

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA E OS PARADOXOS DA REALIDADE BRASILEIRA

Francisco Cardozo Oliveira

Juiz de Direito Substituto em 2.º Grau no
Tribunal de Justiça do Paraná, pós-doutor
pela UFSC e Professor no UNICURITIBA

1. Introdução

Na cultura ocidental moderna, a fundamentação das decisões judiciais assumiu relevância na medida em que o Estado se tornou o eixo articulador de direitos e garantias individuais. No Brasil, a partir da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, a tarefa de fundamentação das decisões judiciais ganhou amplitude, em face das exigências decorrentes das necessidades de assegurar efetividade aos direitos constitucionalmente assegurados. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe regulação específica acerca dos parâmetros de fundamen-

tação das decisões judiciais, o dever de fundamentar pelos órgãos do Poder Judiciário tem exigido esforço de construção dogmática, de modo a situar o alcance normativo e prático da tarefa de aplicação do direito.

A regulação do dever de fundamentação das decisões judiciais surge confrontada, na realidade atual, com a racionalidade argumentativa, e seu correlato de uma tutela de direitos orientada por precedentes e súmulas, capaz de enfrentar os desdobramentos das demandas de massa características da sociedade de consumo que se configura no Brasil. A racionalidade argumentativa, pelo menos no Brasil, deu ensejo a uma relação específica entre regras e princípios que, ao mesmo tempo em que manteve atual o debate entre H.L. A. Hart e Ronald Dworkin, permanece enredada na compreensão formal e abstrata dos institutos jurídicos. A operabilidade interpretativa do direito apoiada em princípios no Brasil também serviu para ampliar processos de judicialização da vida e da política, com seus desdobramentos de colonização do sistema político pelo sistema jurídico.

Na realidade jurídica brasileira, segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, teria se configurado o que ele denomina de crise da centralidade da lei, em que o Poder Legislativo perde protagonismo para o Poder Judiciário. Talvez seja o caso de uma crise não apenas da lei, mas dos fundamentos do direito confrontados com as exigências paradoxais de construção da socialidade brasileira que, rigorosamente, não é muito diferente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos no Ocidente.

Em meio aos paradoxos da construção da socialidade brasileira e das exigências colocadas pelos processos sociais de judicialização da vida e da política, a tarefa da fundamentação das decisões judiciais não deixa de estar confrontada também com o que lhe é elementar que é a relação normativa entre fatos e normas; todavia, essa relação aparentemente simples envolve a complexidade e os desafios para o sistema jurídico impostos por uma realidade social em constante mutação de valores, em que o sentido dos fatos e das normas propriamente ditas está mergulhado em incertezas, contradições e paradoxos.

O problema proposto é o de analisar a relação entre a tarefa de fundamentação das decisões judiciais e a racionalidade argumentativa, consideradas as exigências decorrentes da construção da socialidade brasileira na atualidade, com objetivo de fornecer os fundamentos da prática de fundamentação que sirva aos propósitos de tutelas comprometidas com a pessoa e a democracia.

Embora a questão da fundamentação das decisões judiciais tenha merecido inúmeras reflexões, principalmente depois da entrada em vigor no Código de Processo Civil de 2015, o que justifica a análise proposta é a tentativa de situar a centralidade da tarefa de fundamentar para a compreensão não apenas da operabilidade do sistema jurídico, mas do modo como o sistema jurídico interage na articulação entre tutela de direitos e evolução da vida da pessoa em sociedade.

Seguindo uma metodologia crítica, a análise se articula em três eixos; i) o da compreensão da relação entre regras e princípios nas dinâmicas de judicialização da vida e da política no Brasil, e seus efeitos na fundamentação das decisões judiciais; ii) o do modo como a racionalidade argumentativa está situada em face da crise de fundamentos do direito, e sua interferência na fundamentação das decisões judiciais; iii) e o problema da fundamentação das decisões judiciais e o modo como, no contexto social e jurídico brasileiro, se articula a relação entre fato e norma, que é central na interpretação e aplicação do direito.

2. A relação entre regras e princípios e as dinâmicas de judicialização da vida e da política na realidade brasileira

O debate entre regras e princípios, que contempla a dimensão do problema entre direito e moral, assinala o momento de uma virada hermenêutica e pragmática na compreensão do fenômeno jurídico, que se tornou incontornável no tempo histórico, por força da necessidade de ampliar a efetividade dos direitos, ao mesmo tempo em que o modelo político e econômico proposto pela socialdemocracia de compromisso com a inclusão entrava em crise.

Como afirma Norberto Bobbio, as transformações sociais que exigiram formas de intervenção do Estado na economia e a sobreposição de leis, de modo a dar conta dos problemas nascidos da inflação e da passagem de um

regime autoritário para um regime democrático permanecendo os textos legislativos, (o que tem especial significado na realidade brasileira no caso da ditadura militar de 1964), obrigou os juristas a prestar atenção aos interesses sociais relacionados a interpretação jurídica; o tecnicismo do método lógico-formal, ligado ao positivismo jurídico, entra em declínio e assume importância o método sociológico (2016, p. 87). As variantes sociais e históricas se não chegaram a impor uma mudança de paradigma, segundo o modelo clássico de Thomas Khun (2005), pelo menos exigiram uma reorientação na compreensão dos fundamentos do direito para um viés pragmático linguístico de modo a colher o sentido da normatividade rente às exigências da realidade social.

O redimensionamento dos pressupostos positivistas formulado por H. L. A. Hart, ao considerar que se manifesta nas regras um sentido interno que conforma a regularidade dos comportamentos e que, portanto, implica a admissão da existência de uma regra de reconhecimento, capaz de assegurar a configuração do sistema jurídico (1961, p. 65), orienta a questão dos fundamentos do direito para as razões pelas quais determinadas regras são seguidas. Ganhou ênfase a racionalidade interpretativa do direito. Não seria o caso de compreender as regras jurídicas desde um ponto de vista objetivo e externo como pressuposto até então pelo positivismo. Esta reorientação do modo de compreensão do direito abriu oportunidade para o debate acerca dos fundamentos do direito desde

uma perspectiva de valores e de princípios. As premissas de Hart também confrontaram o direito com a virada linguística, na medida em que se tornou necessário indagar o quanto a observância das regras jurídicas constitui expressão de uma determinada forma de vida ou de uma prática social. Seguindo o que sustenta Hart, pode-se afirmar que as regras jurídicas encerram uma prática em que está em causa a interpretação da intencionalidade; o direito se origina do fato: a lei, o costume e a decisão judicial; nesse sentido, a proposta de Hart está em sintonia com o que já havia intuito Wittgenstein de que na linguagem o significado se expressa no uso, que diz respeito ao modo de vida no mundo, e a práxis de significação que exige uma explicação remetida ao contexto dos desdobramentos da vida em sociedade (2008, p. 61 e 205); para a teoria do direito significa afirmar que se manifesta no fenômeno jurídico uma regularidade de observância de regras, cuja compreensão denota um discurso argumentativo de explicação.

Perdeu relevância considerar a forma da relação jurídica, no sentido do formulado por Kant na *Metafísica dos costumes*. Mesmo Bobbio admite que na teoria pura do direito (Kelsen) emerge o caráter coativo e uma conformação do ordenamento jurídico no sentido de estabelecer diretivas, como ocorre com maior ênfase nas questões econômicas. Para além da questão lógico-formal, se impôs a hermenêutica das finalidades e dos valores em torno da normatividade.

A abertura na direção da consideração de valores e de finalidades, de certo modo propiciada pela proposta de H.L.A. Hart, permitiu uma ancoragem dos fundamentos do direito na normatividade dos princípios, embora tenha permanecido a defesa da separação entre direito e moral, sem excluir que, de forma contingente, possa ocorrer assimilação de conteúdos morais pelo direito. Desde a perspectiva de normatividade dos princípios, Ronald Dworkin formula a crítica à proposta de H.L.A. Hart. Ronald Dworkin sustenta que os juristas procuram soluções para os casos difíceis por meio de um debate utilizando padrões que funcionam como princípios; ele denomina princípios “o padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política e social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2011, p. 36).

Segundo Ronald Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica; diz ele que “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.” (2011, p. 39). As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, enquanto os princípios possuem a dimensão do peso ou da importância. De acordo com Ronald Dworkin, é necessário abandonar a premissa de regra de reconhecimento de Herbert Hart porque ela não permite admitir que os princípios devam

ser tratados como direito; em linhas gerais, ele sugere rejeitar toda a concepção do positivismo jurídico que aposta na discricionariedade do juiz e sustenta a ideia de um ordenamento jurídico composto por normas (princípios e normas). Dworkin contesta a premissa de regra social de Hart e afirma que uma regra social de reconhecimento não se sustenta, na medida em que não possa ser aplicada a determinados casos. Na tentativa de superar o que seriam os limites da concepção de direito de Hart, é sugerida a existência de um ordenamento jurídico composto por regras e princípios, de modo a romper com o escalonamento de normas proposto pelo positivismo jurídico.

A crítica formulada por Dworkin está inserida nos desdobramento da virada linguística, de ênfase pragmática da normatividade. O que parece relevante é o fato de conferir-se importância à normatividade dos princípios, de modo a dar suporte sistemático às decisões judiciais, no contexto da estrutura de um ordenamento jurídico comprometido com a solução de casos complexos, decorrentes das demandas por direitos na sociedade pós-moderna. Mas a normatividade conferida aos princípios faz emergir em novos patamares o problema da relação entre direito e moral que o positivismo havia resolvido nos termos de um formalismo centrado na validade procedimental da lei. Em função desse impasse, os positivistas propuseram um desdobramento capaz de conceber a inclusão na norma de valores morais; trata-se de um positivismo mitigado ou, na terminologia que veio a ser adotada, um positivismo includente (2008, p.189-219).

Ronald Dworkin vai postular uma visão de ordenamento jurídico composto por normas e princípios, em que a distinção entre direito e moral perde sentido na medida em que as decisões judiciais consideram razões morais para ação. É nessa direção que Ronaldo Porto Macedo Junior sustenta que fazer a leitura do pensamento de Dworkin relacionado ao reforço da importância dos princípios, na constituição do direito, negligencia o que é mais importante que é a proposta metodológica de uma concepção interpretativista do direito, no sentido da necessidade de justificação desde o estágio semântica da norma, que coloca ênfase nos desacordos e no papel que a argumentação desempenha na conformação da normatividade (2014).

Na cultura jurídica brasileira, a assimilação da normatividade dos princípios, principalmente depois da Constituição de 1988, na esteira dos efeitos da virada linguística, em face das assimetrias sociais, aclimatou-se à dinâmica histórica de temperamento entre uma visão abstrata e conceitual dos institutos jurídicos e a prática de soluções exigidas pela situação do caso. Com variações de grau, foi o que ocorreu com as consequências da adoção do naturalismo jurídico que, como lembra José Reinaldo Lima Lopes, permaneceu a meio caminho entre a recusa à redução metodológica e à análise lógica da linguagem, no sentido neokantiano, ocupando-se da experiência jurídica como forma de compreensão da estrutura do ordenamento jurídico (2014, p. 236); o salto exigido pela virada linguística não

se mostrava possível em face dos conflitos na construção da socialidade brasileira.

A operabilidade da normatividade dos princípios no Brasil, conseqüentemente, permaneceu à beira da virada linguística; tanto serviu para o resgate de valores jusnaturalistas, em torno da premissa de dignidade da pessoa humana, que resultou na ampliação de formas de judicialização da vida, como também nutriu vieses abstratos e conceituais abrindo espaço para intensificar a judicialização da política, neste caso com uma torção: ao invés da colonização do sistema jurídico pelo sistema de poder, o sistema jurídico acabou colonizando o sistema de poder, com conseqüências imprevisíveis para o arranjo precário da democracia brasileira. Nas duas situações, os resultados mensuráveis indicam a configuração de perdas de certeza na aplicação do direito, que podem ser observadas, por exemplo, na erosão dos pressupostos de indenizabilidade, conforme o apontado por Anderson Shereiber (2013, p. 151-191), ou nos impasses das crises políticas que demandam soluções judicializadas, no modelo investigativo do inquérito e de audiências, ao invés de debates e formação de consensos.

De modo sintético, no caso brasileiro, o reconhecimento da normatividade dos princípios, ainda que tenha permitido ampliar a tutela de direitos, como no caso do direito à saúde, não chegou a representar alteração substancial na estrutura de desigualdades sociais, dado que a visão principialista do direito, ao invés de convergir para

adensar uma compreensão crítica da necessidade de mudança social, acabou refugiada em considerações abstratas e conceituais que, no limite, reforçam assimetrias no campo social e retrocessos no campo político. De algum modo, na situação brasileira, o sistema jurídico, em que pese a retórica, permanece tanto mais comprometido com a manutenção de direitos e titularidades do que com a promessa de mudança social. O paradoxo configurado tem consequências para a metodologia de fundamentação das decisões judiciais, que tanto pode apelar para o idealismo da abstração dos princípios, como forma de fuga da realidade dos conflitos e da violência na evolução da socialidade, como pode também reduzir-se a mero exercício de discricionariedade e de preferências políticas e ideológicas, no momento presente em que a partidarização do Poder Judiciário parece ter assumido contornos objetivos.

3. Racionalidade argumentativa, crise de fundamentos do direito e seus reflexos no Brasil

A conexão entre concepção interpretativista do direito e argumentação ganha relevo pelos reflexos que produz no alcance da fundamentação das decisões judiciais.

De acordo com Klaus Günther um dos principais problemas da sociedade, e conseqüentemente do direito, diz respeito a compatibilização entre ação, norma e situação; para enfrentar esse problema ele propõe uma racionalidade discursiva de fundamentação e de aplicação, em que pres-

suposta a aceitação das razões dos participantes, ao mesmo tempo em que o discurso esteja organizado segundo modelos procedimentais e por um princípio de reciprocidade (2011). A proposta de uma racionalidade argumentativa capaz de dar conta do desafio de fundamentar a relação entre ação, norma e situação coloca pelo menos duas questões, que devem ser vistas por uma ótica de complementaridade funcional: i) a relacionada à verdade; ii) e a outra relacionada ao direito à justificação como critério de justiça.

O critério de verdade que a fundamentação da decisão judicial exige tem uma vertente procedimental e outra dialógica, ambas conectadas por um critério de justiça ou de justificação. Logo, na relação entre racionalidade argumentativa e fundamentação da decisão judicial, o que possa ser verdadeiro se estrutura por uma procedimentalidade e por uma convenção em que pressuposto o risco de distanciamento das possibilidades de evidência empírica.

A ideia de intencionalidade que confere sentido à ação humana, nos moldes do delineado por H.L.A. Hart, tem ligação com os pressupostos da filosofia analítica, que pressupõe o que Giuseppe Zaccaria qualifica de intervenção ativa do sujeito no mundo, em face de uma observação neutra e da objetividade dos fatos; no âmbito do direito, segundo ele, a filosofia analítica teria propiciado formas de enunciados declarativos (2004, p. 166). O caráter declarativo do enunciado parte do pressuposto de que existe uma correspondência entre linguagem descritiva e objetividade do mundo e conduz à assertiva de

uma verdade inscrita na ordem da natureza das coisas. Os juízos meramente declarativos, característicos do modelo do direito da modernidade, adquirem sentido quando compreendidos à luz das concepções da filosofia analítica. O dever do juiz de declarar o direito aplicável ao caso, pressuposto pelo direito processual moderno, deriva da concepção de linguagem descritiva e de neutralidade em relação a valores morais. O recurso argumentativo nesse tipo de concepção do direito e de decisão judicial assume caráter secundário, em face da objetividade inquestionável da verdade que se manifesta no decidido.

O caráter problemático da ideia de verdade inscrita na objetividade das coisas e do mundo emerge quando se torna evidente que não existe uma correspondência entre linguagem descritiva e objetividade do mundo.

No momento em que na pintura a representação da natureza não fazia mais sentido, em face da tecnologia da fotografia, e que conseqüentemente se tornou problemático captar o sentido exato da incidência dos raios de sol sobre o campo e as árvores, segundo E. H. Gombrich, ficou evidente para os artistas que a arte trata do estabelecimento de relações. Como diz ele, o pintor não investiga a natureza do mundo físico, mas as relações do ser humano com o mundo; ele não trata das causas, mas dos mecanismos dos efeitos; a arte trata de elaborar uma imagem convincente da realidade e o quanto essa elaboração repercute efeitos psicológicos de sentimento e de compreensão da beleza (2007, p. 29-54). O problema da verdade, portanto, tem um

caráter relacional o que implica a questão da linguagem. Consequentemente, o pressuposto de uma verdade inscrita na objetividade do mundo, a ser desvendada pelo sujeito, perde relevância. Do ponto de vista jurídico, significa admitir que a redução da fundamentação das decisões judiciais a mero caráter declaratório já não se mostra suficiente para dar conta da complexidade do ato de interpretação e de aplicação do direito.

A questão da verdade a ser enfrentada na fundamentação das decisões judiciais assume outro sentido; trata-se do quanto o enunciado da decisão judicial incorpora uma relação fenomenológica e existencial com o mundo da vida. Não se trata, obviamente, de um apelo estrito a verdade material, mas de assimilar a materialidade da trama de relações em que configurado o caso e a relação jurídica. Como na arte, se trata da tarefa a que se refere E. H. Gombrich de elaborar categorias para pensar a experiência; ou de atentar para o fato de que a linguagem não se presta apenas para elaborar conceitos ou dar nome as coisas, mas para articular a experiência do homem no mundo (2007, p. 76-77).

No caso específico da fundamentação das decisões judiciais se tratar de analisar o modo como articuladas as relações que permitem estabelecer o alcance da verdade e, consequentemente, do direito à justificação como critério de justiça.

Michel Foucault chama a atenção para a forma como a instituição judiciária se consolida a partir do Medievo;

configura-se um poder judiciário que utiliza o inquérito como meio do que ele denomina de gestão, de exercício do poder, de autenticar a verdade e de estruturar informações que possam ser consideradas verdadeiras; o inquérito, segundo Michel Foucault, é uma forma de saber-poder, que permite compreender as relações entre conflitos de conhecimento e determinações econômicas-políticas (2013, p. 57-79). A forma do inquérito, que articula investigação, perguntas e respostas, permite articular relações. A decisão que a sentença encerra somente se torna possível pela forma do inquérito que articula relações de investigação e prova. O direito processual, portanto, de algum modo, sempre estrutura uma forma de inquérito, que tem por objetivo obter a verdade sobre o fato que está na essência da relação jurídica.

A prova constitui o eixo de apuração da verdade que se opera no desenvolvimento do processo. Configura-se, portanto, uma relação entre prova e verdade no processo; de acordo com Jordi Ferrer Beltrán, a prova jurídica tem como finalidade alcançar o conhecimento acerca da verdade dos enunciados fáticos do caso. Não se trata, contudo, de estabelecer uma verdade ontológica; o que segundo Jordi Ferrer Beltrán está em causa é a possibilidade de incorporar ao processo elementos probatórios suficientes a favor da verdade de uma proposição, de tal modo que o juiz possa considerá-la provada e incorporá-la às razões da decisão na sentença (2005, p. 74-75) A produção de provas não se destina a estabelecer o que é verdade, mas

o que pode ser aceito como verdadeiro para a solução do conflito. Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti, assinala que, por força dos paradigmas da teoria da argumentação, o processo trata da solução de problemas e não da averiguação da verdade (2009, p. 179).

O critério de verdade que o processo encerra, mediante o escrutínio da prova, na forma do inquérito, assume um caráter convencional, ligado ao modo como estruturado o contraditório e a solução do conflito. Embora não esteja voltada para certificar uma verdade última, essa convencionalidade precisa encontrar um suporte lógico na realidade, sob pena de retirar legitimidade do procedimento de decisão judicial.

O que é aceito como verdadeiro no processo para fins de estruturar a fundamentação das decisões judiciais deriva da construção de relações no desenvolvimento do exercício do contraditório. O papel da racionalidade argumentativa reside exatamente no estabelecimento dessas relações que permitem que um enunciado seja aceito como verdadeiro e, ao mesmo tempo, não esteja em contradição lógica com o que ocorre na realidade da vida em sociedade.

Em face do caráter convencional da verdade para o direito, a racionalidade argumentativa se confronta com dois riscos: a) o de assumir uma perspectiva idealista e abstrata e b) o de limitar a compreensão dos desdobramento dos fatos e da realidade social subjacente ao caso, por meio daquilo que Mario Barcellona identificou na Itália de “ideia

do social”, na esteira da crise dos postulados do pantectismo e do juspositivismo (2006, p. 40-41). Em relação ao primeiro risco, a racionalidade argumentativa pode apoiar-se em um principalismo de ampliação de critérios de ponderação e proporcionalidade, que aceita todas as soluções possíveis para o caso. No segundo risco, a racionalidade argumentativa pode não ser capaz de romper com o que Fabio Ciaramelli identifica como a única forma de consenso possível, no contexto da economia globalizada, que são as práticas instrumentais ditadas pelos mercados; em uma sociedade incapaz de exprimir-se por meio de representação parlamentar, ou incapaz de objetivar uma legitimidade a partir do consenso político, resta apenas a entrega ao jogo dos mercados e a uma legitimação baseada em fundamentos de consenso econômico (2013, p. 226-228).

Não é mais o caso de considerar que o sistema jurídico consolida um consenso social que se estrutura em torno da lei; como adverte Fabio Ciaramelli, na atualidade, manifesta-se uma produção descentralizada de formas de consenso social, ou seja, a normatividade é produto de uma gestão difusa e negociada (2013, p. 207-208). Não se trata apenas de uma crise da centralidade da lei, nos termos do formulado por Tércio Sampaio Ferraz Junior, e de uma reorientação judicialista da normatividade (2014); considerado o que afirma Fabio Ciaramelli de configuração de uma forma de normatividade que não está estabilizada no texto da lei, mas que depende de consensos difusos, resulta caracterizada uma crise de fundamentos

do direito, que produz efeitos no alcance da fundamentação das decisões judiciais.

Para adquirir legitimidade e preservar o caráter convencional da verdade no processo, a racionalidade argumentativa necessita estar atrelada a um direito à justificação. De acordo com Rainer Forst, no fundamento dos direitos humanos está o direito à justificação (*Rechtfertigungsverhältnisse*) que, na dimensão procedimental, significa que ninguém pode ser submetido ao sistema jurídico sem que possa participar da vida social como ser de justificação (2015, p. 56).

Em termos de síntese, pode-se dizer que, na realidade brasileira, parece manifestar-se uma racionalidade argumentativa enredada por consensos precários em torno de interesses mercantis, com seu corolário de uma “ideia do social”; ao mesmo tempo, de forma paradoxal, manifesta-se a falta de legitimidade da lei e do direito, em que a normatividade deriva de uma negociação contingente, com a conseqüente insegurança jurídica, as perdas de certeza e os questionamentos sobre a imparcialidade de julgamentos, vistos como representativos de interesses políticos, econômicos e ideológicos. Configura-se o cenário de distanciamento entre a fundamentação das decisões judiciais e o direito à justificação, tomado como critério de justiça, com o conseqüente descrédito do sistema jurídico e de sua aptidão para a solução dos impasses da vida em sociedade. O quanto a fundamentação das decisões judiciais no Brasil possa incorporar o sentido de uma

democracia aberta ao direito à justificação do exercício do poder dependerá do compromisso da prática de argumentação com os desdobramentos da normatividade no contexto das formas de vida em sociedade.

4. Fundamentação das decisões judiciais: o CPC de 2015 e a solução normativa entre fato e norma no contexto da normatividade dos princípios e da racionalidade argumentativa

A dogmática em torno da fundamentação das decisões judiciais, na realidade brasileira, necessita enfrentar a questão da normatividade dos princípios e o caráter idealista que ela assumiu na tarefa de interpretação e aplicação do direito. Também precisa dar conta das exigências da racionalidade argumentativa e seus limites em face da crise dos fundamentos do direito, que parece paralisar a mudança social e a evolução da democracia.

Um momento privilegiado para o exame dos reflexos dessas questões nos fundamentos da fundamentação da decisão judicial é o que envolve a relação entre fato e norma e suas determinantes normativas. O inciso I do § 1.º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 contempla uma regra exemplar da complexidade das relações entre fato e norma na aplicação do direito. Segundo essa regra, “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato

normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Convém verificar a partir dessa regra como pode ser compreendida a relação entre fato e norma e o modo como ela diz respeito à normatividade dos princípios e à racionalidade argumentativa. Por esse caminho, será possível delimitar uma prática de fundamentação das decisões judiciais de compromisso com os interesses da pessoa e da democracia. Para essa análise, é necessário tratar inicialmente do alcance da normatividade da fundamentação das decisões judiciais no CPC de 2015 para, na sequência, estabelecer os contornos de uma prática de fundamentação condizente com a complexidade do momento atual na realidade brasileira.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 abriu espaço para uma racionalidade argumentativa característica do modelo de precedentes. De acordo com Anderson Cortez Mendes reforça-se a necessidade de fundamentação, nos termos do que determina o art. 489 do Código de Processo Civil; buscou-se estabelecer as razões da decisão e operacionalizar critérios de distinção (2015, p. 2-28). A racionalidade argumentativa se estrutura no Código de Processo Civil brasileiro em dois eixos principais: 1) o contraditório e 2) a fundamentação das decisões judiciais.

Nicola Picardi relaciona o contraditório no processo judicial a uma lógica orientada por técnicas argumentativas e justificativas; por essa lógica, diz ele, o contraditório traduz investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes, no âmbito do provável e do razoável, não

do necessário e do inevitável; o contraditório constitui instrumento de investigação da verdade provável (2008, p. 127-141). Pelo contraditório se desenvolve no processo a construção da verdade. Consequentemente, a fundamentação das decisões judiciais, observado o princípio da cooperação (art 6.º do CPC de 2015) impõe um dever que abrange também a atividade das partes e dos seus advogados, conforme, inclusive, o defendido por Fredie Didier Junior e Ravi Peixoto, no sentido de uma comunidade de diálogo dos sujeitos processuais (2018, p. 85-97). Mas o que é mais importante é a conexão direta que se estabelece no processo, por meio do contraditório, entre racionalidade argumentativa e construção da verdade.

Por outro lado, a normatividade dos princípios, que inclui a operabilidade de cláusulas abertas e de precedentes, potencializa a complexidade da relação entre fato e norma. Tereza Arruda Alvim reconhece que a interpretação e a aplicação de princípios enfrentam as dificuldades de consenso em torno de significados característicos da heterogeneidade da sociedade atual; ao mesmo tempo, diz ela, as regras do art. 489, I e II do CPC de 2015 exigem maior densidade da fundamentação da decisão judicial que se apoia em princípios (2018, p. 244-245).

O Código de Processo Civil de 2015 adotou um modelo de dizer o que é decisão fundamentada por uma fórmula de exclusão, a de considerar o que não é decisão judicial fundamentada; seguiu-se uma solução de acordo com o que propunha Marcelo Lima Guerra de que, se não

é possível encontrar um limite para as possibilidades de fundamentação, do ponto de vista lógico, é possível identificar o que não é decisão judicial fundamentada (2006, p. 517-541). Está pressuposto na sistemática de regulação do fundamento das decisões judiciais infinitas possibilidades de fundamentação. A normatividade conferida aos princípios amplia as possibilidades de fundamentação, ao mesmo tempo em que multiplica instabilidades de sentidos, de modo a dificultar o controle da decisão pelas partes e seus advogados. Conforme afirmam Francisco Cardozo Oliveira e Miguel Kfoury Neto, a saída para esse impasse, considerada a regra do inc. I. do § 1.º do art. 489 do CPC, pode estar na compreensão do caráter constitutivo da relação entre fatos e normas, visto na perspectiva do caso concreto (2015, p. 203-232). Esse caráter constitutivo, que repercute na configuração do direito afirmado pela parte no processo, precisa desdobrar efeitos compatíveis com a verdade que possa ser compreendida no contexto da própria fundamentação da decisão judicial e na realidade da vida social.

Observada a complexidade da relação normativa entre fato e norma, que tem caráter constitutivo de direitos, a normatividade dos princípios e a racionalidade argumentativa remetem para uma compreensão da normatividade que coloca em evidência o fato e, conseqüentemente, os elementos do caso concreto. Do ponto de vista do direito processual, Michele Taruffo sustenta, inclusive, que o problema central do processo e da prova é determinar a ver-

dade dos fatos (2011, p. 21-87). A relevância dos fatos para o direito não se restringe ao âmbito do direito processual, embora seja no processo que emerge o caráter exemplar da hermenêutica em face do caso; a orientação da normatividade para o fático e a complexidade do caso implica assimilar uma compreensão do caráter fenomenológico do direito, em que o sentido da lei precisa alcançar a dinâmica da linguagem e dos usos das várias possibilidades de formas de vida. De certo modo, admitir a orientação da normatividade para os fatos remete de volta ao pensamento de H.L.A. Hart dado que, conforme assevera John Finnis, nele se define a importância do sentido interno da ação, no contexto da vida social (2012, p. 29-58). Assumir a dimensão do fático na constituição da normatividade do direito exige dos operadores jurídicos uma compreensão dos desdobramentos materiais da vida da pessoa em sociedade; operar sob a racionalidade argumentativa e com a normatividade dos princípios demanda entender, acima de tudo, o modo como se articula a vida da pessoa em sociedade; veja-se, por exemplo, o direito do consumo e seus desdobramento nas práticas de mercado em termos de acesso a bens; o direito de indenização e as dinâmicas de risco da sociedade tecnológica, que envolve um alcance mais complexo do estabelecimento de nexos de causalidade; o direito das famílias e as várias formas de convivência e de afeto entre as pessoas; a ampliação de formas de punição no direito penal e o consequente aumento de prisões como resposta aos conflitos na vida social; o direito do trabalho e a redução de formas de empregabilidade formal. O alcance da funda-

mentação das decisões judiciais dependerá do modo como os operadores do direito consigam recolher na complexidade linguística das formas de vida os elementos determinantes do fato capaz de constituir direitos e titularidades. Mas essa compreensão não se dá de forma apriorística; ela é fruto de uma prática, que não se reduz à técnica; trata-se de uma prática de compartilhamento do sentido e da linguagem dos modos de vida.

De forma sintética, como se observa, o problema da fundamentação das decisões judiciais tem uma dimensão jurídica, regulada desde a Constituição da República (art. 93, inc. IX), e agora detalhada no CPC de 2015, mas tem também uma dimensão atrelada à construção da socialidade na medida em que, neste último caso, diz respeito a uma compreensão das formas de vida e o modo como nelas se articulam os sentidos que abrem espaço para a titularização de direitos. Da compreensão dessas formas de vida e dos seus desdobramentos materiais dependerá a elaboração de argumentos e a construção da normatividade de regras e princípios.

5. Conclusões

A reflexão levada a efeito procurou analisar as relações entre normatividade dos princípios, racionalidade argumentativa e os desdobramentos da socialidade no Brasil, com o propósito de estabelecer os fundamentos de uma prática de fundamentação das decisões judiciais.

T.W. Adorno afirmava que não existe prática sem mediação teórica. Logo, para desenvolver uma ação no mundo é necessário antes elaborar uma construção teórica. Nesse sentido, a análise conduziu a uma síntese conclusiva incontornável: o alcance da fundamentação das decisões judiciais depende de uma prática que envolve a compreensão dos fatos, no contexto das formas de vida constituintes da dinâmica de evolução social.

Aceita essa premissa, em termos de conclusões, é necessário indicar os obstáculos que emergem e que podem comprometer uma correta compreensão dos fatos que conferem sentido à normatividade e à tutela de direitos. O primeiro obstáculo que emerge da análise decorre dos limites da virada linguística implicada no Brasil com uma dinâmica social e econômica de avanços e de retrocessos, em que se manifestam formas de judicialização da vida e da política, mediadas por concepções idealistas e abstratas da normatividade dos princípios, com os consequentes bloqueios para a democracia e para a ampliação de direitos. O segundo obstáculo reside nos limites da racionalidade argumentativa enredada em um principialismo que multiplica critérios de ponderação e de proporcionalidade, de que resultam soluções contraditórias, de pouca efetividade, em face das dificuldades de consensos mínimos para além das práticas ditadas pelos mercados e pela globalização econômica.

Em um sentido prático, a contribuição que resulta da análise pode ser resumida no seguinte: não se tra-

ta de aprender uma técnica ou de elaborar um modelo de fundamentação das decisões judiciais, que permita apontar aquelas que são desfundamentadas e exigem correção na via dos recursos; somente o contexto do caso e a solução articulada podem indicar os limites da fundamentação. Mas a vida é curta demais para aprender caso a caso; se trata então de compreender a articulação dos elementos jurídicos e sociais dos fundamentos da fundamentação das decisões judiciais. Por meio dessa compreensão pode se tornar mais fácil para advogados, promotores e juízes cooperarem no processo, no interesse da pessoa e da democracia, de modo a construir a fundamentação das decisões judiciais que esteja verdadeiramente comprometida com um direito à justificação, capaz de, ao mesmo tempo, questionar o exercício do poder e evitar a submissão à violência, com mais urgência nestes tempos sombrios de intolerância, de desrespeito e de instrumentalização do outro.

Referências bibliográficas

ALWIM, Teresa Arruda. **Embargos de declaração** – como se motiva uma decisão judicial? 4.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARCELONA, Mario. **Crítica del nichilismo jurídico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2006.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

CANO, Roberto M. Jiménez. **Una metateoría del positivismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

CIARAMELLI, Fábio. **Consenso sociale e legittimazione giuridica** – lezione di filosofia del diritto. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013.

DIDIER JR. Fredie; PEIXOTO, Ravi. O art. 489, § 1.º do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. **Revista jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Ano 3, n.º 1, maio de 2018, p. 85-97.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ª ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Editora Noeses, 2014.

FINNIS, John. Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho. In KRAMER, GRANT, COLBURN, HATZISTAVROU (Comp.). **El legado de H.L.A. Hart**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 29-58.

FORST, Rainer. **Justificación y crítica** – perspectivas de una teoría crítica de la política. Buenos Aires, Katz Editores, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

GOMBRICH, E.H. **Arte e ilusão** – um estudo da psicologia da representação pictórica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

KUHN, S. Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9.^a ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial** – fundamentos de direito. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia** – Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculares. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Pós-graduação em direito da UERJ, vol. 16, julho-dezembro de 2015, p. 2-28.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da fundamentação da decisão judicial

na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do § 1.º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. In VASCONCELOS, Fernando Adreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.) **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 203-232.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** São Paulo: Editora Atlas, 2013.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4.^a ed. Barcelona: Editorial Trotta S.A., 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas.** Barcelona: Editorial Crítica, 2008.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.