

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO MAGISTRADO NO NOVO CPC: UMA NECESSIDADE ARGUMENTATIVA/ INTEGRATIVA

Luiz Osório Moraes Panza

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor titular do Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba - e professor assistente da Universidade Positivo. Desembargador da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

1. Introdução

Quando o professor Carlos Maximiliano¹, no auge do seu conhecimento nas primeiras décadas do século XX, manifestou-se no sentido da importância acadêmica da

1 Nesse sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. Vide em especial seus apontamentos nas páginas 1 a 4.

hermenêutica como uma ciência capaz de buscar, em especial, as necessárias soluções para os problemas jurídicos, isso foi um passo para uma reflexão aprofundada no campo dos doutrinadores acerca da essencialidade dessa ciência como um fator indispensável para a arte da compreensão das relações sociais.

Precisamos compreender e interpretar para transformar o mundo em que vivemos. O homem não vive só, mas age com o mundo e para o mundo. Toda interpretação baseia-se num objeto e almeja um resultado válido para o questionamento levantado.

Se compreender e interpretar são atos essenciais para a condição humana, então é preciso vencer a barreira da inércia e interagir a todo o momento.

Sobre tal importância, Inocêncio Mártires Coelho bem fundamentou:

Até hoje os filósofos não fizeram mais do que *interpretar* o mundo de diversas maneiras, quando o importante é *transformá-lo*. Até o presente, os filósofos acreditaram *descrever* o mundo: está na hora de *interpretá-lo*. A interpretação é a forma explícita da compreensão. Interpretar significa explicitar a compreensão subjacente. É mais difícil *interpretar as interpretações* do que *interpretar as próprias coisas*; há mais livros sobre livros do que sobre qualquer outro assunto, nós não fazemos mais do que nos entreglosar.²

2 COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica filosófica à Hermenêu-

Interpretar é a ferramenta imprescindível que todo o hermenauta deve ter para buscar a solução dos problemas que surgem nos diversos campos do conhecimento do ser humano, sendo que, por ora, nos interessa a sua dimensão voltada para as discussões jurídicas.

O homem, um ser gregário por natureza, relaciona-se diversas vezes por dia com outras pessoas, situação que, em muitos momentos, se resolve pelo diálogo e pela compreensão. Porém, em outras oportunidades, as relações sociais perdem-se nos embates travados entre os participantes dialógicos, não se permitindo, *prima face*, que a solução advenha por uma simples conciliação pós ruptura. Necessário que terceiros resolvam os problemas entre as partes, o que demanda, não raras as oportunidades, a participação do Estado como ente mediador ou solucionador dos problemas.

Por isso, o Estado tem o Poder Judiciário como baliza harmonizadora dos litígios, buscando soluções que, muitas vezes, não agradam uma das partes, mas que são necessárias para a manutenção da estabilidade social.

Todavia, somente se alcança o intento da pacificação social com a decisão proferida pelo respectivo julgador, terceiro isento e distante, além de ser membro componente daquele Poder dentro do Estado, o que, certamente, legitimará a sua decisão, valendo entre as partes e, eventualmente, para terceiros, o que enseja na constatação de uma responsabilidade pautada no binômio poder/dever daquele julgador.

tica jurídica. Fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

Porém, para que legitimemos a sua conduta e a sua solução, o sistema jurídico normatiza o procedimental necessário, estabelecendo um rito em que teremos o direito de ação versus direito de resistência, isso numa demanda padrão.

Assim, o magistrado, cuja função neste espaço é resolver o conflito, deve decidir a questão não apenas no campo objetivo do resultado em si, mas, acima de tudo, justificar e fundamentar a sua decisão à luz da Constituição Federal³, que lhe impõe o ônus laboral de demonstrar para as partes de que forma chegou ao resultado da demanda.

Nesse universo jurídico, em que somos membros participantes, o sistema inseriu, para fins de decisão, o apontamento da essencialidade que é o dever de fundamentação, reiterado pelo novo Código de Processo Civil, que dispõe no seu artigo inaugural sobre a matéria: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

Dessa forma, no atual ordenamento jurídico, o dever de fundamentação, mais do que uma simples nor-

3 Dispõe a Constituição Federal: 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; (...) (Grifei).

matização, é uma realidade cogente e indispensável para, dentre outras coisas, legitimar o Poder Judiciário como o braço responsável na construção do Estado Democrático de Direito.

2. A hermenêutica no papel interpretativo

Não é de hoje que o homem, no afã do conhecimento e percepção dos objetos que tem ao seu alcance, busca na arte da interpretação um caminho e uma resposta para os problemas e desafios que lhe surgem. Quer “decifrar” o enigma do desconhecido e do inalcançável, utilizando-se dos meios necessários para compreender as coisas.

Quer, com isso, encontrar as soluções para os problemas que surgem a partir da busca de significados para os objetos em geral, passando pelos elementos de compreensão que fazem parte da cognição do sujeito.

O papel da hermenêutica se concentra na exata dimensão que se tem a partir dos objetos estudados. Assim, no caso do magistrado que tem que decidir as questões postas em discussão, cabe a ele compreender os fatos e as normas, dando-lhes um contorno de valor a ser aferido. É basicamente a adoção da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale⁴, em que o valor final será, na situação

4 Nesse sentido: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed., 9. tir., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 497-616. Vale destacar a seguinte passagem: “*Fato, valor e norma* devem, em suma, estar sempre presentes em qualquer indagação sobre o Direito, respectivamente no momento dos outros dois fatores. Desse modo, a Sociologia Jurídica, que cuida das condições empíricas

judicial, a solução encontrada pelo julgador.

Desde o século XIX – momento em que o positivismo nasce como elemento de objetivação da norma – o julgador centra-se na exata estruturação de decidir a partir da norma, pela norma e para a norma. É uma contraposição específica da arbitrariedade desenvolvida nos séculos anteriores, em que o magistrado era apenas um reproduzidor da norma apresentada pelo governante, o que ficou mais do que apontado na Idade Moderna sob o manto do absolutismo.

Mesmo após Montesquieu dizer que o juiz era apenas a ”boca da lei” na sua obra “O Espírito da Leis”, o certo é que ao magistrado cabe dizer o direito (jurisdictio) pautado num estado normativo inicial a ser seguido.

Com o crescimento do positivismo, essa experiência de ter o texto como fator primordial de interpretação passa a ser uma realidade no mundo do direito, não obstante alguns modelos críticos tenham se desenvolvido, criando etapas de pensadores, como, v.g., a “jurisprudência dos conceitos” de Friedrich Karl von Savigny, Georg Friedrich Puchta e Rudolph von Ihering, a “jurisprudência dos interesses” de Philipp Heck, ou

da eficácia do Direito, não pode deixar de apreciar a atualização *normativa dos valores* no meio social. Poder-se-ia dizer que o sociólogo do Direito, recebendo os valores e as normas como experiência social concreta, tem como meta de sua indagação o *fato* da efetividade dos valores consagrados em normas positivas, ao passo que o jurista, enquanto tal, considera *valor e fato* em razão da *normatividade*, a qual é o seu objetivo específico. O filósofo do Direito, por outro lado, indaga as condições transcendental-axiológicas do processo empírico da vigência e da eficácia.” (P. 613).

ainda a “jurisprudência sociológica” de Eugen Ehrlich. Em todos eles, a norma era o referencial, porém, o seu respectivo desdobramento dependeria do referencial paradigmático, que variava do próprio conceito de norma, passando pelo elemento de intenção e interesse, até desaguar numa perspectiva sociológica, de qualquer sorte, o julgador deveria apoiar-se num desses elementos valorativos, ampliando ou diminuindo o campo de atuação da norma em relação ao ambiente social. Aqui variavam os movimentos jurídicos.

Ora, a gênese da sentença insere-se precipuamente no dever de fundamentação pelo magistrado como forma de argumentar para o destinatário poder interpretar.

Há, assim, uma sintonia bem definida entre a arte da interpretação pela hermenêutica com o poder de persuasão da argumentação. Temos que nos centrar na relação sujeito/objeto, ou seja, entre o ser da interpretação em si com o elemento objeto, fazendo com que a interpretação recaia sobre aquilo que realmente se pretende desvendar (no caso, o fato apreciado na ação judicial sob a ótica da decisão judicial), demonstrando cientificamente que o resultado a ser alcançado é exatamente aquele considerado pela norma em abstrato em relação ao conteúdo concreto final.

Para isso, a arte hermenêutica harmoniza-se com a arte da persuasão, hipótese em que o papel do intérprete deve ser considerado essencial como fator determinante do resultado.

Os signos postos em discussão (a norma, o fato, a compreensão, o valor, etc.) devem interagir por completo dentro do patamar da decisão judicial.

Desde os primórdios das civilizações ocidentais, a arte da interpretação teve o seu momento aplicativo, variando da simples descrição dos gregos, passando pelo ambiente bíblico medieval, alcançando o caráter racional da Idade Moderna, até o cientificismo da nossa contemporaneidade. Todavia, em qualquer desses ambientes, o homem busca na linguagem o subsídio necessário para o bom desenvolvimento da interpretação quanto ao objeto.

E esse pensamento alcançou o espaço contemporâneo, em especial no campo do direito, ao trabalhar com a teoria da decisão dos fatos em consonância com as normas, dando o real valor para cada uma das situações.

No atual contexto, o intérprete deve guiar-se por quatro estruturas fundantes de uma hermenêutica jurídica a ser aplicada pelo Poder Judiciário em especial, aqui no que se refere ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

Esses quatro pilares são formados pelos valores, onde se deve estender o sentido das normas às novas relações que por ventura sempre estão surgindo no contexto social; pelas regras sociais, conferindo a aplicabilidade da norma jurídica imersa no mundo das relações humanas; pela compreensão, dando o alcance do preceito normativo que corresponda às respectivas necessidades; e pelo processo

de construção e re-construção do intérprete, garantindo, assim, a intersubjetividade entre os agentes participantes.

3. A arte da fundamentação

Vencidos os pilares, o magistrado tem, no seu conteúdo cognitivo, a qualidade indispensável para bem interpretar as relações jurídicas postas ao seu conhecimento, o que foi pensado pelo novo Código de Processo Civil, ao trazer, para dentro do sistema, um conjunto normativo capaz de alinhar o antecedente com o consequente (ação judicial e posterior sentença), em especial quanto ao modelo voltado para a sentença e os seus fundamentos.

Para tanto, no capítulo XIII, a sentença é tratada como um componente de importância crucial para o resultado dos litígios judiciais, permitindo-se observar, na sua Seção II, os elementos e os efeitos da sentença, principalmente no art. 489.

Ora. Com isso, o que se quer é garantir, quando da prolação de uma sentença, que ela se apoie em alguns princípios, como o da segurança jurídica e o da proteção à confiança entre as partes, o que foi bem abordado por Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – se-

gurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito –, enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”.⁵

O que se alcançará com isso? Uma estabilidade nas decisões judiciais, eis que caberá ao julgador fundamentar a sua decisão a partir de uma prévia interpretação dos fatos e das normas.

E a arte da fundamentação tem como mote central o poder de persuadir os seus interlocutores, pois argumentar não deixa de ser uma arte, de onde se procura, através de situação basicamente comunicativa, persuadir os interlocutores.

Segundo Victor Gabriel Rodríguez:

A argumentação é tão imprescindível ao operador do Direito quanto o conhecimento jurídico. Como atividade provinda do raciocínio humano, o Direito não se articula por si só, daí porque somente

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Almedina: Coimbra, 2000, p. 256.

pode ser aplicado *através de argumentos*. São os argumentos os caminhos, os trilhos da articulação e da aplicação do Direito.

No Direito, nada se faz sem explicação. Não se formula um pedido a um juiz sem que se explique o porquê dele, caso contrário diz-se que o pedido é desarrazoado. Da mesma forma, nenhum juiz pode proferir uma decisão sem explicar os motivos dela, e para isso constrói raciocínio argumentativo.⁶

Mesmo no processo mecânico da sentença em muitos momentos (v.g., ações cíveis basilares e muitas com decisões meramente homologatórias, ou ainda aquelas pautadas em prévia revelia do réu), a argumentação judicial torna-se primordial para justificar o que o novo legislador reservou para a sentença: o dever de fundamentação.

Isso porque se busca obter ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que lhe são apresentadas em determinada situação, pretendendo o eventual assentimento, sendo, pois, um poderoso instrumento de produção racional de decisões. E quando se fala em adesão dos espíritos, nós nos referimos na compreensão por parte do interlocutor judicial, no caso, as partes.

Assim, os argumentos trazidos pelo magistrado no momento da sentença são elementos linguísticos que visam à persuasão. Argumentos não são verdadeiros ou falsos, mas fortes ou fracos, conforme o seu poder de convencimento.

6 RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5-6.

É dessa força que o magistrado extrai o conteúdo da sua decisão. Ele aponta os elementos fáticos e jurídicos para justificar o resultado judicial, eis que no Direito não prevalece a lógica formal, mas a lógica argumentativa, aquela em que não existe propriamente uma verdade universal, não existe uma tese aceita por todos em qualquer circunstância, como na Física, por exemplo.

E na lógica argumentativa, o legislador brasileiro, quando da construção do novo Código de Processo Civil, deu a este corpo jurídico um conteúdo argumentativo/integrativo, na medida em que, além de justificar pelo discurso o resultado da escolha, também integra este resultado ao mundo dos fatos, dando-lhe um contorno de validade jurídica.

Para tanto, é possível ao magistrado, quando do momento de proferir a sua sentença, utilizar-se de categorias fundamentais para argumentar a sua produção jurídica. O jurista polonês Chaïm Perelman⁷, em companhia de Lucie Olbrechts-Tyteca, apresentou quais seriam essas categorias para que o orador (no caso, o magistrado) pudesse argumentar a contento e justificar a sua produção, fazendo com que o sujeito intersubjetivo acolha os seus argumentos (mas não necessariamente aceitando, pois sabemos que as partes litigantes têm interesse próprio e específico sobre o resultado).

7 Nesse sentido: PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado na argumentação. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Em especial o primeiro capítulo da obra, em que se apontam os âmbitos das argumentações.

Seriam as seguintes categorias.

A argumentação em si, com o fim de influenciar o seu interlocutor através do discurso, sendo que este pode ocorrer de diversas formas, inclusive mediante a elaboração de uma sentença.

O contato dos espíritos, servindo de uma linguagem comum (sendo possível a própria estrutura jurídica com os termos e expressões ligados ao uso coloquial) e através de uma sociedade igualitária (aqui são as partes da ação judicial).

O auditório, considerando-se aqui o conjunto daqueles nos quais o orador quer influenciar pela argumentação, eis que ela sempre se dá em função de um auditório (poderíamos considerar a sociedade mediata que toma conhecimento da decisão e, eventualmente, sofra algum tipo de consequência jurídica – sendo muito comum nas ações coletivas e abstratas).

Persuasão e convencimento, mediante o nível de aceitação das teses, pois estas determinarão o grau de eficácia da argumentação. Em outras palavras, toda decisão judicial tem que estar amparada e sedimentada não apenas na norma (regras e princípios), mas sim em linhas fundamentais do próprio sistema jurídico, podendo ser a Civil Law ou ainda a Common Law, v.g., com suas bases fincadas na teoria geral do direito e na sua filosofia.

O acordo, sendo a seleção de fatos e valores, escolha dos elementos e a ordem na qual se apresentam, modo de

apresentação e os julgamentos de valor. É o próprio procedimental argumentativo, como se fosse a evolução da decisão judicial nos capítulos que se desenrolam ao longo dos argumentos.

Por fim, as técnicas argumentativas, através das categorias de linguagem, podendo ser os argumentos quase-lógicos (raciocínios não-formais), argumentos fundados na estrutura do real (ligação entre premissas e conclusões) e argumentos que fundam a estrutura do real (analogias e possibilidades combinatórias de argumentação).⁸

Com todas essas categorias, o magistrado desenvolve a estruturação da sua decisão judicial, dando-lhe corpo e conteúdo.

Vemos, pois, que o ato de julgar tem que, indubitavelmente, passar, primeiramente, pela arte da compreensão (no caso, a hermenêutica), na sequência, pela argumentação (a arte da persuasão), finalizando com a integração do direito (fatos e normas correlacionadas) e, assim, construindo o julgamento pautado não apenas na legalidade do sistema, mas, também, na sua própria legitimação (em especial quanto aos litigantes).

Não deixa de ser um ato de natureza social muito importante, pois o julgador, assim que profere a sua decisão, traz para o mundo dos fatos e da realidade jurídica um conteúdo de reflexos macrossistêmicos, pois o resultado

8 Nesse sentido: PERELMAN, Chaïm. Op. Cit., em especial os capítulos I, II e III da 3ª parte.

passará a validar as relações sociais e, eventualmente, as posteriores, servindo de paradigma cognitivo para casos similares, por exemplo.

Dessa forma, o ato de julgar é essencial no mundo do direito, cujas palavras de Paul Ricoeur dão o contorno da sua importância:

Portanto, considero que o ato de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que aparta minha parte da sua e o que, por outro lado, faz que cada um de nós tome parte da sociedade.

É essa justa distância entre os parceiros defrontados, próximos demais no conflito e distantes demais na ignorância, no ódio e no desprezo, que resume bem, a meu ver, os dois aspectos do ato de julgar: por um lado, deslindar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer que cada um reconheça a parte que o outro toma na mesma sociedade, em virtude da qual o ganhador e o perdedor do processo seriam considerados como pessoas que tiveram sua justa parte nesse esquema de cooperação que é a sociedade.⁹

As partes cooperam com o ato de julgar, pois contribuem para a construção da compreensão através da linguagem que apresentam para o Poder Judiciário e este, por sua vez, colabora na construção do Direito.

9 RICOEUR, Paul. O Justo. Vol. 1. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 181.

4. Fundamentação e interpretação

Considerando que o ato de julgar revela a face final do processo de construção do Direito, na medida em que os atores participantes contribuem com os argumentos, os nossos legisladores apresentaram no novo Código de Processo Civil artigos que apontam sobre a necessidade não apenas de justificar o porquê do Direito, mas, principalmente, como o Direito se apresentará frente ao resultado final. E o processo é o marco primordial para isso, trazendo, dentro do procedimento, os comandos normativos necessários para o bom desenvolvimento linguístico/argumentativo.

É o que Jürgen Habermas aponta com o agir comunicativo entre os agentes mediante o procedimento de validade dos atos praticados. Para ele, três momentos abordam essa importância: a racionalidade comunicativa, uma sociedade em dois níveis (ação e sistema) e uma abordagem teórica de construção desse caminho.¹⁰

Nessa perspectiva, o procedimento comunicacional passa a ser uma parte essencial no processo da construção do resultado mediante fundamentos plausíveis de validade.

Valores jurídicos – e também emocionais – constroem uma linha de raciocínio que possibilitam o alcance do resultado útil para a sociedade.

10 Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. Teoria do Agir Comunicativo. Trad, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Apontamos estes dois componentes (jurídico e emocional) para justificar sobre a essencialidade de qualquer decisão judicial no mundo das coisas e dos fatos, transformando as relações multifacetárias mediante um processo intersubjetivo de diálogo.

Para Neil Maccormick, nós temos que propor a racionalidade no Direito como algo essencial para os procedimentos jurídicos, sendo aquela a primeira virtude. Porém, ainda afirma o autor, se não houver bom juízo, compaixão e sentimento de justiça, a pura racionalidade (então apontada como fator primordial) vai apresentar uma aparência de irracionalidade, pois o homem também é movido por emoções.¹¹

E dessa emoção também vive o ser humano. Por essa razão, o juiz, ao decidir qualquer questão judicial, deverá ter em mente que ele está trabalhando com vida, não necessariamente humana, mas qualquer forma de vida jurídica, como um direito personalíssimo, por exemplo, que pode ter ou não reflexo econômico, mas certamente terá efeito fático.

Os fundamentos são a essencialidade da justificativa, uma vez que colocam em qualquer decisão o caráter axiológico que compõe a sua estrutura fundante.

O homem, assim, é fruto da sua própria capacidade cognitiva de pensar, agir e justificar os seus comportamen-

11 Conforme MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

tos. É ele o centro das atenções de qualquer ação judicial, permitindo-nos lembrar que o que se apresenta é a construção dos fundamentos de validade de uma decisão judicial. Aqui reside o conteúdo axiológico ditado por qualquer decisão. Lembremos, não somos máquinas, mas sim pessoas de carne e osso com sentimentos, anseios e necessidades reais.

5. O conteúdo axiológico do art. 489, CPC: bases e premissas

O parâmetro a ser seguido pelo julgador nessa nova sistemática do processo civil brasileiro apoia-se no contido no art. 489 e seus parágrafos e incisos do CPC, que tem a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não há dúvidas sobre os primeiros incisos do caput desse artigo, eis que aqui se apresenta uma estrutura mais formal do que propriamente material, apontando o que exatamente deve conter a sentença.

A questão central reside no parágrafo primeiro, pois aqui o legislador cuidou de indicar quais são as hipóteses em que não se considera fundamentada a sentença, dando, portanto, a entender que qualquer outra situação caracteriza o fundamento apropriado.

Buscou o legislador trabalhar com o sentido inverso da questão, ao deixar claro quais seriam as hipóteses de fragilidade de fundamento, permitindo-se concluir que, nos demais casos, o magistrado cumpriu com o seu mister.

Retiramos, também, da conclusão estrutural do referido artigo, que o juiz deve, sim, obrigatoriamente sempre apontar os fundamentos com o qual se embasou para chegar ao resultado judicial apresentado.

A título ilustrativo, a Constituição Peruana, uma das mais modernas do mundo atual, no seu art. 139, item 5, diz expressamente:

Artículo 139. – Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

5. La motivación estricta de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Isso demonstra que os Estados atuais estão preocupados com a dinâmica da fundamentação, exigindo que os seus membros, no caso, os juízes, cumpram com o papel da necessidade de motivar os seus atos.

Marcial Rubio Correa, sobre a Constituição Peruana, apresentou o seguinte comentário para o artigo acima mencionado:

La motivación escrita de las resoluciones judiciales es fundamental porque mediante ella las personas pueden saber si están adecuadamente juzgadas o si se há cometido una arbitrariedade. Una sentencia que solo condena, o solo absuelve, puede ocultar arbitrariedade de parte del juez o del tribunal. Si se expresa las razones que han llevado a dicha solución y, más aún, si se menciona expresamente la ley aplicable, la persona que está sometida al juicio tiene mayores garantías de recibir una adecuada administración de justicia.¹²

Dessa forma, não basta apenas reproduzir texto de lei, ou conceitos abertos ou indeterminados, mas efetivamente apontar e justificar “onde” nasce o Direito. E certamente a decisão tem que passar pelo uso da linguagem, dos argumentos jurídicos e axiológicos, perfazendo o resultado como elemento de integração do Direito.

Foi, por evidência, um avanço na arte da compreensão em direção à arte da persuasão, cujo resultado é a integração de todas as etapas constituintes do processo judicial.

Por mínimo que seja, o magistrado sempre deverá dizer sobre os motivos da solução alcançada, deixando de lado os achismos e decisões abertas, sem um respaldo cognitivo.

12 CORREA, Marcial Rubio. Para Conocer la Constitución de 1993. 5. ed., Lima: Fondo Editorial, 2015, p. 234.

A concretude da ação judicial deve ter em mente que isso somente será possível se, à toda evidência, o julgador sempre conciliar fundamentação com valoração, cujas palavras de Robert Alexy aprofundam o tema e enaltecem o trabalho do intérprete:

É essa escolha feita pelo intérprete que determina qual enunciado normativo singular é afirmado (por exemplo, em uma investigação da Ciência do Direito) ou é ditado como enunciado. Tal enunciado normativo singular contém uma proposição ou determinação sobre o que está ordenado, proibido ou permitido a determinadas pessoas. A decisão tomada em qualquer nível de fundamentação é, assim, uma decisão sobre o que deve ou pode ser feito ou omitido. Com ela, a ação ou comportamento de uma ou várias pessoas é preferido em relação a outras ações ou comportamentos seus, isto é, um estado de coisas é preferido em detrimento de outro. Na base de tal ação de preferir está, contudo, a enunciação da alternativa eleita como melhor em algum sentido e, portanto, uma *valoração ou juízo de valor*.¹³

O resultado deve, portanto, ser algo de valor mensurável na estrutura do Direito e não necessariamente na estrutura dos fatos ou das coisas, dentro aqui de um mundo material. O que importa é o fundamento jurídico, que entrará para o campo do conhecimento.

13 ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2008. P. 27-38.

Não há motivos específicos, por ora, para detalharmos cada um dos incisos do referido parágrafo, por não ser esta a pretensão da presente discussão, mas sim de abordar como se interligam interpretação, argumentação e integração.

São ideias distintas, mas intimamente ligadas no mundo do Direito, pois mantém, nas palavras de Paul Ricoeur, uma simetria de imbricação:

Chegando ao fim dessa discussão, o leitor talvez convenha comigo que a imbricação entre a argumentação e a interpretação, no plano judiciário, é realmente simétrica à imbricação entre explicação e compreensão no plano das ciências do discurso e do texto. Em contraposição a uma abordagem puramente dicotômica da polaridade famosa, no passado em concluíra minha defesa do tratamento dialético com uma fórmula em forma de aforismo: Explicar mais para compreender melhor¹⁴. Como conclusão do debate entre interpretação e argumentação, proponho uma fórmula parecida que restitui à epistemologia do debate judiciário sua unidade complexa.¹⁴

Em qualquer debate judicial, o julgador deverá apontar, sem qualquer sombra de dúvida, sobre essas premissas, sendo certo que já existem vários julgados da superior corte de justiça reafirmando sobre a necessidade de fundamentar, mas não há necessidade de um esgotamento material à exaustão para justificar, bastando apenas o comando argumentativo/integrativo. Eis um exemplo:

14 RICOEUR, Paul. Op. Cit., p. 172.

(...)

3. Não viola o art. 489, incisos I e II, e § 1.º, inciso IV, do CPC/2015, o acórdão que contém relatório e fundamentação e que enfrenta todos os argumentos deduzidos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada anteriormente, dando-lhes, no entanto, deslinde que não atende aos interesses da parte.

(...)¹⁵

São os novos caminhos avançados pelo legislador em favor das partes, mas que já estão recebendo a devida atenção pelos julgadores, ensejando na qualificação das decisões, não quanto a um esgotamento infundável de argumentos, mas quando a decisão aponta o pronto crucial das razões do Direito, passando, repetimos, pela compreensão, argumentação e integração do Direito.

Ainda sobre argumentação e interpretação, Paul Ricoeur conclui o seu raciocínio:

O ponto no qual interpretação e argumentação se interseccionam é o ponto no qual se cruzam o caminho regressivo e ascendente de Dworkin e o caminho progressivo e descendente de Alexy e Atienza. O primeiro tem como ponto de parti-

15 STJ, AREsp 1230444/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018. No mesmo sentido: AgInt no REsp 1667009/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018; AgInt no AREsp 962.824/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

da a questão espinhosa proposta pelos hard cases e daí se eleva para o horizonte ético-político da “empregada judiciária” considerada em sua estruturação histórica. O segundo começa de uma teoria geral da argumentação válida para toda e qualquer forma de discussão prática normativa e encontra a argumentação jurídica como província subordinada. O primeiro caminho atinge a encruzilhada comum no momento em que a teoria da interpretação depara com a questão proposta pelo próprio modelo narrativo dos critérios de coerência do julgamento em matéria jurídica. O segundo a atinge quando para dar conta da especificidade da argumentação jurídica, os procedimentos de interpretação encontram pertinência a título de *órganon* do silogismo jurídico em virtude do qual um caso é colocado sob uma regra. Ademais, arrisquei-me a sugerir outra analogia, além da analogia da dialética entre explicar e compreender, a saber, a do juízo reflexivo no sentido da *Critique de la faculté de juger*, sendo a interpretação o caminho seguido pela imaginação produtora quando o problema já não consiste em aplicar-se uma regra conhecida a um caso que se suponha corretamente descrito, como no juízo determinante, mas em “encontrar” a regra *sob* a qual seja apropriado colocar um fato que exija interpretação.¹⁶

É a ligação dos três elementos essenciais na busca do melhor resultado, pois o Direito é feito pelos homens, com os homens e para os homens.

16 RICOEUR, Paul. *Ibid*, p. 172-173.

6. Conclusão

O que verdadeiramente visualizamos é que não há um controle absoluto envolvendo a racionalidade na e para as decisões judiciais, com o fito de permitir a obtenção da melhor resposta possível e alcançável pelos participantes do processo jurídico.

O discurso prático feito pelo magistrado ao proferir a sua decisão sobre determinado caso não pode e não deve ser visto como algo plenamente irracional, pelo contrário, deve ter fiscalização capaz de interagir com o mundo da fundamentação jurídica.

Nos dias atuais, a prática jurídica tem demonstrado que a racionalidade das decisões judiciais é apenas parcial, ensejando, portanto, na construção de um modelo normativo cogente e que faça do magistrado uma arma para efetivamente “dizer o Direito”. Por isso, o dever de fundamentar sempre e cada vez melhor.

Outrossim, nas decisões conflitantes fica clara a ideia de que sempre haverá diferentes valores entre pessoas participantes do processo judicial, cujo papel central do Poder Judiciário será o da efetividade da sua prestação. É a constante busca da melhor resposta.

Democracia, liberdade e tolerância deverão caminhar juntas ao longo do árduo caminho dos litígios. Somente assim, o julgador, quando responder às perguntas das partes durante a tramitação da ação penal, poderá com segurança dar a resposta esperada pelos contendores.

Ora, assim, é de se lembrar do grande jurista Hans Kelsen, que sempre afirmou que “Nenhuma doutrina pode ser reprimida em nome da ciência, pois a alma da ciência é a tolerância.”

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Almedina: Coimbra, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica. Fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREA, Marcial Rubio. Para Conocer la Constitución de 1993. 5. ed., Lima: Fondo Editorial, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do Agir Comunicativo. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado na argumentação. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20. ed., 9. tir., São Paulo: Saraiva, 2011.

RICOEUR, Paul. O Justo. Vol. 1. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.