

## 2. Racionalidade e decisão - A fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica

---

### Rationalität und Entscheidung - Die Entscheidungsbegründung und die Gesetzesauslegung

RONALDO KOCHER

*Mestrando em Direito na Faculdade de Direito da UFRGS. Membro do Grupo de Pesquisa CNPQ/UFRGS Processo Civil e Estado Constitucional. Advogado.*

#### Sumário:

##### Introdução

##### 1. O dever de fundamentação das decisões judiciais no Estado Constitucional

###### 1.1 O direito ao contraditório e o dever de fundamentação das decisões

###### 1.2 A racionalidade das decisões como requisito à fundamentação judicial

###### 1.3 O controle da decisão por meio de sua fundamentação

##### 2. A justificação interna das decisões judiciais

##### 3. A justificação externa: os códigos hermenêuticos subjacentes à fundamentação das decisões judiciais

###### 3.1 A ideologia da interpretação

###### 3.2 As diretivas interpretativas e o código interpretativo como parâmetro de racionalidade

##### Considerações finais

##### Bibliografia

#### Área do Direito: Processual

#### Resumo:

A partir do reconhecimento do dever de fundamentação das decisões judiciais e do conteúdo do Estado Constitucional brasileiro, o presente estudo traça algumas linhas críticas sobre o conteúdo da justificação das decisões. Em especial, o trabalho desenvolve a tese da fundamentação judicial como resultado do direito fundamental das partes ao contraditório, do dever de diálogo do magistrado e da exigência de racionalidade do ordenamento jurídico.

#### Resumen:

Die Anerkennung der Begründungspflicht richterlicher Entscheidungen und der Gehalt brasilianisches Verfassungsstaates legen vorliegendem Aufsatz zugrunde. Der Text geht es um eine Überlegung über dem Inhalt

richterlicher Rechtfertigung und entwickelt den Idee richterlicher Begründungs als Ergebnis des Rechts auf rechtliches Gehör, der Pflicht zum Dialog und der Forderung nach Rationalität der Rechtsordnung.

**Palavra Chave:** Dever de fundamentação - Direito ao contraditório - Decisões racionais - Interpretação judicial.

**Palabra Clave:** Begründungspflicht - Recht auf rechtliches Gehör - Rationale Entscheidung - Richterliche Auslegung.

**Recebido em: 20.10.2014**

**Aprovado em: 18.05.2015**

## Introdução

Que existe um dever de *fundamentação* das decisões judiciais civis no direito brasileiro é inegável frente aos dispositivos do inc. IX do art. 93 da CF/1988<sup>1</sup> e do art. 458 do CPC.<sup>2</sup> De seu turno, o novo Código de Processo Civil reitera o texto da Constituição no seu art. 11 e, no seu art. 489, trata analiticamente de parte do que se pode considerar o conteúdo mínimo das decisões judiciais, dando pistas de uma determinada escolha metodológica.<sup>3</sup>

Além disso, a própria noção de Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana,<sup>4</sup> determina que a paz que se pretende atingir por meio do Estado tenha de ser uma *paz racional*, em que se privilegie a *participação* e a *autodeterminação* do ser humano. Em outras palavras, garante-se que a noção de Estado seja construída a partir do indivíduo, e não o inverso. Por essa razão, a organização social, pensada a partir da dignidade da pessoa humana, utiliza-se de meios de controle e de fragmentação do poder e da violência, de modo a se *afastar a arbitrariedade*. Nesse cenário, justifica-se novamente a existência de um, verdadeiramente compreendido como tal, dever de fundamentação das decisões judiciais.

Ao lado disso, a segurança jurídica, que decorre da noção de Estado de Direito, condiciona a atuação do Estado, na medida em que é um princípio instrumental que visa à efetiva *atuabilidade dos direitos*,<sup>5</sup> sem a qual inexistente o império da juridicidade do Estado Constitucional. E, além dos seus aspectos normativos, a segurança também é um valor constitutivo do próprio direito,<sup>6</sup> sem o qual a função ordenadora de condutas inexistente.

A segurança do direito representa a efetiva *controlabilidade do discurso argumentativo* por meio do qual o direito é constituído (por via da interpretação jurídica) e as decisões judiciais são tomadas.<sup>7</sup> E a fundamentação trabalha justamente no sentido de dar *transparência e cognoscibilidade*<sup>8</sup> ao discurso argumentativo, sem a qual inexistente a almejada controlabilidade e não se garante a racionalidade da aplicação do direito.

A partir desse cenário, faz-se necessário tratar do tema da fundamentação das decisões judiciais de um modo a identificar elementos mínimos e a estabelecer critérios de racionalidade para a justificação das decisões. O presente trabalho delinea algumas reflexões críticas sobre o tema, sem a pretensão de esgotá-las, as quais merecem uma ampla análise pela nova dogmática processual civil.

Embora não se ignore a riqueza do tema, registra-se, desde já, que as reflexões críticas terão como foco a atividade de *reconstrução normativa* realizada pelo Estado-juiz, tratando apenas marginalmente da atividade de *determinação fática* realizada pelo magistrado.

## 1. O dever de fundamentação das decisões judiciais no Estado Constitucional

A forma de Estado inaugurada pela CF/1988 é a de um Estado Democrático de Direito, cujas “duas grandes qualidades” – o Estado de Direito e o Estado Democrático – são comumente sintetizadas por meio da expressão *Estado Constitucional*.<sup>9</sup> Trata-se de uma conjugação da ideia de “domesticação do domínio político”<sup>10</sup> com a noção de que o poder político decorre do “poder dos cidadãos”.<sup>11</sup>

De acordo com outra forma de visualizar a questão, reconhece-se que o Estado de Direito adquiriu historicamente o caráter de um conceito escalonado, que pode ser realizado total ou parcialmente em diferentes Estados.<sup>12</sup> Dessa forma, a democracia, que comumente é critério de diferenciação entre os Estados

Democráticos e os Estados Totalitários (negação da democracia instrumental) ou Estados Autoritários (limitação da democracia instrumental),<sup>13</sup> acaba compondo um dos níveis da noção (escalonada) de Estado de Direito. Nesse sentido, conclui-se que um Estado de Direito não democrático não é um *completo Estado de Direito* de acordo com os *Standards* do conceito atual.<sup>14</sup>

Seja qual for o conceito adotado, certo é que o Estado Democrático de Direito da CF/1988 é pressuposto para a organização do processo civil<sup>15</sup> e para a atividade dos participantes (juiz, partes e terceiros) no processo.<sup>16</sup> E, especificamente no que toca a atividade dos participantes, é possível identificar duas consequências relevantes para o tema da fundamentação das decisões civis: a primeira delas é determinação ao respeito do *direito ao contraditório*, entendido como direito de participação e de influência, a segunda, é a *vedação de decisões judiciais irracionais*. Quanto à juridicidade do Estado Democrático de Direito, reconhece-se a necessidade de as decisões serem *reconduzíveis ao ordenamento jurídico*.

A par disso, reconhece-se que a *tutela dos direitos* é o próprio fim do processo civil,<sup>17</sup> que deve ser realizado por meio da prolação de decisões justas. O conceito de *Decisão Justa*, segundo Michele Taruffo,<sup>18</sup> é composto por um determinado grau mínimo de cumprimento aos três elementos que a compõe. Para que uma decisão seja justa, ela deve ter como base uma correta apuração dos fatos, um desenvolvimento correto e legítimo do processo e uma adequada interpretação da norma jurídica.

A *correção da apuração dos fatos* depende das técnicas utilizadas para aproximar o juiz-intérprete da verdade dos fatos e é aferível por meio de uma justificação racional quanto às valorações das provas que suportam a narrativa judicial.<sup>19</sup> O *desenvolvimento correto e legítimo do processo* determina o respeito aos direitos fundamentais processuais componentes do direito fundamental ao Processo Justo,<sup>20</sup> onde se insere o direito ao contraditório. A *adequada interpretação da norma jurídica*, que pressupõe uma teoria de interpretação do direito, por fim, será aferível por meio da justificação realizada pelo intérprete na decisão judicial.<sup>21</sup>

### 1.1. O direito ao contraditório e o dever de fundamentação das decisões

No direito constitucional brasileiro, o direito ao contraditório é garantido por meio do inc. LV do art. 5.º da CF/1988.<sup>22</sup> Entretanto, desde há muito tempo,<sup>23</sup> a ideia de contraditório tem acompanhado a própria noção de processo, de modo que, hoje, se reconhece o contraditório como elemento inerente ao conceito de processo.<sup>24</sup>

E para que o direito ao contraditório seja realizado, não basta que seja garantida a tradicional bilateralidade de instância, segundo a qual se reconhece o *direito de informação* e o *direito de reação* no processo, sendo necessário também garantir o *direito de influência* nas decisões judiciais.<sup>25</sup> E, para que seja possível influir (direito ao contraditório), deve-se prestigiar a estrutura cooperativa do processo (princípio da colaboração), de modo a reconhecer, como contrapartida do juiz ao direito de influência das partes, os *deveres de debate*.<sup>26</sup>

Portanto, reconhecem-se regras de conduta do magistrado frente às partes. Daniel Mitidiero<sup>27</sup> identifica no processo brasileiro, referindo-se à lição do jurista português Miguel Teixeira de Souza, os deveres de o tribunal se esclarecer quanto às suas dúvidas sobre alegações, pedidos ou posições em juízo junto às partes (*dever de esclarecimento*), de os magistrados prevenirem as partes sobre o uso inadequado de posições processuais (*dever de prevenção*), de consultarem as partes antes da tomada de qualquer decisão, possibilitando a influência, (*dever de diálogo* ou de *consulta*) e o de auxiliarem as partes na superação de dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais (*dever de auxílio*).

A propósito do direito à oitiva jurídica (*das rechtliche Gehör*), reconhecido no direito alemão, correlato ao nosso direito ao contraditório, Othmar Jauernig e Burkhard Hess,<sup>28</sup> Bodo Pieroth e Bernhard Schlink<sup>29</sup> referem que as partes têm o direito de serem *informadas* quanto ao processo, bem como de se *expressarem* sobre as relevantes situações relativas aos fatos ou ao direito e de *requererem a produção de provas* antes da decisão. Dessa forma, o juiz somente poderá decidir sobre as questões e os resultados de prova sobre os quais as partes puderam comentar e, em elas havendo se expressado, o tribunal está obrigado a *tomar conhecimento* das versões das partes e a *considerá-las*. Como consequência, as decisões devem abordar expressamente as afirmações essenciais realizadas pelas partes.<sup>30</sup> Além disso, do direito à oitiva jurídica decorre o dever de o tribunal aguardar o transcurso dos prazos que determina e que os terceiros sejam ouvidos nos casos em que as decisões tenham efeitos imediatos sobre suas posições jurídicas.<sup>31</sup> Da garantia de ser ouvido, ainda decorre o

*onus de participação* das partes, segundo o qual aquele que tiver a chance de se manifestar deverá fazê-lo, sob pena de a decisão ser tomada às custas da inatividade da parte (por exemplo, com o julgamento à revelia).<sup>32</sup> Além disso, do mesmo direito decorre a necessidade de *preparar a realização da audiência*, ainda que por meio de uma decisão de indicação (*Hinweisbeschluss*) às partes sobre a opinião jurídica prévia do juízo.<sup>33</sup>

Em síntese, o direito de influir no julgamento (componente do direito ao contraditório) importa no direito de as partes verem seus *argumentos considerados*, o que implica no dever de o juiz dar atenção aos argumentos e efetivamente ponderar sobre as razões apresentadas.<sup>34</sup>

É por essa razão que o dever de fundamentação das decisões judiciais é considerado como verdadeiro banco de provas do direito ao contraditório,<sup>35</sup> segundo o qual o parâmetro para a aferição da correção da motivação deixa de ser somente intrínseco (isto é, tendo em conta a justificação da decisão) para assumir também uma feição extrínseca (isto é, relativo aos argumentos dos participantes).<sup>36</sup> Isso ocorre, porque, uma vez sendo reconhecido o direito de influência na decisão judicial – com o correlato dever de o juiz considerar os argumentos dos participantes do processo – e os deveres do magistrado de dialogar com as partes sobre o material processual, a fundamentação das decisões judiciais deve passar a refletir o *exercício* de tais direitos e deveres, como forma de possibilitar o *controle* sobre a atuação estatal, garantindo a *efetiva participação* no processo.

## 1.2. A racionalidade das decisões como requisito à fundamentação judicial

Além de a decisão judicial ter de refletir o *objeto de debate* e o *próprio debate* havido no processo, em respeito ao direito de participação das partes, é necessário que ela seja racional, sob pena de se configurar em um exercício de força arbitrário, ao arrepio da autodeterminação do jurisdicionado. Em outras palavras, é necessário que a decisão judicial proferida no Estado Constitucional seja *racionalmente justificada*.

O Estado Constitucional, como forma de domesticação do poder por meio do direito (Estado de Direito), tem uma pretensão de racionalidade decorrente da sua própria *juridicidade*, o que implica que as decisões judiciais proferidas obedeçam-na.

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. Além disso, 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 um ordenamento.<sup>37</sup> Aliás, tal “sistema” revelar-se-ia verdadeira antítese ao Estado Constitucional, já que a paz que se pretende tutelar é uma paz racional que combata a arbitrariedade por meio do ordenamento jurídico.<sup>38</sup>

O problema da racionalidade das decisões judiciais, que implica definir se a decisão revela-se arbitrária ou justificada, tem uma ínsita relação com a existência de um parâmetro externo a ela, que sirva de termo de validade racional da decisão.<sup>39</sup> E o parâmetro externo à decisão judicial racional (não arbitrária) é o ordenamento jurídico. É o direito.

Na história do direito, podem-se identificar frentes de combate à arbitrariedade judicial, por exemplo, no esforço do príncipe (detentor absoluto do poder) em limitar a atuação dos magistrados. É nesse sentido que se diferenciava a “*potestas ordinaria* ou *regulata* como poder *sub lege*, cujo exercício [seria] confiado aos juízes”, da “*potestas extra ordinaria*, *suprema* ou *ab (lege) soluta*, absoluta, manejada pelo príncipe”, “considerada *regia prerrogativa* e, assim, isenta de revisão judicial”.<sup>40</sup>

Passo seguinte, a Revolução Francesa pretendia assegurar o poder dos burgueses, agora com poder sobre o direito pela via do parlamento, reforçando a noção de que o direito estaria na lei, “apresentada como emanção direta da razão, como *ratio scripta*, como razão escrita”, de modo que o juiz seria “a simples boca que pronuncia as palavras da lei, a quem inclusive [seria] vedado interpretá-la”.<sup>41</sup> Nesse sentido, os revolucionários tinham para si que a ausência de motivação constituía-se como passo necessário para o exercício de poderes arbitrário pelo juiz, de modo que afrontaram as decisões arbitrárias por meio da instituição da publicidade e da obrigatoriedade de motivação.<sup>42</sup> Quanto a essa, foi concebida como um instrumento de controle ao princípio da primazia da lei, tal qual a instituição de um “juízo supremo de legalidade”<sup>43</sup> por meio do *Tribunal de Cassation*,

originalmente de natureza legislativa.<sup>44</sup>

Nesses exemplos, fica clara a tentativa de se evitar a existência das sentenças arbitrárias (isso é, desligadas do parâmetro externo de controle), o que era realizado, obviamente, por meio do instrumental teórico existente: o princípio da legalidade e a própria noção de direito como objeto preconcebido.

Entretanto, a história das ideias denunciou – por exemplo, pela lição famigerada de Kelsen – que a sentença judicial implica na criação de uma norma individual pelo magistrado, tomando por base uma norma superior, e que, nesse processo de aplicação do direito (que envolve necessariamente a interpretação), há uma margem de livre apreciação para a autoridade aplicadora da lei.<sup>45</sup> Aliás, já em 1885, Oskar Bülow havia indicado que a lei seria “frequentemente mais sensata que seus autores”, de modo que aos juízes seria conferida a confiança de anunciar, às partes do processo (que não acordam sobre o sentido da lei), a definitiva opinião sobre a vontade estatal para o caso.<sup>46</sup> Tais considerações são importantes exemplos da progressiva superação do modelo dito tradicional de aplicação judicial do direito.

Tendo-se em conta que a racionalidade das decisões judiciais depende da vinculação ao direito e percebendo-se que a atividade jurisdicional não é mera declaração<sup>47</sup> da norma aplicável ao caso, a solução para o problema da racionalidade depende de uma adequada compreensão da atividade aplicativa/interpretativa.

Portanto, vê-se que a questão da vedação às decisões arbitrárias não se limita em procurar vincular a atividade judiciária às noções de feição lógico-silogística sobre aplicação/ interpretação do direito, decorrente de uma concepção objetivista de interpretação, *i.e.*, em que o direito é tido como objeto. E, uma vez reconhecida essa *abertura do processo de aplicação do direito*, tendo-o não mais como objeto, mas como prática argumentativa (revelando uma *concepção argumentativa de interpretação*),<sup>48</sup> evidencia-se que a racionalidade das decisões judiciais passa a depender da *racionalidade dos procedimentos de interpretação*. Daí a importância da fundamentação das decisões judiciais.

O intérprete-aplicador do direito realiza uma atividade de natureza prática, inevitavelmente com momentos de valoração e de decisão.<sup>49</sup> Quanto aos fatos, é necessário que o julgador valora os meios de prova trazidos à causa, de modo a construir uma narrativa fática racionalmente justificada, reconstruindo o substrato fático da questão debatida. Quanto ao direito, é necessário que o julgador interprete os dispositivos normativos, de modo a reconstruir a norma jurídica aplicável ao caso (concretizando o ordenamento jurídico em relação a esse),<sup>50</sup> o que o faz por meio de valorações entre sentidos diferentes dos enunciados e pela tomada de decisões.

A racionalidade das decisões judiciais é entendida como a possibilidade de realizar uma reconhecimento analítica da decisão, isto é: *a possibilidade de reconhecer* na decisão judicial, analiticamente, as diferentes operações realizadas (ou melhor: justificadas) pelo intérprete *e*, tendo em conta o método de cada uma dessas operações, *de aferir a correção das operações*. É por isso que a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais deve ser lida como verdadeira exigência de *fundamentação jurídica*, *i. e.*, de justificação racional da determinação dos fatos e da interpretação e aplicação da norma jurídica ao caso. Somente dessa forma a imputação de consequências jurídicas por meio do processo pode ser tida como não arbitrária.

Para a aplicação do direito por meio da jurisdição,<sup>51</sup> a decisão judicial tem um duplo aspecto determinativo a exigir justificação racional: a *determinação dos fatos* e a *determinação das normas jurídicas* aplicáveis. Por isso é que é possível afirmar que a racionalidade das decisões judiciais depende da justificação quanto à *aproximação da verdade sobre as alegações de fato* e quanto à *adequada interpretação e aplicação do Direito*.

Em síntese, a doutrina identifica os seguintes componentes para uma fundamentação racional das decisões judiciais: “(a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) accertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta”.<sup>52</sup>

### 1.3. O controle da decisão por meio de sua fundamentação

Nesse ponto, é necessário alertar que o controle do respeito ao direito ao contraditório e o controle da

racionalidade das decisões judiciais não é realizado por meio da verificação da forma e do motivo pelo qual o magistrado tomou a decisão, mas por meio da justificação (da fundamentação) da decisão judicial.

Distingue-se, necessariamente, o *contexto decisório* do *contexto justificativo* da decisão, cujo afastamento, não obstante não exclua as possíveis coincidências ou interferências entre tais contextos, reconhece o primeiro como atividade e, o segundo como discurso.<sup>53</sup> Enquanto que a racionalidade da decisão depende de uma racionalidade intrínseca do procedimento de decisão, que coincide com a correção das operações que o constituem, a racionalidade da justificação depende da racionalidade dos procedimentos argumentativos expressos no discurso que constitui a fundamentação.<sup>54</sup>

Dessa forma, evidencia-se que não se pretende estabelecer formas de controle sobre o *raciocínio* decisório dos magistrados (para o que, inclusive, o direito mostra-se inapto para tanto),<sup>55</sup> mas, sim, estabelecer formas de controle sobre a fundamentação das decisões judiciais, levando-se em conta as *justificações interna e externa*.

Por meio da expressão *justificação interna* refere-se à articulação do raciocínio demonstrado para justificar a conclusão da decisão. Trata-se de análise da estrutura lógica da justificação, isso é: da já conhecida *justificação lógico-dedutiva*. A expressão *justificação externa* refere-se à construção das premissas normativa e fática do raciocínio demonstrado na decisão judicial. Trata-se de análise dos argumentos textuais e metatextuais adotados pelo intérprete do ordenamento jurídico para suportar a sua premissa normativa (*justificação externo-normativa*) e sobre as alegações de fato e as valorações de prova que suportam a premissa fática (*justificação externo-probatória*).<sup>56</sup>

A análise da justificação interna verifica se a decisão deduzida decorre das premissas fixadas. É condição de racionalidade formal, que diz respeito ao primeiro dos dois princípios associados à ideia ocidental de racionalidade: o princípio da não contradição. Enquanto isso, o exame da justificação externa verifica se as premissas são racionalmente justificadas. É condição de racionalidade substancial, que diz respeito ao segundo dos dois princípios: o princípio da suficiência de razões (*nihil sine ratione*).<sup>57</sup>

## 2. A justificação interna das decisões judiciais

Um modo possível de entender a racionalidade da decisão judicial refere-se a sua estrutura lógica, de forma que, em havendo *estruturas lógicas reconhecíveis* na decisão, abre-se a possibilidade de controlar a validade da justificativa segundo os critérios do discurso lógico.<sup>58</sup> O campo do exame lógico é o da aferição dos nexos entre proposições, enunciados e conclusões; nada dizendo, entretanto, sobre a constituição das premissas para a aplicação do direito na forma do silogismo e do significado atribuído aos enunciados linguísticos.<sup>59</sup>

Os Estados de Direito contemporâneos, que refutam o modelo de juiz livre e julgador “não motivante”, exigem a justificação das decisões judiciais a partir de um dos seguintes modelos: (i.) O primeiro é o modelo dito iluminista, para o qual o juiz é aplicador mecânico do direito aos fatos, sendo que as normas jurídicas são pré-constituídas e descobertas pelo aplicador. Historicamente, a doutrina silogística defendia que a sentença judicial deveria ser reduzida, o quanto possível, a simples silogismo a partir de uma premissa normativa pré-constituída e clara. (ii.) O segundo modelo é o de um juiz aplicador prudente do direito e criador prudente do direito de forma intersticial. Nesse modelo, os juízes cooperam com o trabalho do legislador na determinação do direito vigente, sendo que devem manter a referibilidade a normas gerais abstratas.<sup>60</sup>

Aliás, a contraposição entre a lógica e a prudência não é realizada de forma arbitrária; pelo contrário, pode-se relacionar tal binômio à distinção de Aristóteles entre o raciocínio apodítico (demonstrativo) e o raciocínio dialético (retórico).

De um lado, o raciocínio apodítico parte de premissas verdadeiras e, por meio da lógica (que é um processo de inferência perfeitamente controlável), toma conclusões corretas. De outro, a retórica atinge conclusões que parecem prováveis para todos ou para a maioria dos homens, para os sábios, ou para um sábio específico, especialmente renomado e ilustre.<sup>61</sup> É por isso que, para Aristóteles, o direito não seria visto como ciência, mas como prudência.<sup>62</sup>

Contudo, a história das ideias demonstra a aplicação do método lógico ao direito. A aplicação da doutrina

silogística decorre do paradigma científico dos juristas do Renascimento que aderiam à lógica ramista e, portanto, ao raciocínio científico das ciências exatas. Havendo como protótipo para a ciência jurídica a matemática, defendia-se que as regras jurídicas tivessem o mesmo rigor e a mesma exatidão das matemáticas. Nesse mesmo sentido, por exemplo, a Era das Codificações pretendia alcançar a plenitude do direito nos códigos e a completude das normas no texto.<sup>63</sup>

Certo é que não se pode ignorar a posição que a lógica desempenha na racionalidade da justificação das decisões judiciais. O que se evidencia a partir da problematização sobre a *construção das premissas normativas*, apenas, é o enriquecimento dos critérios de aferição da racionalidade, a partir de outros instrumentais complementares. Não se nega a necessidade de a fundamentação das decisões judiciais obedecer a critérios lógicos. Dessa forma, ainda que hoje possa parecer mais que evidente que o juiz não realiza *apenas* operações lógicas, é certo que possibilitar que sejam proferidas decisões cujas justificações não obedeçam à lógica é permitir decisões arbitrárias.

Na perspectiva histórica, é compreensível o sucesso da adoção do modelo silogístico à aplicação do direito, já que foi por meio desse modelo que se pretendeu (à luz de seu tempo) vedar as possíveis arbitrariedades dos juizes. Esse modelo é uma tentativa de satisfazer a necessidade de vincular o juiz a critérios racionais de decisão, segundo normas claras, e a regras reconhecíveis e intersubjetivas de raciocínio.<sup>64</sup> E, para o fim de identificar as *estruturas lógicas* e possibilitar a avaliação da justificação interna nas decisões judiciais, naturalmente, é necessário conhecer a *tipologia das decisões judiciais*.

Em outras palavras, as decisões corresponderão a determinadas estruturas lógicas dependendo do raciocínio que se está a justificar, o que, conhecendo-se tais estruturas lógicas, torna possível verificar a correção da fundamentação judicial.

A utilização do recurso à *analogia*, por exemplo, tem uma estrutura lógica diferente da colmatação de uma lacuna por meio do recurso ao argumento *a contrario*.<sup>65</sup> Ou ainda, a justificação da aplicação de uma regra terá uma estrutura lógica diversa da aplicação de um princípio jurídico.<sup>66</sup>

Em linha de síntese, “[n]ão 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 fenómeno do pensamento, não é regulado por leis formais ou jurídicas”.<sup>67</sup>

De qualquer sorte, é importante notar nesse ponto que a correção lógica das decisões não garante a racionalidade de alguns elementos importantes como o da construção da norma por meio da interpretação e o da justificação da utilização de técnicas de argumento *a contrario* e *analogia legis*, por exemplo. A justificação interna garante apenas a correção lógica da decisão, quando respeitadas as estruturas lógicas da decisão na sua justificação. Isso, contudo, já é um importante critério de correção.

### 3. A justificação externa: os códigos hermenêuticos subjacentes à fundamentação das decisões judiciais

Não somente a justificação interna pode ter a sua racionalidade controlada. O fato de que a interpretação-atividade é reconhecida como uma atividade *valorativa* e *decisória* não poderá ser tida como escusa para possibilitar que os magistrados tomem decisões arbitrárias – *i. e.*, não controláveis intersubjetivamente a partir de um parâmetro externo. Nesse sentido, a racionalidade da justificação externa está na possibilidade de se reconhecer a racionalidade dos procedimentos de interpretação, o que é feito a partir da aferição da *correta* utilização das *diretivas interpretativas* no contexto do *código hermenêutico* utilizado.

É certo que o intérprete faz valorações e toma decisões em toda interpretação normativa. Isso ocorre em função da linguagem em que é vasado o direito. É dizer, o mero fato de o direito ser fixado por meio da linguagem dá aso a que o intérprete exerça sua função com *certa* discricionariedade, o que decorre dos “problemas” de *equivocidade* e *vagueza* existentes nos dispositivos.<sup>68</sup>

A equivocidade da linguagem jurídica está no fato de que um mesmo texto normativo pode admitir uma

pluralidade de interpretações.<sup>69</sup> Nesse sentido, conforme Riccardo Guastini, a equívocidade é o gênero do qual se pode distinguir cinco espécies de problemas da linguagem, atinentes à ambiguidade, complexidade, implicação, superabilidade e abrangibilidade.

Enquanto que a *ambiguidade* é a espécie relativa à possibilidade de o texto exprimir mais de uma norma em via alternativa,<sup>70</sup> a *complexidade* é a espécie relativa à possibilidade de o texto exprimir mais de uma norma em via cumulativa.<sup>71</sup> A *implicação* trata da dúvida quanto à existência de implicação entre uma e outra norma.<sup>72</sup> Já a *superabilidade* considera a possibilidade de se superar a norma, com o reconhecimento de exceções implícitas.<sup>73</sup> Ainda, há a espécie que questiona sobre se o dispositivo é taxativo ou exemplificativo,<sup>74</sup> a que a doutrina refere como *abarcabilidade* ou *abrangibilidade*.<sup>75</sup>

Para além disso, entretanto, ainda há o problema da vagueza dos dispositivos, decorrente da ineliminável vagueza dos predicados linguísticos.

Predicados são os termos que denotam uma classe. Entendida essa como um conjunto de entidades individuais que contém um mesmo atributo ou um mesmo conjunto de atributos.<sup>76</sup> Justamente pelo fato de se referirem a uma classe é que os predicados são vagos, de modo que a questão da vagueza está em saber quais atributos o objeto deve ter para que seja aplicável o predicado.

Fica evidenciado, por meio do que foi acima dito, que se trata de verdadeiras características da linguagem do direito, não se restringindo apenas às normas cujos textos tem textura mais aberta como as cláusulas gerais e os dispositivos que utilizam os chamados conceitos jurídicos indeterminados<sup>77</sup> ou às normas que estabelecem um estado ideal de coisas a ser alcançado (os princípios jurídicos).<sup>78</sup> Tais normas, de fato, deixam bem claro que o juiz exercerá valorações e escolhas no caso concreto;<sup>79</sup> porém, tais características não são específicas desses tipos de normas.

Um exemplo que demonstra isso é o dispositivo do art. 150, VI, d, da CF/1988 que dispõe que “[s]em prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) instituir impostos sobre (...) *livros*, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (...)”. Muito embora não se discuta que o vocábulo “livros” não seja um conceito jurídico indeterminado, a questão sobre a abrangência da imunidade aos livros eletrônicos até hoje não foi solucionada.<sup>80</sup> Estariam os chamados *livros eletrônicos* abrangidos pela imunidade tributária para os livros?

Em função de tais “problemas” da linguagem do direito, é necessário reconhecer que o intérprete exerce uma atividade cognoscitiva e adscritiva.<sup>81</sup> Isso é, o juiz identifica a pluralidade de interpretações possíveis e escolhe entre elas a norma para o caso, para só então aplicá-la ao caso concreto.

Com tal reconhecimento, também se evidencia a distinção entre texto e norma: entre o dispositivo e o enunciado normativo.<sup>82</sup> A norma não é o dado a partir do qual se realiza a interpretação, mas é o resultado da atribuição de sentido a um enunciado linguístico.<sup>83</sup> Ocorre que, quanto à relação entre o texto e a norma, é possível identificar, ao menos, três posições metodológicas: a cognitivista, a eclética e a cética.

A teoria cognitivista remonta a doutrina jurídica do iluminismo, tendo a interpretação como ato de descoberta e conhecimento do significado. Pressupõe, portanto, a existência de um sentido unívoco e suscetível de conhecimento para o direito. O significado está preconstituído ao intérprete, sendo que todo texto normativo é suscetível de uma só interpretação verdadeira e que todas as questões de direito contêm somente uma solução correta.<sup>84</sup>

Segundo a teoria eclética, a interpretação é, vez, ato de conhecimento e, vez, ato de vontade, havendo duas variantes: (a) a primeira versão distingue os casos fáceis e os casos difíceis, sendo que nos primeiros a qualificação jurídica ocorreria por meio de ato de conhecimento, enquanto que nos segundos (nem claramente incluído, nem claramente excluído do âmbito de aplicação da norma) a qualificação jurídica ocorreria por meio de ato de vontade; (b) a segunda versão distingue entre textos claros e unívocos e os textos equívocos e obscuros, sendo que os primeiros teriam um significado certo e reconhecível, enquanto os segundos seriam suscetíveis de diversas interpretações – da mesma forma, para os primeiros casos, a interpretação seria conhecimento; para os segundos, vontade.<sup>85</sup>

Para a teoria cética, ou realista, a interpretação é ato de escolha (e não de conhecimento) e, portanto, ato de vontade. Os textos normativos não têm um único significado objetivo preconstituído, não são unívocos; a atribuição de significado aos textos é fruto de decisões discricionárias dos intérpretes. A teoria cética tem as versões moderada e radical. O que as diferencia é que para a versão moderada o texto normativo tem uma pluralidade de significados possíveis, admitindo uma multiplicidade de interpretações, já para a versão radical não há nenhum significado, admitindo qualquer interpretação.<sup>86</sup>

Adotando-se uma teoria cognitivista da interpretação jurídica, a fundamentação das premissas normativas terá pouca relevância, já que o estabelecimento da premissa terá como “justificativa” o fato de o sentido do direito ser unívoco e pré-existente. Assim, o aplicador do direito apenas demonstraria o raciocínio subsuntivo para justificar racionalmente a sua decisão, cobrindo sob o manto do mito da univocidade quaisquer questões atinentes à compreensão do conteúdo do direito objetivo.

Contudo, analisando-se os discursos interpretativos a partir da teoria cética, deve ser possível identificar os argumentos utilizados para a construção das premissas normativas, por meio de cuja demonstração são verificáveis a correção técnica e a plausibilidade axiológica da sua utilização. É por meio da argumentação utilizada que se faz possível identificar o código hermenêutico do intérprete, ou seja, o conjunto de diretivas interpretativas (*cânones interpretativos*) utilizado,<sup>87</sup> que serve de parâmetro externo de racionalidade ao discurso jurídico.

### 3.1. A ideologia da interpretação

No momento da justificação externa da interpretação judicial, entram em jogo as ideologias da interpretação, condicionando a utilização das diretivas interpretativas pelo intérprete. A *ideologia estática* é informada por valores estáticos, é dizer, pela certeza do direito, pela “estabilidade diacrônica da disciplina jurídica das relações sociais” e pela “previsibilidade das decisões interpretativas judiciais”.<sup>88</sup> A *ideologia dinâmica* é informada pelo “valor supremo da constante adaptação pontual e ótima do direito positivo às exigências, diacronicamente mutáveis, da vida social”, exigindo a cooperação do juiz na busca pela solução concreta.<sup>89</sup>

É evidente que caso se adote uma ideologia, em detrimento da outra, as soluções interpretativas poderão se distanciar em larga escala. Uma interpretação de um dispositivo do Código de Processo Civil que se vincule à vontade do legislador de 1973, por exemplo, poderá ser bem distante a uma interpretação do mesmo dispositivo que reconheça o papel do desenvolvimento social e jurídico na interpretação jurídica. De um lado, ou de outro, é necessário reconhecer que em ambos os casos a racionalidade das decisões judiciais deverá ser resguardada, por meio da garantia de controle das diretivas interpretativas contidas na decisão.

O papel que a ideologia desempenha na interpretação judicial é o de influência sobre o conjunto (código) de cânonos interpretativos (diretivas interpretativas) utilizados pelo intérprete. A ideologia é a *orientação axiológica da interpretação*.

Assim, uma interpretação vinculada à ideologia estática da interpretação judicial, privilegiará determinadas diretivas interpretativas que aproximem o sentido dado ao texto que concretize os valores de estabilidade e previsibilidade; ao passo que uma interpretação vinculada à ideologia dinâmica da interpretação, privilegiará as diretivas interpretativas que possibilitem a adaptação do sentido do texto ao desenvolvimento da vida social. De acordo com a ideologia estática, as mudanças no direito somente ocorrerão pela mudança do texto legal por obra do legislador. Já conforme a ideologia dinâmica, o significado se altera na medida em que mudam os contextos sociais.<sup>90</sup>

### 3.2. As diretivas interpretativas e o código interpretativo como parâmetro de racionalidade

Não é nenhuma novidade o estabelecimento/reconhecimento de diretivas interpretativas no discurso jurídico. A propósito, Savigny referia que existiriam 4 elementos da interpretação jurídica: gramático, lógico, histórico e sistemático.<sup>91</sup> Tais elementos da interpretação não são mais que diretivas interpretativas que determinam que o intérprete (i) utilize as regras de linguagem utilizadas pelo legislador, (ii) identifique a relação lógica entre as partes entre si, (iii) adote o determinado estado da relação jurídica correspondente ao tempo em que dada a lei e (iv) identifique a posição do instituto jurídico em questão no sistema jurídico como um todo.<sup>92</sup> Além disso, o

estabelecimento da relação entre as diretivas (se de ação conjunta, preferencial ou alternativa) já era feito por Savigny. Assim, a interpretação deveria respeitar aos quatro elementos referidos conjuntamente, sob pena de ser arbitrária.<sup>93</sup>

Tais tipos de interpretação de sentido correspondiam à noção de Savigny de que o direito do povo (*Volksrecht*) seria o conteúdo da lei,<sup>94</sup> de modo que a interpretação deveria extraí-lo da fonte do direito (a lei).<sup>95</sup>

Em outras sintéticas palavras, o código hermenêutico de Savigny era estruturado tendo por base uma ideologia na qual a interpretação deveria revelar o direito do povo inserido na lei.

A partir de uma visão analítica da interpretação jurídica, é possível visualizar, para além das diretivas de Savigny, diversas outras diretivas interpretativas que podem ser classificadas da seguinte forma: as *diretivas primárias*, que indicam ao intérprete os recursos por meio dos quais um dispositivo pode ser traduzido em uma ou mais normas explícitas,<sup>96</sup> as *diretivas secundárias*, que disciplinam a utilização das diretivas primárias e estabelecem critérios para avaliar a correção total da interpretação-produto,<sup>97</sup> e as *diretivas terciárias*, que representam as regras supremas da interpretação do direito, refletindo a orientação axiológica mais fundamental do intérprete.<sup>98</sup>

Portanto, a correção de uma interpretação-produto (norma criada pelo intérprete) depende da correção da justificação da interpretação-atividade, segundo uma correta utilização das diretivas primárias (diretivas interpretativas linguística, psicológica, autoritativa, teleológica e heterônoma), das diretivas secundárias (seletivas, procedimentais e preferenciais) e informada pelas diretivas terciárias (onde entram as ideologias da interpretação).

As diretivas primárias são as próprias operações interpretativas realizadas, por meio das quais o significado do texto é atingido. Não representam nenhum juízo de valor ou de preferência, mas apenas a “regra” utilizada para dar significado ao texto. Assim, por exemplo, a diretiva segundo a qual se deve atribuir a um dispositivo o significado que resulta do uso ordinário das palavras e das regras gramaticais da língua natural em que é formulado, ao momento da aplicação do dispositivo, (*interpretação literal-ordinária-evolutiva*)<sup>99</sup> e a diretiva segundo a qual se deve atribuir a um dispositivo o significado pretendido pelo legislador histórico, ao momento da produção do dispositivo, (*interpretação psicológico-linguística-originalista*),<sup>100</sup> inserem-se nessa classe.

As verdadeiras questões que uma determinada doutrina da argumentação para um determinado ordenamento jurídico, ou ramo do direito, deve responder, são aquelas sobre a preferência entre as diretivas primárias, sobre a exclusão de algumas diretivas primárias ou sobre o processo de utilização das diretivas primárias.<sup>101</sup> Quanto ao direito processual civil, importa criar controles sobre a fundamentação das decisões judiciais que permitam a avaliação da correção da justificação externa a partir de um determinado código hermenêutico. Esse mecanismo de controle pressupõe a transparência na justificação externa.

Para que uma decisão judicial seja corretamente fundamentada deverá se considerar o código hermenêutico utilizado na determinada decisão. Caso ela utilize-se de uma ideologia dinâmica de interpretação, por exemplo, estará incorreta a sua justificação feita com base na preferência de uma diretiva interpretativa psicológico-linguística-originalista sobre uma diretiva literal-ordinária-evolutiva de determinado dispositivo.

Isso, entretanto, somente poderá ser analisado a partir de decisões fundamentadas interna e externamente.

## Considerações finais

No Estado Constitucional, as decisões judiciais devem ser informadas pelos seus dois elementos fundantes: a participação e a juridicidade. Nesse sentido, a fundamentação das decisões deverá refletir o direito ao contraditório e a racionalidade jurídica (compreendida essa como utilização adequada de parâmetros externos à decisão: recondutibilidade ao direito).

É por isso que os critérios existentes para a classificação de uma decisão judicial como suficientemente ou não fundamentada, ao menos no atinente à face da jurisdição relativa à reconstrução normativa, deverá levar em conta todo o discurso argumentativo da decisão. Não basta que uma decisão apresente as diretivas interpretativas primárias (que apenas apontam o significado possível do dispositivo), é necessário que a decisão

esteja adequadamente justificada com base na utilização das diretivas secundárias e com suporte em determinada ideologia da interpretação. Em outras palavras, não se considera fundamentada uma decisão que não revela a sua justificação externa. Tampouco será corretamente fundamentada uma decisão que se utilize de diretivas interpretativas incongruentes (que não se inserem em um mesmo código interpretativo).

## Bibliografia

ÁVILA, Humberto. A doutrina e o direito tributário. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do direito tributário*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 221-246.

\_\_\_\_\_. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*. vol. 79. p. 163-183. 2001.

\_\_\_\_\_. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 29. p. 181-204. 2013.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

CABRAL, Antônio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 193-210.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (1984). Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit - zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft. *JuristenZeitung* 12/2009, p. 596-600, 2009.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (1960). 2. ed. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

\_\_\_\_\_; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

\_\_\_\_\_. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. vol. 194. ano 36. p. 55-68. São Paulo: Ed. RT, abr. 2011.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

\_\_\_\_\_. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 61-78. ano 37. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

OHLY, Ansgar. Generalklausel und Richterrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*. vol. 201. p. 1-47. 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. vol. 15. p. 7-20. 1998.

\_\_\_\_\_. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol. 73. p. 7-14. São Paulo: Ed. RT, 1994.

\_\_\_\_\_. Sentença arbitrária. *Revista de Processo*. vol. 204. p. 33-50. São Paulo: Ed. RT, fev. 2012.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht*. 23. ed. Heidelberg: Müller, 2007. vol. 2.

SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Camp, 1840. vol. 1.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

STONE, Julius. Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument. *Rutgers Law Review*. vol. 18. p. 757-781. 1964.

TARUFFO, Michele. Idee per una Teoria della Decisione Giusta. In: *Sui Confini: Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

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

\_\_\_\_\_. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975.

\_\_\_\_\_. Verdade e processo. In: \_\_\_\_\_. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. Madrid: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *Revista de Processo*. vol. 150. p. 11 e ss. São Paulo: Ed. RT, ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 102. p. 62-74. São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

### **Pesquisas do Editorial**

- REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, de Daniel Adensohn de Souza - RePro 167/2009/132
- SEGURANÇA JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL, de Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar - RePro 149/2007/52
- DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, de Flávio Renato Correia de Almeida - RePro 67/1992/194

- PONDERAÇÕES SOBRE A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, de Rogerio Licastro Torres de Mello - RePro 111/2003/273
- PRECEDENTES E DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Renê Francisco Hellman - RePro 241/2015/413

---

## FOOTNOTES

---

<sup>1</sup>

“IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (Redação dada pela EC 45/2004).

<sup>2</sup>

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá 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.”

<sup>3</sup>

Trata-se da escolha por uma jurisdição reconstrutiva do ordenamento jurídico, conforme MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 116-118. vol. 1.

<sup>4</sup>

CF/1988:

“Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

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

<sup>5</sup>

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas : do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 20-21.

<sup>6</sup>

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 127.

<sup>7</sup>

Idem, p. 134-135 e 136-138.

<sup>8</sup>

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 123.

---

9

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 92 e ss.

---

10

Idem, p. 93.

---

11

Idem, p. 98.

---

12

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

---

13

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

---

14

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

---

15

Sobre o direito ao processo justo do Estado Constitucional, ver MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 615-623.

---

16

Sobre a divisão de atividades do processo, ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

---

17

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 21-29.

---

18

TARUFFO, Michele. Verdade e Processo. In: \_\_\_\_\_. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 36; amplamente, em TARUFFO, Michele. Idee per una Teoria della Decisione Giusta. In: \_\_\_\_\_. *Sui Confini: Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

---

19

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 270-278.

---

20

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 615-623.

---

21

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 136-138; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 14-15.

---

22

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e

recursos a ela inerentes.”

---

23

Sobre o direito ao contraditório na perspectiva comparada vertical, com enfoque nos influxos do direito constitucional, ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*. n. 73. p. 7-14, 1994; \_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 15, p. 7-20, 1998.

---

24

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 646-647.

---

25

CABRAL, Antônio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 193-210, 2011. p. 193-201.

---

26

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 206, ano 37, p. 61-78, abr. 2012. p. 64.

---

27

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. *Revista de Processo*, vol. 194, ano. 36, p. 55-68, São Paulo: Ed. RT, abr. 2011. p. 62-63; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. No mesmo sentido: THEODORO JR., Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 102, p. 62-74, set. 2011. p. 65 e ss.

---

28

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30. ed. München: Beck, 2011. p. 122.

---

29

PIEROTH, Bodo; SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 23. ed. Heidelberg: Müller, 2007. p. 278-279.

---

30

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht : ein Studienbuch*. 30. ed. München: Beck, 2011. p. 121; PIEROTH, Bodo; SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 23. ed. Heidelberg: Müller, 2007. p. 279.

---

31

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30. ed., München: Beck, 2011. p. 121.

---

32

Idem, p. 122; PIEROTH, Bodo; SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 23. ed. Heidelberg: Müller, 2007. p. 279.

---

33

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30. ed. München: Beck, 2011. p. 122.

---

34

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 690; o STF já se pronunciou sobre o conteúdo do princípio do contraditório no paradigmático MS 24.268, Pleno, j. 05.02.2004, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 17.09.2004, p. 53. Referida decisão tem sido repetidamente reiterada em diversos outros casos, dos quais se destaca o atual RO em MS 31.661, 2.ª T., j. 10.12.2013, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 07.05.2014.

---

35

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 389.

---

36

Sobre a ligação entre o direito ao contraditório e o dever de motivação das decisões judiciais, e referindo às feições intrínseca e extrínseca, ver MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 206, ano 37, p. 61-78. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012. p. 62-64. Saliente-se que não se deve confundir essas feições da motivação com a distinção entre justificação interna e externa da interpretação-atividade e das decisões judiciais.

---

37

TARUFFO, Michele. Il controllo di 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.

---

38

Dai os valores da juridicidade e da racionalidade das decisões judiciais.

---

39

TARUFFO, Michele. Il controllo di 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. 67.

---

40

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Sentença arbitrária. *Revista de Processo*, vol. 204, p. 33-50. São Paulo: Ed. RT, fev. 2012. p. 35.

---

41

Idem, p. 37.

---

42

Taruffo, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 327.

---

43

Idem, p. 328.

---

44

Idem, ibidem; sobre o *Tribunal de Cassation* ver, ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 34-42. GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 49-53.

---

45

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (1960). 2. ed. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

---

46

BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig, Duncker & Humblot, 1885. p. 37-38.

---

47

Por todos, o clássico CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (1984). Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1993.

---

48

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 136-138.

---

49

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 51.

---

50

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 34.

---

51

Necessário lembrar que a aplicação do direito envolve um conjunto de operações (interpretação, determinação dos fatos da causa, qualificação da *fattispecie* concreta e decisão da controvérsia), conforme, por todos, GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 253.

---

52

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 668; para uma análise específica sobre a fundamentação das decisões relativas à antecipação de tutela, ver MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 145-151; sobre esses elementos de forma pormenorizada, ver TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 467-470.

---

53

TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 213-216.

---

54

Idem, p. 221.

---

55

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 271.

---

56

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

---

57

Idem, *ibidem*.

---

58

TARUFFO, Michele. Il controllo di 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. 68-69.

---

59

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

---

60

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 18-21.

---

61

STONE, Julius. Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument. *Rutgers Law Review*. vol. 18, p. 757-781, 1964. p. 770.

---

62

Para uma análise a partir de Aristóteles, recomenda-se GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 61-65, que, partindo da distinção entre ciência e prudência, conclui no sentido de que a interpretação não seria científica, mas prudencial.

---

63

STONE, Julius. Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument. *Rutgers Law Review*. vol. 18, p. 757-781, 1964. p. 757; THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *Revista de Processo*. vol. 150, p. 11 e ss. São Paulo: Ed. RT, ago. 2007; PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45-57; TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*. vol. 32, n. 143, p. 65-77. São Paulo: Ed. RT, jan. 2007. p. 69; ÁVILA, Humberto. A doutrina e o direito tributário. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do direito tributário*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 221-246, p. 224.

---

64

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 20-21.

---

65

Idem, p. 38-42.

---

66

Referimo-nos à norma-princípio tal qual concebida por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

---

67

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Sentença arbitrária. *Revista de Processo*. vol. 204, p. 33-50. São Paulo: Ed. RT, fev. 2012. p. 41.

---

68

Vide Riccardo Guastini em GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, não obstante não se ignore a sistematização de Pierluigi Chiassoni em CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. Para Chiassoni, os problemas de linguagem podem ser agrupados em duas espécies: complexidade e equívocidade.

---

69

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39; ver também: ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 29, p. 181-204, 2013. p. 190-191.

---

70

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 40-41.

---

71

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

---

72

Idem, p. 42.

---

73

Idem, p. 42-43.

---

74

Idem, p. 43-44.

---

75

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 55.

---

76

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

---

77

Por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

---

78

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

---

79

Entre muitos, BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig, Duncker & Humblot, 1885; OHLY, Ansgar. Generalklausel und Richterrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 201, p. 1-47, 2001.

---

80

Por todos, ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*, vol. 79, p. 163-183.

---

81

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, p. 181-204, 2013. p. 185; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 412.

---

82

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 33-34.

---

83

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 54-55.

---

84

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 143.

---

85

Idem, p. 146-147.

---

86

Idem, p. 143-146.

---

87

Idem, p. 78-81.

---

88

Idem, p. 117.

---

89

Idem, idem.

---

90

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 76-79.

---

91

SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Camp, 1840. vol. 1, p. 213.

---

92

Idem, p. 213-214.

---

93

Idem, p. 215.

---

94

Idem, p. 39-40.

---

95

Idem, p. 206.

---

96

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 80-81.

---

97

Idem, p. 100.

---

98

Idem, p. 116-120.

---

99

Idem, p. 83.

---

100

Idem, p. 88.

---

101

Para uma proposição de um código hermenêutico, ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*, vol. 79, p. 163-183.