
A fundamentação como condição de possibilidade da decisão judicial

Retomando alguns textos anteriores, aprofundaremos na coluna de hoje um tema a respeito da fundamentação da decisão judicial.

Já fizemos algumas considerações sobre as Teorias da Argumentação Jurídica (TAJ) e a distinção entre *discovery* e *justification* ([aqui](#)), com a relembração, aqui, apenas de seu ponto nuclear: “a decisão e a sua fundamentação não ocorrem no mesmo momento, pois se dariam em contextos diferentes: o contexto da descoberta, onde a decisão seria *encontrada* pelo julgador, e o contexto da justificação, no qual haveria a construção de argumentos aptos a legitimar a decisão já tomada”.¹

Também já nos manifestamos sobre as racionalidades hermenêutica e apofântica ([aqui](#)) e uma inicial abordagem sobre a fundamentação e o contraditório ([aqui](#)).

Assim, na coluna de hoje, aprofundaremos o tema acerca da fundamentação vista a partir de sua posição como condição de possibilidade da decisão judicial.

É preciso, inicialmente, reconhecermos que a aposta na manutenção da distinção entre os contextos acima descritos faz com que continuemos a afirmar, mesmo que implicitamente, que *decido primeiro, e fundamento depois*.² O que também pode ser notado nas ideias defensoras de uma fundamentação como justificação de uma decisão intuitiva³ e/ou a justificação de uma decisão tomada por intuição, sentimento ou vontade.⁴

Mas, por que não se decide primeiro e se fundamenta depois?

Ora, partindo do abandono à divisão entre os contextos e reconhecendo os dois níveis de racionalidade, não podemos admitir como correta a afirmação de que o juiz *decide primeiro e fundamenta depois*. Ao contrário. O juiz só decide porque já encontrou o fundamento.⁵ Daí, uma conclusão fatal: ser a decisão parte inexorável (dependente) do fundamento.⁶ Entendimento diverso é defender, ainda que sob nova roupagem, a interpretação como um ato de vontade e a fundamentação (como justificação do ato decisório) como um mero ornamento ou adereço.⁷

Assim, fugindo de entendimento de que a fundamentação consistiria em mera justificativa (ornamento) de uma decisão subjetivista-solipsista, ou seja, superando-se a sua aceitação de modo teleológico (independentemente dos motivos considerados), a superação deste paradigma subjetivista faz com que entendamos a decisão judicial e sua fundamentação a partir da intersubjetividade, a qual consiste em condição para o surgimento de uma decisão.⁸ Daí a impossibilidade de aceitarmos a ideia de que o magistrado primeiro decide o caso concreto, e posteriormente elabora um *discurso justificativo* dessa decisão já tomada.⁹⁻¹⁰

Se o que foi dito sobre a circularidade da compreensão e o caráter indispensável do momento hermenêutico na interpretação for correto, os dois primeiros “elementos” (a “descoberta” e a elaboração da decisão) já deveriam ocorrer conjuntamente com o terceiro (a argumentação). Do contrário, como se poderia explicar o primeiro momento, onde a decisão é “obtida”, se não pelo próprio raciocínio do julgador? É apenas com a formulação de argumentos jurídicos que se pode tomar a decisão; admitir o contrário significaria retornar a hermenêutica clássica, onde o intérprete, dotado de um discernimento

privilegiado, revelava sentidos escondidos no texto. Na realidade, dizer que decidir (descobrir) e justificar (fundamentar) são momentos diferentes e admitir que a palavra sentença venha de “sentire”, como se o julgador usasse de sua sensibilidade no caso e só posteriormente fosse em busca de argumentos para validar o que instintivamente concluiu.¹¹

Como também já demonstrado ([aqui](#)), mesmo que inespecífico ao tema abordado nesta coluna ([aqui](#), sobre a atipicidade dos meios executivos), no âmbito jurídico torna-se necessário o afastamento da discricionariedade interpretativo-decisória como ponto primordial para a manutenção da saúde da democracia: decidir não é escolher. E em complemento, admitindo o paradigma hermenêutico-filosófico, a perspectiva de Dworkin e as propostas de Streck seguimos específico entendimento acerca da relação regra-princípio, o que nos impede de admitir valores, valorações, ponderações etc., no âmbito da decisão judicial.

Por isso, “*fundamentamos porque decidimos, e somente decidimos fundamentadamente*”.¹² E, só “se decide porque se interpreta; só se interpreta porque se compreende; só se compreende porque de fato há uma concepção prévia, que é a condição de possibilidade desse interpretar”.¹³ Então, seguindo essa perspectiva temos como necessário o reconhecimento da fundamentação como “condição de possibilidade para a implementação de direito fundamental de primeira dimensão”.¹⁴ E também que a “fundamentação é a condição de possibilidade para a legitimidade da decisão”.¹⁵ Daí entendermos que

[...] o julgamento deve se dar por princípios e não por questões políticas, por convicção moral ou outros argumentos teleológicos. Simplesmente o legislador quis dizer: o cidadão quando vai ao judiciário não vai pedir a opinião pessoal do juiz sobre determinado assunto; ele quer que o juiz diga o que o direito tem a dizer para ele. O legislador despersonalizou a aplicação da lei; em outras palavras: em uma democracia, não se pode depender da bondade ou da maldade de quem vai dizer o direito. Afinal, todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.¹⁶

É preciso, nesse contexto teórico, lembrarmos sempre o círculo hermenêutico, já que a fundamentação realmente faz parte dele, e, “como princípio constitucional, ela é a própria explicitação do ato de mover-se nesse círculo, constituindo a própria condição de possibilidade dele”.¹⁷ Assim, a fundamentação que “dá legitimidade a uma decisão judicial não é, e nem pode ser, baseada em uma estrutura previamente estabelecida como ideal (como completa, unívoca), já que o círculo hermenêutico ocorre, no processo de compreensão, diferentemente para cada situação concreta. *Não há como proceduralizar a compreensão*”.¹⁸

Portanto, qualquer decisão que não seja efetivamente fundamentada acarreta um decisionismo por meio do qual a crença do julgador sobrepõe-se até mesmo à interpretação da Constituição.¹⁹ É necessário, então, um reposicionamento do intérprete frente ao sistema de leis, devendo ser não só metodológico, mas também epistemológico, situando-se no “processo hermenêutico, no qual é a condição de ser no mundo que determinará o sentido último do texto analisado”.²⁰

Partindo, então, da ideia de que Gadamer entende a necessidade do caso concreto como condição de possibilidade para a interpretação/aplicação, temos que “é exatamente por intermédio da interpretação que se pode chegar a compreender a resposta correta para o caso. Nesta seara, a motivação da decisão demonstraria o *iter* realizado pelo julgador, justificando não só a decisão para o caso, como também

revelando o percurso estabelecido para a conclusão apresentada”.[21](#)

A visão de que o direito é uma prática interpretativa implica que sua concretização pragmática seja o momento de maior importância; por isso a ênfase na motivação da decisão judicial. O juiz, inserido em um contexto onde sua própria subjetividade não é (não pode ser) fator determinante da decisão, dialoga com as partes, e não estabelece decisões impositivamente. A justificação é importante na construção da resposta, pois é o momento de demonstrar a legitimidade da compreensão. Uma teoria coerente da decisão judicial precisa levar isso em conta, por mais que, como se disse, seja hercúleo o esforço para fundamentar adequadamente.[22](#)

Em outro aspecto, situação bastante recorrente na prática jurídica consiste na transformação da decisão judicial num silogismo jurídico, o que também impede o próprio controle da compreensão hermenêutica realizada no ato de julgar.[23](#) Ou seja, “o momento em que uma decisão [...] é ficticiamente reduzida a uma subsunção representa um *gap* hermenêutico, uma vala aberta para que falsas racionalidades ingressem no discurso jurídico e mascarem o conteúdo da decisão em si”.[24](#) Contudo, temos que reconhecer, por óbvio, que

[...] a fundamentação de uma decisão judicial pode conter, dentro da argumentação utilizada, racionalidades que podem ser enxergadas como silogismos. Praticamente todo juízo que relacione os fatos do caso a um conceito jurídico pode ser abordado como uma subsunção. O fato é que essa abordagem, em si, é redutora de complexidade do fenômeno jurídico, já que todo procedimentalismo reconduz a uma aceitação de um relativismo valorativo, e aí recairíamos no problema do fatalismo de Kelsen em relação a uma teoria da decisão. Ainda mais, querer crer que o processo de compreensão, reduzido a um esquema lógico-dedutivo, não perca sua legitimidade, e como querer transformar um *hard case* em um *easy case* : admite-se que a decisão foi tomada de outra forma mas se aceita que um acoplamento mecânico entre “fato” e “direito” resulte na demonstração correta dessa decisão. Para que seja possível averiguar o real conteúdo da decisão (isto é, sua adequação à Constituição), e preciso abandonar a construção de silogismos no raciocínio judicial, herança não superada da jurisprudência dos conceitos. É importante, ainda mais, abandonar a ilusão de que operações de lógica poderão dar conta de justificar o fenômeno jurídico.[25](#)

Por fim, em sentido conclusivo,

o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”... Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao direito da comunidade política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos acaba produzindo um prejuízo ao direito. Como bem diz Dworkin: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em

relação ao direito da comunidade política. [...] Daí a necessidade de ultrapassar o “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões [...]; é necessário justificar – e isso ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. [...] A justificativa é condição de possibilidade da legitimidade da decisão.²⁶

Entender, portanto, o verdadeiro papel da fundamentação da decisão judicial no contexto de um Constitucionalismo Contemporâneo ([aqui](#)) transcende as perspectivas reducionistas do tema ao âmbito do Direito Processual Civil (normalmente), atingindo, diretamente, a verificabilidade de todos os direitos fundamentais processuais no âmbito jurídico nacional.

E, infelizmente, mesmo que a partir de tantas novas propostas doutrinárias compatíveis com o novo CPC e com o entendimento de uma jurisdição mais constitucional(izada), entre dois caminhos inicialmente possíveis sobre o tema: um, da fundamentação como justificativa ornamentária de uma atividade decisória “anterior”, e outro, a fundamentação como condição de possibilidade da decisão proferida, parece-nos que nossa prática jurídica ainda permanece escolhendo o primeiro.²⁷

¹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. RT, 2015, p. 220.

² SCHMITZ, op. cit., p. 220-221. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Saraiva, 2014a, p. 615. ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 67.

³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. JusPODIVM, 2015, p. 200.

⁴ SCHMITZ, op. cit., p. 221.

⁵ STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT, 2014b, p. 217.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio et al. *Capítulo XIII – DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA, Seção II – Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença*. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo Carneiro da and FREIRE, Alexandre. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 886-888.

⁹ SCHMITZ, op. cit., p. 221. V. CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Gramma, 2016.

10 Para conferir diversas indicações de obras nacionais, v. Schmitz (2015, p. 220 e ss). Ainda sobre o tema: “Quando se decide e depois se busca a motivação, essa última será *pro forma*. O intuito de uma fundamentação dessas é tão somente a de preencher formalmente um dos elementos da sentença, mas não a aplicação do direito ao caso sob uma perspectiva hermenêutica. Decidir e depois buscar o fundamento consiste em fórmula que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, haja vista se tratar de uma forma de maquiagem verdadeira arbitrariedade, porque decidir conforme eu quero e depois buscar o fundamento, configura uma simples manobra para disfarçar arbitrariedades. Ademais, em um contexto, atualmente predominante, em que são admitidas: toleradas diversas decisões divergentes para o mesmo caso concreto, a fórmula “primeiro decido depois busco o fundamento”, constitui em forte alibi para se blindar qualquer tipo de favorecimento no judiciário, bem como decisões arbitrárias e discricionárias” ABBOUD, op. cit., p. 67.

11 SCHMITZ, op. cit., p. 222-223.

12 Ibidem, p. 153.

13 MOTTA, Cristina Reindeolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Livraria do Advogado, 2012.

14 Idem.

15 FLACH, Daisson. *Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro*. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Direito probatório*. 5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 113.

16 Idem.

17 MOTTA, op. cit., 2012.

18 SCHMITZ, op. cit., p. 127.

19 MOTTA, op. cit., 2012.

20 MOTTA, op. cit., 2012.

21 Idem.

22 SCHMITZ, op. cit., p. 158.

23 Ibidem, p. 219.

24 Idem.

25 SCHMITZ, op. cit., p. 219-220.

26 STRECK, 2014b, p. 321.

[27](#) A prática nos proporciona infindáveis exemplos de afrontas ao direito fundamental à fundamentação da decisão judicial, e aos descumprimentos aos comandos do art. 489 do CPC. Por exemplo, vejamos os casos das decisões interlocutórias nos processos de conhecimento que parecem estar blindadas aos efeitos do art. 489 e as decisões proferidas durante a execução envolvendo meios executivos.

Date Created

23/11/2019