liberal do Estado constitucional para uma doutrina social, surgida da necessidade de intervencionismo estatal nas relações humanas que não mais se satisfazia com os ideais do “*laissez faire, laissez passer*”.

⁹ BONAVIDES, 2013, p. 40.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 325-326.

O Estado liberal-burguês eminentemente formal, individualista e abstencionista, não chegou a promover verdadeiras mudanças levando o Estado social a nascer como uma espécie de mediador e protetor dos menos favorecidos, regulando e redistribuindo as riquezas em alguma medida.¹¹

A concepção do Estado social, passa a defender que a mera igualdade formal, proporcionada pelo liberalismo, despida de conexão com a realidade vivida pelas pessoas, não mais satisfazia os interesses da sociedade, nesse contexto, o Estado toma para si a tarefa fundamental de ajuste da sociedade, intervindo nas relações humanas de modo a produzir justiça e solidariedade na vida de seus indivíduos¹².

Com o advento do Estado social passou-se a vislumbrar um modelo de organização estatal que não se circunscreve a uma abordagem meramente negativa dos direitos, tal como acontecia, conforme vimos, no liberalismo-abstencionista, agora a exigência era de uma postura positiva (*facere*) por parte do Estado, no sentido de promover as condições mínimas de existência dos indivíduos e da coletividade, desenvolvendo um novo paradigma constitucional, mais voltado à tutela concreta dos interesses dos indivíduos do que a satisfação com a simples normatização dos direitos em bases legais.

Ocorre que a necessária correção de rumo do individualismo protagonizado pelo Estado liberal-burguês, não foi acompanhada pela real fruição de direitos por parte dos cidadãos, muito em função das próprias deformações causadas pela ideia difundida de social e ainda pela própria indefinição do termo “social”, o que acabou por ostentar regimes integralmente antagônicos de governo, sob o equívoco de manter o social como caracterizador do Estado e não do Direito implementado na comunidade. Tais equívocos acabaram por conciliar simultaneamente a existência de Estados sociais ditatoriais, nazistas e fascistas, com outros sistemas que se autoproclamavam democráticos

Sobre as espécies de Estado social Paulo Bonavides explica:

“Distinguimos em nosso estudo duas modalidades principais de Estado social: O estado social do marxismo, onde o dirigismo é imposto e se forma

¹¹ A respeito do documento constitucional de origem do Estado Social, a doutrina aponta as Constituição do México do ano de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

¹² Vale lembrar que a doutrina social da Igreja Católica, através de suas Encíclicas, exerceu papel relevantíssimo para a formação da consciência dessa nova postura do Estado, na medida em que difundiu, entre seus seguidores, a necessidade de maior solidariedade, fraternidade, igualdade material, justiça e compromisso com as relações humanas

de cima para baixo, com a supressão da infra-estrutura capitalista, e a consequente apropriação social dos meios de produção - doravante pertencentes à coletividade, eliminando-se, desta forma, a contradição, apontada por Engels no *Anti-Duehring* entre a produção social e a apropriação privada, típica da economia lucrativa do capitalismo - e o Estado social das democracias, que admite a mesma ideia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo.¹³

Surge, então, o Estado Democrático de Direito como modalidade de Estado incumbido de salvaguardar as liberdades civis e promover a inclusão política, sem descurar, todavia, de uma incessante procura de justiça social, não consentindo com qualquer desigualdade entre seus indivíduos, em uma promoção da universalização das prestações sociais.

O surgimento do Estado Democrático de Direito, engloba extenso processo de desenvolvimento e organização das mais diversas sociedades, de maneira que a cada etapa histórica vivida, mais interesses são incorporados à sua proteção, dessa forma, os direitos fundamentais, enquanto aspecto indissociável de sua configuração, e como consequência da própria soberania popular que lhe é inerente, surgem como resultado das opções políticas realizadas pela vontade geral, identificando direitos e garantias em uma organização estatal composta por homens livres.

Possuindo como grande diferencial o seu conteúdo transformador das relações sociais, o Estado Democrático de Direito não se limita a uma simples melhora nas condições de existência do ser humano, mas sim objetiva a igualdade material, substancial, a igualdade vivida e saboreada pelos homens. Dessa forma, passa a representar uma espécie de *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam.

Em sua função transformadora, busca responder às novas necessidades impostas pela realidade então emergente. Surge nesse contexto, a ideia de Constituição dirigente¹⁴, como mola propulsora desse novo modelo do Estado de Direito, propondo

¹³ BONAVIDES, Paulo. O estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64-65.

¹⁴ Apesar da noção de Constituição Dirigente ser apontada como tendo sido criação de Peter Lerche, a difusão do conceito em terras brasileiras é obra da pena de J. J. Gomes Canotilho. Para maiores detalhes ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

a efetiva legitimação material da Constituição¹⁵.

A idéia do conceito de Constituição dirigente, é reafirmar a força normativa do texto constitucional¹⁶, por intermédio de um programa voltado para o futuro, onde Estado e o corpo social estão intimamente interligados e relacionados com a mudança da realidade através do direito posto.

O substrato jurídico para essa mudança social deve ser fornecido pela própria Constituição, como instrumento político maior do Estado, consagrando os direitos fundamentais da liberdade, na positividade do Estado inerente aos direitos sociais e econômicos, indispensáveis para uma vivência emancipatória e inclusiva dos indivíduos.

Especificamente sobre a mudança de postura do Estado, instaurada com o Estado Democrático de Direito, temos a explicação dada por Canotilho:

[...] quem defende uma perspectiva democrático-social do Estado (socialista ou social-democrática), aceita que na Constituição venham traçados os princípios fundamentais, socialmente conformadores; quem visualiza o problema da justiça sob uma ótica liberal-individualista contestará o paternalismo social da lei fundamental e a extensão dos efeitos externos nela consagrada, apelando para uma constituição da liberdade, para uma cura da elegância do Estado e para os perigos de sobrecarga do governo¹⁷.

Torna-se agora necessário esclarecer a íntima relação existente entre a democracia e o respeito aos direitos fundamentais, pois tal conexão é que permite o surgimento das condições necessárias para o bem-estar social no âmbito das sociedades contemporâneas e não se revela coerente que um Estado que se anuncia enfaticamente como democrático possa desrespeitar, ou mesmo se omitir a promover, os direitos e as garantias alcançadas e usufruídas por seus cidadãos. Sobre a ligação entre democracia e direitos fundamentais, Norberto Bobbio, escreve:

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da “paz perpétua” no sentido kantiano da

¹⁵ BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio Mont’Alverne B.; MORAES FILHO, José Filomeno de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 117.

¹⁶ Para maiores detalhes ver HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

¹⁷ CANOTILHO, 1999, p. 55-56.

expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico; sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais deste ou daquele Estado, mas do mundo.¹⁸

Não há dúvida de que a democracia é requisito indispensável da garantia jurídica e de efetivo respeito aos direitos fundamentais, mas vale lembrar que esta é uma relação de mão dupla, pois, os direitos fundamentais também são pré-requisitos da democracia, consentindo com que o indivíduo possa participar do processo e fazer suas escolhas democráticas.

Na qualidade de direitos subjetivos de liberdade, os direitos fundamentais, criam um espaço contra o exercício de poder arbitrário, e como legitimadores de um domínio democrático, assegurando o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos mediante transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica etc.).

José Joaquim Gomes Canotilho, na mesma linha dos citados doutrinadores, também se posiciona pela íntima ligação entre os direitos fundamentais e a democracia, afirmando que:

[...] tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática dado que o exercício democrático do poder: 1 - significa a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio direito de igualdade e da participação política); 2 - implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático; 3 - envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivo de uma democracia econômica, social e cultural. Realce-se esta dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia.¹⁹

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 430.

Já Paulo Bonavides, ao acrescentar a democracia como direito de quarta geração, seguindo a clássica divisão tripartida do precursor Karel Vasak, assinala:

“A multifuncionalidade dos direitos fundamentais, os métodos materiais e concretistas da hermenêutica contemporânea, o princípio da proporcionalidade enquanto corretivo ao arbítrio do Estado contra a pessoa humana, a constitucionalização ou juspublicização dos princípios gerais de Direito são pressupostos instrumentais de capital importância e aplicação indeclinável para caracterizar a democracia nesta idade em que o princípio democrático já não pode deixar de ser proclamado e reconhecido como um direito fundamental. Da democracia assim concebida se infere a formação de uma terceira modalidade de Estado de Direito, que outra coisa não é senão o Estado social, conduzido no aperfeiçoamento de suas instituições ao mais alto grau de juridicidade. O Estado de Direito da terceira dimensão - derradeiro capítulo dessa evolução - concretiza enfim a liberdade na realidade social e é, ao mesmo passo, a democracia que se substantivou com o primado dos direitos fundamentais²⁰.

Relevante também falarmos sobre o respeito à dimensão objetiva dos direitos fundamentais diante da nova configuração do Estado Democrático de Direito. Por dimensão objetiva dos direitos fundamentais entende-se a atribuição de efeitos jurídicos concretos às normas consagradas, mesmo àquelas que, pela sua natureza, exigem uma integração legislativa para criação de direitos subjetivos pelos seus titulares. Assim considerando, os direitos fundamentais constituem, além de direitos de defesa do cidadão contra o Estado, dimensões positivas para o preenchimento intrínseco, através do poder de conformação do legislador democrático, desses direitos.

Paulo Bonavides, em outro fragmento da mesma obra, indica as funções contemporaneamente cumpridas pelos direitos fundamentais, assim se manifestando sobre a dimensão objetiva:

Alargando, ao mesmo passo, as funções dos direitos fundamentais, dantes totalmente subjetivos, a nova concepção material lhes outorga dimensão de objetividade de tamanha latitude que eles deixam de ser, segundo pondera notável publicista alemão, um veto ao Estado, que fere a liberdade, e se tornam, no seu dizer, um mandato, que a Sociedade confere ao Estado para promover a própria liberdade. Desse modo, acrescenta, o elemento subjetivo da liberdade cede lugar aos componentes objetivos, institucionais, valorativos e funcionais. Disso resulta um considerável alargamento das funções dos direitos fundamentais, que já não se circunscrevem meramente aos direitos de defesa (*Abwehrrecht*), mas passam a adquirir quatro novas funções: primeiro, a função axiológica ou função normativa, com que elegem, dispõem e decidem sobre valores (*wertentscheidende Grundsatznormen*); segundo, a função institucional, que os transforma em garantias institucionais (*institutionelle Gewährleistungen*); a seguir, a função participativa (*Teilhaberechte*), que afiança a participação da cidadania na formação da vontade estatal e, de último, a função postulativa ou função reivindicante (*Anspruchgrundlage*).²¹

²⁰ BONAVIDES, Paulo. 2013. p 542- 543.

²¹ BONAVIDES, op cit., 2013, p. 541

José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar da divisão de poderes, visualiza também as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, o que o faz nos seguintes termos:

as três dimensões anteriormente analisadas - juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentais - indiciam já que o princípio do Estado de Direito é informado por duas ideias ordenadoras: (1) ideia de ordenação subjetiva, garantindo um status jurídico aos indivíduos essencialmente ancorado nos direitos fundamentais; (2) ideia de ordenação objectiva, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objectivamente estruturante o princípio da divisão de poderes. Essas duas dimensões não se divorciam uma da outra, mas o acento tónico caberá agora à ordenação funcional objectiva do Estado de Direito.²²

Em face do raciocínio ora apresentado, pode-se afirmar que um dos corolários inafastáveis do Estado Democrático de Direito é a salvaguarda dos direitos fundamentais consagrados, não apenas sob a dimensão meramente subjetiva, predominante no Estado liberal (segundo a qual os direitos fundamentais, basicamente, se cingem à proteção do indivíduo contra a intervenção estatal), mas também sob a dimensão jurídico-objectiva, sob o pálio de que o Estado tem o dever estatal de promover os direitos fundamentais que ele mesmo reconhece como legítimos em seu ordenamento jurídico.

1.2. Breve Relato do Jusnaturalismo ao Neoconstitucionalismo - A Afirmação dos Direitos Fundamentais.

A concepção jusnaturalista do direito passou a dominar no mundo ocidental a partir da formação do Estado Moderno e conseqüentemente a partir da elaboração das primeiras constituições (Estados Unidos da América - 1776 e França-1789). Nesse contexto histórico, o direito positivo apresentava-se secundário frente aos preceitos históricos e costumeiros próprios do direito natural. O jusnaturalismo tinha como idéia fundamental a afirmação da existência de preceitos de justiça que independiam da normatização realizada pelo Estado, estando por isso, acima do direito posto pelo Estado (caráter suprapositivo do direito natural²³).

²² CANOTILHO. 1995, p. 250.

²³ De acordo com Norberto Bobbio, o naturalismo não pressupõe a inexistência do direito positivo, apenas postula a superioridade daquele, enquanto o positivismo pressupõe a inexistência do

Dessa forma, os comandos legais passaram a atuar como forma de manipulação e dominação de grupos secularmente estratificados no poder (reis, imperadores, administradores e magistrados) que apontavam ser ou o direito natural baseado em suas sabedorias, crenças, tentando legitimar seus posicionamentos a estes comandos ou vontades divinas, mas não indicando de onde brotavam estas ordens.

Diante de tais motivos, a concepção jurídica do século XVII abandonou as idéias de um direito baseado na vontade de Deus, característica do absolutismo, e passou a fundar-se na *razão* como substrato legitimador dos direitos inerentes ao ser humano, iniciando assim os conhecidos movimentos revolucionários liberal-burgueses, (dentre eles a Revolução Francesa) que, afirmavam a necessidade de o Estado respeitar e proteger os direitos naturais e articularam a queda do absolutismo monárquico, surgindo o Estado liberal.

Inobstante seu afastamento, a doutrina jusnaturalista serviu de fundamento ao aparecimento de dois princípios fundamentais ao nascimento do estado liberal: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do estado²⁴.

Importante apontar a relevância dos ideais naturalistas nas revoluções liberais do século XVIII, principalmente na França e nos Estados Unidos, sendo prova inquestionável de sua importância o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (DUDH), o qual prescreve que:

O Povo Francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do Homem são as únicas causas das infelicidades do mundo, resolveu expor numa declaração solene estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do Governo com o fim de toda instituição social, não se deixem jamais oprimir e aviltar pela tirania; para que o Povo tenha sempre distante dos olhos as bases da sua liberdade e de sua felicidade, o Magistrado, a regra dos seus deveres, o Legislador, o objeto da sua missão.

Surge então o Estado liberal, desenvolvendo a idéia de Constitucionalismo em substituição ao Absolutismo, fundamentando a limitação do poder através da lei enquanto instrumento representativo da vontade dos homens. O Estado constitucional passa a realçar um sistema onde o poder não pertence mais a pessoas individualizadas,

direito natural. Neste sentido, aponta o autor que “por jusnaturalismo entendo aquela corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo. Por positivismo jurídico entendo aquela corrente que não admite distinção entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro direito que o direito positivo. BOBBIO, 1965, p. 68.

²⁴

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 593.

mas à lei. Dessa forma, o direito passou a se revelar como forma limitadora do poder, evitando assim o abuso do Estado e a necessidade de segurança se sobrepôs à idéia de elevação da justiça, fazendo com que o direito se circunscrevesse à ordem formal.

Com o advento do Estado liberal o que mais se preconizava era a liberdade individual, e para isso seria necessária a segurança. Esclarecendo o contexto de busca pela segurança e certeza jurídica, Luiz Marinoni afirma:

A legalidade acabou por constituir um critério de identificação do Direito: ele estaria apenas na norma jurídica (aqui identificada como lei), cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. No Estado liberal de Direito, o Poder Legislativo reservou a si o poder político mediante a fórmula da vinculação à legalidade. Enquanto isso, subordinados, o Executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, enquanto o Judiciário apenas aplicar, sem poder sequer interpretar.²⁵

A partir de então, as leis e não as personalidades, passaram a administrar e gerenciar o ordenamento social, político e econômico mundial. Importante destacar que, em termos filosóficos, a filosofia de Jean-Jacques Rousseau cumpriu para o Estado liberal a mesma função que a filosofia de Thomas Hobbes desempenhou, à época, para o fortalecimento do Estado absolutista, ou seja, a soberania que antes repousava sobre a vontade de uma única pessoa (o príncipe), passa a ser definida pela vontade geral, cujas ideias principais moldam a legitimidade do poder. Destarte, atendendo sempre aos interesses político-econômicos da burguesia, o centro de referência do Estado liberal passa a ser a lei, o código, a separação de poderes, a fixação de limites às autoridades, tudo mediante um novo pacto celebrado entre o povo e o sistema de Estado.

Sobre edição de normas fechadas e interpretação por parte do julgador, Ana de Lourdes Coutinho, esclarece:

A edição de normas fechadas, dentro do contexto histórico da época da Revolução Francesa, vedava uma mínima margem de interpretação por parte do julgador, como forma de resguardar os direitos alcançados pela burguesia, descrente de um Judiciário que privilegiava com suas decisões a vontade dos nobres, dando origem à teoria do silogismo. Mas a velocidade com que as mudanças sociais aconteceram não permitiu ao legislador acompanhá-las todas, prevendo-as em textos legais que pudessem servir como regramento para cada situação da vida. Passou o legislador a editar

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 25.

normas abertas, outorgando um verdadeiro mandato aos juizes, obrigados a exercitar amplamente sua capacidade criativa na interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados e a colaborar com a criação e desenvolvimento do próprio direito.²⁶

Temos assim que, o Estado Liberal marca definitivamente a superação do direito natural, considerado agora como anti-científico, dada a seu elevado nível de abstração e relatividade. Assim, por meio da escola histórica do direito, movimento contrário à doutrina do direito natural, precursor do positivismo jurídico, abre-se o campo para o florescimento das teorias positivistas de Hans Kelsen (1881-1973).

Kelsen, com base no positivismo filosófico de Augusto Comte, buscou a objetividade científica do ordenamento jurídico, ao retirar todo o conteúdo moral e axiológico do direito, reduzindo a justiça à validade.²⁷ Enquanto o direito natural é baseado na dicotomia bom e mau, o direito positivo seria indiferente a conceitos valorativos, pois não busca o justo e sim o útil²⁸. Para Kelsen, os Juízos de valor (dicotomia bom e mau) são subjetivos e relativos à cada sociedade, ou seja, variam de acordo com o espaço e o tempo, sendo o relativismo axiológico o ponto de partida da teoria positivista.

Surge então o Direito Positivo reconhecido no ordenamento jurídico posto e garantido pelo Estado, como direito respectivo de cada país. De acordo com Bobbio²⁹, o positivismo nasce do impulso histórico para a legislação, tendo como consequência o fato de que a lei se torna fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação.

Acerca do tema, Camargo discorre que o positivismo jurídico:

(...) firmou-se muito mais sobre as bases do formalismo, uma vez que para uma teoria objetiva do direito importava mais o conjunto das normas postas

²⁶ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012, p 02.

²⁷ De acordo como Bobbio, “ enquanto para um jusnaturalista clássico teria, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. BOBBIO, 2001, pp.58-62.

²⁸ Cf. BOBBIO, 1995, pp 22-3.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006, p. 119-120.

pelo Estado, através de suas autoridades competentes, do que a realidade social propriamente dita.³⁰

Em assim sendo, o positivismo jurídico ao defender a pureza científica do direito, livrando o direito de todas as influências “não jurídicas”, parte em busca de um reducionismo exacerbado denominado de teoria pura do direito. Conforme salientou o próprio Kelsen, a Teoria do Direito por ele proposta é dita “pura” em vista de que

[...]se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico.[...] são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüências, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.³¹

O direito positivo, portanto, é definido como o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. A pretensão de se encontrar na lei a resposta para todos os conflitos fez nascer o movimento do fetichismo legal, que limitava a interpretação das normas ao plano meramente gramatical de tal modo que o juiz era visto como mero aplicador da lei, devendo interpretá-la gramaticalmente, buscando a vontade do legislador. O juiz passa a ser visto como um simples funcionário do Estado e mero aplicador do texto legal.

Para Bonavides³², o positivismo jurídico está estreitamente ligado à concepção de constituição formal e à teoria formal da Constituição e um dos traços do positivismo jurídico estatal é o típico reducionismo das reflexões sobre a Constituição de forma meramente legalista. Ainda de acordo com Bonavides, este positivismo acaba por fornecer um enorme e ilimitado poder ao legislador para dispor sobre o Direito do modo como bem entender, tendo por base a crença que a sociedade se deixa reger em absoluto por normas jurídicas em sentido estrito.

³⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004, p. 88-89.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1 e 79.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 171-175.

Dentre as idéias básicas do direito positivo podemos destacar: (1) um direito particularizado a determinado contexto histórico, tendo como nota a variabilidade; (2) a noção de direito corresponde somente àquelas normas postas pela autoridade formalmente competente e (3) a busca de uma neutralidade científica ou pretensão de cientificidade do direito.

Ocorre que, como a história está sempre em constante movimento e ainda de acordo com as palavras de Nietzsche, citadas no começo deste capítulo (*definível é apenas aquilo que não tem história*), o direito positivo que predominava majestosamente até então, entrou em crise, passando a ser objeto de intensa polêmica e debates político-filosóficos-jurídicos. O princípio da crise do positivismo, segundo Bonavides reside justamente no fato de que este não acompanha o problema da mudança constitucional ao apartar norma do fato³³.

Some-se a isso os nefastos acontecimentos históricos que marcaram a primeira metade do século XX³⁴ questionando todo o arcabouço institucional do positivismo jurídico. Tais acontecimentos levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista também identificada como pós-positivismo.

Restou, assim, o positivismo como uma idéia paralisada e ineficaz diante da própria realidade emergente e transformadora. A busca pela pretensa pureza científica do direito levou o positivismo a um reducionismo exacerbado transformando-o numa teoria do direito sem direito, pois a pretensão deste de buscar a exclusão da realidade política do direito acabou por despolitizar, desestatizar e, por fim, desvalorizar o próprio Estado.

Neste contexto, surge o pós-positivismo com o objetivo de reincorporar os preceitos éticos de justiça ao direito positivo, mediante a constitucionalização de princípios axiológicos com a função de resgatar valores que anteriormente vagavam somente em uma esfera visivelmente abstrata. Essa nova proposta busca analisar o direito não apenas como ordem coativa baseada no dogma da autoridade da lei, mas sim mediante a legitimação popular. Fala-se agora em constitucionalização dos

³³ BONAVIDES, op. cit., p. 173-174.

³⁴ A eclosão de duas grandes guerras mundiais e pelas experiências do fascismo, do nazismo e do comunismo. tudo legitimado pela legalidade formal do positivismo.

princípios e dos direitos fundamentais, buscando a positivação do direito natural³⁵, entrelaçando a ordem jurídica positiva e a ordem moral.

A consolidação do pós-positivismo, ocorre a medida em que os princípios assumem patamar de norma jurídica tendo como conteúdo os valores, papel antes atribuído somente às regras. Amplia-se, pois, o papel do intérprete do Direito, em especial o do juiz³⁶, na medida em que os princípios jurídicos não necessitam estar expressamente positivados para ter validade normativa.

Desse modo, o constitucionalismo fomentou o caráter hermenêutico do direito, onde não só as interpretações devem se pautar sempre pelo texto constitucional, como igualmente sua efetivação torna-se condição de sua própria validade. A Constituição brasileira, ao constituir a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, recepcionou um paradigma jurídico que inseriu o mundo prático (facticidade) através dos princípios, assim como a filosofia *no* direito.³⁷

Em relação aos princípios jurídicos, vale lembrar que durante o período jusnaturalista os mesmos estavam associados à desejada idéia de justiça universal, envolvidos em preceitos metafísicos e atemporais tendo sua normatividade basicamente nula e duvidosa. Na fase posterior, ou seja, no positivismo, os princípios começam a ingressar nos códigos como fonte normativa subsidiária, objetivando principalmente superar as lacunas existentes. Contemporaneamente, na fase pós-positivista, diante da ascensão do direito público, as novas Constituições iniciam a positivação-constitucionalização dos princípios, transformando-os, segundo Bonavides, em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, sendo por isso, a teoria dos princípios o coração das Constituições na era do pós-positivismo.”³⁸

³⁵ Neste sentido afirma Tércio Sampaio Ferraz que uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia entre direito natural e positivo se dá através da promulgação constitucional dos direitos fundamentais. “Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo positivou-o.” FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 171.

³⁶ De mero aplicador da lei, ideal do positivismo, o julgador foi “promovido” no pós-positivismo a interprete na aplicação de princípios constitucionais que diretamente influenciam a jurisdição. Destaque para o especial interesse e aplicação deste tópico no presente objeto de estudo, especificamente na fundamentação das decisões judiciais, conforme veremos adiante.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 192.

³⁸ BONAVIDES, 2013, p. 264.

O pós-positivismo adota então a idéia de textura aberta, mediante a incorporação de forte carga axiológica, a partir da visão dos princípios como mecanismos de orientação e condução, emanando os valores que inspiram a criação do ordenamento jurídico, podendo constar expressamente ou implicitamente no texto constitucional, permitindo assim que a Constituição acompanhe a dinâmica social sem se tornar obsoleta.

Como decorrência de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas advinda do aprimoramento dessa carga axiológica inserida na Constituição, advinda do pós-positivismo, é desenvolvida a teoria dos direitos fundamentais.

Explicando origem dos direitos fundamentais, Luiz Araújo e Vidal Serrano, afirmam:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).³⁹

Sobre o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo⁴⁰

O longo processo histórico de afirmação dos direitos fundamentais iniciado no século XVII, com o advento do constitucionalismo⁴¹ encontrou abrigo na

³⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35 e 36.

⁴¹ Somente através das Constituições é que se passou a disciplinar o exercício do direito público. SARLET, op. cit. p. 38.

Constituição brasileira de 1988. Inúmeros são os direitos e garantias fundamentais assegurados, tanto individual quanto coletivamente, em nossa Carta Magna. Essas garantias são direcionadas à proteção do indivíduo, e ao mesmo tempo são proibições ao Estado de lesar aquele, por meio de leis, atos administrativos e decisões judiciais.

Dando um salto doutrinário no tocante às classificações das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais e já adentrando na realidade brasileira do século XXI, temos que, no tocante ao especial interesse da presente pesquisa científica, a conquista do processo judicial como direito fundamental. Isso porque de pouco adianta a construção e materialização de tantos outros direitos fundamentais se não existe um outro direito fundamental capaz de concretizar esses direitos tidos por fundamentais.

A concepção moderna de direito processual nos faz concordar com a afirmação de que atualmente o processo ultrapassou o mero papel de instrumento a serviço do direito material e se firmou como o local propício à realizabilidade desses direitos, historicamente renegados pelos estados tidos como autocráticos e que pouco propiciam ao engrandecimento da existência humana.

Dessa forma, é entendimento atualmente pacificado que o direito processual não pode mais ser compreendido como mera técnica, mas sim como autêntica ferramenta de natureza pública, indispensável para a realização da justiça e da pacificação social.

Na qualidade de verdadeiro instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerar o processo como verdadeiro direito constitucional aplicado, empregando as normas constitucionais no próprio exercício da função jurisdicional, ressaltando a importância dos direitos fundamentais

Tal posicionamento do direito processual torna-se deveras importante na atualidade, principalmente diante de novos desafios oriundos de uma nova realidade, onde, de acordo com Cappelletti, surgem demandas decorrentes de uma economia caracterizada pela produção de massa, distribuição de massa e consumo de massa; logo, as relações, os conflitos, as exigências sociais, culturais e de outra natureza assumem caráter largamente coletivo, em vez de meramente individual.⁴²

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryanth. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 22-23.

Resta superado, o rigor do formalismo em decorrência das necessidades da vida. O juiz, à muito deixou de ser uma máquina silogística, onde o processo, era decidido com soluções de exatidão matemática. Conforme explicitaremos adiante no presente estudo, tal assertiva é válida tanto para a busca de soluções fáticas como para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão. Nesse sentido, o processo deve ser considerado um instrumento a serviço da paz social.

2. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.

2.1. Perfil Histórico da Fundamentação das Decisões Judiciais

Cabe, de início, esclarecer a diferença entre os termos *fundamentação* e *motivação*, vez que é prática comum nos livros doutrinários o uso corrente das expressões *motivação* e *fundamentação* como sinônimas, sucedâneas ou ambivalentes. Por *motivação* entende-se, de acordo com Carlos Mota, a operação lógico-psicológica do juiz, que deve se apresentar como justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas e determinar a individualização axiológica das razões de decidir. Já *fundamentação* propriamente dita, é a determinação de uma *razão suficiente* de decidir.⁴³ Temos então que para poder fundamentar é necessário antes de tudo, motivar.

Esclarecidos os conceitos, podemos afirmar também que por *fundamentação* da decisão judicial entende-se a obrigação dos órgãos do Estado ao dever de justificar seus atos decisórios, tendo como principal objetivo impedir o arbítrio e subjetividade do julgador, devendo, para tanto, observar, seguir as regras instituídas no sistema legal em vigor.

Essa explicação contida na *motivação* sobre as razões que fundamentam o julgamento possui, segundo Calamandrei, uma *função pedagógica*, de justificativa e de persuasão das partes sobre a razoabilidade e o acerto da sentença, além de uma *função jurídica*, de permitir às partes compreender o raciocínio desenvolvido pelo juiz e nele reconhecer eventuais falhas e defeitos que darão ensejo à impugnação.⁴⁴

A fundamentação das decisões judiciais atualmente é tratada como um dever constitucional, prevista nas Constituições da maioria dos países ocidentais modernos, sendo por isso tratada como garantia fundamental inerente ao próprio Estado de Direito, permitindo que as partes exerçam o controle da função jurisdicional, ocorre que nem sempre foi assim.

⁴³ SOUZA. Carlos Aurélio Mota. *Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica*. Revista Brasileira de Direito Constitucional - No 7, Vol.2, Jan./Jun 2006.

⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Ed., 1965. v. 1, p. 664-665. apud SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012. p 70.

A história da fundamentação das decisões confunde-se com a história do próprio ofício de julgar, sendo certo que, no direito primitivo, a “justificação das sentenças estava na fé religiosa” e os julgamentos descritos na Bíblia “representavam uma espécie de revelação ou eram fruto da sabedoria de inspiração divina, como a sentença proferida por Salomão, no caso das duas mulheres que disputavam a maternidade da mesma criança”.⁴⁵

Apesar de não existir uma confirmação precisa do início da obrigação de fundamentar, é sabido que os juízes romanos já tinham tal hábito como forma de expressar o seu *sentire* (sentença). De acordo com Chiovenda, no processo romano, havia uma *preponderância ou superlativação* do ato de vontade do Estado, que materializava a vontade concreta da lei, em detrimento do *elemento lógico* antecedente, de natureza preparatória, onde o juiz observa, verifica, avalia e raciocina, que seria a motivação, dessa forma, continua o autor:

“no processo clássico (*ordo iudiciorum*), essa formulação da vontade da lei é operada potencialmente e condicionalmente pelo pretor; e o centro do processo é constituído por esse solene ato de vontade, com que a magistratura atribui ao juiz a indagação dos fatos: ‘*si paret CONDEMNA, si non paret ABSOLVITO*’. Na *extraordinaria cognitio* o processo unifica-se como atividade de um só órgão, o funcionário; mas a sua finalidade, sempre evidente e em primeiro plano, é ainda a emanção de um ato de vontade estatal”⁴⁶.

Com o declínio do Direito Romano, uma espécie de irracionalidade tomou conta dos julgamentos, que passaram a basear-se em provas que contavam com a intervenção divina para a descoberta do possuidor do direito (ordálias, juramentos, julgamentos de Deus etc.), sendo inexpressiva a motivação humana para a entrega da prestação jurisdicional.

Ainda em termos de resgate histórico, vale destacar que o Direito Canônico determinava que o juiz, ao proferir a sentença, obtivesse uma *certeza moral* sobre a questão que iria decidir (*thema decidendum*), logo, não pode o juiz julgar com base em elementos que não estão nos autos e que não foram submetidos ao crivo do contraditório⁴⁷.

⁴⁵ FERNANDES, José Henrique Lara. A fundamentação das decisões judiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3-4.

⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1 p. 120.

⁴⁷ Código Canônico, cânone 1.608, § 1o: Para pronunciar qualquer sentença, requer-se, na mente do juiz, certeza moral sobre a questão a ser definida pela sentença”. apud SILVA, (2012) p 101.

De acordo com Michele Taruffo, entre os séculos XIV e XVII não era comum a motivação das decisões judiciais, não havendo por parte dos filósofos ou cientistas iluministas preocupação em tornar as decisões obrigatoriamente motivadas. Vigorava o pensamento de que a lei, por ser (deveria ser) clara, precisa, simples e uniforme, as razões que levaram o magistrado a decidir surgiriam naturalmente do comando geral da norma em uma concepção mecanicista da aplicação da lei.⁴⁸

Durante o largo intervalo histórico até o século XVIII não existiam comandos normativos, costumeiros ou não, de determinar a motivação das decisões judiciais, sendo pois um reflexo do próprio momento histórico vivido pelos ordenamentos jurídicos ocidentais. Um nítido poder centralizado na figura de uma classe seriamente questionada em sua legitimidade, presença de governos déspotas, magistrados como figuras de fantoche funcionando como apêndices do respectivo poder executivo, diante da inviabilidade de fundamentar suas determinações judiciais, na medida em que eram escolhidos, implicando em decisões judiciais imotivadas, pois se motivadas, poderiam mais facilmente ser questionadas, o que não era o interesse à época.

Foi somente após a Revolução Francesa que o movimento do constitucionalismo passou a exigir a motivação das decisões judiciais como dever e posteriormente como princípio constitucional⁴⁹. Até então a motivação era colocado em segundo plano, quando muito, não presente em legislações esparsas, facilmente contrariadas, até por comando do próprio sistema, pelo próprio imperador ou rei, que não tinha que motivar suas decisões (*o rei não erra, não precisa justificar suas decisões*).

Conforme visto no capítulo 1 do presente estudo, o constitucionalismo surgiu em meio aos ideais nascidos com as revoluções burguesas do século XVIII, inicialmente como forma de limitar o poder arbitrário à que os cidadãos estavam submetidos no Estado Absolutista. Esse contexto político culminou com a queda da

⁴⁸ TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito. Título original *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Revista da Esmape, Recife, v6, no. 14. Jul/dez 2001. p 13.

⁴⁹ Esse cenário toma novo corpo quando a lei de organização judiciária, de 16 de agosto de 1790 (art. 15, Tit. V) e da Constituição do 5 Fructidor II, promulgada em 1791, na França, passou a estabelecer que todo julgamento deverá ser devidamente motivado. Atualmente, o Código de Processo Civil Francês, em seu art. 455, aponta que “o julgamento deve expor sucintamente as pretensões das respectivas partes e seus meios; ele deve ser motivado”. apud SILVA, 2012, p 53.

monarquia, sendo assim terreno fértil para o surgimento do Estado Liberal e a consequente política de estado mínimo, onde embora os direitos começassem a ser positivados em instrumentos constitucionais, não havia ainda um dever estatal de concretizá-los.

Como principais méritos da Revolução Francesa, podemos citar o surgimento da doutrina da separação das funções do estado, a teoria dos freios e contrapesos, harmonia e independência entre os poderes, controle dos atos administrativos e legislativos. Muito embora não houvesse ainda uma forma de controle extraprocessual, tal obrigação surgiu exatamente com o alargamento da obrigatoriedade de serem motivadas as decisões judiciais, em momento posterior, com o advento e consolidação do constitucionalismo.

De vital importância também para o objeto da presente pesquisa foram acontecimentos como a Revolução Industrial e a Primeira e Segunda Guerra Mundial, que desencadearam profundas transformações dos postulados desenvolvidos pela Revolução Francesa, culminando com o surgimento do Estado de bem-estar social (*welfare state*), onde o Estado assume uma postura mais participativa, interventiva e promocional. Detalhe-se que no Brasil e outros do chamado Terceiro Mundo, o *welfare state* não chegou a ser totalmente concretizado, fazendo o Brasil viver uma espécie de pré- modernidade ou modernidade tardia.⁵⁰

É somente com a derrocada dos regimes totalitários, alcançada com o fim da segunda Guerra mundial, que nasce o marco institucional das previsões garantistas processuais, com especial relevância para os países da Europa, que trouxeram para suas Constituições uma carta de direitos inalienáveis dos cidadãos, tudo em resposta às restrições ocorridas à época da concentração excessiva de poderes nas mãos do Estado.

2.2. O desenvolvimento do princípio da motivação das decisões judiciais junto direito brasileiro – A influência Histórico Portuguesa.

Estudaremos agora o papel da influência do direito português através das Ordenações Afonsinas, Filipinas e Manuelinas, na construção da realidade brasileira.

⁵⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61/62.

Pesquisas⁵¹ demonstram que no direito português não havia a preocupação sistemática de motivar as decisões judiciais. Deve-se às Ordenações Afonsinas (Livro III, Título L), o título de primeira legislação portuguesa a exigir tal obrigação, e ocorria apenas nas sentenças definitivas).

As Ordenações Filipinas (Livro III, Título 7), em 1603, limitaram praticamente a repetir as considerações traçadas nas Ordenações Manuelinas. Em ambas existia o dever dos magistrados de declarar especificamente em suas sentenças definitivas, tanto na primeira como na segunda instância, as causas que se fundam em condenar, absolver, confirmar ou de revogação da decisão⁵².

No direito português, ocorreu uma mitigação ao princípio da necessidade de serem motivadas as decisões judiciais, no ano de 1784, por força de uma lei que concedia ou denegava o pedido do consentimento paterno para a celebração dos esponsais⁵³, “sem que individuem fundamentos alguns”, tendo como justificativa a proteção à intimidade na medida em que ao fundamentar concedendo ou denegando a celebração dos esponsais inevitavelmente adentra-se em questões de direito de família.⁵⁴

O período da independência brasileira até 1891 caracteriza-se pela forte dependência, ainda, às normas processuais portuguesas, notadamente pelo esforço de adequação da doutrina brasileira, ainda em formação com aquela. Inexistia a preocupação com a ciência do direito processual, até pelo fato desta ainda encontrar-se em formação no contexto histórico europeu. Os princípios de direito processual e o respeito à Constituição de um Estado ainda ficava em segundo plano, sendo o processo ainda dependente do direito material. A teoria da ação predominante era a civilista da ação, em nítida dominação no cenário processual do revogado art. 75, do CC, “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

⁵¹ CRUZ e TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987,.

⁵² CRUZ e TUCCI, José Rogério. op. cit., p. 50-51.

⁵³ De acordo com Maria Helena Diniz, é o compromisso de casamento entre duas pessoas desimpedidas, de sexo diferente, com o escopo de possibilitar que se conheçam melhor, que aquilatem, mutuamente, suas afinidades e seus gostos. DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 392.

⁵⁴ CRUZ e TUCCI, José Rogério. op. cit., p. 50-51.

Em meio a este contexto histórico específico, foi editado o conhecido Regulamento 737, cujo propósito era disciplinar as normas de natureza comercial, mas que continha também normas processuais, o que levou a ser aplicado às demandas cíveis, e não apenas às comerciais.

O citado Regulamento, no seu art. 232 determinava expressamente a obrigatoriedade da decisão judicial ser motivada, de acordo com Moacyr Lobo, o “Regulamento 737 deve ser observado em função de seu tempo e de acordo com a mentalidade brasileira no momento de sua elaboração e de sua promulgação”⁵⁵. A base do direito processual civil brasileiro é, portanto, o Regulamento 737, que instaurou um consciência processual nos ainda tímidos processualistas brasileiros.

O Brasil teve ainda o Período da vigência dos códigos processuais estaduais. Fase em que a “República Federativa dos Estados Unidos do Brasil” esforçava-se para ser uma federação aos moldes dos Estados Unidos da América, precisando para isso de um federalismo forte, onde os estados-membros tivessem, de fato, certa independência econômica, política, social e, sobretudo, política. Assim, a Constituição de 1891 estabelecia já a forma federativa, prevendo a dualidade de “justiças” (da União e dos Estados, conforme previsto no art. 34, no 26) e de “processos” (art. 34, no 23), de modo a possibilitar a cada estado federado a sua organização e legislação sobre processo.

Temos então nesta fase, a dupla competência legislativa em material processual, a competência dos estados-membros e da União. Neste período os códigos processuais estaduais pecavam, pela pouca técnica e praticamente repetiam o que já constava no Regulamento 737 a respeito da obrigatoriedade da motivação da sentença, que deveria ser clara.

Somente com o advento do Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, sob a égide da Constituição Federal Brasileira de 1937, a motivação da decisão judicial veio à lume com autonomia legislativa em matéria de direito processual (art. 16, XVI), tendo o art. 280, do citado Código Processual, disciplinado que:

A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá I – o relatório; II – os fundamentos de facto e de direito; III – a decisão. Parágrafo único: O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos.

⁵⁵ COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 32.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 ainda não havia se posicionado em relação à ausência de motivação, se seria nula ou anulável, podendo, pois, ser sanável. De acordo com Lopes da Costa, “a motivação da decisão judicial, além de preceito de ordem pública constitui “rigorosa obrigação moral e jurídica, do juiz é dar as razões por que decide”, e, como tal, passível de ser nula a decisão, não sanável posteriormente, senão por recurso cabível”.⁵⁶ Estava, pois, construído o atual formato do princípio da motivação das decisões judiciais.

O Código Processual Brasileiro atualmente em vigor no Brasil é o de 1973, tratando diferentemente a decisão judicial e a sentença, no que se refere aos requisitos que cada uma delas deve externar. A sentença deve obrigatoriamente, a teor do art. 458, conter:

- I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

No tocante às decisões interlocutórias, a teor do CPC somente devem ser motivadas, nos termos do art. 165: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”, não havendo necessidade de presentes os incisos I e III do artigo 458, apesar de inerente a elas mesmas, justamente para não serem atacadas por possíveis embargos de declaração.

2.3. A Fundamentação Judicial Comparada

A fundamentação judicial das decisões jurisdicionais, com o status de Princípio, está albergada em enunciados normativos expressos dos ordenamentos jurídicos modernos, tanto no plano constitucional, quanto no plano infraconstitucional.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa, traz no artigo 205, a previsão da necessidade da fundamentação, ao afirmar que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista da lei”, sendo

⁵⁶ LOPES DA COSTA. Direito processual civil, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 295.

infraconstitucionalmente seguida pelo Código de Processo Civil português em seu art. 158 que afirma: 1- As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas e 2- A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição.

A Constituição da República Italiana, sempre apontada pela doutrina especializada como exemplo, por estabelecer normas sobre a função jurisdicional do Estado (*norme sulla giurisdizione*) estabelece no art. 111⁵⁷, que "todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados" (*tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*). O Código de Processo Civil italiano, segue a diretriz constitucional, dispondo sobre a sentença, no art. 132⁵⁸, orientando os órgãos jurisdicionais a respeito da decisão afirmando o que deve conter: "a concisa exposição do desenvolvimento do processo e dos motivos de fato e de direito da decisão" (*la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione*).

Na França não se faz menção a respeito desse princípio na sua Constituição, porém é referido no Código de Processo Civil de 2001 (art. 455⁵⁹), ao prescrever que o "julgamento deve ser motivado" (*le jugement doit être motive*).

O dever de motivação dos provimentos judiciais por ser corolário do Estado Democrático de Direito, oferecendo segurança jurídica, transparência proferidos por qualquer magistrado sejam motivados, possibilita conhecer as razões que os fundamentam e questionar o seu teor. Essa justificação não pode ser fruto da arbitrariedade ou pautada no subjetivismo dos julgadores, mas exige a adoção de critérios de fundamentação racionais⁶⁰, muito embora a racionalidade de um sistema jurídico dependa de diversos elementos, como adiante veremos, torna-se certo que

⁵⁷ *tutti provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*

⁵⁸ *la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione.*

⁵⁹ *le jugement doit être motive.*

⁶⁰ Marcelo Guerra afirma que: Só se pode saber se uma decisão foi adequada e satisfatoriamente fundamentada, atendendo às exigências constitucionais, se houver um parâmetro seguro e objetivo para aferir o que vale como decisão fundamentada. (GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art 93, IX) in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luix Fux, Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p 519).

nenhum sistema pode definir-se como racional se é incapaz de produzir decisões de alguma forma definidas como racionais.

2.4. A Fundamentação Judicial Brasileira

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais em seu artigo 93, inciso IX nos seguintes termos: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Percebemos que mesmo a atual Constituição Federal brasileira não contendo norma sancionadora, para a ausência de fundamentação (sendo tal obrigação apenas descritiva ou principiológica), a falta de motivação constitui vício de extrema gravidade, que tem como consequência a sua nulidade.⁶¹ uma vez que a ausência de fundamentação atinge a higidez da decisão judicial e viola, portanto, a própria Constituição Federal.

Conforme já exposto anteriormente, a Constituição Federal, brasileira tem como característica a inclusão de princípios, garantias e regras relacionadas com o processo, ensejando a sujeição das normas do direito processual às constitucionais e também ocasionando ao processo o dever de preservação das normas constitucionais. Para tal desiderato, diversos princípios processuais foram acrescidos ao texto constitucional, exatamente para permitir a preservação e o respeito das normas constitucionais. Dentre eles podemos citar, a título de exemplo, princípio do devido processo legal em suas dimensões formal e material, princípio do direito fundamental de acesso à justiça, princípios do contraditório e da ampla defesa, princípio da celeridade processual ou direito a um processo sem dilações indevidas, princípio do juiz natural e do livre convencimento, princípio da igualdade material e como principal objeto do presente estudo, o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Ainda que todos os princípios constitucionais sejam obedecidos, de nada adiantaria ser proferida uma decisão judicial sem que o magistrado tivesse explicado, demonstrado como atingiu a conclusão necessária para apontar e determinar o direito correto ao caso concreto, sob pena de incorrer no risco do arbítrio e do subjetivismo do

⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 293.

juiz, o que não se pode mais permitir contemporaneamente.

Somente conhecendo a motivação, a fundamentação da decisão proferida judicialmente, pode-se concluir ter sido proferida em conformidade com a lei, as provas, que o convenceram, aplicando-se decisão justa, correta e veridical.

A respeito diz Piero Calamandrei:

"A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exactamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou.⁶² (*in* Eles os juízes, vistos por nós os advogados, pág. 143).

Justifica-se a exigência da fundamentação estar consagrada na Constituição, de acordo com Ovídio Baptista da Silva, diante “da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. Regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei”.⁶³ Outra justificativa a ser destacada decorre “da necessidade de que nossa formação jurídica dogmática seja superada, através do reconhecimento de que o Direito não pode se submeter aos princípios epistemológicos das ciências naturais e menos ainda das matemáticas”.⁶⁴

Vale lembrar ainda que a obrigatória motivação a ser externada pelo julgador para justificar a decisão em determinado sentido, e não em outro, funciona como fator de controle da criatividade judicial exercitada ao julgar e como fator de legitimação do julgamento.

Temos como consequência natural e lógica a aceitação do fato de que todas as decisões proferidas necessariamente deverão ser conhecidas, publicizadas de maneira a permitir que sejam cumpridas à rigor, no momento determinado, e ainda permitindo à todos os interessados o pleno conhecimento e avaliação da decisão.

O Princípio da publicidade dos atos processuais, com suas exceções, está também previsto constitucionalmente no art. 5o, inc. LX e art. 93, inc. IX, tendo por

⁶² Calamandrei, Piero. *Eles os juízes, vistos por nós os advogados*, pág. 143

⁶³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 454.

⁶⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional, op. cit., p. 454.

essência dar publicidade *do* processo e não apenas *no* processo. Nesse sentido é a lição de Arruda Alvim, ao dizer que: “a publicidade é garantia para o povo de uma justiça 'justa', que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria magistratura diante do mesmo povo, pois agindo publicamente permite a verificação de seus atos”⁶⁵.

Detalhe especial para o fato de que a motivação contida na decisão deve ainda apresentar adequada justificação⁶⁶ para só assim completar seu desiderato permitindo a demonstração da justiça e a racionalidade dessa conclusão. A justificação referida representa a idéia de uma escolha, a qual, naquele momento, com o exame das questões de fato e de direito e as provas coligidas para os autos, deverá representar a motivação da decisão e no momento seguinte servir de base para a fundamentação.

Sobre o aspecto da justificação esclarece Chaïm Perelman que

"toda justificação pressupõe a existência, ou a eventualidade, de uma apreciação desfavorável referente ao que a pessoa se empenha em justificar. Por isso, a justificação se relaciona intimamente com a idéia de valorização ou de desvalorização. Não se trata de justificar o que poderia ser objeto de uma condenação ou de uma crítica, o que poderia ser julgado, ou seja, uma ação ou um agente. A justificação pode concernir à legalidade, à moralidade, à regularidade (no sentido mais lato), à utilidade, à oportunidade. Não há por que justificar o que não se deve adequar a normas ou a critérios, ou o que não deve realizar certa finalidade; tampouco há por que justificar o que, incontestavelmente, se ajusta às normas, aos critérios ou às finalidades considerados. A justificação só diz respeito ao que é a um só tempo discutível e discutido. Daí resulta que o que é absolutamente válido não deve ser submetido a um processo de justificação e, inversamente, o que se tende a justificar não pode ser considerado incondicional e absolutamente válido.⁶⁷

O Contexto de justificação torna-se deveras importante quando fazemos um confronto entre o CPC de 1939 e o atual de 1973. O Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 ao cuidar da sentença dispunha (grifo nosso):

“A sentença, *que deverá ser clara e precisa*, conterá:
I – o relatório;
II – os fundamentos de facto e de direito;
III – a decisão. Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos”.

⁶⁵ Arruda Alvim. Manual de Direito Processual Civil, vol. 1, n. 52, pág. 183, 11a ed., Ed. RT, 2007.

⁶⁶ Sobre Justificação interna e externa abordaremos no capítulo 3.

⁶⁷ PERELMAN, Chain. Retóricas, pág. 169, tradução de Maria Ermantina Galvão, Ed. Martins Fontes, 1999.

O atual Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 458, não contém tal exigência expressa em ser a sentença clara e precisa, muito embora implicitamente entende-se presente tal exigência, podendo inclusive ser consideradas (clareza e precisão) como elementos da sentença, ou como elementos obrigatórios do adequado emprego da língua portuguesa, vez que é essencial ter clareza e precisão para o correto entendimento da decisão.

No restante a comparação permite sustentar serem os dispositivos assemelhados, uma vez que ambos exigem a necessidade do magistrado elaborar o relatório com seus elementos, apresentar os fundamentos de fato e de direito e concluir a decisão com a respectiva parte dispositiva.

Em relação aos vícios processuais podemos afirmar que a ausência dos elementos exigidos tanto pela Constituição Federal como pelo Código de Processo Civil, dos elementos necessários à sentença, acarreta a nulidade dessa decisão. Com base no ensinamento de Tereza Arruda Alvim Wambier, temos:

(...) três são as espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de correlação entre fundamentação e decisório. Todos são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença. Isto porque 'fundamentação' deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, 'fundamentação que não tem relação com o decisório também não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório⁶⁸.

Outra possibilidade de nulidade na decisão é a denominada motivação *per relationem*, que ocorre quando o magistrado utiliza menção ou referência na sua decisão de uma outra decisão anteriormente proferida por ele próprio ou por instância superior. Esclaremos que essa forma de fundamentar, não atende às exigências normativas de fundamentação, visto ser necessário que o magistrado indique as específicas razões *no caso concreto* de sua decisão, podendo apenas referir-se a outra decisão como forma complementar ao raciocínio empregado, mas nunca como condição exauriente de fundamentação.

2.5. Princípios Constitucionais Processuais Gerais

⁶⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 5a ed., Ed. RT, 2004, pág. 335.

A análise do instituto da fundamentação judicial, com todos os elementos e peculiaridades que lhes são inerentes, não pode prescindir de um exame contextual em torno dos princípios constitucionais correspondentes, chegando ao ponto de Flávio Almeida afirmar que:

“A Constituição, é indiscutivelmente, uma carta de intenções, onde os representantes escolhidos pelo povo elegem as diretrizes básicas a dirigir a vida societária. Assim, se um determinado princípio foi incluído no texto constitucional, é porque, à evidência, deve ele se irradiar sobre todas as normas componentes do ordenamento jurídico, alterando-lhes, inclusive, aquilo em que contraditarem o texto maior”.⁶⁹,

Conforme dito anteriormente, a relação entre processo e Constituição fez surgir uma “tutela constitucional do processo”⁷⁰, fortemente alicerçada em princípios e garantias inseridos na Carta Constitucional, portadores de enunciados normativos dotados de caráter axiológico, fazendo surgir o movimento doutrinário conhecido como neoconstitucionalismo⁷¹

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer uma nova ordem jurídica alicerçada, sobretudo em princípios, isto é, diretrizes axiológicas direcionadas a todo o Ordenamento Jurídico e assegurando direitos e garantias aos indivíduos. Tais características aplicadas ao contexto processual fez surgir uma nova

⁶⁹ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Da fundamentação das decisões judiciais*, In: Revista de Processo, Coord. Teresa Arruda Alvim, ano 17, n. 67, p. 194-211, julho-setembro, 1992.p.198

⁷⁰ Nesse mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni “As normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo. Trata-se de uma ‘tutela constitucional do processo’, que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais” Ada Pellegrini Grinover (2006, p.84-85), por sua vez, denomina o fenômeno de “direito processual constitucional”, asseverando ser “inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”. Mais adiante traça os pressupostos que sustentam esta simbiose entre o processo e a Constituição, quais sejam: “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e [...] a jurisdição constitucional” in MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores, 1999, p 21.

⁷¹ Humberto Ávila, porém, critica esta concepção neoconstitucionalista sob o fundamento de que os dogmas e paradigmas idealizados por este novo fenômeno não se sustentam no ordenamento constitucional brasileiro. O autor afirma, inclusive, que, ao contrário do que se preconiza, o tipo normativo que prevalece na Constituição federal de 1988 são as regras e não os princípios, e estes só podem ser utilizados na resolução de conflitos na hipótese de inexistência de regra constitucional ou infraconstitucional. In ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, n. 17 – jan./fev./mar., 2009.

ambição de realização ou efetividade processual que proporcionasse o acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva, construída sob a tutela do devido processo legal e seus corolários.

É nesse contexto que a distinção entre princípios e regras se torna imprescindível, implicando na mudança no significado lingüístico dos princípios, agora elevados à categoria do norma jurídica expressando verdadeiros preceitos normativos⁷², sem perderem a sua característica de vetores axiológicos. Sobre a distinção entre regras e princípios Luiz Guilherme Marinoni assinala:

A doutrina, especialmente após as obras de Dworkin e Alexy, tem feito a distinção entre princípio e regras. Enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve, não se deve ou não se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas⁷³.

Temos então uma nova “ordem processual” brasileira a partir da Constituição Federal de 1988, onde todo o estudo e interpretação do direito processual deve obrigatoriamente ser idealizado à luz da Constituição e dos princípios nela encampados, certamente especial destaque deve ser atribuído aos direitos fundamentais, vez que ambos os conceitos estão intimamente interligados.

No tocante aos direitos fundamentais, Fredie Didier Jr. explica:

(...) os direitos fundamentais possuem “dupla dimensão: a) *subjetiva*: de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagens a seus titulares; b) *objetiva*: traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos.⁷⁴

Os direitos fundamentais, positivados na época do constitucionalismo contemporâneo, de acordo com Marcelo Guerra, passam a ocupar a posição da lei no

⁷² Humberto Ávila explica que “normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. In ÁVILA, Humberto. *op. Cit.* p 30.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p 49.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do processo e processo de conhecimento*. Vol 1. 6 ed.. Salvador: Jus Podivm, 2006. p.32

centro do universo jurídico, identificando-se como uma nova categoria em face da “força jurídica” que deles emana e dos valores que encerram⁷⁵

Após tal embasamento doutrinário passamos agora ao estudo dos princípios constitucionais da CF/88 relativos ao processo, que tenham especificidade de contexto com fundamentação dos atos decisórios, matéria do presente estudo.

Iniciando com o Princípio do Devido Processo Legal, temos que o mesmo representa uma garantia quem rege superiormente todo o sistema, sendo o ponto de partida e de chegada de todos os outros e ainda valendo como *norma de encerramento*, de modo a ser “portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas, mas igualmente associadas à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual”.⁷⁶

No Ordenamento Jurídico brasileiro, a garantia do devido processo legal vem expressamente prevista no inciso LIV, do artigo 5o da Constituição Federal.

De vital importância para qualquer sistema processual, o princípio do devido processo legal é considerado o postulado fundante de todo ordenamento jurídico processual e a mola propulsora do processo, sendo o mesmo considerado ponto de partida e chegada de todos os demais princípios processuais, o núcleo central que envolve o todo o contexto processual.

De acordo com Nery Jr., a importância deste princípio é tamanha que:

(...) bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies⁷⁷

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci assevera que o devido processo legal se desdobra nas garantias:

a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com

⁷⁵ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003. p 82 - 83.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 243. Também Barbosa Moreira vê o *devido processo legal*, tradução quase literal da expressão “*due process of law*”, como *norma de encerramento*, “a incidir em casos não cobertos por disposições consagradoras de garantias específicas, como a do contraditório e ampla defesa (n. LV), a do juiz natural (n. LIII), a da publicidade dos atos do processo (n. LX) e outras”, nítida influência do universo anglo-saxônico no direito brasileiro (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 45

⁷⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 77.

todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e) da tutela jurisdicional dentro de um lapso de tempo razoável” (1999, p.259-260).

Oportuno ressaltar que, no tocante ao nosso estudo e nas palavras de Candido Dinamarco, a garantia do devido processo já absorve até mesmo a exigência da motivação prevista na Constituição (art. 93, IX), de que as decisões judiciárias não-motivadas ou insuficientemente motivadas são nulas e não podem prevalecer.⁷⁸

O estudo do princípio do devido processo legal é subdividido em seu aspecto processual ou formal (*procedural due process*) e aspecto material (*substantive due process*). Nelson Nery explicando os conceitos envolvidos no Princípio do devido processo legal adverte que:

“a cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, (...), e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo” (op. cit., p. 81). Exemplificando, “o fato de a administração dever agir somente no sentido positivo da lei, isto é, quando lhe é por ela permitido, indica a incidência da cláusula *due process* no direito administrativo” (op. cit., p. 82).⁷⁹

Temos então que a dimensão formal corresponde a idéia de que o processo deve obedecer a um conjunto de regras e princípios previamente estabelecidos, diante da observância de todas as formalidades e exigências legalmente estipuladas. Representa pois um sistema de garantias com base no contraditório e na ampla defesa, assegurados às partes para que exerçam as suas faculdades e poderes processuais.

A exigência constitucional da motivação representa, projeção do *devido processo legal substancial*, pois constituindo forma de controle de ato estatal que se afigura ilegítimo”. Todavia, não basta que o processo esteja tecnicamente perfeito do ponto de vista formal, é preciso também que a decisão seja *ainda* materialmente razoável e proporcional.⁸⁰

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 245.

⁷⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 81 e 82.

⁸⁰ Observa-se a íntima relação entre o aspecto material do princípio do devido processo legal, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para a função fundamentadora da decisão judicial

O complexo ato de proferir decisões motivadas é tarefa que deve o princípio do devido processo legal em seus ambos aspectos, pois somente dessa forma satisfazer-se com a motivação, e tornar possível o controle das decisões judiciais e da solução dada à controvérsia. Lembrando que tal controle é exercido não só pelas partes e por órgãos do Poder Judiciário, mas também pela própria sociedade na fiscalização da atividade desenvolvida pelos magistrados de interpretação e aplicação da norma jurídica e da sua adequação durante o exercício do poder jurisdicional.

Sobre a relação entre o aspecto material do princípio do devido processo legal e o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade⁸¹, observamos que o princípio da proporcionalidade relaciona-se diretamente diante da resolução do caso concreto, mais especificamente quando lida com conflito de interesses, face à ponderação de valores levados à jurisdição, cumprindo verdadeiramente a função de “de princípio que torna possível a justiça do caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas abstratas⁸²”.

Fazendo então uma síntese, do exposto até o momento, temos que a decisão judicial devidamente fundamentada deve ser proferida em consonância com o princípio do devido processo legal, observando todas as formalidades previstas em lei, assegurando ao indivíduo o mais amplo acesso à justiça (contraditório, ampla defesa) e sendo ainda uma sentença equânime, justa, proporcional e razoável, mediante o emprego de meios substancialmente adequados, necessários e estritamente proporcionais.

⁸¹ Comugamos da crença de que não há como dissociar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo certo que ambos representam a concretização do devido processo legal no seu aspecto substantivo, tendo inclusive o STF já se posicionado nesse sentido: O STF acolhe esta diretriz como se deflui de trechos da decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, cujo teor abaixo se reproduz: [...] todas as normas emanadas do Poder Público deve ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *'substantive due processo of law'* (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, v.g.): **‘[...] o princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due processo of Law – acha-se vocacionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público [...]. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se a cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due processo of law [...]**’. (STF, RE 374.981, j. 28.03.2005, RTJ 176/578-580, Rel. Min. Celso de Mello) (grifos nossos).

⁸² DIDIER Jr., *Freddieop Cit.*, 2006, p.51.

Passando agora ao estudo do princípio do contraditório, temos que o mesmo relaciona-se à noção de bilateralidade que deve existir no processo e na ação em seu sentido amplo, e de acordo com Cândido Rangel Dinamarco⁸³, o princípio ou direito fundamental ao contraditório não se dirige, porém, apenas às partes, constitui, outrossim, dever dos magistrados⁸⁴ e instrumento de legitimação do poder estatal. Trata-se de aplicação do princípio da cooperação em que o juiz deve “tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”.⁸⁵

Essa dupla destinação do princípio do contraditório traduz a ampla participação de todos os sujeitos no processo (dever de cooperação) e do próprio magistrado na preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório.

Por sua vez, o princípio do contraditório é complementado em sua dimensão material com o Princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal⁸⁶, e também um princípio bilateral, destinado a ambas as partes do processo.

Contraditório e a ampla defesa são instrumentos de realização da democracia e do acesso à justiça postos à disposição das partes para tutelar suas pretensões. Consistem em direito de participação ativa e de conhecimento de todos os atos processuais, com a possibilidade de influir na cognição do magistrado, sob pena de descumprimento da sua função jurisdicional, eis a importância para a fundamentação da decisão judicial.

Complementando nosso estudo sobre os princípios constitucionais do processo, temos agora o princípio constitucional de celeridade processual previsto no

⁸³ DINAMARCO, Cândido. *op Cit.*, p.214.

⁸⁴ Neste sentido assinala Nelson Nery Jr.: “Ao juiz, como sujeito do processo, compete participação ativa na observância do contraditório, pelo que se pode concluir que os litigantes têm a garantia, o direito ao contraditório, ao passo que o juiz tem o dever de lhes assegurar o contraditório” NERY JR., Nelson *op Cit.*, p.206.

⁸⁵ DIDIER Jr., Freddie. *op Cit.*, p.71)

⁸⁶ “Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

art. 5º, LXXVIII⁸⁷, que exige que o processo tenha uma duração temporal razoável desde o momento em que é iniciado até o trânsito em julgado, seja na via judicial, seja na via administrativa, forçando o julgador a conduzir a demanda evitando incidentes desnecessários e aproveitando, sempre que possível, os atos processuais, a instrumentalidade das formas e a economicidade.

Para Marcelo Lima Guerra o princípio pode ser sintetizado na “seguinte fórmula: é razoável toda a duração do processo que seja decorrente do indispensável respeito aos direitos fundamentais em jogo, sobretudo os processuais⁸⁸”.

Modernamente, face à quantidade de demandas, vale ressaltar que a busca pela celeridade processual não poder ser materializada com o desrespeito a outros valores constitucionalmente tutelados e indispensáveis aos indivíduos. Deve a celeridade processual obedecer direitos e garantias igualmente assegurados, uma vez que uma decisão desprovida de motivação ou com motivação insuficiente desafia um maior número de recursos, seja para esclarecer os pontos obscuros, seja para sanar as omissões existentes.

2.6. A Motivação das Decisões Judiciais como Princípio .

O dever de fundamentação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, IX da Carta Magna trata-se de um direito fundamental, um princípio, uma garantia individual e ainda dever de todos os julgadores mediante exigência constitucional.

A qualidade de princípio constitucional é defendida por Barbosa Moreira⁸⁹ antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, já afirmando, como também outros doutrinadores⁹⁰, que o dever do magistrado de expor as suas razões de decidir é

⁸⁷ “Art. 5º, LXXVIII. A todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”

⁸⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção ao credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003. p.107.

⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual, 2ª série, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1988. p 87.

⁹⁰ É o que sustentam Maria Thereza Gonçalves Pero (2001), Rogério Bellentani Zavarize (2004), respectivamente em suas obras: “A motivação da sentença civil” e “A Fundamentação das decisões judiciais”.

uma problemática que se situa no plano dos princípios fundamentais. Confirmando o *status* de princípio constitucional temos ainda:

a motivação da sentença no ordenamento jurídico brasileiro recebe o prestígio constitucional de princípio, exigindo, conseqüentemente, um aperfeiçoamento nos elementos que a configuram, a fim de que a sua presença, em qualquer decisão, seja, efetivamente, uma forma de garantia do atuar processual.⁹¹

Vale lembrar que o próprio *caput* do art. 93, CF explicita que “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o estatuto da Magistratura, observados os seguintes **princípios**” (grifo nosso), restando clarificado que própria Constituição Federal erigiu a norma à categoria de princípio e, ademais, há o preenchimento das principais características que o qualificam, acredita-se que o dispositivo configura-se, iniludivelmente, um autêntico princípio

Em se admitindo a qualidade de Princípio ao dever fundamental de motivação, temos como conseqüência imediata a prescrição de enunciados normativos dotados de conteúdo axiológico estabelecendo diretrizes a serem seguidas, e vinculando todos os seus destinatários. O preceito constitucional contido no art 93, IX,⁹² encerra, um mandamento direcionado aos órgãos do Poder Judiciário, de observância obrigatória, sob pena de nulidade, tratando-se ainda de norma auto-aplicável.

A não observância do preceito constitucional contido no art. 93, IX, pelo magistrado no exercício da jurisdição, leva à insuficiência da prestação jurisdicional que não irá se concretizar adequadamente, de modo que a justiça não terá atingido a sua finalidade, motivo que revela a fundamentação das decisões judiciais como garantia dos litigantes e da sociedade.

Assim, o art. 93, IX da CF traduz-se, sem dúvida, numa garantia em função do conteúdo que encerra, implicando na obrigatoriedade do órgão judicial de explicar os motivos que o conduziram a prolatar decisão naquele sentido, pois a sentença (em sentido amplo) quando devidamente motivada consagra a observância de uma série de princípios e garantias, tais como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, celeridade, juiz natural, livre convencimento e igualdade material.

⁹¹ DELGADO, José Augusto. A sentença judicial e a Constituição de 1988. *Revista de Processo*, n. 61, v. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.57-62, jan./mar., 1991. p 58.

⁹² “Ar. 93, IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”

2.7. A Motivação Deficiente como Fator de Atraso da Prestação Jurisdicional

Sendo aceitável e até compreensível diante da natureza humana, a irresignação da parte com a decisão desfavorável é sempre previsível, no entanto uma decisão mal fundamentada acaba funcionando como considerável fator de atraso no oferecimento da devida prestação jurisdicional, pois torna a decisão muitas vezes incompreensível, findando por contribuir para agravar tal irresignação.

A falta de exame dos fundamentos relevantes trazidos pelas partes, ainda que para rejeitá-los, contribui para superlotar o Judiciário com um maior número de recursos, além de violar a garantia da inafastabilidade da jurisdição e da ampla defesa, não restando dúvidas, portanto, de que a possibilidade de amplo debate entre as partes e a devida prolação de decisões bem construídas implicam diretamente numa diminuição na utilização dos recursos.

Nesse exato sentido moderno de contraditório, surge o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior ao defender a idéia da aplicação da chamada *comparticipação* entre juiz, partes e respectivos advogados, que, “conduz à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos”.⁹³

É exatamente através dessa *comparticipação* entre juiz, partes e respectivos advogados, que será realizado o devido exame da higidez da decisão, permitindo a aferição da qualidade da atividade desempenhada pelo órgão judicial, evitando, assim, incidentes desnecessários e a interposição de um arsenal de recursos, para que seja possibilitado o efetivo acesso à justiça.

Por outro lado, teríamos também o esvaziamento da garantia de defesa caso o magistrado não tivesse o dever de levar em conta todas as alegações propostas pelas

⁹³ Nas exatas palavras de Humberto Theodoro Junior: Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 109. “Ao contrário da forma como vêm sendo interpretada por boa parte da doutrina brasileira, a garantia constitucional do contraditório não constitui um obstáculo para obtenção de maior celeridade (e/ou menores custos); pois que um processo sem seu exercício, em que não houve colocação clara (e debates acerca) dos pontos controversos é fonte geradora de um sem número de recursos (a começar de embargos de declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que, certamente não auxilia na obtenção de uma *razoável duração do processo*”. THEODORO JUNIOR, Humberto op. cit., p. 116- 117.

partes, concretamente manifestadas. De pouco ou nada valeria garantir à parte o direito de ampla defesa, o direito de ação, o direito ao contraditório e demais garantias constitucionais, caso fosse consentido ao juiz o poder de não considerar as alegações das partes.

Exatamente mesmo sentido Teresa Arruda Alvim Wambier, chega a afirmar que:

“a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional ficaria seriamente comprometida se o autor tivesse o direito de submeter sua pretensão (=afirmação de direito) ao Judiciário, e uma série de razões em decorrência das quais afirma ter este direito, e a este direito não correspondesse o dever do Judiciário no sentido de examinar todas elas.”⁹⁴

Eis a explicação para que a obrigação de eficiência da fundamentação traduz-se em garantia constitucional para a justa motivação das decisões judiciais, constituindo inegável fator de aprimoramento e de aceleração no oferecimento da prestação da tutela jurisdicional.

A exposição formal das razões de decidir do juiz, mediante esforço argumentativo, deve convencer sobre seu grau de acerto, e atender simultaneamente aos postulados da publicidade e da transparência e ainda possibilitar às partes, o direito de conhecer, aceitar ou questionar pela via recursal os fundamentos invocados pelo julgador. Somente desta maneira haverá um efetivo controle da decisão por parte da própria sociedade, destinatária dos atos judiciais e a quem incumbe fiscalizá-los.

⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. op. cit., p. 63.

3. A LÓGICA E O SILOGISMO JURÍDICO

3.1. O Método Lógico e seus conceitos.

A Lógica, ciência antiga de origem grega, cujos iniciadores são Parmênides, Zenão de Eléia e os sofistas⁹⁵. Atribui-se a Aristóteles⁹⁶ o mérito de ter desenvolvido um conjunto de regras rígidas para que conclusões pudessem ser aceitas como logicamente válidas, onde o emprego da lógica leva a uma linha de raciocínio baseado em premissas e conclusões⁹⁷.

Desde então, a lógica Ocidental, assim chamada, tem sido binária, isto é, uma declaração é falsa ou verdadeira, não podendo ser ao mesmo tempo parcialmente verdadeira e parcialmente falsa. Esta suposição e as leis da identidade (A é A), da não contradição (A não é B), e do terceiro excluído (A é A e não pode ser B) cobrem todas as possibilidades e formam a base do pensamento lógico Ocidental.

A Lógica ao mesmo tempo em que define as leis ideais do pensamento, estabelece as regras do pensamento formal correto, cujo conjunto constitui uma arte de pensar. E como o raciocínio é a operação intelectual que implica todas as outras operações do espírito, define-se muitas vezes a lógica como a ciência do raciocínio correto, por isso afirma-se que a Lógica é então necessária para tornar o espírito mais penetrante e para ajudá-lo a justificar suas operações recorrendo aos princípios que fundam a sua legitimidade, o que levou Tomás de Aquino a afirmar ser a Lógica também uma arte, isto é, “*um método que permite bem fazer uma obra segundo certas regras*”⁹⁸.

⁹⁵ NERICI, Imideo Giuseppe. Introdução à Lógica. 9. ed. São Paulo: Nobel, 1985.

⁹⁶ O silogismo era, para Aristóteles, padrão do raciocínio analítico, enunciado pelo clássico esquema: “Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C”. Percebamos que, de acordo com a fórmula, o referido raciocínio é válido independente de que termos seja A, B e C, ou seja, independentemente do conteúdo. Trata-se, assim, de lógica formal.

⁹⁷ Por exemplo: se for observado que “*todo ser vivo é mortal*” (premissa 1), a seguir é constatado que “*João é um ser vivo*” (premissa 2), como conclusão temos que “*João é mortal*”.

⁹⁸ Apud NERICI, op. cit., p. 16.

O papel da Lógica Jurídica passou a ser não somente o de garantir a possibilidade de correção das conclusões silogísticas, mas também, e fundamentalmente, o de possibilitar que as escolhas das premissas sejam feitas de forma racional e justificada, garantindo que o Direito possa efetivamente ser qualificado como Ciência e possibilitando que se exerça um controle mais apropriado das decisões jurídicas.

A Lógica tornou-se imprescindível para o desenvolvimento do espírito humano, uma vez que tem como finalidade a procura e a demonstração da verdade, recorrendo aos princípios que fundam a sua legitimidade. Didaticamente, o estudo da Lógica divide-se em Lógica Formal e Lógica Não Formal ou Metodológica, mais conhecida como Lógica Material.

Na lição de Alaôr Caffé Alves⁹⁹, a Lógica Formal estabelece “*as condições de acordo com o pensamento consigo mesmo, estudando sua validade intrínseca, isto é, sua forma*”. Aplicar formas lógicas significa substituir as estruturas reduzidas a variáveis e constantes lógicas por dados ou constantes fáticas, sem considerar os elementos materiais¹⁰⁰, assim a Lógica formal é uma maneira de organização do raciocínio sem considerar o conteúdo, partindo-se de premissas para se chegar a uma conclusão, não interessando a veracidade ou falsidade da proposição, apenas a sustentação da validade do argumento.

Ora, como as operações do espírito são em número de três¹⁰¹, a saber: a apreensão, o juízo e o raciocínio, a Lógica Formal compreende normalmente três partes: da apreensão e da idéia, — do juízo e da proposição, — do raciocínio e da argumentação, já a lógica material ou maior é a parte da Lógica que determina as leis particulares e as regras especiais que decorrem da natureza dos objetos a conhecer. Ela define os métodos das matemáticas, da física, da química, das ciências naturais, das ciências morais e outras tantas lógicas especiais.

A lógica distingue também proposição de juízo. A proposição é o enunciado verbal de um juízo, uma sequência de palavras. O juízo é o ato pelo qual o espírito

⁹⁹ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 141.

¹⁰⁰ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 79.

¹⁰¹ JOLIVET, op., cit., p. 31.

humano aceita ou nega uma coisa de outra. DI NAPOLI define o juízo como a “*união ou desunião intelectual de dois conceitos, mas é também a união ou desunião intelectual de algum conceito e de alguma coisa existente e singular*”. Por juízo entende-se uma operação intelectual, uma asserção afirmativa (Dostoievsky é um escritor russo) ou negativa (Não há bem que sempre dure), verdadeira ou falsa .

Proposição é “a expressão verbal do juízo”, ou seja, é a oração que garante ou nega alguma coisa do sujeito. Pode ser definida também como “uma oração enunciativa do predicado sobre o sujeito”. É constituída pelos termos sujeito, predicado e verbo. É por meio do verbo que se liga o sujeito ao predicado e que é constatado se a proposição afirma ou nega algo .

Uma proposição é geralmente uma união de dois termos (sujeito e predicado) através de uma cópula (normalmente o verbo ser). O pensamento, portanto, apreende as idéias, que se representam por meio de termos. Com a comparação das idéias, de uma forma positiva ou negativa, o espírito julga, tendo, por fim, a proposição. É oportuno salientar que essas operações acontecem praticamente ao mesmo tempo. Não há uma divisão tão clara, pois o pensamento é indivisível, é uno.

Os conceitos de raciocínio e argumento também derivam do estudo da lógica. Segundo Jolivet¹⁰², o raciocínio, em geral, é a operação pela qual o espírito, de duas ou mais relações conhecidas, conclui uma outra relação que desta decorre logicamente. Como, por outro lado, as relações são expressas pelos juízos, o raciocínio pode também definir-se como a operação que consiste em tirar de dois ou mais juízos um outro juízo contido logicamente nos primeiros.

De acordo com Perelman¹⁰³ o vocábulo “*raciocínio designa tanto uma atividade da mente quanto o produto desta atividade*”. No âmbito da Lógica, o raciocínio revela-se como produto, não importando as condições para sua elaboração.

Raciocínio então é o ato pelo qual o espírito, com o que ele já conhece, adquire um novo conhecimento, ou seja, “*é o ato pelo qual o intelecto infere um determinado juízo de outros juízos*”¹⁰⁴.

¹⁰² JOLIVET, op. cit., p. 39.

¹⁰³ PERELMAN, op. cit., p. 1.

¹⁰⁴ DI NAPOLI, op. cit., p. 97.

É importante perceber que o raciocínio é feito por meio do que já é conhecido, por isso NÉRICI¹⁰⁵ afirma que, “*todo raciocínio baseia-se no antecedente, o que é conhecido, para ir ao consequente, que é a novidade percebida pelo espírito*”. O raciocínio é então uma passagem do conhecido para o desconhecido, enquanto o argumento é a expressão verbal do raciocínio.

O encadeamento lógico das proposições que compõem o argumento se chama forma ou consequência do argumento. As próprias proposições formam a matéria do argumento. A proposição a que chega o raciocínio se chama conclusão ou consequente, e as proposições de onde é tirada a conclusão se chama coletivamente o antecedente¹⁰⁶:

3.2. A Relação da Lógica com o Direito

Segundo Di Napoli, “*silogismo é um argumento dedutivo no qual, postas duas proposições, necessariamente é posta a terceira*”¹⁰⁷. Trata-se, pois, da forma perfeita de raciocínio dedutivo mediato, ou seja, aquele que parte do geral para o particular, com o auxílio de um intermediário, sendo composto por três proposições, das quais a terceira (conclusão) é tirada das duas primeiras (premissas).

Por ser mediado, o silogismo não é apreendido imediatamente da percepção, mas sim através do raciocínio para compreender o real. Também é dedutivo porque parte da verdade de premissas universais para se chegar a outras premissas. E ainda é necessário, porque estabelece uma cadeia causal entre as premissas.

É comumente difundida a idéia de que o Direito reduz-se ao silogismo lógico, e que nas relações estabelecidas entre as diversas normas que formam o ordenamento jurídico-positivo, bem como na aplicação dessas normas aos casos concretos, devem ser obedecidos somente os princípios da lógica, falando-se assim em silogismo jurídico.

¹⁰⁵ NERICI, op. cit., p. 56.

¹⁰⁶ O homem é mortal. Pedro é homem (Antecedente), logo, Pedro é mortal {Conclusão}.

¹⁰⁷ DI NAPOLI, op. cit., p. 100.

Tal idéia reduz o Direito a um fenômeno estritamente lógico, cabendo ao juiz, ao aplicar a lei a um caso concreto, deduzir logicamente a sentença a partir do silogismo entre as leis gerais e os fatos.

Sobre a idéia de existência de uma “lógica jurídica”, temos que a aplicação da lógica ao direito não configuraria uma nova disciplina, mas seria antes a mera aplicação de postulados universais a um ramo específico do saber, de modo que não seria possível falar-se em lógica jurídica, como afirma Perelman

Ora, de fato, ao se entender a lógica unicamente como a lógica formal, que analisa as inferências necessárias entre as proposições, resta evidente que (...) se identificarmos “lógica pura e simples” com a lógica formal, não apenas esta última expressão se torna pleonástica, mas é ridículo falar de lógica jurídica, como seria ridículo falar de lógica bioquímica ou lógica zoológica quando utilizamos as regras da lógica formal em um tratado de bioquímica ou zoologia.¹⁰⁸

Tal crença originou-se a partir do liberalismo do século XVIII, onde a atividade judicial era meramente declaratória da norma legal aplicável ao caso concreto, devendo o juiz unicamente fazer um silogismo lógico-dedutivo em que a premissa maior seria a norma e a premissa menor seria o fato, decorrendo daí uma conclusão como única solução. O Juiz dessa forma seria apenas a “boca da lei” um mero aplicador da lei, cabendo-lhe tão-somente “dizer a lei do caso concreto”, extraída a partir da lei genérica e abstrata¹⁰⁹.

Tal associação entre a lógica e o Direito é tão forte que levou Beccaria¹¹⁰ a afirmar que:

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a conseqüência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constringido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro.

De fato, a lógica jurídica busca tanto garantir a possibilidade de que as conclusões silogísticas, quando cabíveis, sejam corretas, como também, e fundamentalmente, possibilitar que as escolhas das premissas sejam feitas de forma racional e justificada, garantindo que o Direito possa efetivamente ser qualificado como

¹⁰⁸ PERELMAN, Chain. op cit. 1998, p. 5

¹⁰⁹ Clássica é a afirmação Montesquieu: *os juízes “(...) não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor”*. MONTESQUIEU, Barão de La Bréde e de. Do Espírito das Leis. Vol. 1, coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1997.p 203.

¹¹⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. 11ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995. p 17.

Ciência e possibilitando que se exerça um controle mais apropriado das decisões jurídicas, o que levou Danielle Pamplona e Danielle Annoni a afirmarem:

Uma sentença judicial é composta então por, pelo menos, três outras sentenças ou proposições. No exemplo, para se chegar à condenação de Pedro devem ser emitidas as seguintes sentenças declarativas: A) A norma aplicável é essa; B) O fato é esse; C) A aplicação desse fato a essa norma implica nessa conclusão. Isso equivale a dizer que em uma mesma sentença são formuladas, no mínimo, três proposições. A invalidação ou modificação de quaisquer dessas proposições irá alterar as demais, na medida em que a inferência que as justifica ficaria comprometida¹¹¹.

Perelman afirma que, no âmbito da Lógica, apenas são analisadas a maneira de formular o raciocínio, assim como “*o estatuto das premissas e da conclusão, a validade do vínculo que as une, a estrutura do raciocínio, sua conformidade a regras ou a certos esquemas conhecidos de antemão*”¹¹².

Ainda de acordo com Perelman:

“A lógica jurídica é o conjunto de técnicas de raciocínio que permitem ao julgador conciliar, em cada caso, o respeito ao direito e a aceitabilidade da solução encontrada. As fontes do direito, tais como postas em cada sistema jurídico, são o ponto de partida do raciocínio do jurista, que tem como objetivo a adaptação dos textos jurídicos às necessidades e às aspirações de uma sociedade viva, em constante mutação”¹¹³.

No mesmo sentido, tornando explícita a forma como a ligação entre a lógica e o direito era vista, afirmou Beccaria¹¹⁴ que:

“O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constringido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro”.

Em assim sendo, o modelo lógico-formal adotado pelo Direito, ou mais especificamente, o raciocínio jurídico, passou a ser construído a partir de normas que

¹¹¹ Pamplona, Danielle Anne e Annoni, Danielle. O processo de decisão judicial diante do pós positivismo judicial. In http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/danielle_anne_pamplona-1.pdf. Colhido em 10/07/2015 as 22:30 hrs.

¹¹² PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1.

¹¹³ PERELMAN. "Ontologie juridique et sources du droit" em Archives de philosophie du droit, t. 27, Sirey, 1982, p.31 (Em Ethique et Droit, cit., pp. 523/535), apud Cassio Scarpinella Bueno in *Ethique et Droit, Editions de l'Universite de Bruxelles*, 1990, pp. 636/648, coletânea de estudos de Perelman organizada por Alain Lempereur.

¹¹⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. 11ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995, p.17

se relacionavam por inferência lógica, mediante um encadeamento racional, partindo de uma norma geral e abstrata, de hierarquia superior e na qual se fundam as demais, até a mais concreta e específica, diretamente aplicável ao caso concreto, formando-se assim uma pirâmide normativa cujo ápice seria ocupado pela Constituição.

Adicionalmente à essa relação entre normas, o fato posto em julgamento relacionava-se também com uma inferência lógica entre as normas, de tal modo que a conclusão, isto é, a sentença, seria o produto de um ato racional de aplicação lógica, de acordo com o seguinte modelo”

“Vistos os autos (...) Relatado (...) segue-se a Motivação:
 O princípio da dignidade da pessoa humana é norma constitucional de eficácia imediata e portanto pode e deve ser aplicado a casos concretos. (premissa maior)
 O contrato celebrado entre Autor e Réu fere o princípio da dignidade da pessoa humana. (premissa menor)
 Logo, dou provimento ao pedido do Autor para declarar nulo o referido contrato. (conclusão)”.

Tal fase do direito caracterizou o auge do positivismo jurídico, onde a justiça passou a ser uma qualidade do que é legal, com base exclusiva na representatividade popular, tudo em nome da segurança jurídica, onde legitimidade e legalidade se confundiam e a atividade do juiz seria meramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente.

Perelman explica que, à época do positivismo, o raciocínio jurídico relativo à aplicação da lei foi considerado mera operação dedutiva, devendo a solução ser apreciada unicamente segundo o critério de legalidade, sem levar em conta seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável. Ignorava, por completo, os juízos de valor.¹¹⁵

Ocorre que, conforme já vimos no capítulo 2, vários fatores históricos ocasionaram uma expansão do grau de jurisdicionalização da vida social e política redundando em uma profunda alteração do papel desempenhado pelo Poder Judiciário nas democracias modernas, dentre eles podemos citar a positivação de direitos fundamentais e o reconhecimento da Constituição como norma jurídica, entrando em cena a idéia de valor junto ao Direito, tendo reflexos imediatos no atual período pós-positivista, onde a norma jurídica é formada não só por regras, mas também por princípios, contendo e exprimindo valores.

¹¹⁵ PERELMAN, op. cit., 135.

Atualmente podemos com convicção afirmar que a sentença é mais do que um mero raciocínio silogístico, onde a premissa maior seria a norma jurídica, a premissa menor os fatos provados e o juiz, por meio de uma operação de subsunção, analisaria se os fatos se enquadrariam ou não na hipótese legal, e, a partir do resultado dessa operação, chegaria a uma conclusão materializada no dispositivo.

Passou-se assim a exigir na modernidade, uma nova postura dos operadores do direito para lidar com os princípios explícitos e implícitos no ordenamento jurídico, principalmente os constitucionais, e com a complexidade da sociedade moderna, não sendo mais possível decidir todos os casos que chegam ao Poder Judiciário com o tradicional princípio da subsunção.

Juntamente com a nova postura constitucional axiológica advinda dos princípios, temos ainda o reconhecimento da existência de lacunas e antinomias no ordenamento, bem como do caráter vago e impreciso das normas, tornaram evidente que em muitos casos as decisões judiciais não são meros produtos do raciocínio lógico-dedutivo de aplicação de normas válidas e enunciados empíricos comprovados, uma vez que o Direito não pode ser considerado um sistema completo, estático e imutável, em que se possa invocar o silogismo como solução para todo e qualquer caso concreto, restando assim, superada a idéia do juiz mero aplicador da lei ou reproduzidor da vontade do legislador.

Na esteira dessas transformações o poder judiciário, voltado para a realização dos direitos fundamentais e promoção da justiça social a todos (Estado Social), também teve de adequar sua atuação, passou-se, a partir desse momento, a exigir da jurisdição uma postura mais criativa do julgador, entendida esta como um posicionamento de justa adequação do direito às peculiaridades da situação que lhe é apresentada. Os julgadores passaram a decidir mediante a demonstração, por meio da motivação, do grau de acerto da solução apontada, legitimando assim a sua forma de atuar o direito e fazer justiça no caso concreto, pois muitas vezes, um silogismo, ainda que perfeito (realizado por meio de normas jurídicas válidas), pode não ser suficiente para motivar uma decisão judicial, e portanto, não atende à exigência constitucional de motivação das decisões judiciais.

Sobre o modelo clássico de silogismo jurídico Cláudia Toledo¹¹⁶ afirma:

¹¹⁶ TOLEDO, Cláudia *in* introdução à edição brasileira da obra de Robert Alexy, Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. P 10.

O modelo clássico de *silogismo jurídico* pelo qual se subsume um fato a uma norma, alcançando-se a decisão juridical (juridical em sentido lato, envolvendo tanto a decisão resultante do desenvolvimentoteórico, abstrato do Direito quanto a decisão judicial, na jurisprudência), não se efetiva mediante a utilização apenas dos princípios da *lógica deôntica* (com a cópula hipotético-condicional “*deve ser*”, diferentemente da *lógica apofântica*, que tem como copula “*é*” e seus modalizadores deônticos é ordenado, é proibido, é permitido. Soma-se à tradicional lógica deôntica a *lógica do discurso*, que , embora *formal*, como toda lógica, adentra o aspecto *pragmático* do enunciado jurídico apresentado como argumento na discussão. Aquele silogismo jurídico, com o enquadramento quase mecânico e blindado de críticas do caso concreto à norma jurídica, não se efetiva com tal simplicidade, mas, dentre outras exigências, requer a complexa *ponderação* do *conteúdo valorativo* das proposições jurídicas.

Há necessidade de se considerar outras ferramentas de interpretação e integração das normas jurídicas, pois a lógica formal não suporta mais ser aplicada indiscriminadamente ao raciocínio jurídico.

De acordo com Alexy, a constatação feita por Larenz de que atualmente ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas nada mais é do que uma subsunção lógica sob premissas maiores formuladas abstratamente “é um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea”.¹¹⁷

Sob todos os aspectos, a lógica formal como uma maneira de organização do raciocínio sem considerar o conteúdo, partindo-se de premissas para se chegar a uma conclusão, não interessando a veracidade ou falsidade da proposição mas apenas a sustentação da validade do argumento, tornou-se insuficiente para o Direito. Esclarece-se que não estamos defendendo o desuso da lógica mas apenas demonstrando que *somente* a lógica formal e seu dedutivismo silogístico, não mais resolvem *todos* os parâmetros dos problemas levados à decisão junto ao Poder Judiciário.

3.3. A insuficiência da Lógica Formal para o Direito

Conforme vimos anteriormente, o modelo de regras, proposto pelo positivismo jurídico, com base na lógica formal, mediante raciocínios meramente dedutivos, é insuficiente para atender ao Direito, uma vez que este é criação da racionalidade humana permitir a convivência pacífica entre os homens. O fato de que

¹¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 17.

todo texto legal precisa ser interpretado, realidade veementemente negada pelo positivismo, tornou evidente a insuficiência do raciocínio silogístico na aplicação do direito.

O Direito é formado por normas, que por sua vez são criações humanas, cujas ações são delimitadas por valores, ao mesmo tempo, o Direito é interpretado e aplicado pelo homem, que, utilizando sua racionalidade, busca uma solução conveniente para o caso concreto. Ocorre, que sendo o homem um ser axiológico isso acaba refletindo no direito, o que demonstra a insuficiência dos raciocínios lógico formais, ocorrentes por meio da dedução.

A insuficiência do silogismo formal para o Direito também restou agravada diante do crescimento da pluralidade, da diversidade e da multivocidade forçando o direito, como fato social, a também acompanhar tais mudanças. Atualmente não é mais admissível justificar leis, decisões políticas ou jurídicas, baseando-se na autoridade de um magistrado, numa revelação divina ou em valores morais.

Por todos esses motivos a compreensão da Lógica Jurídica passa, necessariamente, por uma reavaliação em decorrência da própria evolução do Direito, e da sociedade ao longo do tempo, como bem demonstra a célebre frase do Justice Holmes: “a vida do Direito não tem sido lógica, mas experiência”. No mesmo sentido, afirmou Taine que “as sociedades humanas são um escândalo para a razão pura, pois elas não são obra da Lógica, mas da história”.¹¹⁸

A afirmação de que o silogismo, a esta altura, mostra-se como um *modelo inócuo* para o raciocínio jurídico é de Richard Posner nos seguintes termos:

“Sua função é demonstrar a validade de um processo de raciocínio, e não estabelecer a verdade do resultado do processo. É usado não para provar que Sócrates é mortal – uma vez que ninguém duvida disso –, mas para demonstrar uma relação lógica, como ficaria mais claro se substituíssemos A por homem (homens), B por mortal e C para Sócrates. A lógica, como a matemática, explora as relações entre as idéias, e não a correspondência com os fatos. O sistema jurídico não pode ser indiferente a questões de verdade empírica”.¹¹⁹

¹¹⁸ *apud* FRANCO MONTORO, André. Lógica jurídica, ferramenta do jurista. In DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia. Direito, cidadania e Justiça. Ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 20.

¹¹⁹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 73.

O advento de novas posturas de interpretação do Direito, advindas do posicionamento de que o sistema jurídico não pode mais ser indiferente a questões de verdade empírica, fez perceber que a lei não fornecia respostas objetivas nem prontas para todos os conflitos que o dinamismo da realidade apresentava.

As palavras contidas no texto legal não possuíam um sentido unívoco e poderiam adquirir significados diferentes, conforme o contexto onde fossem utilizadas e da valoração sobre elas feita pelo intérprete, principalmente diante das lacunas, antinomias e ambigüidades e não era tão completa, clara e coerente como ambicionavam os exegetas.

Outro grande problema da aplicação do silogismo é, de acordo com Taruffo, a proposta de um modelo lógico de decisão que não distingue entre a atividade do juiz para chegar a decisão e o raciocínio justificativo¹²⁰ que vem expresso na motivação.¹²¹

Constatamos assim, que a interpretação se faz necessária, ainda que a lei seja clara, pois o texto legal sempre apresenta uma determinada *porosidade*, a ensejar uma interpretação, um *enchimento valorativo*.¹²² Sobre os vários motivos demonstradores da complexidade da atividade judicial diante da insuficiência do silogismo judicial, Alexy destacou:

(i) a imprecisão da linguagem característica do Direito; (ii) a possibilidade de conflitos entre as normas, as antinomias; (iii) pelo fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não “cabem” sob nenhuma norma válida existente, bem como (iv) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão ter que contrariar textualmente um dispositivo.¹²³

No tocante à imprecisão da linguagem característica do Direito, temos que texto jurídico sempre foi marcado por construções gramaticais complexas dependentes do domínio de um elevado grau de conhecimento do língua, tanto em termos de estruturação textual, como também em termos gramaticais, caracterizando por isso a

¹²⁰ Neste sentido, é relevante que se faça a distinção entre contexto decisório e contexto justificativo, entre justificação interna e justificação externa, como veremos no capítulo 4 logo adiante.

¹²¹ *Apud* CASTRO. *Aspectos filosóficos de la motivación judicial*. p 3.

¹²² HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, cit., p. 13.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. *op cit.* p 17.

linguagem jurídica, com os estigmas da imprecisão, a abstração, entre outros que norteiam toda a produção destinada à aplicação do direito, ou seja, as normas jurídicas, não são por si só precisas ou claras.

Temos dessa forma o resultado lamentável de que por mais que se esforcem os legisladores para reduzir, ou até mesmo, retirar dos textos legislativos a imprecisão das palavras que utilizam, sempre restará uma porção de normas jurídicas sujeitas à referida deformidade, havendo sempre um conjunto de casos duvidosos, uma zona de penumbra, de imprecisão quanto ao significado, alcance e sentido de determinadas expressões lingüísticas.

3.4. A lógica jurídica de Chaim Perelman

O Mérito de Chain Perelman foi ter refutado a visão tradicional da razão jurídica, como era conhecida a partir da lógica formal. Toda a peculiaridade do raciocínio jurídico foi considerada por Perelman, que, na sua visão, não seria o resultado de um mero silogismo, por não se limitar a apontar a regra aplicável, a constatar os fatos a ela subsumidos e a extrair daí a conclusão.

Perelman foi o autor que provavelmente mais contribuiu para a recuperação da tradição tópica e da retórica antiga, chegando Fábio Ulhôa¹²⁴ a afirmar que:

“Vinte e três séculos se passavam enquanto a filosofia prestigia, do legado aristotélico, apenas o modo analítico de raciocinar. Ninguém manifesta preocupação em resgatar a idéia de dialética como saber necessário, sério, pertinente, sujeito a regras próprias e, portanto, controlável. Somente a partir de 1947, na Bélgica, Chaim Perelman irá alterar esse quadro, dando início, juntamente com sua colaboradora Lúcie Olbrechts-Tyteca, as pesquisas que resultarão, em 1958, na publicação do Tratado da argumentação”.

De acordo com a teoria de Perelman os julgamentos não resultariam de uma simples passagem da regra abstrata (premissa maior) para o caso concreto, em um simples processo dedutivo, mas sim de “uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais”¹²⁵, feita por meio da argumentação judicial trazida pelo julgador.

¹²⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. Prefácio à edição brasileira do Tratado da argumentação Jurídica. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes: 2002. p 13.

¹²⁵ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 116.

Para Perelman, a lógica jurídica, portanto, seria uma *lógica da argumentação*, que se valeria, “não de provas analíticas, que são coercivas, mas de provas dialéticas – no sentido aristotélico dessa distinção – que visam a convencer ou, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz nessa ocorrência), de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica”.¹²⁶

Desenvolvendo uma lógica específica para o direito, que se diferenciaria da lógica formal adotada pelos raciocínios matemáticos, para Perelman o raciocínio jurídico era exposto por meio da argumentação do juiz., sendo, pois o conceito de lógica jurídica aquele adotado pelos juízes na motivação de suas decisões, que solucionariam os conflitos por meio da exposição de razões aceitáveis, em suas palavras:

“O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora freqüentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível. Desde a Revolução Francesa, no direito continental, o juiz também tem a obrigação de motivar. O estudo dessas técnicas de motivação é que permite discernir o raciocínio judiciário nos diferentes ramos do direito, bem como também nas diversas instâncias hierarquicamente organizadas”.¹²⁷

Ainda de acordo com Perelman:

“Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar a quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de ‘maldizer os juízes’. (...) Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. (...) A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial”.¹²⁸

¹²⁶ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, cit., p. 500.

¹²⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 209-210.

¹²⁸ O texto citado por Perelman foi extraído do artigo “Histoire du jugement motivé” (História da sentença motivada), Rev. dr .publ., 1955, p. 5-6 , in PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 210-211.

Considerando a argumentação como um processo em que todos os seus elementos interagem constantemente, Perelman escolhe para designar a sua teoria, o nome de retórica e não de dialética, devido à importância que ele dá à noção de auditório (conjunto de todos aqueles em que o orador quer influir com a sua argumentação), concluindo por afirmar que na atual concepção do direito, o juiz não se limita a ser “a boca pela qual fala a lei”, que, por sua vez, também não constitui todo o direito, mas um instrumento que norteia a tarefa de julgar. Ao juiz, por meio da motivação, cabe fornecer uma justificativa convincente sobre a legitimidade da sua escolha .¹²⁹

4. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

4.1. O “Problema” da Fundamentação Judicial.

Face ao alargamento dos poderes do juiz terem sido significativamente alargados principalmente em virtude da consolidação da força normativa da Constituição no Estado contemporâneo, surge o problema da legitimidade da tutela jurisdicional, diante da necessidade em verificar o grau de atribuição de correção à decisão do juiz, e ainda a própria definição do que significa “correção da decisão jurisdicional”.

Sobre o “problema” da Fundamentação judicial Marcelo Guerra ensina:

O problema da fundamentação das decisões judiciais é de grande importância e complexidade. A extrema importância deste problema decorre da circunstância de os poderes do juiz terem sido significativamente alargados, como marca característica de alterações recentes do ordenamento, especialmente com a consolidação da força normativa da Constituição. Devido à estrutura aberta das normas constitucionais consagradoras de valores, o reconhecimento de sua força normativa plena significou um irreversível aumento de poderes conferidos ao juiz, associados à chamada “dimensão objetiva” dos direitos fundamentais.¹³⁰

Muito embora não seja possível com absoluta certeza determinar qual a teoria da decisão correta, tal impossibilidade não retira do juiz o dever de demonstrar que a sua decisão é racional e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto.

Fato agravante é que nenhuma decisão é simplesmente racional em si mesma, pois advém de um processo íntimo de intelecção (contexto de descoberta, como veremos adiante) e a racionalidade não é atributo dela mesma. Exatamente devido a esse processo íntimo de intelecção a decisão carece da racionalidade da argumentação. Essa argumentação, a cargo da jurisdição, é que pode demonstrar a racionalidade da decisão e, nesse sentido, a decisão correta.

Obviamente que tal decisão deve guiar-se pela lei, mas somente essa exigência não é suficientemente forte para a construção de um argumento

¹³⁰ GUERRA, Marcelo Lima. O Modelo Toulmin e a Fundamentação das Decisões Judiciais. Manuscrito fornecido pelo autor.

convincentemente utilizável em favor de uma decisão correta. Decisão racional não é o mesmo do que decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade; a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos.¹³¹ Ou melhor, a racionalidade do discurso judicial necessariamente envolve a racionalidade do discurso que objetiva um juízo prático ou moral:

De acordo com Marcelo Guerra, a complexidade do problema da fundamentação, por sua vez, está ligada a (pelo menos) três fatores:

(1) A carência de elementos normativos explícitos sobre o que se deve entender como “decisão fundamentada”, pelo menos para fins de cumprimento/aplicação das normas que impõem o dever de fundamentar as decisões judiciais;

(2) A heterogeneidade dos elementos decisórios a serem motivados – desde juízos puramente empíricos até juízos puramente normativos (de validade), passando por, às vezes, juízos morais e por juízos hermenêuticos;

(3) As incertezas que pairam nas outras disciplinas não jurídicas, das quais seria de se esperar o aporte de subsídios ao problema da fundamentação: tanto em epistemologia (quanto à fundamentação do conhecimento empírico em geral), quanto em ética (quanto à fundamentação dos juízos morais) e em outras como as ciências da linguagem, o problema da fundamentação é ponto altamente controvertido, para o qual muitas e divergentes soluções já foram defendidas, nenhuma tendo granjeado uma inequívoca posição de predominância.

Há, no entanto, uma circunstância que, se de um lado pode consistir em mais um elemento complicador, por outro termina por contribuir, em alguma medida, para uma solução do problema da fundamentação das decisões judiciais. Trata-se do fato de que a solução deste problema deve ser tal a manter a sintonia com o contexto especificamente normativo e prático. É dizer, qualquer solução que seja buscada deve ser tal que possibilite a “convivência” entre o dever de fundamentar as decisões judiciais e outros valores constitucionalmente assegurados, de modo a evitar que o “cumprimento integral” do primeiro possa trazer restrições desproporcionais ao segundo.¹³²

¹³¹ A respeito da argumentação jurídica, além das teses precursoras de Perelman (Perelman e Olbrecht-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione*, Torino: Einaudi, 1966), Viehweg (*Tópica e jurisprudência*, Brasília: UNB, 1979) e Toulmim (*The uses of argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 1958), são fundamentais as teorias de MacCormick (*Legal reasoning and legal theory*, Oxford: Oxford University Press, 1978) e Alexy (*Teoria da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2001)

¹³² Sobre isso, cf. a solução proposta em Guerra (2006), consistente em reconhecer o art. 93 como veiculando um *mandado de otimização*, a ser realizado, portanto, *na melhor medida possível* (mediante ponderação) e não na base do “tudo ou nada” (subsunção), conforme veremos logo adiante.

Nas palavras de Marinoni a solução para o “problema” da fundamentação seria:

Na verdade, o juiz deve estabelecer uma relação racional entre as necessidades do caso concreto, o significado da tutela jurisdicional no plano substancial (tutela inibitória, ressarcitória etc) e a técnica processual (sentença executiva, multa, busca e apreensão etc). Em outros termos, deve demonstrar que determinada situação de direito material deve ser protegida por certo tipo de tutela jurisdicional, e que, para que essa modalidade de tutela jurisdicional possa ser implementada, deve ser utilizada uma precisa técnica processual.¹³³

Reforça-se assim a idéia de que o “problema” da fundamentação deverá ser resolvido dentro de um critério de racionalidade à luz da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto.

4.2. Definição do Conteúdo Obrigatório da Fundamentação Judicial.

O controle do correto desempenho da atividade criativa na interpretação/aplicação do direito é feito, de fato, por meio da motivação, onde constam os argumentos justificadores dos *porquês* das escolhas feitas pelo julgador, dessa forma a preocupação em encontrar a solução mais justa para o caso concreto obriga o juiz a multiplicar os argumentos que justificam o seu julgamento. Mas o que significa *motivar*? Qual seria exatamente a *conduta específica* comandada pela norma constitucional contida no art. 93, IX da CF/88, dito de outro modo, quais seriam as *reais condições* que quando satisfeitas realizariam plenamente o intuito da norma jurídica veiculada pelo art. 93, IX da CF/88¹³⁴?

Notamos que por maior que seja o esforço em determinar que a decisão seja devidamente fundamentada, ainda não há uma precisa definição do que seja realmente

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8846>>. Acesso em: 24 jul. 2015 as 15:30.

¹³⁴ Marcelo Guerra esclarece ainda que O art. 93, IX, veicula uma *norma* e que normas são caracterizadas por consistirem na qualificação deontológica de uma conduta, impondo a conclusão de que o constituinte não pretendeu dirigir um comando às decisões judiciais, mas sim àqueles a quem incumbe proferir as decisões judiciais, ou seja, os juízes. in GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art 93, IX) in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luix Fux, Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p 518.

fundamentar uma decisão judicial, por isso Marcelo Guerra ressalta: “*parte fundamental da compreensão de uma norma consiste em identificar a exata conduta comandada por ela, quer dizer, a conduta que, em sendo realizada, a norma terá sido cumprida e não sendo realizada, a norma terá sido violada*”¹³⁵.

Marcelo Guerra passa então a afirmar que somente é possível afirmar sobre a adequação e satisfação de uma decisão, quanto à sua fundamentação, se houver um parâmetro seguro e objetivo para aferi-la, sem uma clara definição de quais sejam essas condições concretas que possam considerar como fundamentada uma decisão, não se pode avaliar qualquer decisão como *suficientemente* fundamentada ou *carente* (ainda que parcialmente) de fundamentação.¹³⁶

De forma complementar Michele Taruffo¹³⁷, apresenta três condições são necessárias para considerar uma decisão judicial como justificada, são elas: “a) ser a decisão o resultado final de um procedimento, no qual tenham sido respeitadas as garantias processuais; b) ser a decisão fundamentada sobre elementos verdadeiros dos fatos controversos; c) ser a decisão o resultado de uma correta interpretação em aplicar as normas relevantes no caso concreto”.¹³⁸

Percebemos, que até mesmo as condições estabelecidas por Taruffo, trazem apenas as condições *necessárias* para considerar uma decisão fundamentada, mas não trazem as condições *concretas* da fundamentação. Exatamente essa situação ocorre no Brasil com o artigo 93, IX da CF/88, que não traz, em si elementos suficientes para determinar as condições de satisfação da norma constitucional veiculada, mantendo ainda a dúvida: *o que equivale a fundamentar uma decisão judicial no ordenamento brasileiro?*¹³⁹

¹³⁵ GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art 93, IX) in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação Luix Fux, Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p 518.

¹³⁶ GUERRA, Marcelo. *ibid* p 519.

¹³⁷ TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito. Título original *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Revista da Esmape, Recife, v6, no. 14. Jul/dez 2001. p 432-433.

¹³⁸ TARUFFO, Michele. *ibid* p 433.

¹³⁹ Marcelo Guerra esclarece ainda que a expressão “decisão fundamentada” sofre de pluralidade de sentidos em relação ao conteúdo semântico da mesma, não permitindo uma atribuição única de sentido. p 521.

Acreditamos, com base em Marcelo Guerra¹⁴⁰ que, prioritariamente, devem ser buscados *no próprio ordenamento jurídico* os elementos necessários para a construção de um modelo normativo de decisão fundamentada, constituído por enunciados do tipo “*o juiz deve fazer X para que se considere fundamentada sua decisão, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro*”, indicando inclusive os elementos de correção que amparam tais enunciados.

Continua Marcelo Guerra a nos esclarecer que apesar da expressão “decisão fundamentada” sofrer de pluralidade de sentidos em relação ao conteúdo semântico da mesma, não sendo permitindo uma atribuição de sentido única, é possível extrair quatro possíveis resultados semânticos, puramente convencionais, da aludida expressão, sendo eles:

- 1) decisão-ato provida de fundamento-causa;
- 2) decisão-ato provida de fundamento-razão;
- 3) decisão-resultado provida de fundamento-causa;
- 4) decisão-resultado provida de fundamento razão.

Os sentidos 1 e 3 são facilmente elimináveis, uma vez que tudo que existe é provido de causa (é uma etapa ou momento num fluxo ininterrupto de processos causais). O sentido 2 também deve ser descartado, por resultar num comando muito restrito e, em grande parte absorvido pelo sentido contido em 4. Restando apenas o sentido expressado em 4, GUERRA conclui que a expressão “decisão fundamentada” significa *decisão-resultado*, ou seja, resultante de processo de tomada de decisão e acompanhada de fundamentos-razões que qualifiquem como correto esse mesmo resultado da decisão.

Nesse sentido, segue que a norma contida no art. 93, IX da CF comanda que os órgãos judiciais produzam decisões (decisões-resultado) e apresentem as razões (fundamentos-razões) que apontem tal resultado como correto.

Mas qual seria a resposta à indagação sobre as específicas condições de satisfação da norma veiculada pelo art. 93, IX da CF/88? Marcelo Guerra identificou no ordenamento positivo brasileiro um dos únicos casos em que há indicações textuais

¹⁴⁰ GUERRA, Marcelo. op. cit. p 519.

sobre o que o autor está autorizado a pedir e conseqüentemente, sobre o que o juiz está autorizado (e deve) decidir, trata-se da declaração da existência ou inexistência de um direito subjetivo, sendo aí identificadas as razões que devem ser suficientes para qualificar como correta uma decisão.¹⁴¹

Dai segue o mesmo afirmando que as suas “condições de satisfação”, na medida que possa ser generalizadas para qualquer decisão judicial, apesar de incompleto e merecedor de pequenos ajustes, constituem um *modelo normativo de decisão judicial fundamentada*”.

Antecipadamente alerta-se que esse *modelo normativo de decisão judicial fundamentada*, diante de sua complexidade, encontra duas características distintas sendo elas: 1) Não trata de uma *única conduta* representacional da norma veiculada pelo art. 93, IX, da CF, mas sim num *conjunto de várias condutas* cujos resultados consistem, precisamente, nas diferentes razões que qualificam como correta uma decisão judicial e 2) o modelo apresentado é deveras complexo por envolver conhecimentos heterogêneos, requerendo, conseqüentemente, paradigmas epistêmicos igualmente heterogêneos¹⁴².

Outra complexidade do modelo normativo de decisão fundamentada apresentado, seria a identificação de diferentes e progressivos níveis de fundamentação de decisões, onde o *primeiro nível* declararia a existência de uma norma N e da ocorrência do fato F, vez que essas são as razões (critérios de correção) que qualificam como correta a declaração de existência de um direito subjetivo. Um *segundo nível* de fundamentação seria necessário para justificar o primeiro nível, ou seja, para que o julgador qualificasse como corretas suas declarações utilizadas como razões no primeiro nível de justificação. Por sua vez, o *segundo nível* de fundamentação também requer uma outra fundamentação que qualifique-o como correto (critério de correção do *segundo nível*) no qual seja apresentadas as razões que qualifiquem como corretas as declarações que valem como razões no *segundo nível*, falando assim num *terceiro*

¹⁴¹ O autor ressalta que “tais resultados, embora ainda insuficientes, sob vários aspectos, constituem uma resposta já bastante detalhada à indagação buscada, pelo menos no caso em que a decisão judicial consiste na (mera) declaração de existência de um direito subjetivo.

¹⁴² Requerendo conhecimentos sobre o funcionamento da linguagem em geral, fornecidos por ramos diversos do saber humano e ainda conhecimentos jurídicos, especialmente sobre normas sobre provas legais, presunções legais, divisão do ônus da prova, normas sobre procedimento probatório e outros.

nível de fundamentação justificador do *segundo nível* que por sua vez justifica o *primeiro nível*. Uma simples conclusão é obtida de que não há limites para a existência de níveis de justificação prévios de justificações anteriores, havendo assim a necessidade de níveis infinitos de fundamentação, tradicionalmente identificada como “*problema do regresso ao infinito*” na fundamentação das decisões¹⁴³.

Estamos assim, diante de uma *situação verdadeiramente paradoxal* em que o modelo normativo de decisão fundamentada seria bastante complexo no sentido de ser dotado de um número *infinito* de níveis de fundamentação justificadores e em sendo assim permaneceria insolúvel o “*problema do regresso ao infinito*” na fundamentação das decisões judiciais, sendo por conseguinte, impossível o cumprimento da norma constitucional que comanda a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Cláudia Toledo sobre o regresso ao infinito, explica:

Se possuem conteúdo, são argumentos que precisam ser fundamentados ou validados (condição de validade) e entra-se então em uma circularidade, recaindo no trilema de Munchhausen: no discurso se fundamentam argumentos, mas o próprio discurso deve ter sua possibilidade fundamentada por argumentos que pretende validar, isto é, recorre-se às proposições não demonstradas para permitir a utilização dessas mesma proposições afirmadas como fundamentação, tendo a teoria consensual da verdade na liberdade e na igualdade sua condição tanto de *possibilidade* quanto de *validade*. Daí poder ser aplicada apenas nos Estados Democráticos de Direito.¹⁴⁴

Quais seriam então as perspectivas de solução? Marcelo Guerra aponta as seguintes:

Uma solução consistirá, portanto, na reconfiguração do próprio componente representacional, a partir do modelo normativo de decisão fundamentada, para, *levando em consideração o regresso ao infinito*, reduzir a “conduta comandada” a um conjunto finito de atos. Já a segunda solução consistirá em considerar a norma que comanda a fundamentação das decisões, sempre admitindo o regresso ao infinito como um *comando de otimização*, ou seja, como dotada de uma especial *força prescritiva*.¹⁴⁵

¹⁴³ GUERRA, Marcelo. *Op. cit.* p 532.

¹⁴⁴ TOLEDO, Cláudia. *in* ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p 8.

¹⁴⁵ O autor esclarece que, “*apesar de não ser compatível com os objetivos modestos do trabalho tentar soluções para problemas tão complexos, não se pode deixar de, ao menos, a título de sugestões e convite à reflexão futura, registrar algumas possibilidades a serem exploradas*”. (p 533).

Ressalte-se que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy resolve, na perspectiva das normas constitucionais, ambos os problemas ao classificar as normas em *comandos definitivos* e em *comandos de otimização*, classificando as normas que consagram direitos fundamentais como comandos de otimização.

De acordo com Alexy, *comandos definitivos*, seriam o tipo normativo tradicional segundo o qual a conduta ou condutas comandadas o são de maneira absoluta, inflexível, definitiva. Dotadas de *força ilocucionária* compreendida como rígida, definitiva, onde todas condições de satisfação devem ser integralmente atendidas. A esse tipo normativo Alexy denomina *comando definitivo* ou *regra*.

Já os *comandos de otimização* são outro tipo normativo que comandam a realização da norma de uma ou várias formas quaisquer, ou seja, comandam de forma flexível, aberta ou otimizada. Tal norma comanda que quaisquer que sejam as condutas comandadas, que sejam realizadas da melhor maneira possível, por isso chamada de comando *prima facie*, ou *princípio*.¹⁴⁶

Dessa forma, todas as condutas concretas comandadas por normas que consagram valores (*comandos de otimização*), devem ser tidas como sendo comandadas apenas *prima facie*, ou seja, embora tal norma comande a realização de um conjunto qualquer de atos, qualquer conduta comandada (conjuntamente e alternativamente) por ela, equivalerá a cumprir a norma em questão, obedecendo assim ao seu comando. A questão da escolha de qual conduta será aplicada dependerá do caso concreto em questão e sempre à luz de diversos fatores, especialmente as circunstâncias implicadas na ponderação de todos os valores em conflito (os denominados limites jurídicos) e das possibilidades estritamente práticas à disposição do intérprete-julgador (limites práticos).

Nesse sentido Cláudia Toledo reforça:

É com base no direito posto que a argumentação jusfundamental, especialmente com as formas e regras da *interpretação na justificação externa*, chega ao seu objetivo: a determinação de direitos definitivos a partir dos direitos *prima facie* assegurados pela declaração *principlológica* dos direitos fundamentais. Isso porque os *princípios jurídicos* apresentam-se como *mandamentos de otimização* passíveis de cumprimento em diferentes *graus*, sendo a determinação de certo direito fundamental como *direito definitivo* somente possível na realização do *caso concreto*. Para aquela determinação, é necessário considerar então as condições *fáticas e jurídicas* sob as quais um princípio precede o outro, pelo que toda precedência principiológica é *condicionada*, não havendo então princípio dotado de *prevalência absoluta*.¹⁴⁷

¹⁴⁶ De acordo com Alexy, (...) *principles are norms which requires that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities*” (in *A theory of constitutional*, p 47).

¹⁴⁷ TOLEDO, Cláudia. Op Cit p 17.

Embora não seja ainda possível com tal modelo normativo de decisão fundamentada determinar com exatidão se a decisão é correta, ao menos podemos, com um número finito de passos, demonstrar que ela *não* seja incorreta, ou seja, o mesmo modelo permitiria, com precisão, identificar *o que não pode ser considerado como decisão fundamentada*. De acordo com Marcelo Guerra:

Com isso, mesmo sem resolver o problema do regresso ao infinito, o modelo normativo aqui desenvolvido permite extrair do dispositivo constitucional uma norma passível de cumprimento, com condições de satisfação razoavelmente determinadas. Assim, essa norma comandaria algo perfeitamente realizável: os juízes devem proferir decisões não equivocadamente fundamentadas¹⁴⁸.

O Autor acima citado conclui que, segundo o presente modelo normativo de decisão fundamentada, fundamentar uma decisão é algo que se assemelha mais a uma atividade do que a um mero conjunto de atos. Tal atividade pode, em princípio, ser realizada indefinidamente, diante da impossibilidade de predeterminar o ato final dessa atividade fundamentadora (regresso ao infinito). O término dessa infinita atividade fundamentadora seria determinada pela obediência de outras normas do ordenamento jurídico, sendo assim absorvida, no plano normativo a necessidade da obediência ao comando de fundamentação. Não que não haja mais o que fundamentar, mas sim diante da necessária obediência a outra norma circunstancialmente de maior preponderância ou maior “*peso*”, que impõe a cessação da atividade de fundamentar tal decisão.

Já a norma que comanda a fundamentação da decisão judicial deve ser considerada, por sua vez, como um *comando de otimização*, realizável na “*melhor extensão possível*” e mediante uma intensidade otimizável face ao caráter de *força prescritível* do comando em si. Dessa forma, preserva-se a um só tempo, tanto a força da própria norma, assimilando o caráter aparentemente paradoxal de suas condições de satisfação, como também permite-se a convivência dessa norma com outras, especialmente as constitucionais, dissolvendo assim o “problema” da necessidade ao regresso ao infinito em busca da fundamentação primeira de todas as outras derivadas.

Sobre tal atribuição de racionalidade, Claudia Toledo se manifesta no seguinte sentido:

Formalmente, a *controlabilidade* da decisão somente pode ser feita então pelo exame do *procedimento racional de justificação* efetivado, pelo que se afasta no maior grau possível a perigosa arbitrariedade de um *decisionismo* na esfera dos três poderes estatais e, em especial, no órgão judicial dotado

de *autoridade máxima* em um Estado Democrático de Direito, o Tribunal Constitucional.

Vale ressaltar que, apesar de ainda rudimentar e merecedor de maior aperfeiçoamento mediante pesquisas e novos debates, o modelo normativo de decisão fundamentada acima exposto, tem em si o mérito de demonstrar as dificuldades em se fundamentar as decisões judiciais e provocar maiores debates e ainda o mérito de advertir que a ausência de uma resposta sobre controle racional da atribuição de sentido a textos normativos, resulta na completa inviabilidade de um Estado Democrático de Direito.¹⁴⁹

4.3. A Racionalidade da Decisão Judicial como Requisito à Fundamentação Judicial.

Conforme afirmado anteriormente, o direito das partes de influenciar o julgamento importa no direito de verem seus argumentos sendo considerados o que conseqüentemente implica no dever do juiz valorar tais argumentos e efetivamente ponderar sobre as razões apresentadas.

Em assim sendo, a efetiva participação das partes no processo, significa além da decisão judicial ter que necessariamente refletir o *objeto* de debate como também o *próprio* debate havido no processo, sendo ainda necessário que a mesma seja *racionalmente construída*, sob pena de tornar-se uma imposição arbitrária do julgador.

A polêmica sobre as razões de decidir do julgador é tão inflamante e carecedora de critérios que levou George Marmelstein a emitir a seguinte opinião:

Por “bom direito” entenda-se aquilo que pode ser, de algum modo, inferido da normatividade oficial. O que importa, de fato, não é que a decisão seja válida, mas que tenha uma aparência de validade. Para dar uma aparência de validade aos seus pontos de vista, os juristas apenas mostram os argumentos que estão em consonância com as normas legais, constitucionais ou com qualquer outra “fonte oficial” reconhecida como dotada de positividade (tratados, precedentes, costumes etc.). Todos os fatores que possam se “chocar” com o tal do “bom direito” são evitados e ocultados. Assim, mesmo quando a solução jurídica é inspirada em algum critério exterior ao sistema normativo, o jurista se esforça para desenvolver uma justificativa que, na aparência, seja condizente com aquilo que se espera de uma decisão jurídica. Em outras palavras, não se pede para o jurista fornecer todas as

¹⁴⁹ GUERRA Marcelo Lima. Interpretação e argumentação. O modelo Toulmin e a fundamentação racional de atribuição de sentido a textos normativos. Manuscrito fornecido pelo autor, p 16

reais razões que o levaram a tomar aquela decisão, mas apenas que ele apresente alguma justificativa compatível com o sistema legal, ainda que o sistema legal não tenha tido nenhuma influência na formação do juízo decisório.¹⁵⁰

Partindo deste entendimento, temos a racionalidade do ordenamento jurídico como uma pretensão de razão decorrente da própria juridicidade do Ordenamento Jurídico em questão, como forma própria de limitação e existência em si mesmo, forçando que as decisões judiciais proferidas estejam de acordo com tal racionalidade, uma vez que “*embora a racionalidade de um sistema jurídico dependa de diversos elementos, é certo que nenhum sistema pode definir-se como racional se é incapaz de produzir decisões judiciais de alguma forma definidas como racionais*”¹⁵¹.

Por racionalidade entende-se a “exigência de que a fundamentação judicial seja um discurso justificativo, que deva partir de cânones racionais aceitos e reconhecidos no contexto da cultura media daquele tempo e daquele lugar em que se atua”¹⁵². Longe de confundir-se com uma ciência exata ou com a lógica absoluta, o que se exige é o atendimento às regras de validade de argumentação do raciocínio lógico e dos princípios racionais do conhecimento jurídico.

Aqui importante destacar a função do Ordenamento Jurídico diante da almejada racionalidade da fundamentação, de acordo com Michele Taruffo¹⁵³ o ordenamento jurídico que possibilita a produção de decisões irracionais é, ao contrário, arbitrário e autoritário e dificilmente poderá ser considerado como um sistema ou ordenamento, em assim sendo, a racionalidade das decisões judiciais passa a ser compreendida como a possibilidade de reconhecimento analítico da decisão, ou, em outras palavras, a possibilidade de reconhecer na decisão judicial, de forma analítica as diferentes operações justificadas pelo intérprete e, de acordo com o método de cada

¹⁵⁰ LIMA, George Marmelstein. *A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação*. In <http://direitosfundamentais.net/2014/03/11/a-hipocrisia-juridica-ou-de-como-a-argumentacao-juridica-e-o-antro-da-dissimulacao/>. Colhido em 10/08/2015 as 21 hrs

¹⁵¹ KOCHER, Ronaldo. Racionalidade e Decisão – A fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. *Revista de Processo: RT 244*, junho 2015, p 64.

¹⁵² DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, Ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador:Ed Jus Podivm, V2. 2015. p 317.

¹⁵³ TARUFFO, Michele. Il controllo de razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*, vol 143, ano 32, p 65-77, São Paulo: Ed RT, jan 2007. p. 66.

uma dessas operações, de aferir a correção das operações, sendo este o motivo da exigência constitucional de motivação da decisão judicial ser entendida como verdadeira fundamentação jurídica de justificação racional da determinação dos fatos e da interpretação e consequente aplicação da norma jurídica ao fato.

A decisão judicial aplicada pelo direito através da jurisdição tem a dupla exigência determinativa da justificação racional, a *determinação dos fatos* e a *determinação das normas jurídicas aplicáveis*, sendo por isso correta a afirmação de que a racionalidade das decisões judiciais depende da *justificação no tocante a aproximação da verdade sobre as alegações de fato* e quanto à *adequada interpretação e aplicação do direito*.

Importante esclarecer que tal controle de racionalidade das decisões judiciais bem como o controle do respeito ao contraditório não são realizados, como poderia parecer, por meio da *simples verificação da forma e do motivo* pelo qual o magistrado tomou a decisão, mas sim por meio da *justificação (fundamentação) da decisão judicial*, eis o verdadeiro espírito da fundamentação no Estado Constitucional de Direito, e “*é por essa razão que o dever de fundamentação das decisões judiciais é considerado como verdadeiro banco de provas do direito ao contraditório*”.¹⁵⁴

4.4. Justificação Interna e Externa

Por justificação entende-se a verificação do encadeamento lógico das conclusões que são deduzidas dos fundamentos, representando assim, uma possibilidade para avaliar a racionalidade da decisão judicial mediante a análise da sua estrutura lógica, sua construção interna. Somente ao existir estruturas lógicas validamente reconhecíveis na decisão, é que surge a possibilidade de realmente controlar a validade da justificativa de acordo com tais critérios lógicos.

Sobre o aspecto da justificação esclarece Chaïm Perelman que

"toda justificação pressupõe a existência, ou a eventualidade, de uma apreciação desfavorável referente ao que a pessoa se empenha em justificar. Por isso, a justificação se relaciona intimamente com a idéia de valorização ou de desvalorização. Não se trata de justificar o que poderia ser objeto de uma condenação ou de uma crítica, o que poderia ser julgado, ou seja, uma ação ou um agente. A justificação pode concernir à legalidade, à moralidade, à regularidade (no sentido mais lato), à utilidade, à oportunidade. Não há por

¹⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: Ed RT. p 389.

que justificar o que não se deve adequar a normas ou a critérios, ou o que não dever realizar certa finalidade; tampouco há por que justificar o que, incontestavelmente, se ajusta às normas, aos critérios ou às finalidades considerados. A justificação só diz respeito ao que é a um só tempo discutível e discutido. Daí resulta que o que é absolutamente válido não deve ser submetido a um processo de justificação e, inversamente, o que se tende a justificar não pode ser considerado incondicional e absolutamente válido.¹⁵⁵

Importante ressaltar, de acordo com Daniel Mitidiero¹⁵⁶, que o campo do exame lógico é o da aferição dos nexos entre as proposições, enunciados e conclusões, nada dizendo, entretanto, sobre a *constituição das premissas* para a aplicação do direito no tocante ao silogismo e dos significados atribuídos aos enunciados lingüísticos, tal afirmação ressalta que a somente a relação entre as premissas é aferível, não o seu conteúdo ou a origem de tais premissas, ou seja, quando as premissas em que se fundam o julgamento não são obtidas pela via de inferências corretamente formuladas pode-se até dizer que o julgado é formalmente correto, ao contrário quando há falhas na cadeia dedutiva se está frente ao erro. Já o defeito decorrente da ignorância se verifica quando não são levadas em conta todos os dados que deveriam ser considerados na construção da indução.

Especificando mais o contexto de justificação, temos a justificação interna/intrínseca representando o caminho lógico percorrido pela justificar a decisão, sendo definida como a construção do raciocínio lógico-dedutiva utilizado para justificar a conclusão. Percebemos justificação interna que diz respeito à lógica interna da decisão, sua coerência em relação ao silogismo de aplicação da norma jurídica¹⁵⁷. É aqui o espaço para que seja verificada se a decisão segue logicamente as razões apresentadas na fundamentação, sejam questões de fato ou de direito, havendo assim uma investigação da conclusão logicamente obtida mediante a relação entres as premissas oferecidas.

¹⁵⁵ PERELMAN, Chain. Retóricas, pág. 169, tradução de Maria Ermantina Galvão, Ed. Martins Fontes, 1999.

¹⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Ed RT, 2013. p 59.

¹⁵⁷ A lógica aplicada é a lógica formal Aristotélica que oferece critérios de correção mais seguros na relação entre as proposições.

Alexy¹⁵⁸ explica que os problemas ligados à justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o nome de “silogismo jurídico”, já Cláudia Toledo¹⁵⁹, de forma complementar esclarece:

As regras de justificação interna verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertativas expostas na *fundamentação*, valendo-se do *princípio da universalidade* que compõe a estrutura básica do discurso prático racional geral, exigindo que se desenvolva o máximo de *etapas* possíveis na argumentação juridical de modo a se formularem *expressões* cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior *consenso fundado*.

Na justificação interna as decisões equivalerão a determinadas estruturas lógicas que, a depender do raciocínio que se está a justificar e do conhecimento das estruturas lógicas, torna possível verificar e conferir a correção da fundamentação judicial, por isso Carlos Alberto Oliveira afirma:

“não é lícito ao juiz, sob pena de ser arbitrário, ignorar as regras da lógica, que constituem exigência intrínseca a qualquer compreensão. A lógica não pode ser afastada pela só circunstância de não ter sido autorizado o seu emprego por texto legal, porque, enquanto fenômeno do pensamento, não é regulado por leis formais ou jurídicas”.¹⁶⁰

É no contexto da justificação interna que consegue-se perceber os defeitos que podem ser verificados em um raciocínio jurídico, sendo eles: a) vício de fundamentação que se dá quando o julgador usa premissas dogmáticas desconhecidas e não compartilhadas pela comunidade; b) o erro, que ocorre quando não se consegue, a partir das premissas chegar a conclusão, nem tão pouco percorrer o caminho inverso, da conclusão se alcançar as premissas e; c) a ignorância, quando não são consideradas todas as premissas necessárias.

A justificativa externa ou extrínseca, refere-se à construção das premissas normativas e fáticas do raciocínio demonstrado na decisão judicial, em outras palavras: uma análise dos argumentos textuais e metatextuais adotados pelo intérprete do ordenamento jurídico para suportar a sua premissa normativa (justificação externo-

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. P 219.

¹⁵⁹ TOLEDO, Cláudia *in* introdução à edição brasileira da obra de Robert Alexy, Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. P 10.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Sentença arbitrária. Revista de Processo. Vol 204, p 33-50. São Paulo: Ed. RT. fev 2012. p 41.

normativa) e sobre as alegações de fato e as valorações de prova que suportam a premissa fática (justificação externo-probatória).¹⁶¹

Com precisão, Marcelo Guerra ensina:

Assim, se a decisão que o juiz tiver de proferir for sobre a existência de um direito subjetivo, as razões consistentes na afirmação de norma aplicável e da afirmação de fato previsto constituem a *justificação interna* dessa decisão. Já as afirmações eventualmente utilizadas na justificação da afirmação de norma aplicável e na afirmação de fato previsto serão denominadas *justificação externa*.¹⁶²

E em outro momento, o mesmo autor:

(...) denominaremos justificação interna aquela fornecida para a decisão final de uma causa e denominaremos justificação externa aquela fornecida para cada um dos elementos (afirmações) utilizados na justificação interna. Assim, se a decisão que o juiz tiver de proferir for sobre a existência de um direito subjetivo, as razões consistentes na afirmação de norma aplicável e da afirmação de fato previsto constituem a justificação interna dessa decisão. Já as afirmações eventualmente utilizadas na justificação da afirmação de norma aplicável e na afirmação de fato previsto serão denominadas justificação externa.¹⁶³

Diante de tal entendimento, relaciona-se a justificação externa com a atividade valorativa e decisória do julgador, consistindo a possibilidade de aferição da racionalidade dos procedimentos de interpretação do julgador a partir da análise da correta utilização das diretrizes interpretativas no contexto do código hermenêutico utilizado¹⁶⁴, implicando no fato de que para uma decisão judicial ser considerada corretamente fundamentada deverá ser também considerado o contexto hermenêutico utilizado na respectiva decisão.

A justificação externa intimamente relaciona-se observando o conjunto abrangido entre o intérprete, suas valorações e o processo hermenêutico de tomada de

¹⁶¹ CHIASSONI, Pierluigi. Técnica dell'interpretazione giuridica. Bologna: Il Mulino. 2007, p 14-15.

¹⁶² GUERRA, Marcelo Lima. O Modelo Toulmin e a Fundamentação das Decisões Judiciais op. cit 2013)

¹⁶³ GUERRA, Marcelo Lima. O Modelo Toulmin e a Fundamentação das Decisões Judiciais. Manuscrito fornecido pelo autor, 2013, pag 6.

¹⁶⁴ KOCHER, Ronaldo. Racionalidade e Decisão – A fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. Revista de Processo: RT 244, junho 2015. p 74.

decisões a partir do Ordenamento Jurídico (interpretação normativa¹⁶⁵), sempre em função da linguagem que envolve o direito, uma vez que o simples fato do direito ser fixado mediante Linguagem permite certa discricionariedade, liberdade aplicável pelo intérprete em decorrência da *equivocidade* e da *vagueza* dos dispositivos aplicáveis. Tal equivocidade relaciona-se com a pluralidade de interpretações possíveis do mesmo texto normativo e ainda pela vagueza dos dispositivos com a insolúvel disponibilidade dos predicados linguísticos¹⁶⁶.

No âmbito da justificação externa, Robert Alexy distingue diferentes tipos de premissas a que correspondem diferentes métodos de fundamentação: regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são nem regras de direito positivo nem enunciados empíricos:

“La fundamentación de una regla entanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a un escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo sirve lo que puede designarse como ‘argumentación jurídica’.”¹⁶⁷

Vale assinalar que justamente em decorrência da linguagem do direito a *atividade interpretativa* não se restringe apenas às normas cujos textos possuem textura mais aberta (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) ou aos princípios jurídicos, mas sim à toda valoração e escolhas da norma jurídica aplicável ao caso concreto¹⁶⁸, de forma que o julgador identifica a pluralidade de interpretações possíveis e escolhe entre elas a norma para o caso, para só então aplicá-la ao caso concreto.

Claudia Toledo¹⁶⁹ complementa o entendimento acima da seguinte forma:

¹⁶⁵ Esclarecemos que tal valoração deve-se a elementos extra subjetivos do julgador/intérprete, não nos debruçaremos sobre os elementos psicológicos internos de escolha da decisão do julgador por ser matéria alheia ao presente estudo.

¹⁶⁶ Predicados são termos que denotam uma classe (conjunto de entidades individuais que contém um mesmo atributo ou um mesmo conjunto de atributos in *GUASTINI, Riccardo. Interpretare e argomentare. Milano: Giuffrè, 2011. p 52.*

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p. 222.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁶⁹ TOLEDO, Cláudia. Op. Cit. p 13.

Com essas regras e formas de justificação interna e externa do discurso jurídico, satisfaz-se a exigência de consistência da decisão jurídica, promovendo, cada vez mais, sua controlabilidade, quesito indispensável para a promoção da legalidade e da legitimidade em um Estado Democrático de Direito.

Dessa feita, a decisão judicial adequadamente fundamentada não objetiva tão-somente adequar-se ao ordenamento jurídico em termos de *validade* (justificação interna), mas significa, também, um exercício de persuasão que magistrado realiza, de forma a convencer aos destinatários de sua decisão que esta é a melhor solução que se poderia alcançar dentro do universo de possibilidades do respectivo Ordenamento Jurídico (justificativa externa).

Ferraz Junior assim explica sobre o surgimento da decisão:

"[...] a decisão aparece como um sistema de procedimentos regulados em que cada agente age de certo modo porque os demais agentes estão seguros de poder esperar dele um certo comportamento. Não se trata de regularidades lógicas-formais, mas, por assim dizer, ideológicas. O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso 'informativo' sobre como a decisão deve ocorrer, mas um discurso 'persuasivo' sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso a 'verdade' decisória acaba se reduzindo, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte.¹⁷⁰

Nesse sentido, afirmamos que a fundamentação das decisões deverá levar em consideração todo o contexto argumentativo envolvido, além de refletir o direito ao contraditório e a racionalidade jurídica, entendida esta como adequada utilização de parâmetros externos à decisão. Não se considera fundamentada uma decisão que não revela sua justificação externa tampouco será corretamente fundamentada uma decisão que se utilize de diretivas interpretativas incongruentes (justificação interna deficiente).

4.5. Contexto de Descoberta e Contexto de Justificação.

Atualmente em relação ao estudo da fundamentação das decisões judiciais, tornou-se corriqueira a distinção entre *contexto de descoberta* e *contexto de justificação*.

¹⁷⁰

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. cit., 1994, p. 344.

Por contexto da descoberta entende-se os vários fatores não científicos (criativos e inspirações) que podem ter influenciado a condução de uma investigação científica. É o momento criativo e introspectivo da elaboração da solução para o problema investigado. Esse momento introspectivo costuma ser considerado como irrelevante para a análise da validade da resposta oferecida em termos de racionalidade da decisão judicial.

Já o contexto da justificação relaciona-se com aqueles processos de raciocínio sobre evidências, replicação de resultados empíricos, construção de hipóteses, teste de teorias e assim por diante.

Com esta distinção procura-se diferenciar o processo psicológico (causal) que resulta na criação de uma decisão (a sua “descoberta”), das razões que são oferecidas para sua justificação. A principal implicação extraída dessa distinção é, precisamente, a admissibilidade de uma decisão ser *racional* ou *justificada* (na sua *correção*), mesmo que fruto de *atividades não-lineares, não estritamente lógicas*.

A importância da distinção entre os dois contextos, de descoberta e de justificação, é extremamente relevante pois de acordo com Manuel Atienza: “Uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”.¹⁷¹

Como conclusão podemos afirmar que os órgãos jurisdicionais não precisam explicar as suas decisões, o que devem fazer é justificá-las, pois de acordo com PERELMAN “uma simples descrição das operações da mente do juiz não fornece, necessariamente, uma boa motivação, ou seja, uma legitimação ou uma justificação que persuadiria as partes, as instâncias superiores e a opinião pública da legitimidade da decisão”¹⁷²

Passamos então a identificar o objetivo essencial da argumentação como sendo exatamente apresentar boas razões que justifiquem as reivindicações ou decisões. Deve-se estudar o processo de argumentação como *processo de justificação*, pois o relevante, para o controle da racionalidade jurídica, são apenas os fatores que foram

¹⁷¹ ATIENZA, 2006, p. 20

¹⁷² PERELMAN, 2005, p. 560

exteriorizados no *contexto da justificação*, que seria o momento objetivo em que o solucionador do problema apresenta as razões por ele desenvolvidas após a “descoberta” da resposta.

5. O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

5.1. Considerações iniciais – Apresentação do Modelo Toulmin.

Stephen Toulmin, segundo Guerra¹⁷³ baseado no pensamento de Gilbert Ryle, apresenta sua proposta de modelo argumentativo em seu livro *The Uses of Argument*¹⁷⁴ (1958). Ali são examinadas as possibilidades de construção de um raciocínio decisional, mediante a identificação de vários tratamentos teóricos possíveis do Direito, tanto como norma e como decisão, oferecendo uma aprofundada visão crítica da lógica formal. Acreditamos que, como objeto de estudo, sua filosofia seja viável e útil como proposta de modelo normativo de decisão judicial fundamentada.

Para Toulmin, o contexto histórico, disciplinar e/ou social é fortemente considerado em uma análise da argumentação. O que se conta como argumento apropriado e convincente varia de acordo com tal contexto e o argumento deixa de ser uma questão formal para ser uma questão de procedimento que precisa ser julgado de acordo com critérios apropriados para cada respectivo campo que se trate.

Passando a negar a noção convencional de racionalidade como categoria analítica abstrata, aplicável a qualquer audiência e disciplina, Toulmin critica o formalismo e defende a primazia da linguagem natural afirmando que embora exista uma variedade de usos da linguagem, é possível distinguir entre o uso instrumental e o uso argumentativo, sendo este último o que nos interessa no presente estudo.

Manuel Atienza, explicando o posicionamento acima, afirma:

Toulmin não pretende dizer, apenas, que o modelo da lógica formal dedutiva não pode ser transferido para o campo do que se costuma chamar de “razão prática”, e sim que a lógica, tal como habitualmente é entendida, não permite

¹⁷³ Cf. GUERRA, Marcelo Lima. Argumentação e decisão judicial - uma introdução. Manuscrito fornecido pelo autor, 2013. p 02.

¹⁷⁴ Em 1958, veio a lume a obra *Uses of Argument* (Os Usos do Argumento) de Stephen Edelston Toulmin. De início, de uma recepção seca e hostil, por filósofos e lógicos, suas ideias passaram a ser aceitas e desenvolvidas, inicialmente em estudos sobre a teoria da comunicação, depois ajudando a consolidar o então recente ramo da lógica informal e o renascimento da teoria da argumentação. O modelo Toulmin veio a se consagrar como um dos mais influentes nas pesquisas sucessivas nessas áreas. Cf. Hitchcock e Verheit *apud* GUERRA, Marcelo Lima. Argumentação e decisão judicial - uma introdução. Manuscrito fornecido pelo autor, 2013.p 09.

dar conta, tampouco, da maior parte dos argumentos que se articulam em qualquer outro âmbito inclusive o da ciência¹⁷⁵.

Para Toulmin, o único campo para o qual seria adequado o formalismo da argumentação lógica seria o da matemática pura, por isso ele situa sua filosofia nas perspectivas de crítica ao formalismo e primazia da linguagem natural, propondo “deslocar o centro de atenção da teoria lógica para a prática lógica; a ele não interessa uma ‘lógica idealizada’, e sim uma lógica eficaz ou aplicada, *working logic* ¹⁷⁶”.

Partindo pois de um modelo diverso da lógica dedutiva¹⁷⁷, Toulmin defende que sentença é muito mais do que um conjunto de enunciados de fatos (*a descrição de fatos não é o único job de sentenças, ou seja, não é o único propósito digno de consideração a se realizar com o uso de sentença*¹⁷⁸).

Assim, de acordo com Toulmin, “um argumento é como um organismo: tem uma estrutura bruta, anatômica, e outra mais fina e, por assim dizer, fisiológica (...) é com essa estrutura mais fina que os lógicos têm-se principalmente ocupados”¹⁷⁹. Formular um argumento não é simplesmente afirmar a ocorrência de fatos, mas sim uma prática social complexa, que se realiza, segundo Ryle, em dois níveis distintos:

O primeiro nível é aquele em que uma razão é apresentada para uma conclusão, o que corresponde à ideia básica de argumento como um conjunto formado por premissas de onde se extrai ou com as quais se defende uma conclusão. O segundo nível é aquele em que se invoca uma regra de inferência, uma generalização, o inference ticket de Ryle para legitimar a premissa apresentada como razão da conclusão defendida. Dessa forma, Ryle considera um argumento racional como a oferta de uma razão (premissa) para um ponto de vista (conclusão), em aplicação de um inference ticket, ou seja, de uma regra de inferência, que não se confunde com a própria razão ofertada, na medida em que é a regra de inferência que confere a algo o status de razão para outra coisa. Considerando o argumento na sua perspectiva estática, como um produto da ação de formular um argumento, é possível considerar que, para Ryle, os elementos de um argumento são, de fato, (1) premissas, (2) regras de inferência e (3) conclusão, embora exista uma radical diferença de nível entre os elementos (1) e (2).¹⁸⁰

¹⁷⁵ ATIENZA, M. As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, 2003. p 113.

¹⁷⁶ ATIENZA, Manuel. op. cit p 134.

¹⁷⁷ Para Toulmin, desde Aristóteles, a ciência da lógica é historicamente uma disciplina autônoma.

¹⁷⁸ GUERRA, 2013, op cit. p.20.

¹⁷⁹ TOULMIN, Stephen Edelston. Os usos do argumento. Tradução de Reinaldo Guarany – 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p 135.

¹⁸⁰ GUERRA, 2013, op cit. p.20.

Muito embora o propósito da lógica ainda seja é de identificar o modo correto de justificar todo e qualquer conhecimento ou entendimento, a proposta desafiante do modelo Ryle-Toulmin ultrapassa tal propósito e se dispõe a ser um guia do raciocínio para um pensamento correto, por meio de parâmetros de avaliação de *todo e qualquer* argumento racional, formulado com uma terminologia radicalmente distinta daquela da lógica tradicional, ou seja, os termos semânticos propostos por Toulmin objetivam afastar o uso das palavras *premissa* e *conclusão*, bem como agregar outras variáveis à operação de raciocinar¹⁸¹, dessa forma Toulmin, propõe através de seu modelo de argumentação racional, uma solução que indique, com clareza todos os desafios que qualquer decisão, deva estar pronta para dar respostas, para merecer o título de racional, não somente mediante a sua correção formal, mas também pela correção substancial dos resultados alcançados.

5.2. Terminologia do Modelo Toulmin - O *Layout*¹⁸² de argumento racional.

Conforme já adiantado, o modelo Toulmin utiliza terminologia específica e radicalmente distinta daquela da lógica tradicional. Os termos *premissa* e *conclusão* são afastados sendo-nos apresentada uma nova terminologia, mais específica e ainda outras variáveis à operação de raciocinar.

Sobre o modelo ou estrutura Toulmin, NUNES e ALMOULOU, assim explicam:

Para analisar se um argumento é válido ou não, Toulmin (2006) postula que devemos representá-lo em uma estrutura ou modelo. Neste, organizamos os elementos principais na forma de dados (D) – fatos aos quais recorreremos para fundamentar nossa conclusão; conclusão (C) – afirmações que buscamos estabelecer como válidas; garantias (W) – justificam a passagem dos dados a conclusão, atribuindo força ao argumento. Essa força aparece algumas vezes expressa por meio de qualificadores modais (Q) – que, por sua vez, podem se apresentar na forma de possibilidades ou impossibilidades. Nesse segundo caso, haverá a necessidade de se estabelecer quais as situações em que as

¹⁸¹ Cf. TOULMIN, Stephen E. op. cit., .

¹⁸² Marcelo Guerra adverte que “esse *lay out*, por razões compreensíveis, tem sido compreendido como modelo de argumento e tem sido analisado e criticado como tal, sem muito cuidado dos intérpretes em compreender o projeto mais amplo de Toulmin, no qual se insere este *lay out*. Aqui se vai defender que há sérios mal-entendidos sobre o modelo Toulmin decorrentes, precisamente, deste distanciamento do modelo Toulmin do contexto maior de sua obra, imposto pelas análises correntes deste mesmo modelo”. in O Modelo Toulmin e a fundamentação das decisões judiciais.

garantias não se aplicam, ou seja, as condições de refutação (R); podemos ainda fazer uso explícito ou implícito de apoios (B) na forma de afirmações categóricas que podem fundamentar nossas garantias. Vale ressaltar que os argumentos podem se apresentar na forma completa ou reduzida, sendo composto nesse último caso pelos dados, justificativas e conclusão.¹⁸³

Estando apresentados genericamente os elementos do modelo Toulmin, vejamos agora as especificidades de cada tipo.

5.2.1. Alegação (*CLAIM*)

O primeiro desses elementos é a *alegação* (*claim*). A alegação já equivale à conclusão de um argumento ou “*ponto de vista defendido*”, como prefere Marcelo Guerra. Dessa forma, *alegação* (*claim*) é a afirmação defendida com base nas razões apresentadas, uma afirmação normativa que mediante uma *asserção* “representa mais do que o simples ato de expressar uma crença, mas como uma verdadeira assunção de um compromisso, algo próximo de uma ‘promessa’”¹⁸⁴.

A asserção que em todo argumento se procura defender ou justificar Toulmin chamou de *Claim*, que significa “pretensão” ou “alegação” como por exemplo: *Pedro deve pagar indenização à João*, “começando”¹⁸⁵ assim o raciocínio justificativo, com aquilo que se pretende defender racionalmente¹⁸⁶. De acordo com Marcelo Guerra, isso se dá porque na maioria das vezes em que raciocinamos buscamos defender pontos de vistas concretos, e não formular generalizações ou enunciados legiformes especialmente como julgadores.

5.2.2. Dados (*DATA*)

¹⁸³ NUNES. José Messildo Viana. ALMOULOU, Saddo Ag. O modelo de Toulmin e a análise da prática da argumentação em matemática, *in Educ. Matem. Pesq.*, São Paulo, v.15, n.2, 2013. p. 487.

¹⁸⁴ TOULMIN, *apud* Marcelo Guerra. *op cit* p 01.

¹⁸⁵ A ideia de um começo do raciocínio é repudiada por Guerra, em especial no caso de um processo judicial, no qual o juiz tem conhecimento de muitos dados pelas peças de acusação e defesa e pelo procedimento probatório, que precedem o momento da decisão, ou da formulação do ponto de vista a ser defendido no argumento justificativo.

¹⁸⁶ Apesar de ser dificultoso aceitar a idéia de um raciocínio “começar” pela “conclusão”, adiantamos que tal alegação é exatamente o objeto da investigação racional no modelo Toulmin, que busca justificar racionalmente tal alegação.

A partir de sua manifestação, a Alegação (*Claim*) vai enfrentar desafios à sua validade, questionando assim quais as *informações concretas relevantes*, que o *autorizam* a acreditar naquilo que disse (ou de onde ele inferiu a asserção C). O primeiro desafio será responder à pergunta: *por que Pedro deve pagar indenização à João?*” A resposta a esta pergunta Toulmin chama de Dados (DATA): *porque Pedro destruiu o carro de João em uma colisão de veículos, causando-lhe prejuízos materiais.*

De acordo com Marcelo Guerra:

O segundo elemento dos argumentos, segundo o modelo (*lay out*, como ele se refere) desenvolvido por Toulmin, corresponde a uma asserção voltada a prestar este tipo de informação, com a função específica de conferir ou mostrar “legitimidade” ao C sendo defendido, *respondendo a este primeiro desafio*. Tal elemento foi denominado por Toulmin de *Data* (“dados”, em latim, palavra incorporada como tal ao idioma inglês).¹⁸⁷

Temos então que por Dados (DATA) devemos entender os fatos que servem como uma base para a alegação (*claim*), ou seja, dados de apoio da alegação

5.2.3. **Garantia (Warrant)**

Outro desafio que a validade da Alegação (*Claim*) vai enfrentar pode ser levantado pela segunda pergunta: *“por que quem causa prejuízo a alguém deve pagar indenização a esse alguém?”*

Percebemos que esta segunda pergunta é uma generalização que se desdobra da resposta à primeira pergunta, explicitando o vínculo existente entre o tipo de fato referido como dado do raciocínio e o tipo de alegação dito como conclusão (ponto de vista defendido) para iniciar o raciocínio justificativo,

Marcelo Guerra adverte que:

“qualquer resposta a este segundo tipo de desafio deve consistir em uma asserção de caráter geral, uma asserção que explicita ou estabeleça um vínculo entre o tipo de fato referido em D e o tipo de tratamento indicado em C”.

Com base nesse ensinamento, podemos dar como resposta à segunda pergunta o seguinte: *porque, segundo o Código Civil, todo aquele que causar prejuízo à terceiro fica obrigado a indenizá-lo.* Esse terceiro elemento foi denominado por

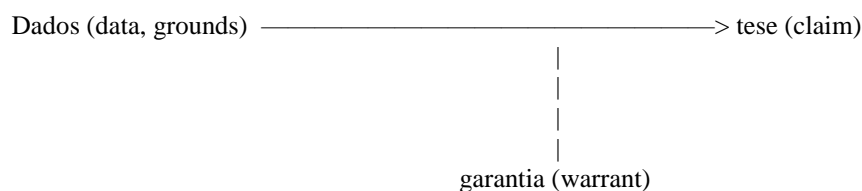
¹⁸⁷

GUERRA, Marcelo Lima, *op cit* p 02.

Toulmin como *warrant* (**garantia**), o que para Ryle era a **regra de inferência** (*inference ticket*).

Esses três elementos (conclusão/alegação; razões/dados; regra de inferência/garantia) são o núcleo do modelo de argumento Ryle-Toulmin. De acordo com os estudos de Marcelo Guerra “são os três elementos fundamentais que todo e qualquer argumento deve ter e que constituem o padrão básico através do qual se pode analisar e avaliar todo e qualquer argumento, qualquer que seja a área de conhecimento humano”¹⁸⁸.

Nesse ponto, pode-se afirmar que um argumento é composto por um ponto de vista defendido e as respostas dadas por quem defende esse ponto de vista aos dois tipos diferentes de desafios (perguntas dos porquês) apresentados, mediante a seguinte representação gráfica:



A contribuição original de Toulmin, conforme lições de Guerra, foi ter expandido esse modelo básico, identificando as generalizações, ou regras de inferência, como argumentos substanciais. Esses argumentos são elaborados a partir da observação dos fatos e da experiência adquirida com problemas concretos. Ocorre que, como se verá mais adiante, as generalizações também são passíveis de serem excepcionados, o que, em determinados casos, limita sua validade.

5.2.4. Suporte (*Backing*)

Toulmin incorpora três novos elementos àquele modelo de argumento racional formulado por Ryle, todos funcionam como suporte. O primeiro, **suporte** (*backing*) ampara a própria garantia (*warrant*), uma vez que qualquer garantia pode ter a sua existência ou legitimidade questionada e neste caso a defesa da existência ou legitimidade de tal garantia exigirá que se indique os elementos concretos que apóiam a

asserção relativa ao vínculo.

No exemplo dado, o **Suporte** (*Backing*) corresponderia a legitimidade do Código Civil em regular os assuntos sobre indenização, referida na asserção, ou seja poderes destinados a certificar a declaração expressa na garantia

De acordo com Toulmin é importante explicitar o elemento **Suporte** (*Backing*) para atestar o grau de “confiabilidade” que se tem no elemento garantia (warrant) ou quando a própria garantia não é convincente o suficiente para convencer os interessados.

Por fim, no caso do uso do modelo Toulmin na justificativa de decisões judiciais, o elemento B (backing), por ser indispensável para a aferição de validade da norma- decisão, reafirma a importância dos textos legislativos, e de sua interpretação, na fundamentação das decisões judiciais, de toda sorte alinhando o modelo proposto ao pensamento pós-positivista.

5.2.5. Refutação (*Rebuttal* ou *Elemento R*)

O segundo elemento é aquele que explicita o caráter não absoluto e sujeito à exceção (derrotável) de todas as generalizações utilizadas nos argumentos substanciais. Esse elemento é denominado *rebuttal*, sendo uma regra de exceção, identificada na expressão “a menos que”. No exemplo formulado, pode-se afirmar que há uma obrigação de pagar, a menos que haja, de fato, outra relação jurídica anterior entre **Pedro e João** e a obrigação se resolva por confusão. Ou que o Código Civil determine que todo aquele que causar prejuízo à terceiro fica obrigado a indenizar a menos que o terceiro tenha cometido ato sem o qual o prejuízo não teria ocorrido.

Vale ressaltar que o elemento de derrotabilidade (Refutação ou *Rebuttal*) na aplicação de uma norma jurídica torna-se prejudicado no caso das antinomias, conforme já explicado anteriormente, pois a referência obrigatória ao sistema normativo no caso de decisões judiciais, especialmente em tempos de excesso legislativo, torna-se um problema para a aplicação do modelo Toulmin de uso correto de argumentos. De qualquer forma, o modelo, tal como apresentado, reforça a ideia de identificação, na fundamentação da decisão, de normas antinômicas e de quais foram os critérios utilizados para a escolha de uma delas como regra de inferência, sem deixar de apontar um problema dentro do sistema.

5.2.6. Qualificador (*Qualifier* ou Elemento Q)

A constatação de que essas variáveis concorrem para o fechamento do raciocínio, a favor ou não, da conclusão, levou Toulmin a afirmar a “*variabilidade de força*” ou de mérito racional do ponto de vista defendido. Esse componente será identificado como *qualificador (qualifier)* trata-se de um elemento com a simples função de indicar o grau de força do argumento, consistindo, portanto em mais um mero “marcador linguístico” da força do argumento apresentado ou validado¹⁸⁹.

São palavras ou frases que expressam o grau de confiança da pessoa que fez a afirmação ou certeza sobre o crédito. Tais palavras ou frases incluem "possível", "provavelmente", "impossível", "certamente", "provavelmente", "de acordo com as provas", ou "necessariamente". A afirmação "Pedro deve pagar definitivamente uma indenização a João" tem um maior grau de certeza do que a afirmação "Pedro deve pagar uma indenização a João, provavelmente."

O qualificador não é uma afirmação nem uma resposta a um desafio lançado ao ponto de vista defendido (alegações ou Cs - conclusões), limitando-se a designar um modo, um caráter aproximado de como, ou em que grau de certeza, o ponto de vista resta justificado pelos demais elementos. No exemplo de Pedro e João, ele funcionaria dessa forma: *(muito/pouco) provavelmente, Pedro deve pagar uma indenização à João*. Segundo Guerra, dessa forma, Toulmin entende que todas afirmações (alegações ou Cs) defendidas argumentativamente, devem ser qualificadas, ou seja, devem ser acompanhadas das forças variáveis com que são sustentadas. A ideia de força variável de um argumento somente é defensável em um campo fora da lógica formal, num modelo de argumento racional voltado para as práticas sociais, como é o caso do Direito.

Entretanto, será preciso enfrentar alguns problemas. Voltando ao exemplo formulado com Pedro e João, chegou-se à seguinte afirmação: *(muito/pouco) provavelmente, Pedro deve pagar uma indenização à João*. Rigorosamente, seguindo o modelo Toulmin, tem-se: presumivelmente Pedro deve pagar uma indenização à João Maria. Ocorre que uma fala judicial de decisão não pode asseverar um dever ser presumível. Ao tomar conhecimento de fatos (dados) por meio de alegações das partes, inicia-se o raciocínio jurídico com um ponto de vista provisório (que pode até ser

¹⁸⁹ GUERRA, *op. cit.*, 2013, p. 24.

presumido), para o qual se busca uma regra de inferência no sistema jurídico; nesse sentido, ordena-se o procedimento probatório para a construção dos fatos. Produzidas as provas, surgem novos dados para o raciocínio jurídico, fazendo com que o julgador selecione uns e descarte outros dos dados anteriores. Formula-se então uma decisão que possua força normativa: nessa formulação (final) não se agrega o elemento qualificador de Toulmin.

5.3. O Modelo Toulmin e o Campo Judicial

A análise da utilidade ou aplicação do modelo Toulmin como modelo normativo de fundamentação de decisão judicial passa previamente sobre o questionamento do que podemos esperar e exigir de tal modelo, o que seria esperado de um modelo ideal, qual a função que ele desempenha, o que se revela decisivo para a própria fixação do conceito.

De início espera-se que seja indicado por esse modelo normativo de fundamentação de decisão judicial a indicação dos elementos mínimos que *deve* conter uma decisão judicial, para que ela possa ser considerada como “justificada”, ou seja, como seria atendida a exigência do art. 93, IX, da CF. Tal indicação, por motivo de segurança, objetividade e clareza, deve necessariamente ser esquemática ou abstrata. Essa é, sem dúvida, a sua principal função.

Seguidamente uma outra função deste modelo seria presumir que tal justificação de decisões judiciais não seja estabelecida de *forma dedutiva*, pois somente admitindo tal possibilidade é concebível que duas decisões distintas e incompatíveis sobre o mesmo caso estejam ambas justificáveis, uma vez que argumentos dedutivos não têm “maior” ou “menor” força: ou eles são *válidos* ou *não*. . Dito de outra forma, por Marcelo Guerra:

tal modelo normativo deve ser capaz de oferecer um parâmetro específicos para se avaliar, comparativamente, dois ou mais argumentos justificatórios divergentes, de modo a identificar qual é o melhor, sejam argumentos postos pelas partes, sejam aqueles apenas *cogitados* pelo juiz, em seu processo psicológico de criação da decisão e de sua justificação.¹⁹⁰

Adicionalmente às duas exigências anteriores, a escolha de um modelo normativo de decisão judicial deve também ultrapassar tal contexto de justificação e

¹⁹⁰ GUERRA, Marcelo. *Op cit* (2013). p 06.

trazer respostas relacionadas ao “contexto de descoberta”, ou seja, o momento criativo e introspectivo da elaboração da solução para o problema conforme visto anteriormente neste trabalho (item 4.5). Dessa forma, o modelo deve ser capaz de explicitar a “descoberta” das razões, trazendo à tona a construção do argumento com o qual se justifica determinada decisão, indicando para o juiz “onde” e “o que procurar” e só assim evitando partir do nada para a criação do argumento justificador de determinada posição por ele adotada.

Diante de tais exigências de considerações de escolhas para adoção de um modelo normativo de decisão judicial, acreditamos que o modelo Toulmin seja capaz de fornecer os alicerces de um modelo normativo de fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro, quer porque, para Toulmin, o contexto histórico, disciplinar e/ou social é fortemente considerado em uma análise da argumentação, valendo como argumento apropriado e convincente a variação de acordo com tal contexto e também porque, para Toulmin, o argumento deixa de ser uma questão formal para ser uma questão de procedimento que precisa ser julgado de acordo com critérios apropriados para cada respectivo campo que se trate.

Toulmin nega a noção convencional de racionalidade como categoria analítica abstrata, aplicável a *qualquer* audiência e disciplina, dessa forma criticando o formalismo e defendendo a primazia da linguagem natural ao distinguir entre o uso instrumental e o uso argumentativo da mesma. Sua concepção de racionalidade é por ele denominada de “paradigma jurisprudencial”, considerando os standards do dedutivismo inadequados aos diversos desafios a que se submete uma pretensão jurídica, num tribunal.

Nas palavras de Marcelo Guerra

Não é à toa que o primeiro exemplo que Toulmin se vale para ilustrar e desenvolver seu *lay out* é, precisamente, um caso jurídico. (...) Toulmin toma como exemplo de *alegação* a ser defendida (C) a afirmação “Harry é um cidadão britânico”. Como *dado* (D), ou fato utilizado na justificação desta alegação, aponta a circunstância expressa na sentença “Harry nasceu nas Bermudas”. A *garantia* (W), ou regra de inferência que assegura a “passagem” do *dado* à *alegação* (ou melhor, que confere ao D apresentado o status de razão para o C defendido) é identificada como sendo a norma jurídica “Um homem nascido nas Bermudas é um cidadão britânico”. Diante da possibilidade de exceções, Toulmin qualifica o C defendido, em razão do que o qualificador modal que deve acompanhar a *alegação* é “presumivelmente”¹⁹¹, sendo as exceções possíveis (R) as circunstâncias

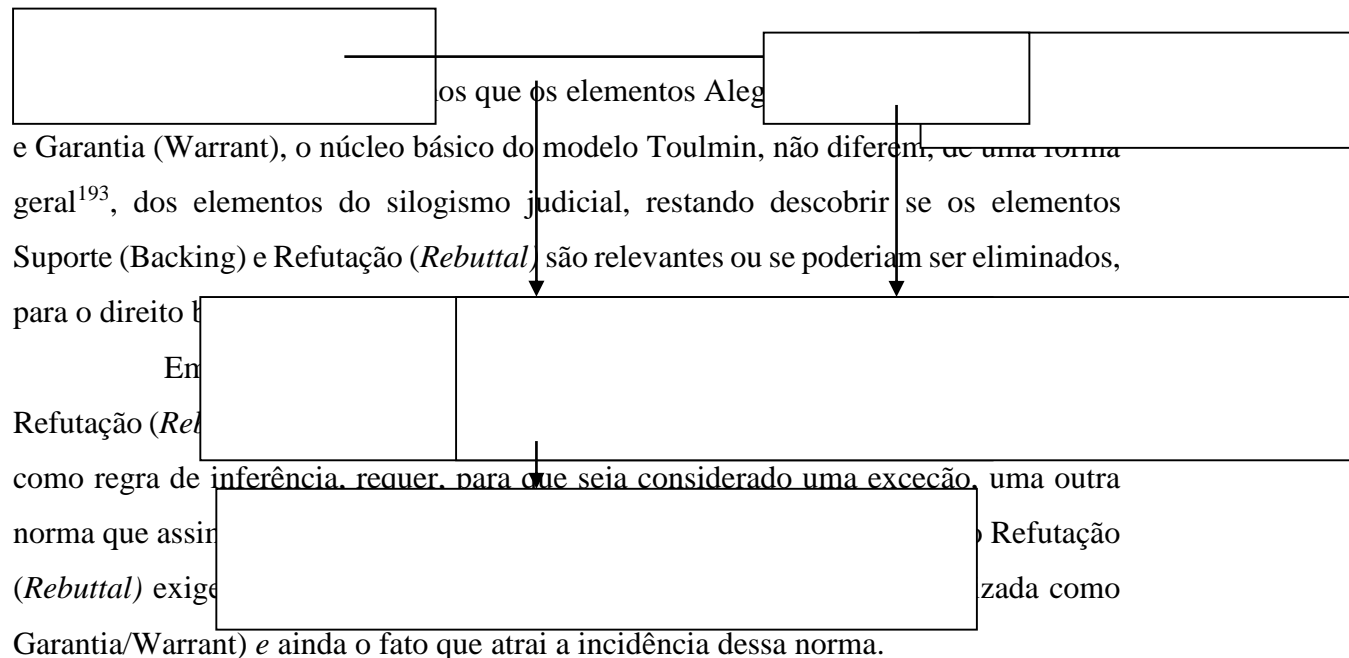
¹⁹¹ o qualificador modal que deve acompanhar a *alegação* é “presumivelmente”, Toulmin qualifica o C defendido, acrescentando o modal “geralmente” à respectiva afirmação [O fato de Toulmin qualificar a afirmação “Um homem nascido nas Bermudas é um cidadão britânico” como o modal “geralmente” {na p. 94, após incorporar o Rebuttal} é clara indicação que o respectivo enunciado não corresponde a

indicadas nas frases “Seus pais eram ambos estrangeiros” e “Harry se naturalizou cidadão americano”. Já o *suporte* (B), Toulmin considera serem as leis e outras disposições legais relativas à matéria.¹⁹²

uma norma, mas a uma descrição externa da existência de uma norma, com uma tácita referência à existência de outras normas, ou fragmentos não sabidos a serem incorporados à mesma norma]

¹⁹² GUERRA, Marcelo. *Op cit* (2013). p 08.

Eis como fica o exemplo, já diagramado segundo o *lay out* toulminiano, por Marcelo Guerra:



Outra maneira de lidar com o elemento Refutação (*Rebuttal*) seria reconhecer que a norma excepcional se agregaria à norma excepcionada formando uma norma mais abrangente e complexa, de conteúdo mais amplo e informativo, como ocorre no caso do conflito entre normas em que uma delas tem um campo de incidência mais restrito do que o da outra. Vejamos o exemplo citado por Marcelo Guerra:

(...) no caso em que uma norma N1 determina que “Durante o horário de aula, os alunos não podem sair do prédio da escola”, enquanto uma outra norma N2 determina “Ao soar o alarme de incêndio, os alunos devem sair da escola”. Ora, em caso de soar o alarme de incêndio, surge um conflito de normas, o qual é tradicionalmente resolvido com a aplicação da metanorma “Norma especial, afasta norma geral”. Mais recentemente, todavia, se tem defendido que as duas normas não seriam antinômicas, posto que poderiam ser fundidas numa só norma, que determinaria: “Durante o horário de aula, os alunos não podem sair do prédio da escola, salvo no caso de soar o alarme de incêndio, em que os alunos devem sair da escola”.¹⁹⁴

No caso do campo judicial, por razões práticas, convém descartar o elemento Refutação (*Rebuttal*), uma vez que há inúmeros outros casos em que a

¹⁹³ Exceto no que diz com o status lógico (função) a se atribuir à chamada “premissas maior”, no âmbito interno de um argumento.

¹⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *op. cit* (2013). p 09.

aplicação de uma norma pode ser afastada ou derrotada para dar lugar à aplicação de outras normas como no caso das chamadas antinomias reais, na colisão de normas principiológicas e mesmo no caso de norma injusta.

Diante de tal situação, a melhor maneira de tratar com essa situação é enriquecer o modelo Toulmin, explicitando a regra que derrota a *Garantia/Warrant* utilizada ao lado do fato que atrai a incidência desta norma. No caso da fundamentação judicial, é de se reconhecer que, não havendo uma alegação a ser afastada, nada impede que a negativa de existência de norma derrotante e também a negativa de ocorrência do fato que atrai sua incidência sejam omitidas.

Lembremos que um modelo normativo de fundamentação, é útil na medida em que ele tem, prioritária e principalmente, a finalidade de estabelecer parâmetros de avaliação da decisão judicial, valorando os méritos racionais de argumentos jurídicos, sob este aspecto, o modelo Toulmin é fundamental para lidar com argumentos jurídicos no tocante à derrotabilidade típica e ineliminável.

Todavia, uma das utilidades que se espera do modelo Toulmin é aquela de fornecer um modelo adequado também para as diferentes afirmações que, reconhecidamente, o juiz se vale na fundamentação de suas decisões, a saber, a afirmação de existência de uma norma jurídica, utilizada como garantia ou regra de inferência, e a afirmação de ocorrência de um fato – paradigmaticamente, o fato constitutivo do direito subjetivo (ou, mais genericamente, o fato que atrai a incidência da norma utilizada como garantia). No caso da fundamentação das afirmações relativas à ocorrência de fato constitutivo, a qualificação modal é indispensável e um dos pontos mais delicados dessa problemática (a identificação dos chamados standards probatórios, que guiam a valoração da prova judicial).

Enfim, também se deve esperar de um modelo normativo de fundamentação de decisão judicial a de fornecer parâmetros para as muito heterogêneas afirmações que, reconhecidamente, o juiz se vale na fundamentação de suas decisões, a saber, a afirmação de existência de uma norma jurídica, utilizada como garantia ou regra de inferência, e a afirmação de ocorrência de um fato – paradigmaticamente, o fato constitutivo do direito subjetivo (ou, mais genericamente, o fato que atrai a incidência da norma utilizada como garantia).

Como se viu, esta heterogeneidade tem sido um desafio às propostas apresentadas, posto que a tradição das doutrinas jurídicas é tratar como “departamentos estanques” a problemática da prova judicial e da interpretação de textos legislativos.

Ademais, o grande problema que se viu a inviabilizar o silogismo judicial é o possível (inevitável mesmo) regresso ao infinito, o qual está implícito na própria idéia de uma justificação exclusivamente dedutiva, o que significa a dificuldade em se obter uma justificação adequada para as “premissas” do tradicional silogismo judicial.

Como se viu, o modelo Toulmin se revela, em geral, útil às três finalidades apontadas. Com algumas sutis variações e adaptações, ele tanto serve como parâmetro na invenção e na construção de argumentos concretos, bem como para a avaliação posterior de argumentos oferecidos. Dessa forma, ele tende a ser útil no campo judicial, na realização dessas três funções de um modelo normativo de fundamentação de decisões judiciais.

Já no que diz à sua utilização para modelar a fundamentação de afirmações tão diferentes como as relativas à ocorrência de fatos e à existência de normas, reconhecidamente utilizadas na fundamentação das decisões judiciais, trata-se de questão a exigir um exame mais atento.

5.4. Críticas ao Modelo Toulmin.

Dois problemas sempre importunaram o raciocínio jurídico: o problema do regresso ao infinito e o recurso ao argumento de autoridade para encerrar esse regresso

Por outro lado, ainda que possível uma justificação dedutiva das apontadas premissas do silogismo judicial, os outros elementos que venham a ser utilizados como premissas na justificação de cada uma dessas premissas diretamente ligadas à decisão judicial (aquelas que serviriam para um silogismo, que teria a afirmação de fato constitutivo do direito como conclusão, e aquelas que serviriam como premissas de um silogismo, que teria a existência da norma aplicável como conclusão) também precisariam, da mesma forma, serem justificados, o que ocorreria, fatalmente, com elementos que também deveriam ser justificados, gerando, assim, um regresso ao infinito. Em princípio, a existência de um regresso ao infinito na fundamentação das decisões judiciais é um problema grave, na medida em que qualquer tentativa de solução que consista na interrupção arbitrária da demanda e oferta de razões pode significar a ruína de todos os esforços justificatórios: se A justifica B, B justifica C e C justifica D, mas nada justifica A e A carece de justificação, então nem B, nem C nem D estão substancialmente justificadas. A falta de uma saída ao regresso ao infinito significaria, portanto, a impossibilidade de se satisfazer o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Urge, assim, um modelo normativo de fundamentação que ofereça uma saída racional, também para esse problema.¹⁹⁵

¹⁹⁵ GUERRA, *op. cit.*, 2013, p.16.

O que poderia ser a primeira crítica é realizado em forma de pergunta: o modelo Toulmin resolve o problema do regresso ao infinito? Segundo Guerra, Toulmin renuncia à tentativa de solução do problema do regresso ao infinito na medida em que descarta o ideal de analiticidade da lógica formal¹⁹⁶.

Decerto que a solução do problema do regresso ao infinito nunca foi o alvo das investigações de Steven Toulmin, muito ao contrário, sua construção pode ser interpretada como voltada a relativizar ou “dissolver” (não resolver) esse problema, considerando-o, em parte, um pseudoproblema, na medida em que ele só se põe quando se adota um certo paradigma de racionalidade – a racionalidade “geométrica”, como ele chamaria¹⁹⁷ – paradigma que ele rejeita.

A proposta de Toulmin se propõe, é exatamente permitir a identificação de “méritos racionais” em um argumento, mesmo que ele seja incompleto.¹⁹⁸, ou seja a grande vantagem de seu projeto é, de acordo com Marcelo Guerra, permitir uma *comparação qualitativa entre dois argumentos, ambos impossíveis de atenderem à exigência de “justificação última”*.

Seu modelo permite que, dados dois (ou mais) argumentos, ambos “incompletos”, por falta de justificação exauriente (dois argumentos indutivos ou derrotáveis), se chegue a distinguir qual deles é o mais “forte”, não obstante a “incompletude”.

Utilizando de bom senso, não deixa de ser uma constatação lógica de que, não havendo a solução, não haveria também o problema. Nesse ponto, o modelo Toulmin é um desafio ao modo analítico de pensar, e por isso sua postura diante do problema do regresso ao infinito é generalizante sem adentrar no mérito.

Não é inútil lembrar a perseverança de Kelsen em identificar o que fundamentava o fundamento que, por sua vez, fundamentava a decisão. O modelo Toulmin tem, entretanto, a vantagem de permitir (des)dobramentos em muitas direções; um raciocínio em rede, com desvio na linearidade proposta pela lógica formal, no entanto sempre em uma racionalidade aferível pelo próprio *layout*.

¹⁹⁶ GUERRA, 2013, p. 27.

¹⁹⁷

¹⁹⁸ Toulmin (1978) fala em “méritos racionais”.

Uma segunda crítica oferecida ao modelo Toulmin é problematizar a inserção do elemento refutação/*rebuttal* como sendo um suporte ao ponto de vista defendido, no caso do nosso exemplo, podemos-se afirmar que há uma obrigação de pagar, a menos que haja, de fato, outra relação jurídica anterior entre Pedro e João e a obrigação se resolva por confusão (esse é o elemento de suporte ou *backing*).

Nesse caso, a obrigação existiu, tanto que foi extinta por uma das formas de adimplemento de obrigações prevista no Código Civil. Mas existiu, e portanto a afirmação “Pedro deve pagar uma indenização a Joao” continuaria correta. O mesmo não ocorre com a inserção do elemento R (refutação/*rebuttal*), pois se é válido que o código civil determina que todo aquele que causar prejuízo a terceiro fica obrigado a indenizar a *menos que* o terceiro tenha cometido o ato sem o qual o prejuízo não teria ocorrido. Então a afirmação “Pedro deve pagar indenização a Joao, não está correto, pois a obrigação não se constituiu.

Segundo Guerra, “com efeito, sequer parece fazer sentido, nesta perspectiva, que o elemento consistente em possíveis exceções (R) compareça, da forma como ilustrou Toulmin em seu *layout*, como uma das locuções oferecidas em defesa da conclusão¹⁹⁹. A existência de um elemento de exceção, entretanto, tem um papel bastante conhecido na formulação de argumentos, identificado muitas vezes como elemento de confirmação da regra de inferência.

5.5. Sobre a utilidade do modelo Toulmin como modelo normativo de fundamentação de decisões judiciais.

A presente pesquisa refere-se à fundamentação das decisões judiciais em seu aspecto argumentativo racional. Após a explicação do *layout* de argumentos, ou modelo Toulmin, é plenamente justificável o questionamento sobre a real utilidade do citado *layout* como modelo racional de realização da norma jurídica contida no artigo 93, IX da CF88?

¹⁹⁹ GUERRA, 2013, p. 27.

É de se esperar de um modelo normativo de fundamentação de decisão judicial a indicação (necessariamente) esquemática ou abstrata dos elementos mínimos que *deve* conter uma decisão judicial, para que ela possa ser considerada como “justificada”, ou seja, como tendo atendido à exigência do art. 93, IX, da CF. Essa é, sem dúvida, a sua principal função. Mas há uma outra que consiste, rigorosamente, num desdobramento dessa primeira.

Há uma função deste modelo que pressupõe a admissão de justificação *não dedutiva* de decisões judiciais. Admitindo-se essa possibilidade, é possível que duas decisões distintas e incompatíveis, sobre o mesmo caso, estejam ambas justificadas.

Nesse caso, o modelo normativo deve ser capaz de oferecer um parâmetro para se avaliar, comparativamente, dois ou mais argumentos justificatórios divergentes, ou seja, oferecer parâmetros úteis de aferição do contexto de justificação de dois ou mais argumentos, de modo a identificar qual é o melhor (ou pelo menos fornecer indicação de que espécie de parâmetro deverá ser buscado), sejam argumentos postos pelas partes, sejam aqueles apenas *cogitados* pelo juiz, em seu processo psicológico de criação da decisão e de sua justificação.

Finalmente, além dessas duas funções ligadas ao “contexto de justificação”, o modelo normativo de decisão fundamentada também desempenha uma função *heurística*, relacionada ao “contexto de descoberta”. Com efeito, o modelo deve ser capaz de facilitar a “descoberta” das razões, vale dizer, a construção do argumento com o qual se justifica determinada decisão. Seus elementos devem ser tais que possibilitem a construção da justificativa, por indicar “onde” e “o que procurar”, ao tentar o juiz criar “do nada” um argumento justificando determinada posição que ele pretende adotar.

Esses são os principais critérios segundo os quais deve ser avaliada a utilidade de qualquer modelo disposto a oferecer respostas racionais para uma fundamentação judicial. A conclusão a que se chegamos é no sentido de ser viável e útil, o modelo Toulmin como proposta de modelo racional de decisão judicial fundamentação, uma vez que tal modelo indica, de modo sistemático, os elementos mínimos que deve estar presentes em uma decisão judicial para que ela possa ser considerada justificada, atingindo a determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88).

Além dessas, há duas outras funções para o modelo, qual sejam: naqueles

casos em que há o uso de argumentos não dedutivos, ou seja, quando duas decisões, ambas igualmente justificadas, forem incompatíveis. Nesse caso o modelo normativo prova que pode perfeitamente servir de parâmetro para avaliar os argumentos justificatórios diferentes e identificar qual deles é o melhor. Para Guerra, o modelo Toulmin tende a ser útil no campo judicial, também na realização dessas funções.

Temos assim que o modelo Toulmin se revela, útil às finalidades apontadas. Com algumas sutis variações e adaptações, ele tanto serve como parâmetro na invenção e na construção de argumentos concretos, bem como para a avaliação posterior de argumentos oferecidos.

6. UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (NCPC).

6.1. Visão Geral da Fundamentação no NCPC

Transpor para o plano normativo a complexidade dos fenômenos sociais tal como se apresentam na sociedade moderna torna difícil a evolução das instituições. Tal prática acaba por criar normas jurídicas ainda mais gerais com conteúdo variável e conceitos vagos ou indeterminados, trazendo a indesejável insegurança jurídica à tona, é o que parece ter acontecido com o novo código de processo civil brasileiro.

Na data de 16 de março de 2015 foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff o Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 13.105/2015) com *vacatio legis* de um ano. Vale de início ressaltar que o referido diploma é o primeiro dos “grandes códigos” cuja tramitação ocorreu exclusivamente em período democrático, onde toda a sociedade brasileira foi convidada para contribuir com a criação e nenhuma sugestão foi adotada ou descartada sem o debate prévio e equilibrado, angariando valioso ponto positivo para a democracia brasileira.

Juntamente com as várias modificações, algumas bastante inovadoras, percebemos que o compromisso com a efetividade do direito material via processo é o maior objetivo, a celeridade é priorizada mas sem esquecer a necessária segurança jurídica mediante vários institutos inovadores que buscam equilibrar esses valores fundamentais da atividade processual. Logo na exposição de motivos coletamos a seguinte passagem que demonstra a intenção acima afirmada:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização¹ dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais² de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

No tocante à fundamentação das decisões judiciais, nosso objeto de estudo no presente trabalho, o texto legal traz inovações ao dever de fundamentação das decisões judiciais, inovações essas que foram criticadas por associações de magistrados, que solicitaram à Presidente da República vetos aos correspondentes

dispositivos.

A polêmica gira em torno dos parágrafos do artigo 489 e do parágrafo 1º do artigo 927, que tratam da fundamentação da decisão judicial, seja interlocutória, sentença ou acórdão. Os referidos dispositivos consideram não fundamentada a decisão judicial que se limita à indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo; menção de precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes e relação com o caso; emprego de conceitos jurídicos indeterminados; e invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Também não consideram fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”; “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”; e não explicitar o raciocínio seguido para superar eventual colisão entre normas.

Além disso, não permitem ao juiz decidir “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”.

Eis na íntegra o artigo 489:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Já o parágrafo 1º do artigo 927 está abaixo transcrito:

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10²⁰⁰ e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Apesar de tais dispositivos serem extremamente úteis à prática advocatícia, face à recorrente precariedade da fundamentação de muitas decisões judiciais aliada à grande dificuldade para conseguir a correção do vício, para o estudo crítico da fundamentação judicial tais dispositivos parecem excessivamente óbvios e até desnecessários em face do dever constitucional de fundamentação imposto pelo artigo 93, inciso IX, estudado no presente trabalho.

Uma análise crítica do § 1º do artigo 489, nos leva a concluir que todas as previsões já encontram amparo no dever constitucional de fundamentação, imposto pelo artigo 93, inciso IX, vejamos:

O inciso I é obviamente claro no sentido de que “fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, deixando de ser “Standards” para decisões que tangenciam o mérito da causa, sem enfrentá-lo detidamente.

No inciso II do *temos a peculiaridade da* atuação jurisdicional realizada com fundamento em princípios, diferente daquela desenvolvida apenas com base em regras. Novamente é óbvio, com base no dever constitucional de fundamentação, imposto pelo artigo 93, inciso IX, que se impõe ao juiz, além de justificar a existência do princípio e sua incidência, em um caso concreto, também demonstrar os motivos que o levaram a mitigar a incidência de outro princípio.

O inciso III retrata exatamente a falha em virtude da existência, de decisões judiciais apeladas de “Frankenstein”, nas quais argumentos utilizados em várias outras decisões proferidas pelo mesmo juízo são agrupados para solucionar uma causa,

²⁰⁰ 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.

e muitas vezes não têm qualquer relação com ela.

O inciso IV destaca a necessidade de justificar todos os argumentos apresentados pelas partes que seriam capazes de, em tese, conduzir o julgamento a entendimento contrário ao adotado pelo(s) julgador(es). A polemica aqui gira em torno da orientação jurisprudencial firmada pelo STF no sentido de não vigorar no nosso sistema jurídico atual tal obrigação²⁰¹.

Eis aqui a maior polemica em torn da fundamentação no NCPC. Seguindo ensinamento de Marcelo Guerra, temos o seguinte posicionamento doutrinário:

Há uma sutil mais importante distinção entre indagar o que é *in abstracto*, a fundamentação das decisões judiciais e indagar o que deve ser feito pelo juiz para cumprir uma norma constitucional que comanda o juiz para fundamentar sua decisão. Em primeiro lugar, adotando-se a segunda abordagem resulta já descartado qualquer tratamento descritivo da fundamentação das decisões judiciais. Não se tratará, portanto, da elaboração de um modelo descritivo, com base no qual se possa interpretar como os juízes *de fato* fundamentam suas decisões, mas sim da elaboração de um *modelo normativo* que forneça indicações de como os juízes *devem* fundamentar suas decisões.²⁰²

Se ao juiz é assegurada a liberdade de julgar, surge, em contrapartida, a indeclinável necessidade de motivar a decisão, o que constitui “fator de legitimação da decisão jurisdicional como ato do Estado e exerce papel fundamental na missão pacificadora atribuída ao Poder Judiciário”.²⁰³

Isso não quer dizer obrigatoriamente que todos os detalhes da decisão

²⁰¹ Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22/10/2010.5. **O artigo 93, IX, da Constituição Federal, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, máxime o magistrado não estar obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, quando já tiver fundamentado sua decisão de maneira suficiente e fornecido a prestação jurisdicional nos limites da lide proposta. Precedentes desta Corte: AI 688410 AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJe- 30/03/2011; AI 748648 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, DJe- 19/11/2010.**(STF - ARE: 644845 SP , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15/08/2011, Data de Publicação: DJe-164 DIVULG 25/08/2011 PUBLIC 26/08/2011.

²⁰² GUERRA, Marcelo Lima. op cit (2013) p 43.

²⁰³ ZAGARI, Daniella. Suficiência da resposta judicial: verdade e mito. p. 2. *Conjur*. Disponível em: <www.conjur.com.br >. Acesso em: 22 jul. 2015.

devam ser objeto de *argumentações analíticas*, mas sim, que todos os *aspectos fundamentais* sejam justificados, como bem esclarece Taruffo ao apresentar as condições são necessárias para considerar uma decisão judicial como justa:

Michele TARUFFO, “a) ser a decisão o resultado final de um procedimento, no qual tenham sido respeitadas as garantias processuais; b) ser a decisão fundamentada sobre elementos verdadeiros dos fatos controversos; c) ser a decisão o resultado de uma correta interpretação em aplicar as normas relevantes no caso concreto”.²⁰⁴

O acerto da decisão deve ser, na verdade, justificado com referências específicas aos elementos de prova e às razões pelas quais o juiz os avaliou, obtendo conseqüências positivas ou negativas, de acordo com os fatos da causa, e que a escolha, a interpretação e aplicação da regra do direito empregada para decidir deve ser, por sua vez, fundamentada em argumentações, justificativas idôneas²⁰⁵.

Cabe aqui lembrar que “os fundamentos constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência do pedido formulado. São as *questões de fato e de direito*, a matéria controvertida pelas partes. Por serem fundamentos, o juiz está obrigado a analisar todos aqueles trazidos pelas partes, sob pena dessa omissão autorizar o oferecimento de embargos de declaração (CPC, art. 535, II) e acarretar a própria invalidade da decisão judicial. Por sua vez, argumentos, são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos”²⁰⁶, são os fatos não-essenciais, acessórios à causa de pedir”²⁰⁷.

Em síntese podemos afirmar que a fundamentação deve refletir o exame de todos os fundamentos trazidos pelas partes em seus arrazoados, dispensando-se o julgador de examinar argumentos que não sejam relevantes para o julgamento.

²⁰⁴ TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito, cit., p. 455.

²⁰⁵ “Tem proclamado a jurisprudência que o Juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (‘RJTJESP, ed. LEX, vols. 104/340; 111/414).

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 421

²⁰⁷ ZAGARI, Daniella. Suficiência da resposta judicial: verdade e mito, cit., p. 2.

6.2 A Fundamentação no Novo Código de Processo Civil sob o Olhar do modelo Toulmin

Qual a relação entre o layout de Toulmin e as exigências de fundamentação estabelecidas pelo Novo Código de Processo Civil? Estaria o novo CPC²⁰⁸ em seu Art 489 §§ 1º, 2º e 3º, estabelecendo um modelo racional para justificar a fundamentação judicial? Há elementos normativos explícitos sobre o que se deve entender como “decisão fundamentada”, pelo menos para fins de cumprimento/aplicação das normas que impõem o dever de fundamentar as decisões judiciais?

É sabido que qualquer solução que seja buscada deve ser tal que possibilite a “convivência” entre o dever de fundamentar as decisões judiciais e outros valores constitucionalmente assegurados, de modo a evitar que o “cumprimento integral” do primeiro possa trazer restrições desproporcionais ao segundo.²⁰⁹

Conforme visto anteriormente, qualquer decisão pode ser considerada arbitrária quando abandonar a exigência de uma regra para a sua sustentação racional. Uma Teoria da Decisão deve comportar, então, mais do que instrumentais racionais para o procedimento justificador das escolhas, deve abranger a própria trajetória de formação da convicção, a aproximação do problema, seu exame, a ponderação das outras decisões possíveis e suas respectivas conseqüências, o dimensionamento de seu alcance²¹⁰.

Percebemos que mesmo passando a constar exigências para fundamentação, o Novo Código de Processo Civil não resolveu a complexidade do problema da fundamentação, *seja pela ainda inexistência de* elementos normativos explícitos sobre o que se deve entender como “decisão fundamentada”.

Para ser considerado como modelo normativo de fundamentação de decisão judicial seria necessária a indicação esquemática ou abstrata dos elementos mínimos que *deveria* conter uma decisão judicial, para que ela possa ser considerada como “justificada”, ou seja, como tendo atendido à exigência do art. 93, IX, da CF. Essa é,

²⁰⁸ LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.

²⁰⁹ Sobre isso, cf. a solução proposta em Guerra (2006), consistente em reconhecer o art. 93 como veiculando um *mandado de otimização*, a ser realizado, portanto, *na melhor medida possível* (mediante ponderação) e não na base do “tudo ou nada” (subsunção).

²¹⁰ MONTEIRO, Cláudia Servilha. Filosofia do direito – decisão judicial e Teoria da Argumentação Jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

sem dúvida, a sua principal função.

Igualmente necessário para ser considerado um modelo normativo, é a capacidade de oferecer um parâmetro para avaliar, comparativamente, dois ou mais argumentos justificatórios divergentes, ou seja, oferecer parâmetros úteis de aferição do contexto de justificação de dois ou mais argumentos, de modo a identificar qual é o melhor (ou pelo menos fornecer indicação de que espécie de parâmetro deverá ser buscado), sejam argumentos postos pelas partes, sejam aqueles apenas *cogitados* pelo juiz, em seu processo psicológico de criação da decisão e de sua justificação.

Tal modelo deveria ser ainda capaz de facilitar a construção do argumento com o qual se justifica determinada decisão. Seus elementos deveriam ser tais que possibilitassem a construção da justificativa, por indicar “onde” e “o que procurar”, ao tentar o juiz criar “do nada” um argumento justificando determinada posição que ele pretende adotar, mesmo diante de diretrizes legais impostas, como é o caso do novo código de processo civil brasileiro.

Esses são os principais critérios segundo os quais deve ser avaliada a utilidade de qualquer modelo disposto a oferecer respostas racionais para uma fundamentação judicial.

A conclusão a que se chegamos é no sentido de distanciamento do novo código de processo civil brasileiro da proposta de modelo racional de decisão judicial fundamentada do modelo Toulmin, mesmo com “exigências procedimentais”. O NCPC ainda não estabelece hipóteses nas quais uma decisão será considerada motivada, ou seja, persiste o problema de estabelecer um modelo racional para considerar fundamentada uma decisão judicial.

CONCLUSÕES

Através do presente trabalho, procurou-se oferecer uma modesta contribuição para uma compreensão da imperiosa necessidade de um sistema racional de fundamentação das decisões judiciais, tornando-o mais adequado às regras constitucionais que necessariamente irradiam efeitos na Política jurisdicional de um Estado Democrático de Direito.

Não é de hoje que se procura entender como funciona o pensamento, e, mais especificamente, como pensam os juízes na construção de uma decisão. É elementar a afirmação de que os juízes realizam uma operação mental, voltada para a correção, portanto racional, e que o fazem para justificar uma decisão, uma escolha.

Tentar explicar com pensam os juízes na verdade significa tentar estabelecer a melhor maneira de fazê-lo e como acompanhar esse raciocínio para fins de controle da atividade jurisdicional. Trata-se da questão do cumprimento de um princípio constitucional fundamental para o projeto do Estado de Direito.

Efetivamente, não se deixa de reconhecer aqui que justificar uma decisão judicial também é um ato político, ou seja, justificar uma escolha. justamente por isso a preocupação com a legitimidade da decisão.

Justificativas ideológicas também têm natureza fundamentalmente discursiva. O discurso ideologicamente orientado, entretanto, compromete a ideia do Direito como instrumento de igualdade, um princípio fundamental do Estado de Direito. É por essa razão que se busca, na noção de racionalidade do discurso, essa distância necessária dos aspectos ideológicos que poderiam facilmente servir de fundamento para uma decisão.

Uma proposta da justificação de raciocínio ajudaria a evitar os subjetivismos judiciais, pois a obrigatoriedade e a publicidade dessa justificativa completaria esse mecanismo de controle público da decisão judicial. Assim, a ideia de um modelo de raciocínio é um instrumento de controle público das sentenças, útil para todos em um Estado Democrático de Direito.

Justificar uma escolha é um desafio à autoridade de quem tem o poder de decisão: um elemento fundamental da democracia e do equilíbrio no jogo de poderes. Diante desse quadro, examinamos no presente trabalho, com a devida atenção a proposta de Stephen E. Toulmin para a argumentação racional – aqui denominada “modelo Toulmin”.

Levantamos as críticas feitas pela comunidade científica, numa perspectiva geral, para podermos concluir, de uma perspectiva puramente jurídica, sobre a sua significativa contribuição para a construção de um modelo normativo de fundamentação judicial, o qual estabeleça as condições mínimas de cumprimento do dever de fundamentação constitucionalmente imposto no art. 93, IX, da Constituição Federal brasileira.

Concentramos especificamente na análise detalhada do modelo Toulmin, voltada a explorar todas as possibilidades que ele oferece a um tratamento do problema da fundamentação das decisões judiciais, a qual leve em consideração todas as dificuldades específicas do contexto brasileiro.

Concluimos que o modelo Ryle-Toulmin tem predicados louváveis: é um modelo focado na razão prática, busca na forma de diagrama - um *layout* específico – que demonstra as etapas de um bom raciocínio e, com isso, é permissivo a fatores que influenciam o pensamento que não se encaixavam como facilidade dos trilhos da lógica formal, não abandonando a ideia de racionalidade da decisão, o que permite perseguir a ideia de correção do raciocínio.

Demonstramos que a inserção da condição constitucional de validade e legitimidade da decisão judicial por meio da sua justificativa ou fundamentação é um dos aspectos fundamentais para compreensão do problema: o ato de decidir sobre o direito em um Estado democrático exige, não logicamente, mas politicamente, uma referência para a decisão, sob o risco de arbítrios, que devem ser sempre repudiados.

Funciona dessa forma como perfeita resposta ao o constitucionalismo se propondo também como uma solução para o funcionamento de um Estado democrático como o brasileiro, pois viabiliza a tomada de decisões por meio de uma legislação democraticamente constituída e apresenta um ponto de referência razoavelmente estável (a constituição). A possibilidade de controle do argumento decisional, expresso por meio da palavra (sujeita ao controle público), também atende aos ditames da democracia.

O campo de investigação do Direito por meio do argumento justificativo das decisões judiciais é, portanto, um campo legítimo de conhecimento do Direito, embora não seja o único. Dotar o olhar do pesquisador do Direito da habilidade de identificar argumentos é, assim, uma postura democratizante do saber e do fazer jurídicos. O modelo Ryle- Toulmin é, portanto, mais uma ferramenta posta para viabilizar a construção desse olhar. Trata-se de adquirir uma expertise, uma habilidade de escrita, leitura e análise de um saber, ou decisão, que se apresenta na forma de discurso.

Demonstramos ainda que a complexidade do problema da fundamentação, está ligada a (pelo menos) três fatores: (1) A carência de elementos normativos explícitos sobre o que se deve entender como “decisão fundamentada”, pelo menos para fins de cumprimento/aplicação das normas que impõem o dever de fundamentar as decisões judiciais (2) A heterogeneidade dos elementos decisórios a serem motivados – desde juízos puramente empíricos até juízos puramente normativos (de validade), passando por, às vezes, juízos morais e por juízos hermenêuticos; 3) As incertezas que pairam nas outras disciplinas não jurídicas, das quais seria de se esperar o aporte de subsídio ao problema da fundamentação.

Concluimos pois com a certeza de levantar mais debates em torno da temática da fundamentação das decisões judiciais e da contribuição da análise realizada até aqui da utilidade do modelo Toulmin na construção de um modelo normativo de decisão judicial fundamentada, no direito brasileiro, pois não apenas a não problemática justificação interna das decisões judiciais restaria adequadamente enquadrada por este modelo, como também ele permitiria a indicação clara dos elementos mínimos necessários para a chamada *justificação externa*, em cada um dos inúmeros desdobramentos que esta pode ter.

É de se esperar de um modelo normativo de fundamentação de decisão judicial a indicação (necessariamente) esquemática ou abstrata dos elementos mínimos que *deve* conter uma decisão judicial, para que ela possa ser considerada como “justificada”, ou seja, como tendo atendido à exigência do art. 93, IX, da CF. Essa é, sem dúvida, a sua principal função.

A pesquisa demonstrou também que o modelo Toulmin revelou-se útil, ainda, como ferramenta da avaliação comparativa de argumentos (sejam aqueles postos pelas partes, sejam os formulados como meras conjecturas do juiz, na fase de construção da decisão judicial).

Em relação ao Novo Código de Processo Civil concluímos que mesmo passando a constar exigências para fundamentação, não foi resolvida a complexidade do problema da fundamentação, *seja pela ainda inexistência de* elementos normativos explícitos sobre o que se deve entender como “decisão fundamentada”, uma vez que para ser considerado como modelo normativo de fundamentação de decisão judicial

seria necessária a indicação esquemática ou abstrata dos elementos mínimos que *deveria* conter uma decisão judicial, para que ela possa ser considerada como “justificada”, ou seja, como tendo atendido à exigência do art. 93, IX, da CF.

A conclusão final a que se chegamos é no sentido de distanciamento do novo código de processo civil brasileiro da proposta de modelo racional de decisão judicial fundamentada do modelo Toulmin, mesmo com “exigências procedimentais”. O NCPC ainda não estabelece hipóteses nas quais uma decisão será considerada motivada, ou seja, persiste o problema de estabelecer um modelo racional para considerar fundamentada uma decisão judicial.

8 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABELLÁN, Marina Gascón. Los Hechos em El Derecho. Bases argumentales de La prueba. Tercera edición. Marcial Pons: Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2010.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

_____. *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.*

_____. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Da fundamentação das decisões judiciais*, In: Revista de Processo, Coord. Teresa Arruda Alvim, ano 17, n. 67, p. 194-211, julho-setembro, 1992.

ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de *et al.* História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010.

ALVES, Alaôr Caffé. Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico. 5ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ALVES, Marco Antônio Sousa. A Argumentação Filosófica: Chaïm Perelman e o Auditório Universal. 2005. 215 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. Disponível em:

http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/argumantacao_filosofica.pdf. Acesso em: 15 dez. 2014.

ANDRADE, Christiano José de. O problema dos métodos da interpretação jurídica. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ATIENZA, M. As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Pietro Nasseti. S.Paulo: Martin Claret, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco. Justiça distributiva e aplicação do direito. Porto Alegre: Fabris, 1983.

BALTAZAR. Antonio Henrique Lindemberg. Princípios e regras: uma abordagem evolutiva. Revista Lex Humana, no 2, 2009, in: <http://www.ucp.br/html/joomlaBR/lexhumana/lexhumana.htm>. Colhido em 10/07/2015 as 22:40 hrs.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual, 2ª série, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1988.

_____ O que não deve figurar na sentença. Revista da EMERJ, v.2, n.8, 1999
BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> , acesso em 20/04/15.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes; *A crise do positivismo jurídico*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília-DF, novembro de 2010.

_____ *A importância da lógica jurídica e da teoria da argumentação para o operador do direito*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília-DF, novembro de 2008.

BERCOVICI, Gilberto, Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio Mont'Alverne B.; MORAES FILHO, José Filomeno de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____ *El problema Del positivismo jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.

_____ Teoria da norma jurídica. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP:EDIPRO, 2001.

_____ Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10. ed. 1999.

_____ A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____ Do Estado Liberal ao Estado Social. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

_____ O estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia. (Org.). Direito ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas – Cidadania e Justiça. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

_____ Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?, trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____ GARTH, Bryanth. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino. 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1 e v. 2.

COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987.

CUNHA, Paulo Ferreira da. MALATO, Maria Luísa. Manual de Retórica e Direito. Lisboa: Quid Juris. 2007.

DELGADO, José Augusto. A sentença judicial e a Constituição de 1988. *Revista de Processo*, n. 61, v. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.57-62, jan./mar., 1991.

DESCARTES, René. Discurso do método. Trad. de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, Ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador:Ed Jus Podivm, V2. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol I, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método. 2006

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERNANDES, José Henrique Lara. *A fundamentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Jane Mendes; RAMOS, Simone Cristina; SCHERNER, Maria Luiza Trevizan. Raciocínio Analítico: construindo e aprendendo a argumentação. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art 93, IX) in *Processo e Constituição: estudos em homenagem*

ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luix Fux, Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____ Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____ Direitos fundamentais e a proteção ao credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003.

_____ Interpretação e Argumentação. O modelo Toulmin e a fundamentação racional de atribuição de sentido a textos normativos. Manuscrito oferecido pelo autor. (2013).

_____ O Modelo Toulmin e a Fundamentação das Decisões Judiciais. Manuscrito oferecido pelo autor. (2013)

HART, Herbert. L.A. O conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. *In* revista eletrônica da faculdade de direito da puc-sp. Colhido em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4208171U6> na data de 15/04/2015 as 22:30.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLATT, Matthias. *Making the law explicit. The normativ of legal argumentation*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e Decisão – A fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. *Revista de Processo: RT 244*, junho 2015.

LIMA, Fernando Antonio Negreiros. *Teoria geral do processo judicial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES DA COSTA. *Direito processual civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1959,

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Editora Jus Podivm, 2014.

LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO SEGUNDO. Hugo de Brito. Fundamentos do direito. São Paulo: Atlas, 2010.

MAQUIVEL, Nicolau. O príncipe. Tradução Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Artigo: *O princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais como direito fundamental à concretização da democracia e suas conexões com o princípio do contraditório*. Trabalho publicado no XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Fonte: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3522.pdf>. Acesso em 17/07/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores, 1999.

_____. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8846>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno. Traducción Francisco Javier Ansuátegui y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Ed RT, 2013.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Filosofia do direito – decisão judicial e Teoria da Argumentação Jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. Do Espírito das Leis. Vol. 1, coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MONTORO, André Franco. Lógica jurídica, ferramenta do jurista. In DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia. Direito, cidadania e

Justiça. Ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A crise do positivismo jurídico. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília-DF, novembro de 2010.

_____ A importância da lógica jurídica e da teoria da argumentação para o operador do direito. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília-DF, novembro de 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da Moral: uma polêmica. Tradução, notas e pós-fácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009,

NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. (Coleção estudos de direito de processo de Enrico Tullio Liebman. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, José Messildo Viana. ALMOULOUD, Saddo Ag. O modelo de Toulmin e a análise da prática da argumentação em matemática. *Educ. Matem. Pesq.*, São Paulo, v.15, n.2, 2013.

NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica – problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

NERICI, Imideo Giuseppe. Introdução à Lógica. 9. ed. São Paulo: Nobel, 1985.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Sentença arbitrária. *Revista de Processo*. Vol 204, p 33-50. São Paulo: Ed. RT. fev 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea, 2ª Ed. Edições Loyola, 1996.

PAMPLONA, Danielle Anne e ANNONI, Danielle. O processo de decisão judicial diante do pós positivismo judicial. In http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/danielle_anne_pamplona-1.pdf. Colhido em 10/07/2015 as 22:30 hrs.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado da argumentação: a nova retórica. prefácio Fábio Ulhôa Coelho. Trad. Maria Ermantina Galvão. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____ Ética e Direito. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. S.Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____ Lógica jurídica: nova retórica. Trad. Verginia K. Pupi. S.Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____ Retóricas. tradução de Maria Ermantina Galvão, Ed. Martins Fontes, 1999.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

REALE, Miguel. O Direito como experiência. 2.ed. S. Paulo:Saraiva, 1992.

_____ Teoria do direito e do Estado. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Motivação das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

SOUZA. Carlos Aurélio Mota. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - No 7, Vol.2, Jan./Jun 2006*.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____ *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito. Título original *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Revista da Esmape, Recife, v6, no. 14. Jul/dez 2001.

_____ *Uma Simples Verdade, O juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: Madri. 2012.

_____. Il controllo de razionalità dela decisione fra lógica, retórica e dialettica. Revista de Processo, vol 143, ano 32, p 65-77, São Paulo: Ed RT, jan 2007.

STRECK, L. L. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy, 2003.

_____. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe et MOREIRA, Luiz (org.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

_____. Teoria da argumentação jurídica. In: Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara – Veredas do Direito. Vol. 2. N.º 3, jan. a dez. de 2005, p.09.

TOULMIN, Stephen Edelston. Os usos do argumento. Tradução de Reinaldo Guarany – 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

VARGAS, Luis Carlos A. Merçon de. Princípio da igualdade tributária no STF. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3606, 16 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24447>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

VIEIRA LUIZ, Fernando. Teoria da decisão Judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

VILANOVA, Lourival. Lógica Jurídica. São Paulo: Bushatsky, 1976.

WALTON, Douglas. Lógica Informal. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 5a ed., Ed. RT, 2004.

WESTON, Anthony. A construção do argumento. São Paulo: Martins Fontes, 2009.