

# RACIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO: Teoria das Decisões Judiciais

## RATIONALITY AND GROUNDS: Theory of Judicial Decisions

Mariano Henrique Maurício de Campos<sup>1</sup>

Monaliza Lamounier de Oliveira<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente estudo, singelas reflexões provisórias, analisa o dever de fundamentação das decisões judiciais à luz do artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil de 2015, que preceituam que toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, apta a demonstrar ao jurisdicionado a *ratio iudicandi*. A fundamentação das decisões judiciais se constituiu em dever, sobretudo porque é tratada como garantia fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito, além de legitimar o Poder Judiciário. Fundamentar é antes de tudo elucidar as razões, os motivos que construíram a decisão, para tanto, necessária a construção de um raciocínio argumentativo capaz de ensejar a aceitabilidade das premissas apresentadas como corretas e adequadas. Nesse revelar das razões através da argumentação jurídica, racional e objetiva, também é desvelado o pensar do julgador, suas concepções acerca do Direito e sua função na Sociedade. Nesse quadro, encerra-se o atual dilema da teoria do direito: o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial adequada ao Estado Democrático de Direito, responsável por reduzir a discricionariedade judicial e impedir a arbitrariedade interpretativa que resulta da “livre” atribuição de sentido, com vistas à efetivação de um processo dialógico e democrático.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisões Judiciais. Dever de Fundamentação. Teoria da Decisão. Argumentação jurídica.

### ABSTRACT

The present study, simple provisional reflections, analyzes the duty to base legal decisions in the light of Article 93, IX, of the 1988 Federal Constitution and Article 489, § 1 of the 2015 Code of Civil Procedure, which prescribe that any and all decisions must be substantiated, able to demonstrate to the court the *ratio iudicandi*. The foundation of judicial decisions was a duty, mainly because it is treated as a fundamental guarantee inherent to the Democratic Rule of Law, in addition to legitimizing the Judiciary. To substantiate is, first of all, to elucidate the reasons, the reasons that built the decision, for that necessary the construction of an argumentative reasoning capable of giving rise to the acceptability of the premises presented as correct and adequate. In this disclosure of reasons through legal, rational and objective argumentation, the judge's thinking, his conceptions about the Law and his role in society are also unveiled. In this context, the current dilemma of the theory of law ends: the development of a theory of judicial decision appropriate to the Democratic State of Law, responsible for reducing judicial discretion and preventing the interpretative arbitrariness that results from the “free” attribution of meaning, with a view to implementing a dialogical and democratic process.

**KEYWORDS:** Judicial Decisions. Duty to State Reasons. Decision Theory. Legal Arguments.

---

1Mestre em Direito Público. Professor do Curso de Direito da FASF. Contato [marianohmcampos@gmail.com](mailto:marianohmcampos@gmail.com)

2 Licenciada em Pedagogia pela UFMT, acadêmica do 8º período de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do Alto São Francisco – FASF, Luz/MG. Contato [mona\\_lamounier@hotmail.com](mailto:mona_lamounier@hotmail.com)

## **1 INTRODUÇÃO**

Todos os que se socorrem perante a tutela jurisdicional anseiam por uma resposta condizente com seus direitos, coerente com o sistema jurídico e com o contexto social circundante. Essa resposta é personificada na decisão judicial. Dispõe a Constituição Federal de 1988 que a legitimidade e eficácia de toda decisão judicial encerra-se em sua fundamentação. Motivar a decisão é dever, cuja ausência é capaz de inquinar a atividade judicial. Mas, em que consiste esse ônus? Qual é o sentido e o alcance do dever de fundamentação das decisões judiciais?

Tal questionamento enseja a presente pesquisa. Nesse desiderato, buscou-se na pesquisa bibliográfica o substrato estruturante sobre o qual são lançadas as reflexões com vistas a possíveis elucidações acerca do problema formulado e, através do método dedutivo e da técnica da interpretação crítica, o suporte procedimental, conferindo objetividade ao estudo.

Num primeiro momento é apresentada a fundamentação constitucional (art. 93, IX) e legal (art. 489, § 1º, do CPC/15) sobre o dever de fundamentação. Em seguida, pela digressão histórica, expõem-se as correntes teóricas jusnaturalista, positivista e neoconstitucionalista que permearam a construção do pensamento jurídico. Por fim, analisa-se a Teoria da decisão judicial e a Teoria da argumentação jurídica e suas contribuições para o ônus da fundamentação.

Como enunciação conjectural a ser colocada em teste, tem-se que o dever de fundamentação se configura princípio constitucional para legitimação e validade das decisões; uma construção histórica decorrente da evolução do Direito e correspondente aos anseios da sociedade democrática. Nessa perspectiva coloca-se como limitação dos poderes exercidos pelo julgador; forma de impedir a arbitrariedade e a subjetividade, de promover o controle e a revisão das decisões com vistas ao diálogo inteligível. Por fim, trata de direito fundamental ao devido processo legal, instrumento que confere previsibilidade e estabilidade jurídica; ônus de expor suas razões de escolha, suas justificativas, a linha de pensamento que levou o julgador à conclusão apresentada.

Inerente às conclusões a serem erigidas, perscruta-se sobre a melhor forma, técnica e método para a configuração de uma decisão, tendo em vista o devido processo constitucional construído através do diálogo argumentativo e democrático.

## **2. PREVISÃO LEGAL DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO**

## 2.1 Fundamentação constitucional

Em sede constitucional, o dever de fundamentação das decisões judiciais está previsto no art. 93, IX, in verbis (BRASIL, 1988):

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Segundo os juristas Didier Júnior, Braga e Oliveira (2013, p. 427-428), a fundamentação possui dupla função no sistema brasileiro:

A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função. Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão. (...) Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo o nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, ao povo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, verificou-se o fenômeno referente à inclusão dos princípios, garantias e regras relacionadas ao processo. Nessa perspectiva, o dever de fundamentação consubstancia-se em princípio expresso, norteador do devido processo legal e seus corolários, como o contraditório e a ampla defesa. A matriz principiológica constitucional, verdadeira concretização histórica do ideal de Justiça, foi tendência seguida pela maioria das Constituições pós-guerra, movida por dois fenômenos: a ideia do pós positivismo e a ascensão do direito constitucional para o centro do sistema jurídico.

A obrigação dos órgãos do Poder Judiciário de fundamentar todos os seus decisórios, como limite constitucional, tem como objetivo impedir as interferências estranhas ao sistema legal em vigor, tais como: ideologias, arbitrariedades, subjetividades, entre outras, permitindo que as partes exerçam o controle da função jurisdicional para se alcançar a adequada solução dos conflitos.

Sobre o assunto vale citar Nery Júnior (2017, p. 301):

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar

as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação.

Percebe-se que a motivação dos atos jurisdicionais exigida pela Constituição acarreta a limitação dos poderes exercidos pelo magistrado, com a demonstração de não ter descumprido os direitos fundamentais ou decidido contra a lei ou ter extrapolado suas funções, demonstrando a linha de pensamento empregada para alcançar a conclusão apresentada para a solução do caso litigioso e, caso contenha inconsistências serão estas prontamente verificadas pelo conteúdo da motivação, podendo ser impugnada.

Para a concretização dessa norma constitucional, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta algumas diretrizes, dentre elas destaca-se o § 1º do art. 489.

## **2.2 Fundamentação infraconstitucional: Código de Processo Civil/2015**

O princípio da motivação das decisões judiciais, ou princípio da fundamentação, como visto de matriz constitucional, tem como esteio que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Em consonância o CPC de 2015 (BRASIL, 2015), em seu art. 11 reproduz o comando constitucional:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Mas, afinal, em que se constitui uma decisão fundamentada?

De acordo com Alvim (2019, p. 264), “fundamentar significa dar as razões de fato e de direito que levaram à tomada da decisão. A fundamentação deve ser *substancial* e não *formal*”. Para Thamay (2019, p. 443), a decisão mal fundamentada se equipara a não fundamentada, sendo ambas maculadas com a mesma nulidade constitucional, pois tanto uma como a outra impossibilitam o exercício do contraditório pela parte lesada e o controle dos atos do magistrado e, por terem a mesma consequência, deverão ter o mesmo efeito.

Como a Constituição não descreveu o que é uma decisão fundamentada, ou o que é necessário para uma decisão ser considerada motivada, coube à lei codificada a missão de aclarar tal situação. Assim, o § 1º do art. 489 do CPC procurou concretizar o comando constitucional, ao exemplificar, em seis incisos, situações nas quais não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, a saber (BRASIL, 2015):

Art. 489. [...]

§ 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.

Segundo Theodoro Júnior (2019, p. 1941), o novo Código foi severo na repulsa à tolerância com que os tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízos de primeiro grau e nos tribunais. A sentença, em seu sentir, para a nova legislação processual, não deve ser apenas fundamentada, deve ser adequadamente fundamentada, sob pena de não satisfazer as exigências no moderno processo justo, idealizado pela Constituição.

Assim, passa-se a análise dos incisos:

- I. Decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida: pelo princípio da simetria, se a parte é obrigada a expor as razões de fato e de direito, também é o julgador, a este não basta simplesmente indicar, reproduzir ou parafrasear o texto normativo, cabendo a ele interpretar e, por conseguinte, realizar o processo de concretização para alcançar a norma, sem a subsunção entre o fato e a norma, não pode a decisão ser considerada fundamentada, nem se presta para resolver a lide. Segundo Thamy (2019, p. 54):

Sabe-se que a norma é abstrata, e o caso sub iudice é concreto. A menção de dispositivo normativo na decisão é o começo, a introdução, que espera o jurisdicionado, para este assegura-se de que o magistrado está decidindo de acordo com o princípio da legalidade. Contudo, de maneira alguma pode ser tida como o fim em si mesmo. Se não houver enfrentamento dos fatos, a decisão nada decidiu, sendo caso de nulidade da decisão.

A adequada fundamentação precisa, no mínimo, explicar o porquê da aplicação do ato normativo em questão. O uso de expressões como “presentes (ou ausentes) os requisitos legais” exemplificam a falta de fundamentação.

- II. Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso: esse inciso guarda pertinência com o anterior, não podendo o julgador se valer de conceitos vagos como princípios, brocardos ou máximas do direito, sem a devida correlação com o caso concreto. A conexão, o liame, os pontos de contato entre a definição e a casuística deve ser clara para as partes. Freire e Cunha (2019, p. 801) exemplificam os conceitos indeterminados como “termo

vagos ou abertos, inclusive princípios ou cláusulas gerais (v.g. dignidade da pessoa humana, boa-fé, função social, preço vil, hipossuficiência, ordem pública, grande repercussão social, etc.)”. Citar, copiar, parafrasear tais conceitos é o mesmo que não fundamentar, pois se espera que o julgador tenha feito uma definição racional dos mesmos e os correlacionado com os fatos.

- III. Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão: neste ponto há divergência doutrinária. Thamay diz que o inciso é questionável quanto a sua extensão:

[...] pois, se a demanda for repetitiva, estando a petição inicial sempre constituída sobre os mesmos fundamentos de fato e de direito, *mutatis mutandis*, não nos parece razoável exigir que o magistrado profira uma decisão customizada para cada demanda, isso sob pena de violar o princípio da celeridade, economia processual e da segurança jurídica. (THAMAY, 2019, p. 54)

Lado outro, Freire e Cunha (2019, p. 801) defendem que não se admite “decisão-padrão”, “decisão-modelo” ou “decisão-formulário” (v.g. “mantenho a decisão por seus próprios fundamentos”; “nada há a esclarecer”; “considerando a robusta prova dos autos”; ou ainda, “fixo o valor indenizatório, a título de danos morais em X reais, por ser razoável e proporcional”). Nesse ponto, necessário um equilíbrio entre os dois posicionamentos, tendo a decisão, em casos repetitivos, de partir da explicitação do caso concreto para depois, em consequência, aproveitar a fundamentação pretérita, nesse sentido:

[...] para evitar incorrer no vício da fundamentação genérica, cabe ao julgador o exercício simples de relacionar o raciocínio jurídico com os fatos do caso, assim como mencionados pelas partes, de forma a dar concretude à decisão. (ALVIM, 2019, p. 447)

- IV. Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador: por este inciso tem-se que o julgador deverá analisar todo e qualquer argumento de fato e de direito trazido pelas partes, com potencial de enfraquecer, invalidar sua decisão. Não deve o magistrado escolher livremente os argumentos a enfrentar, descurando de outros. Decorrência lógica do contraditório substancial e da cooperação, tal dispositivo é claro ao conferir às partes o poder de participarem do processo, influenciando o seu resultado e impõe ao juiz o dever de esclarecer as suas decisões e de consultar as partes sobre questões de fato e de direito, antes de proferir sua decisão. Portanto, ainda que o julgador discorde dos argumentos isso não o dispensa da necessidade de análise. No entendimento de Oliveira Jr. (2018), citado por Freire e Cunha (2019, p. 803):

O CPC de 2015 deixou clara a conexão entre motivação com o contraditório útil ou influência (na tríplice configuração informação, reação e consideração, considerando desmotivada a decisão que não tenha exatamente cotejado os argumentos oportunamente apresentados pelas partes. Isto porque, o contraditório não se perfaz sozinho. O contraditório tem seu rendimento atrelado à motivação da decisão, não devendo ser descolorido para mero instrumento de legitimação procedimental da decisão (ato prévio e mecânico sem substância), para passar a participar efetivamente da mesma (tem que ser considerado no que trouxe de argumentos,, na substância).

- V. Decisão que 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: em oportuna referência ao uso dos precedentes e enunciados de súmulas utilizados para fundamentar as decisões, quer-se, por esta norma, segundo Freire e Cunha (2019, p. 805), evitar o fenômeno do *ementismo* ou da aplicação mecânica destes institutos judiciais e que quando do uso, o magistrado tem o dever de demonstrar por que o mesmo se aplica ao caso concreto pela técnica da distinção – *distinguishing* – ou da comparação entre o precedente e o caso, sob pena de a sua decisão não ser considerada fundamentada.
- VI. Decisão que deixa 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: seguindo o mesmo entendimento do inciso anterior, também não é considerada fundamentada a decisão que não analisar, não aplicar, não distinguir ou não demonstrar a superação de entendimentos judiciais suscitados pelas partes para fundamentar seu pedido. O julgador deverá realizar a técnica da distinção (comparação) ou da superação (*overruling*), ou seja, da demonstração da revogação do precedente (FREIRE e CUNHA, 2019, p. 805).

Acertadamente, o § 1º do art. 489 do CPC, visando concretizar o comando constitucional, elenca situações em que não serão consideradas fundamentadas as decisões judiciais e ressalta a necessidade de uma motivação racional, lógica, previsível, acessível e controlável em contraposição a uma fundamentação livre, arbitrária, discricionária, introspectiva, subjetiva, superficial e imprevisível. Tal rol, segundo o Enunciado 303 do FPPC, é meramente exemplificativo, comportando outras hipóteses. O essencial é que a fundamentação é ônus do julgador que decide o litígio e sua ausência gera a nulidade constitucionalmente prevista.

### **3 CORRENTES TEÓRICAS DO PENSAMENTO JURÍDICO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO**

A evolução do Direito se configura na evolução da sociedade como esferas autodeterminantes. Nesse movimento cíclico, o Direito reflete os anseios, as preocupações e as ideologias da sociedade. Tal dinâmica é aplicada na construção conceitual do fenômeno jurídico, que é historicamente concebido e materializado conforme a percepção e o agir humano. Especificamente em relação ao presente objeto de estudo, as decisões judiciais e sua fundamentação, essas refletem o modo como o homem concebe o Direito diante de uma realidade imediata. Assim, para se entender como as decisões são construídas e motivadas ao longo do tempo é necessário, previamente, apreender como o Direito era e é pensado pelo homem.

Neste tópico, busca-se descrever as premissas das principais correntes filosóficas que visam conceituar o Direito, especialmente em relação à sua validade. Para entender a evolução histórica do fenômeno jurídico, é necessário estudar estes modelos em suas divergências e nas transformações que influenciaram.

### **3.1 Jusnaturalismo: “É Direito a norma que é justa”**

O jusnaturalismo é a corrente mais antiga. Sua concepção, segundo Carvalho (2009, p. 67), o Direito é uma ordem de princípios eternos e imutáveis cuja existência é imanente à própria natureza humana, há um “direito natural” anterior ao conjunto de leis postas e aprovadas pelo Estado. Assim, desde que o homem se vê em sociedade sabe comportar-se nela em razão da existência de um conjunto de ordens tidas como naturais, que regem suas relações intersubjetivas. Antes de o Estado produzir leis, os homens já eram sujeitos de relações reguladas por uma ordem natural baseada no senso de justiça. Para os jusnaturalistas esse conjunto de ordens naturais constitui-se no Direito.

Para Fontes (2017), o pensamento jusnaturalista é calcado em bases éticas, na natureza das coisas ou da *natureza humana*, a qual forneceria as respostas sobre o que é certo e errado, o bem e o mal, as finalidades a serem perseguidas pelo homem. Tal corrente tem como fundamento a noção de justiça e, conforme elucidada o referido autor:

A justiça é o valor ou finalidade que inspiraria o direito. Ela não se resumiria ao direito escrito ou estatal, mas estaria acima dele, seria algo natural, racional ou mesmo intuitivo: os homens podem em cada situação discernir o justo e o injusto. Desses aspectos decorre que o direito positivo pode entrar em contradição com o direito natural, e é este último que deve prevalecer; de acordo com o brocardo que bem define essa corrente jusfilosófica, atribuído a Santo Tomás de Aquino, *lex iniusta non est lex*, isto é, a lei injusta não é lei.

Ainda, segundo o autor, nessa corrente há uma conexão intrínseca entre Direito e moral, com um conjunto de princípios universalmente válidos, como o direito à vida, à

liberdade, etc., que não decorrem de norma emanada pelo Estado. Muito pelo contrário, sendo inerente à natureza humana, é desse conjunto de princípios que as normas jurídicas derivam e por ele que adquirem sua legitimidade. O Direito positivo determinado pelo homem é Direito somente na medida em que se ajusta ao Direito natural e não o contradiz.

A crítica que se faz ao jusnaturalismo, em consonância com as reflexões do citado autor, é seu caráter acentuadamente subjetivo, em que os juízos de valores não são passíveis de verificação como verdadeiros ou falsos, sendo que os conflitos não poderiam ser resolvidos de forma racional. Outra crítica se refere à questão democrática, enquanto o direito positivo é produto da representação política, isto é, dos representantes eleitos democraticamente, e o juiz a ele está subordinado, o direito natural independeria dessa representação, residindo num plano superior, metafísico ou racional, e poderia ser invocado pelo juiz até para descartar em determinado caso o direito positivo.

Ao fim do século 19 inicia-se a superação histórica deste modelo, que já era considerado demasiado metafísico, subjetivo e anticientífico, abrindo caminho para o positivismo.

### **3.2 Positivismo jurídico: “É Direito a norma, mesmo quando injusta”.**

O ideário positivista surge em oposição ao pensamento filosófico do Direito Natural, preconizando a crença no poder do conhecimento científico, com vista a uma objetividade na ciência jurídica, com juízos de fato e não de valor, procura conhecer a realidade sem tomar uma posição diante desta. Baseia-se em três teses fundamentais: a separação entre direito e moral, o direito emana de fontes sociais, como o Estado, e o dever de obediência às normas jurídicas. Assim, a lei ou o direito é algo concreto, que pode ser identificado de forma objetiva no meio social, ou seja, associa o direito às leis e normas emanadas da autoridade.

Na linha de pensamento de Fontes (2017), no positivismo não existe conexão intrínseca entre Direito e moral. A ciência jurídica é vista como uma ciência, que trata de realidades observáveis e comprováveis e descarta especulações filosóficas. Considera-se norma aquela emanada pelo Estado com caráter imperativo e força coativa, independente da valoração atribuída a esta. Não existe, portanto, qualquer vinculação da juridicidade da norma a um embasamento ético, conquanto este possa afetar sua legislação e aplicação. Acrescenta ainda que um aspecto extremamente importante é a relação entre positivismo e democracia:

O positivismo alberga a preocupação com a democracia, de que o juiz atenha-se à lei, para não extrapolar suas funções e invadir a esfera do legislador. O jusnaturalismo teme a justo título que esse juiz positivista pratique injustiças no caso concreto, sob pretexto de aplicar a lei.

Neste modelo conceitual, o Direito era concebido como conjunto de normas jurídicas, afastando tudo aquilo que excedia os limites das normas postas, eram excluídos de seu conceito o direito natural, os costumes e os valores de justiça. O fenômeno jurídico era “o direito posto”. No âmbito dos decisórios caracteriza-se pela vinculação do julgador à lei, objetivo final do processo, materializando a vontade da lei, a segurança jurídica e a manutenção da ordem pública diante dos conflitos. Segundo Portanova (1994, p. 35-36), o fim da sentença e sua fundamentação é restaurar o império da lei e do Direito objetivo. A fundamentação visava garantir que a lei fosse cumprida e o arbítrio do magistrado afastado.

Para a mestra Mariquito (2012), neste período de preponderância do positivismo jurídico o juiz era privado da atividade interpretativa, seu papel era apenas revelar a lei por meio de uma aplicação mecanicista. Desta maneira, o juiz por subsunção, simples aplicação de um silogismo, seria capaz de solucionar quaisquer questões postas sob sua análise. Vista assim, a sentença era verdadeira equação matemática, consubstanciada num silogismo que se tornou insuficiente diante da realidade social e sua complexidade.

### **3.4 Neoconstitucionalismo: *Direito é a efetivação dos direitos fundamentais.***

A Revolução Industrial e o pós-guerra são marcos históricos nascedouros de uma nova forma de pensar o Direito, denominado pós-positivismo que busca superar o positivismo jurídico e o apego às leis, voltando atenção para o conteúdo da norma. A evolução desse pensamento desaguou no correspondente constitucionalismo contemporâneo, vindo a se materializar na ideia de neoconstitucionalismo.

Por este, a nova realidade constitucional tornou-se foco de atenção, que passou a incorporar, com mais apego, questões relativas à limitação dos poderes estatais, direitos de natureza liberal e econômica, além de um rol mais amplo de direitos sociais. Assim, as constituições incorporaram, em seus textos, princípios até então não previstos, iniciando uma nova fase no constitucionalismo.

No Brasil, esta mudança paradigmática se estabeleceu após a Constituição Federal de 1988, quando o país se inseriu em um processo de redemocratização. Essa corrente traz para o centro do ordenamento jurídico a Constituição, a sua supremacia não se refere somente ao status de Lei Maior, mas principalmente à supremacia material axiológica, originada da normatividade dos princípios constitucionais, que se irradia por todo o sistema jurídico, influenciando e regulando a criação e interpretação dos ramos do Direito, passando a condicionar o sentido e o alcance das normas de direito infraconstitucional, de modo que toda

interpretação jurídica deve estar em harmonia com a Constituição. Nessa linha, Lima e Figueiredo (2015, p. 04):

Nesse horizonte constitucional, o Direito e a ética se aproximaram, de modo que a dignidade da pessoa humana, como valor fundamental, passou a adquirir maior importância no mundo ocidental, assumindo status de princípio jurídico constitucional, corporificando-se em diversos documentos, como em declaração de direitos, convenções internacionais, dentre outros. Foi nesse ambiente que a dignidade da pessoa humana se constituiu em base normativa para os direitos fundamentais no mundo.

O método interpretativo se desenvolve a partir da conjugação de princípios, institutos dotados de abstração e forte carga valorativa ou axiológica, como os princípios da liberdade, da igualdade ou isonomia e do direito à vida. Nos dizeres de Fontes (2017):

Como afirma Alexy, os direitos fundamentais, que para ele têm natureza de princípios, efetivam uma “abertura” do sistema jurídico diante da moral, pois direitos como dignidade, liberdade e igualdade são também conceitos da filosofia prática ou moral. Assevera ainda que “a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito”.

Deste modo, a partir do neoconstitucionalismo, a subsunção, silogismo matemático, deu lugar a técnica de ponderação e o Direito se insere em uma nova perspectiva que reclama uma atitude interpretativa do juiz, que deve assumir uma concepção jurídica amparada nos princípios constitucionais e comprometida com os princípios e valores do mundo prático da comunidade. Nesse contexto tem-se a convergência entre a Constituição e o direito processual no que tange ao dever de fundamentação, elevado a categoria de princípio legitimador.

Lado outro, não se pode deixar de analisar as críticas a este sistema, que no entendimento de muitos doutrinadores tem como principal característica a supervalorização dos princípios em detrimento das regras e, conseqüentemente, da segurança jurídica.

Em arremate a este tópico, verifica-se que a história do pensamento jurídico, assim como a história do homem e da sociedade é formada por movimentos evolutivos de crise e superação, um estágio supera o outro, uma etapa é construída a partir dos elementos daquela que a precedeu, o pensamento de hoje é a síntese dos pensamentos elaborados ao longo do tempo, com suas idas e vindas, com suas teses e antíteses. Uma corrente não exclui a outra, mas a supera por incorporação, em um constante reinventar-se na perspectiva do bem comum.

#### **4 TEORIA DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

À luz da tutela constitucional, um dos primeiros princípios que se desponta é do acesso à justiça, direito fundamental garantindo a todos a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça. Corolário desse princípio está uma prestação jurisdicional adjetivada,

qualificada, ou seja, ao direito ao acesso à justiça se estende a obtenção de uma prestação jurisdicional de qualidade. Não é qualquer prestação, mas uma prestação adequada. Ao dirimir conflitos, o judiciário emite uma resposta, uma decisão, esta por sua vez deve ser adequada e, de acordo com a proposta deste estudo, decisão judicial adequada é a decisão racionalmente fundamentada. Mas afinal o que é decidir?

Decidir é, ao mesmo tempo, um modo de decidir e também uma relação com o mundo, ou seja, uma forma de encetar a ação. Muito mais do que a obediência às normas jurídicas, está presente a produção judicial do próprio Direito. Existem métodos para otimizar o julgamento concedendo-lhe confiabilidade, mas o estudo sobre estes mecanismos de otimização tem sido continuamente desprezado. O mecanismo da decisão é dos mais complexos, o que funda uma decisão escapa em sua essência à Teoria e à Filosofia do Direito e enquadra-se mais profundamente na intimidade do agente da decisão cujo universo é preciso compreender. (MONTEIRO, 2007)

No âmbito processual, decisão judicial é qualquer ato do magistrado com conteúdo deliberativo, incluindo-se interlocutoras, sentenças, acórdãos. Isto é, qualquer mandamento judicial com conteúdo decisório.

Ao longo da construção do pensamento jurídico, foram delineando-se concepções sobre o entendimento do que venha a caracterizar a decisão judicial na tentativa de elaborar uma Teoria que reflita sobre suas configurações. A decisão organicamente está inserida em um contexto de conflito, de contradição de interesses, que demanda uma intervenção. Conquanto, perquire-se: como elaborar essa resposta? E mais: como elaborar uma resposta adequada? Nesse percurso, se coloca a busca por um aperfeiçoamento, por uma construção racional da resposta jurisdicional formalizada nos decisórios. Tarefa nada fácil, considerando o espaço de conjugação das normas jurídicas, do contexto sócio-econômico-político, do universo individual dos envolvidos, do sistema processual, enfim, da gama numérica de imbricações em que o Direito é construído.

A teoria da decisão, em sentido lato, foi desenvolvida na segunda metade do século XX, e teve como objeto de estudo os problemas de decisão sobre os quais são dedicadas análises aprofundadas dos critérios selecionados para as escolhas e suas soluções, pretendendo fornecer os instrumentos para apoiar a decisão e justificar sua escolha como racional.

Monteiro (2007) assevera que:

A necessidade de analisar, racionalizar e fornecer subsídios racionais para auxiliar nas escolhas são motivos que fundamentam a elaboração de uma teoria para se tomar decisões, uma vez que estas podem produzir consequências que merecem certa reflexão. Além disso, quem decide pode ser colocado na situação de justificar suas escolhas pelas quais se torna responsável. A Teoria da Decisão procura responder a essa dupla necessidade de racionalizar os processos de tomada de

decisão – explicando a forma pela qual se tomam decisões - e de fundamentar as escolhas realizadas.

Segue ainda, propondo a seguinte conceituação:

Chama-se Teoria da Decisão o conjunto de teorias matemáticas, lógicas e filosóficas que se ocupam das decisões que tomam os indivíduos racionais, quer sejam indivíduos que atuam isoladamente, em competência entre eles ou em grupos. Ela foi desenvolvida na segunda metade do século XX sob a forma de estudo dos aspectos diferenciados da descrição e da resolução dos chamados problemas de decisão.

Hodiernamente, busca-se uma teoria da decisão judicial que seja capaz de responder a dois desafios: de um lado racionalizar, tornando mais coerente e eficiente o sistema jurisdicional e, de outro lado, que seja capaz de justificar, legitimar e controlar a atividade criativa dos juízes. Verifica-se assim, uma polarização entre as correntes de matriz formalista com as progressistas.

A Teoria formalista é composta por algumas correntes, que em síntese, entendem que a racionalidade da decisão judicial é obtida basicamente pela norma, pela lei, sendo que, tradicionalmente, a opinião majoritária do Direito foi concebida de forma que a tomada de decisão judicial deve ser substancialmente determinada pelo direito positivo. Assim, segundo Castro (2014):

Sobre esse pilar se firmou no Século XIX a Escola da Exegese que, com fundamento no Código Napoleônico (1804), pretendia que a decisão judicial decorresse exclusivamente da extração de conceitos gramaticais contidos no texto da lei. Em outras palavras, o intérprete deveria realizar uma aplicação objetiva da norma, não lhe sendo permitido que se alocasse conceituações morais ou extralegis em sua decisão. A decisão judicial deveria ser fruto de um processo silogístico de aplicação da norma ao caso concreto, inexistindo qualquer interferência pessoal do julgador (ou de fatos externos) no ato de decidir.

O método utilizado é o da subsunção, submeter o caso à regra, se relacionando mais com a aplicação do que com a interpretação da norma e do Direito. Para o formalismo, o positivismo e o legalismo, modelos tradicionais de interpretação do direito, havia um papel específico reservado para a norma, para os fatos e para o juiz. A norma trazia a solução em si que o constituinte ou legislador havia concebido abstratamente para resolver os problemas; os fatos existiam para ser subsumidos naquela norma para que se produzisse o silogismo que produzia a decisão judicial, “a norma era a premissa maior, os fatos a premissa menor e a sentença era a conclusão”, e o juiz era o profissional que desempenhava uma função técnica de conhecimento: revelar no caso concreto a solução que estava pré-estabelecida na norma jurídica.

Essa linha hermenêutica, tida isoladamente, já não atende a variedade de situações complexas e plurais do nosso corpo social. Hoje, interpretar, antes de qualquer coisa, é

legitimar. Essa legitimação decorre, dentre outros modos, da necessidade da argumentação. A modernidade trouxe as necessárias mudanças de paradigma que revolucionaram o direito, a forma como se pensa o direito e, por conseguinte as decisões judiciais. Essas mudanças se fundaram em três acontecimentos: a superação do formalismo jurídico, a cultura pós-positivismo e a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.

Nessa nova perspectiva, a Constituição passou a ser interpretada de maneira mais aberta, possibilitando a ampliação do universo de possibilidades do direito através da reaproximação entre regras e princípios, ambos entendidos como normas jurídicas. Há a preocupação central com a legitimidade da produção do direito no espaço judicial, e também com a plasticidade material e temporal das normas constitucionais, posto que a sociedade não é estática, mas se movimenta e se transforma continuamente. Da mesma forma, o direito constitucional deve ser baseado em uma interpretação modulável, compatível com as necessidades daqueles para quem a Constituição foi criada: para as pessoas. (PEREIRA e CORDEIRO, 2016).

Para esse novo modelo, que entende o direito como um conjunto de normas que podem ser elencadas tanto como regras quanto como princípios e que, havendo conflito entre os valores que contêm (ou, que se lhes atribuem), deverá ocorrer o sopesamento ou ponderação, perspectivas desenvolvidas por Alexy e Dworkin.

Nesse ponto, encontra-se uma discussão essencial: a utilização da ponderação, no âmbito das decisões judiciais, a qual confere ao julgador a possibilidade de decidirem de forma que entendam mais coerentes, não daria ensejo a uma demasiada discricionariedade? Na falta de uma lei adequada ou até mesmo de norma constitucional seria possível a aplicação de um catálogo interminável de princípios, o chamado panprincipiologismo? Para a corrente neoconstitucionalista a aplicabilidade dos princípios em decisões judiciais e, em caso de conflito, de regras interpretativas de sopesamento e mandamentos de otimização, não quer significar abertura de espaço para decisões desarrazoadas, tomadas exclusivamente sobre subjetividades, mas, sim, que o julgador tenha a possibilidade de, em caso de conflitos ou até mesmo de lacuna na lei, realizar uma interpretação constitucional para solucionar o caso em análise. Diante de tais questionamentos retoma-se a questão da racionalização das decisões judiciais.

Não se trata de abandonar a abordagem clássica, até porque, não há direito sem contexto normativo, o direito posto deve ser de fato observado, pois inerente ao direito. Uma análise silogística é necessária, até por uma questão de coerência, de imparcialidade, de segurança, as decisões devem partir dessa análise mais precisa ultrapassar esse primeiro

estágio, vislumbrando o conteúdo axiológico subjacente a norma posta. No esforço de se alcançar a maior racionalidade possível, sem, no entanto, desprezar a perspectiva tradicional, mas tomando-a como ponto de partida, a filosofia do direito e a teoria da decisão direcionam seus estudos para a teoria da argumentação jurídica, pela qual, segundo Jorge Neto (2019, p.19), a decisão judicial é um ato argumentativo-pragmático:

[...] um ato que é resultado de um processo argumentativo, onde participam, quando menos, o autor, o réu e o juiz, mas que também recebe influxos de outras decisões judiciais, onde as mesmas questões foram anteriormente decididas; da comunidade acadêmica, quando discutem as mesmas questões objeto da decisão; e de toda a sociedade civil, pelos debates e práticas argumentativas que pervadem a sociedade civil. A partir da definição da decisão judicial como ato argumentativo-pragmático fruto de um processo discursivo que abrange pelo menos dois níveis: o nível interno, que se refere à própria relação processual, e o nível externo, que se refere às influências dos argumentos levantados por decisões judiciais proferidas em casos semelhantes, pela doutrina e pelo debate público que tem lugar na sociedade civil, construiremos critérios para a análise crítica da decisão.

Nessa linha, argumentação é a exposição das razões que fundamentam uma ideia, um discurso, uma escolha, uma decisão. A argumentação é construída essencialmente no diálogo, na comunicação, na interlocução das partes. Nos dizeres do autor acima citado (p.16):

(...) a decisão judicial é fruto de um diálogo e não de um monólogo, já que a partir da troca comunicativa entre autor, réu e juiz é que se produz a decisão judicial. ‘Monólogo’ estaria a significar a reflexão do julgador consigo mesmo para tentar estabelecer a melhor interpretação das normas e fatos postos a julgamento.

A nova teoria da decisão judicial, ainda incipiente, parte do pressuposto que a argumentação é o vértice das decisões judiciais, uma vez que, por ela, permite avaliar se é fruto de arbitrariedade do julgador, se obedece a parâmetros mínimos de correção e se possui grau de objetividade. O uso prático da argumentação leva à construção de decisão justificada, com a adoção de critérios constitucionais, infraconstitucionais, bem como baseada em precedentes das instâncias superiores. E para além desses critérios, permite a adoção de regras de ponderação e o uso correto e adequado dos princípios.

A evolução da teoria da decisão judicial leva a uma interpretação criativa do direito e isso necessariamente passa pelo âmbito da linguagem, do discurso. A ideia da argumentação jurídica como instrumental é que por meio do discurso o homem aprende com o próximo, com seu interlocutor e consegue melhorar seus argumentos e a capacidade de refletir criticamente, na medida em que suas razões são colocadas à prova, à crítica, de modo a identificar as más razões. Refletir sobre a necessidade de uma teoria da decisão judicial é, fundamentalmente, reconhecer a necessidade do alinhamento do Poder Judiciário com a nova realidade complexa e global, para cumprir sua função de solucionar as demandas que lhe são apresentadas de maneira lógica, justa e eficiente.

## 5 CONCLUSÃO

O princípio constitucional do acesso à justiça é materializado pela prestação jurisdicional efetiva. O escopo almejado pelo Poder Judiciário, em sua função precípua é a concretização da justiça e da paz social através do devido processo legal posto em uma decisão adequada ao caso concreto.

Através dessa pesquisa preliminar tem-se que o dever de fundamentação das decisões judiciais se revela em um instituto de natureza múltipla, confirmando, assim, as premissas inicialmente propostas. É princípio constitucional que confere legitimidade ao Poder Judiciário, é direito fundamental para que o jurisdicionado tenha conhecimento dos argumentos que fundamentaram a decisão, é obrigação estatal, limite imposto para afastar o arbítrio da ação jurisdicional e é técnica processual cujo cumprimento é inquestionável para o alcance da função jurisdicional.

Decidir é ato completo que requer esforço intelectual, comprometimento social e responsabilidade política. O dever de fundamentar uma decisão é o que a faz legítima, justa (adequada constitucionalmente) e aceitável. Fundamentar é expor o caminho intelectual, o trabalho interpretativo que o julgador percorreu para se chegar a determinado resultado. Diz respeito ao itinerário que o juiz constrói, partindo do quadro fático, do conjunto probatório, perpassando sua correlação com o material de direito para se chegar à conclusão.

Nesse desiderato, inseparável é a argumentação, elucidando às partes e à sociedade como o juiz decidiu, reportando qual argumento foi usado, esclarecendo qual norma foi empregada, qual fato foi considerado, qual o entendimento das cláusulas abertas empregadas, enfim, a argumentação é o instrumental que propicia ao julgador solucionar o caso de maneira mais adequada. A teoria da argumentação é uma teoria da justificação ou das condições de legitimidade de uma decisão, passando pela análise das responsabilidades que o juiz deve tomar no momento de interpretar o direito.

Para a construção desse processo decisório inerente se coloca um ambiente dialógico, discursivo, onde os atores expõem seus argumentos de maneira colaborativa e democrática. A democracia exige que a decisão seja baseada em razões para que ela possa ser digna de ser obedecida, para que possa ser reconhecida como legítima, como vinculante. O ônus do intérprete, quem quer que seja ele, o juiz, o advogado, o procurador tem que demonstrar para todas as partes quais são essas razões, a parte vencida precisa saber por que perdeu e, ainda que ela não concorde com essa decisão, reconheça que foi tomada de boa-fé e se baseia em princípios que valem para todos. Trata-se da manifestação pública da racionalidade do juiz,

que deverá demonstrar não apenas que tomou uma decisão boa, mas explicar o porquê ela foi boa, caso contrário ela não se sustenta. Para tanto ele precisa de uma atitude democrática que só será atingida por uma reflexão filosófica, abstrata, sobre os fundamentos do direito e sobre as questões de legitimidade do direito.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha.

**Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. 1648 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília,

DF: Senado, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> . Acesso em: 26 jul. 2020.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Teoria Geral do Direito: o Constructivismo Lógico-Semântico**. 2009. Dissertação (Doutorado em Filosofia do Direito) – PUC, São Paulo, 2009.

CASTRO, Daniel Guimarães Medrado de. **Uma breve análise a algumas teorias da racionalidade da decisão judicial**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n. D. 24 03, 2º sem. 2014. Disponível em:

<<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d24-03-uma-breve-analise-a-algumas-teorias-da-racionalidade-da-decisao-judicial/>>. Acesso em 19 set. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. 674 p.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Entendendo a Filosofia do Direito: As correntes da filosofia do Direito**. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/10/16/entendendo-filosofia-do-direito-as-correntes-da-filosofia-do-direito-14-o-positivismo-juridico/>>. Acesso em 05 set. 2020.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, CUNHA, Maurício Ferreira. **Código de Processo Civil para concursos: Doutrina, Jurisprudência e questões de concurso**. 9 ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019. 1664 p.

JORGE NETO, Nagibe de Melo, **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 336 p.

LIMA, Débora Caldeira Monteiro; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. **O Neoconstitucionalismo e a sua Influência na Jurisdição: Apontamentos sobre a Técnica dos Precedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba. Ano VII, nº 13, jan/jun 2015. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima13-2/01-Anima13-O-NEOCONSTITUCIONALISMO-E-A-SUA-INFLUENCIA.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2020.

MARIQUITO, Carla da Silva. 2012. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/fundamentacao-das-decisoes-judicias-sua-importancia-para-o-processo-justo-e-seu-desprezo-numa-sociedade-que-tem-prensa/#\\_ftn16](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/fundamentacao-das-decisoes-judicias-sua-importancia-para-o-processo-justo-e-seu-desprezo-numa-sociedade-que-tem-prensa/#_ftn16)>. Acesso em 13 set. 2020.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI. 2007. Belo Horizonte. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia\\_servilha\\_monteiro.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 475 p.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; CORDEIRO, Bruna de Oliveira. **Neoconstitucionalismo, discricionariedade e decisão judicial**: um diálogo entre Robert Alexy e Lênio Luiz Streck. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Volume especial, número 35, p. 131-148. Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil. Porto Alegre, 2016.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 168 p.

THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. 768 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 5698 p.