
A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO MEIO DE CONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

JUDICIAL REASONING AS A WAY OF CONTAINING JUDICIAL POWER

MARCELO ANTONIO THEODORO

Doutor em Direito UFPR. Professor Associado de Direito Constitucional – UFMT.
Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Hermenêutica – UFMT

RUTH MARIA PEREIRA DOS SANTOS

Doutoranda em Direito Internacional e Europeu na Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, pesquisadora do CEDIS - Nova School of Law, UNL.

VANDERSON RAFAEL NASCIMENTO

Mestrando em Direitos Humanos e Fundamentais pela Universidade Federal de
Mato Grosso. Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Constitucional e
Hermenêutica (GConst).

RESUMO

Objetivos: O presente artigo pretende abordar temas ligados à fundamentação das decisões judiciais e a sua importância na construção de uma teoria da decisão que pretenda a contenção do poder do judiciário. O direito a uma decisão fundamentada não significa apenas a exposição dos motivos de decidir, mas também o direito a um procedimento adequado que ao final garanta às partes a possibilidade de contestar eventuais abusos. Ou seja, fundamentar também significa expor eventuais falhas.

Metodologia: Partindo-se da hipótese de que a fundamentação adequada pode produzir uma teoria da decisão pautada no controle do poder e racionalmente verificada pelas partes, e utilizando-se do método de investigação hipotético-



dedutivo, com a utilização da técnica bibliográfica, busca-se o falseamento da hipótese no decorrer deste ensaio.

Resultados: O artigo propõe-se a demonstrar que o estudo da fundamentação das decisões judiciais e do controle do poder judicial tem fundamental importância no estado da arte do ordenamento jurídico, que preza (ou pretende prezar) pela responsabilização e pelo império do Direito e que, partir de uma teoria da decisão pautada no respeito à Constituição e baseada em uma coerência com a tradição argumentativa pode-se chegar à resposta mais ou menos adequada ao caso concreto, minimamente capaz de dar previsibilidade e estabilidade às decisões futuras.

Contribuições: Portanto, o estudo do tema carrega consigo a necessidade de repensar o modelo de poderes estatais de forma a tentar demonstrar um conceito jurídico ao dever de fundamentação.

Palavras-Chave: Fundamentação; Decisão judicial; Controle

ABSTRACT

Objective: This paper intends to address issues related to the reasoning of judicial decisions and their importance in the construction of a theory of decision that seeks to restrain the power of the judiciary. The right to a reasoned decision not only means a statement of the grounds for a decision, but also a right to an appropriate procedure which, in the end, ensures the parties the possibility of contesting possible abuses.

Methodology: Starting from the hypothesis that the adequate foundation can produce a theory of decision based on the control of power and rationally verified by the parties, and using the hypothetical-deductive investigation method, with the use of bibliographic technique, this essay aims at the falsification of the hypothesis.

Results: The article aims to demonstrate that the study of the reasoning of judicial decisions and the control of the judiciary is fundamentally important in the state of the art of the legal system, which values (or intends to value) accountability and the rule of law and that, starting from a theory of decision based on respect for the Constitution and based on coherence with the argumentative tradition, one can get a more or less adequate answer to the specific case, minimally capable of providing predictability and stability to future decisions.

Contributions: Therefore, the study of the subject carries with it the need to rethink the model of state powers in order to try to demonstrate a legal concept of the duty to give reasons.



Keywords: Reasoning; Judicial decision; Control.

1 INTRODUÇÃO

Decidir em um processo judicial é um ato de poder. Por essa razão, a fundamentação das decisões judiciais surge como conjugação e manifestação de diversos elementos de controle do poder estatal, despontando como demonstração do devido processo legal substantivo, da segurança jurídica e, no ponto que interessa a presente análise, como possível forma de legitimação da própria atuação estatal. Legitimação que se faz necessária ao combate de arbítrios e atuações pautadas em voluntarismo, já que em um Estado Democrático de Direito a construção de uma decisão judicial deve ter por norte a própria Constituição – que institui, em diversos aspectos, o controle do poder do Estado.

Sob uma perspectiva contratualista, da qual o trabalho toma por base, a partir do momento em que os indivíduos se sujeitam à vida em Estado, com a diminuição de suas liberdades para a fuga do estado de natureza, à organização criada foi dado o poder-dever de decidir sobre as questões em conflito, a decisão judicial passa a ser pura e clara manifestação deste poder. A obrigação estatal de condenar e aprisionar uma pessoa quando transgressora da ordem estabelecida, por exemplo, também representa a força do aparelho criado e a capacidade estatal de orientar outras condutas a partir de sua vontade, por meio de exigências, solicitações ou coação – aqui também toda a discussão acerca da obediência à lei e a complexidade que a discussão carrega (HART, 2001, p. 60 e seguintes). De todo modo, é somente a partir de uma decisão judicial fundamentada e pautada na utilização de formas de racionalização e controle da atuação estatal que a resposta judicial será legitimada como um verdadeiro e legítimo poder de resolução de conflitos (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 289).

Neste aspecto, sendo a legitimação do Estado-julgador respaldada a partir da decisão judicial, parece sem dúvidas de que esta deve ser vista com a maior seriedade possível com o intuito de se evitar o abuso ou o arbítrio no poder. Ocorre,



porém, que o direito à fundamentação não é explícito em si mesmo quanto ao seu conteúdo, sendo que entender exato de o que constitui uma decisão judicial fundamentada é mais difícil do que aparenta, principalmente porque a construção dessa legitimação por diversas vezes perpassa pela própria concepção de Estado que se adota. É dizer, em um regime autoritário, os níveis de exigência para condenar ou absolver podem ser diferentes a depender do viés ideológico ao qual a pessoa se filia, sendo algo que, à primeira vista, seria impensável em um regime democrático.

Portanto, se o que se considera fundamentar uma decisão judicial pode ser mutável a depender do tempo, espaço e do regime político, parece haver um claro problema sobre o que é a delimitação de sentidos do dever de fundamentação das decisões judiciais. O problema, então, seria como construir ou repensar uma teoria da decisão judicial adequada ao atual estado da arte dos mecanismos de contenção do poder, de democracia e de império do direito e qual o papel da fundamentação das decisões judiciais neste espectro.

O objetivo principal do trabalho, então, está restrito à discussão de como construir ou entender o dever de fundamentação das decisões judiciais como forma de contenção do poder judiciário, sempre em uma perspectiva de proteção de direitos. Especificamente, para além de compreender os argumentos que deram necessidade ao dever de fundamentação, sua evolução histórica, dimensão qualitativa etc., faz-se necessário analisar questões de justiça, de igualdade, bem como discutir formas de fundamentação e as diferenças para escolhas e discricionariedade a partir da revisão de literatura. É dizer, partindo-se da hipótese de que a fundamentação adequada pode produzir uma teoria da decisão pautada no controle do poder e racionalmente verificada pelas partes, e utilizando-se do método de investigação hipotético-dedutivo, com a utilização da técnica bibliográfica, buscase o falseamento da hipótese no decorrer deste ensaio.



2 A EVOLUÇÃO DE CONCEITOS: AS CONCEPÇÕES DE DIREITO, POSITIVISMO E JUSTIÇA DA DECISÃO

Com a passagem do tempo e as revoluções liberais, fez-se necessário repensar os poderes atribuídos ao Estado. Como parte da máquina, o crescimento do poder judiciário foi de certa forma inevitável e fez com que, a fim de impor contenção à atuação dos juízes, diversas medidas fossem tomadas. Entre as hipóteses de controle do poder, a criação de leis mais “claras e completas” despontou com relativo protagonismo (LUCCA, 2016, p. 90), porquanto supostamente a existência de um sem-número de normas escritas faria com que as decisões judiciais fossem racionais e preestabelecidas (LUCCA, 2010, p. 100). Em outras palavras, para evitar eventuais arbítrios do julgador primou-se pela diminuição de seus “espaços de manobra”.

Essa racionalização do direito a partir de preceitos predeterminados incentivou a procura de uma cientificidade na construção de normas escritas e facilitou o crescimento daquilo que comumente se chamou de *positivismo jurídico*. Para o bem ou para o mal, a origem da concepção positivista do direito, segundo a literatura, antes disto está ligada à própria formação do Estado moderno após a dissolução das sociedades medievais (BOBBIO, 1995, p. 26). Isso porque nestas sociedades antigas havia pluralidade de normas regentes, uma vez que diversos agrupamentos sociais produziam seu próprio direito – saliente-se que a concepção de direito produzido apenas pelo Estado diz respeito a uma percepção atual, sobretudo porque em outras épocas não preocupava à população a criação de normas (BOBBIO, 1995, p. 26). O intérprete, ao resolver o problema que lhe era apresentado, não se vinculava às normas jurídicas da concepção política dominante quando existente, possuindo certa liberdade na escolha da norma aplicável aos casos e todas as normas criadas pela sociedade tinham o mesmo *status* (a exemplo da equidade, costume, aquelas criadas por juristas etc.), sendo que somente após a formação do Estado moderno o juiz torna-se um funcionário público com regras específicas (do Estado) a serem seguidas (BOBBIO, 1996, p. 28).



O fenômeno positivista, porém, não é restrito à ciência jurídica e ao largo da história passou por diversos momentos históricos. Segundo Lênio Streck, a primeira fase do fenômeno agora discutido (chamada de positivismo Exegético ou Primevo), por exemplo, tinha por referências as ciências exatas e/ou naturais e o padrão de objetividade, em uma busca de constatações decorrentes da experimentação, racionais (STRECK, 2017, p. 43-44). Para ser exata e objetiva, a decisão judicial deveria derivar da lei ou dos códigos – que supostamente abarcariam toda a realidade – cabendo ao magistrado apenas o papel de declarar o direito por meio de juízos silogísticos (STRECK, 2017, p. 44), sem manifestar suas posições pessoais. Em palavras mais simples, para a escola exegética, não havia lugar para normas indeterminadas ou criação judicial, apenas para a aplicação do direito existente, tendo em vista a necessidade de moderar a atuação do juiz (LORENZETTI, 2010, p. 169). Portanto, buscava-se um padrão neutro de magistrado, sem espaço para um agir pautado em discricionariedades ou arbitrariedades. Por consequência, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, para o período primevo, não se expressaria como ato de poder do juiz, mas sim como a *vontade* da lei estabelecida.

A toda evidência, havia uma presunção de que o pensamento silogístico aristotélico, por intermédio de uma lógica dedutiva perfeita (de mera subsunção), fosse suficiente para que a norma fosse aplicada sem a necessidade de subjetividade ou qualquer aspecto externo ao direito racional (STAACK; SILVA, 2017).

Todavia, uma dissonância da concepção é a de que embora se diga que a discricionariedade fosse rejeitada no âmbito judicial, na seara legislativa imperava. Não havia controle da atuação legiferante, sendo por isso referenciado que a principal característica do positivismo jurídico desde outrora até a modernidade a discricionariedade, ainda que em centros de poder diferentes (STRECK, 2017, p. 42), porque embora prime pelo controle dos magistrados, não exigia esse rigor de responsabilização perante o legislador.



A ideia era de que se no pluralismo normativo não havia garantia dos cidadãos contra arbitrariedades do julgador, porquanto poderia extrair de seu senso a norma que melhor representasse seu interesse pessoal, a partir desta nova roupagem o legislador, ao impor regras iguais para todos, busca impedir a arbitrariedade do poder judiciário (BOBBIO, 1995, p. 38). O direito se torna produto da vontade de poderes dominantes, podendo ser o povo ou um tirano, não necessariamente fruto de consensos deliberativos. Seria direito *“simplesmente porque enuncia a vontade do Leviatã”* (STRECK, 2017, p. 45). E para garantir a estabilidade deste modelo argumentou-se no sentido de que se um magistrado abusa do poder em um processo judicial apenas as partes serão injustiçadas, mas se o legislador abusa, todavia, toda a sociedade sentirá as consequências de seus atos (BOBBIO, 1995, p. 38-39), razão pela qual sua construção era pautada na parcimônia e na justiça. Além do mais, apregoou-se que dar prevalência à criação de leis seria forma de modificar a sociedade porque enquanto o costume é passivo, por exemplo, a lei é ativa e pode impor mudanças sociais (BOBBIO, 1995, p. 120).

Contudo, o movimento jurídico passou a ser criticado em virtude do que convencionou chamar de concordância acrítica do direito posto (dever de seguir a lei apenas porque lei (BOBBIO, 1995, p. 225)) daqueles que atuavam, bem como porque foi considerado uma das causas de provocação ou favorecimento de regimes totalitários do século passado (GUANDALINI JUNIOR, 2011, p. 155). Essa concepção de ciência isenta de críticas fez com que o direito se afastasse de outras áreas e o faz recepcionar tudo aquilo que foi feito pelo legislativo sem qualquer distinção.

Já em relação à correlação do direito com a justiça, a concordância acrítica da lei resultou na cisão definitiva desses critérios, e a justiça passou a ser entendida a partir de várias concepções. Para Norberto Bobbio, por exemplo, a justiça seria expressa a partir de quatro concepções, buscando designar o justo a) como expressão do mais forte (concepção realista), e *“se identificamos a justiça com a vontade do mais forte, dado que a lei é por definição a expressão da vontade do soberano, isto é, do indivíduo (ou do grupo) mais poderoso na sociedade, somos obrigados a dizer que a lei é sempre justa”* (BOBBIO, 1995, p. 227); a lei é justa só



porque é a lei. Ou também poderia ser denominado por justo b) aquilo que as pessoas decidiram concordar por sê-lo (concepção convencionalista (BOBBIO, 1995, p. 228)).

As outras duas justificativas miravam a justiça a partir de uma razão maior, não necessariamente deste mundo. Assim, c) se o poder de mando vem do divino (concepção sagrada da autoridade), e se quem comanda foi investido por esse poder superior, aquilo que ordena sempre será justo, devendo ser obedecido não pela sanção, mas a partir do bem que isso representa (BOBBIO, 1995, p. 229), numa concepção de justiça como algo imanente à autoridade; ou, por última, que d) o Estado é portador da missão de realizar a *eticidade* não só no direito quanto na moral (concepção do Estado ético). Portanto, as leis “*possuem sempre um valor ético e exigem, portanto, a obediência incondicional dos súditos*”(BOBBIO, *idem*).

Sem dúvidas de que as concepções de justiça apresentadas por Bobbio não são (foram) únicas ao largo da história recente. Segundo Kelsen, em outro lado, somente enquanto categoria moral é que o direito seria entendido por justiça – em uma espécie de representação da felicidade social. Assim, como o direito não se confunde com a moral, a justiça também não pode ser definida a partir de uma teoria do direito (KELSEN, 2013, p. 77-78). Tércio Sampaio, por outro lado, argumenta que a justiça ou não do direito implica na sua própria aceitação: em sistemas nas quais a justiça é ausente, as perturbações existenciais prosperam (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 328).

John Rawls, por seu turno, sustentou que a procura da justiça pode se dar a *partir do procedimento*, que pode ser classificado em perfeita ou imperfeita. Na justiça procedimental perfeita, “*o essencial é que existe um critério independente para se decidir qual resultado é justo e um método com certeza levará a ele. É evidente que a justiça procedimental perfeita é rara, se não impossível, em casos de interesses muito mais práticos*” (RAWLS, 2008, p. 103-104). Baseia-se, como visto, em conceitos que certamente serão obtidos após o cumprimento de certos métodos.

Por outro lado, a justiça procedimental imperfeita é circunstancial, só havendo certa conclusão se as demais premissas se estabelecerem. Como por



exemplo, um julgamento, no qual percebe-se o critério fundante da justiça procedimental imperfeita, porque “*embora exista um critério independente para definir o resultado correto, não há um procedimento exequível que leve a ele infalivelmente*” (RAWLS, 2008, p. 104). Assim, embora seja seguida a lei criteriosamente, não necessariamente os resultados serão os mesmos porque os casos podem variar e as nuances podem levar a resultados diferentes.

De qualquer modo, independente da concepção de justiça aplicada, o passar dos anos fez crer que o positivismo em si mesmo não era suficiente para abarcar a realidade, sendo necessária uma mudança na forma de legislar para, por exemplo, proceder à criação de normas abertas ou indeterminadas no afã de aproximar a lei da justiça e da cobertura do maior número de situações possíveis. Ou seja, considerado insuficiente principalmente para garantir direitos fundamentais, o silogismo perde sua força como método de compreensão do direito, sendo repensado a partir de outras premissas.

Essa nova tendência de criação de leis de conteúdo amplo, porém, também serviu de fator intensificador da atuação do magistrado, que poderia corrigir essa interpretação aberta frente àquilo que entende por injustiça. A escola livre do direito e o realismo jurídico, por exemplo, tiveram o intuito de dar maiores possibilidades de atuação aos juízes, numa crítica à fetichização da lei, ao formalismo. Apostava-se na liberdade do juiz para encontrar o “justo” nos casos (STRECK, 2017, p. 45). Novamente a discricionariedade se mostra presente, só que agora no poder judiciário (exemplo pertinente diz respeito ao realismo jurídico, porquanto advogado da premissa de que o direito é aquilo que dizem os tribunais (STRECK, *idem*)).

Hans Kelsen, que, como dito, buscou separar o direito das influências externas (política, ideologia, economia, moral etc.), no intuito de construir alicerces de justificação da decisão judicial a partir da autoridade, sustentou que embora existindo diversas possibilidades de aplicação da norma positiva perante o caso, nenhuma delas seria mais correta que a outra porque todas estariam conforme ao direito (KELSEN, 2013, capítulo VIII). Nesta linha argumentativa, qualquer decisão poderia ser justificável pela autoridade da decisão, porque dentro da moldura o juiz



pode decidir conforme entender. Contudo, a criação dos magistrados é limitada na própria lei, não podendo desta fugir.

Ronald Dworkin, por sua vez, em uma continuação à fuga do positivismo clássico, pretendeu defender que as partes num processo judicial possuem o direito de terem seus casos julgados a partir de normas previamente estabelecidas, o que impediria a discricionariedade e o poder criativo dos juízes (STRECK, 2017, p. 51) e exaltava a segurança jurídica. Todavia, o filósofo americano pretendeu justificar a atuação moralmente correta da lei a partir dos inúmeros princípios fundantes do ordenamento, que poderiam justificar a atuação do magistrado para além da regra, numa coerência com o ordenamento. Segundo o autor, os magistrados *“devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam”*, sobretudo porque o direito não autoriza (ou não deveria) a atuação discricionária em havendo uma história institucional (e princípios fundantes) que indica a melhor decisão a ser tomada em cada caso (STRECK, *idem*). A atividade do poder judiciário é como a de um autor de um romance em cadeia escrito por diversas pessoas, afinal é necessário que todos os que participam tragam coerência ao enredo. Ou seja, os tribunais e juízes são vinculados a uma cadeia de respostas anteriores, mas isso não lhes tira a responsabilidade argumentativa, ainda mais porque devem buscar uma única resposta correta para cada caso (ARANGO, 2017, p. 35). Do mesmo modo que não se interpreta o direito em tiras¹, cabe ao intérprete manter o dever de coerência na construção das respostas que serão dadas.

Portanto, diversas são as concepções do limite da atuação dos magistrados e da lei. Como concatená-las aos casos, todavia, é outra tarefa que deve logo a frente ser explorada. Por ora, basta anotar que diversas concepções do direito, de positivismo e de justiça podem modificar as soluções apresentadas no que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais, mas que isso não necessariamente significa que a sua maior ou menor receptibilidade no decorrer do

¹ Frase do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, sendo que das muitas passagens, cita-se seu voto proferido no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101.



tempo significa a sua superioridade ou não em face das outras, sobretudo porque é o positivismo aquele quem detém maior espaço de discussão no correr dos séculos.

3 UM CONCEITO JURÍDICO AO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

Como já dito, o sentido dado ao direito à fundamentação das decisões judiciais não foi único no correr dos séculos, e nem hoje o é. Entender a natureza jurídica e os limites do preceito não é de todo fácil, sendo a pesquisa desses limites de peculiar relevância. No presente tópico, buscar-se-á descrever limites mínimos ao direito, bem como traçar comentários à trajetória, metodologia e conceito jurídico deste dever de fundamentação das decisões judiciais.

Como ponto inicial no que diz respeito à trajetória, frise-se que durante muito tempo o dever de fundamentação não recebeu maiores atenções por parte dos intérpretes judiciais e por parte da literatura, sendo as decisões judiciais entendidas como autênticas manifestações de poder, e não havia se falar em qualquer tipo de justificação racional (LUCCA, 2016, p. 90). Portanto, houve épocas nas quais não era necessário fundamentar as decisões judiciais justamente porque decorria da vontade do prolator, e o magistrado além de não se encontrar obrigado a fundamentar por vezes deveria ter por prudência não o fazer, haja vista que a exposição dos motivos poderia trazer à tona alguma nulidade ou desconformidade com o direito (LUCCA, 2016, p. 100-101).

Essa concepção de que as decisões eram desobrigadas de fundamentação evoluiu e o direito brasileiro, sobretudo a partir da Constituição de 1988, local de fala do qual esta pesquisa parte, não permite a tomada de decisões sem fundamentação. O poder atual do Estado não deve ser tão arbitrário a ponto de ignorar essa garantia tão cara ao Estado de Direito. Contudo, embora necessário o dever de fundamentação, entendido com um status constitucional, seu conteúdo *jurídico* teve diversas formas, algumas como propostas argumentativas criadas com o intuito de mitigá-lo.



De qualquer sorte, *decisão* é termo ligado a processos deliberativos, sendo tema complexo ligado à própria aprendizagem (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 286). Entretanto, não há como negar que conquanto o sistema jurídico hodierno abra amplo campo de atuação do intérprete em sua tarefa de “reconstruir” o direito do caso por intermédio de leis, costumes, normas constitucionais, princípios, regras etc., no que diz respeito à maneira de exercer essa reconstrução são necessários critérios mínimos capazes de garantir o Estado de Democrático de Direito.

Segundo Lorenzetti, o controle às decisões judiciais tem por primeiro passo repensar qualquer modelo de fundamentação baseado em interpretações subjetivas ou herméticas, buscando-se a criação de critérios mínimos de correção e limitação dos “tipos” de fundamentação (LORENZETTI, 2010, p. 38). Ainda que em um sistema aberto de argumentação² não é possível dizer que não há vinculação mínima daquele que decide, sendo tudo possível e toda argumentação legítima, sendo necessário encontrar critérios de validação do discurso (LORENZETTI, 2010, p. 68).

Assim, um dos problemas do sistema aberto é que pode acabar por empoderar o intérprete de maneira tão demasiada que as referências ao texto passariam a ser meramente instrumentais, para fundamentar algo que já decidiu, numa espécie de justificação de pré-conceitos. Como dito, não é crível que seja possível fazer toda e qualquer afirmação em uma decisão judicial, ou que tudo seja discutível e passível de argumentação ainda que sem correspondência com a verdade ou com o convencimento – tal qual essa ideia de interpretação hermética poderia levar a crer (LORENZETTI, 2010, p. 68). O fato de existirem normas jurídicas cujo conteúdo seja aberto pode ser benéfico nesta busca de uma sociedade plural e mais inclusiva, mas, à primeira vista, é difícil encontrar critérios de validação do discurso tomado somente a partir de tais normas. A atividade interpretativa se sustentaria apenas na subjetividade/vontade do intérprete, o que não deveria

² O autor denomina por sistema aberto todo conjunto de normas indeterminadas ou amplas no ordenamento jurídico cujo sentido não é de todo fácil de ser perquirido *prima facie*, demandando um maior grau interpretativo.



acontecer sobretudo se pensada a necessidade de se respeitar a dimensão de concordância existente nos processos legislativos.

Demais disso, é necessário estabelecer limites e critérios de validade dos argumentos (uma criação de regras e limites no campo “*concorrência entre argumentos e interpretações do direito*” (LORENZETTI, 2010, p. 72)), porque não os havendo qualquer conclusão não será respeitada porque tudo pode ser questionado em seus próprios fundamentos (LORENZETTI, *idem*). Assim, um dos primeiros limites é interno. É dizer: aos magistrados não é dada a possibilidade de fundamentar causas exclusivamente a partir de seus próprios *paradigmas*³ principalmente porque não são passíveis de controle por parte dos cidadãos já que são ocultos e permanecem apenas no íntimo de quem decide.

Na visão do autor, alguns paradigmas frequentemente aparecem como “respostas” aos casos atuando com o objetivo de

[...] proteger os débeis (paradigma protetor), os excluídos (paradigma do acesso), os bens coletivos (paradigma coletivo); organizar a sociedade (consequencialista), fazer respeitar os procedimentos antes de se obterem os fins de qualquer modo (paradigma do Estado de Direito). Os três primeiros paradigmas referidos acima se inclinam pela intervenção com fins paternalista, preferindo os resultados antes que os meios, e entram em tensão com os outros que se orientam pela busca da não intervenção e a preferência das formas antes que dos resultados, já que reforçam os procedimentos, na crença de que os resultados venham como derivação do seu respeito (LORENZETTI, 2010, 163-164).

Na verdade, nos julgamentos por paradigmas há um apego aos fins em detrimento dos meios, em busca da justiça pessoal de quem julga. E é por isso que neste sistema com rol protagonista, surgiram discussões acerca dos limites das posturas criativas que poderiam ser adotadas. Isto é, a discussão passou a cingir-se ao enfrentamento dos paradigmas a partir de limites normativos/semânticos, na velha discussão acerca da completude do sistema jurídico.

³ Paradigmas aqui entendidos como modelos decisórios com status anterior à regra e que condicionam as decisões. São as vontades do aplicador, influenciadas por suas visões de mundo. Há certa preferência ao contexto sobre a norma, emprestando o sentido que quer da norma, num modelo de decisão adotado de antemão pelo intérprete. Sobre o tema Cf.: LORENZETTI, 2010, p. 36 e seguintes.



Em uma postura formalista de criação de limites ao poder do magistrado, argumenta-se que o ordenamento legal teria plenitude e o juiz sempre poderá encontrar uma norma aplicável ao caso – aqui, normas entendidas como regras e princípios –, e mesmo quando não houver uma norma específica caberá ao intérprete, a partir da análise do sistema, encontrar aquela que mais se aproxime ao caso, sem poder se afastar e decidir arbitrariamente.

Para aquelas pessoas que se afastam do formalismo, todavia, o magistrado deve considerar a realidade e as mudanças produzidas no imaginário social porque levam sempre a lacunas que devem ser integradas. Àquele que decide, então, será dado o trabalho de fazê-lo a partir de critérios fora do direito e que podem constituir-se em valoração de interesses e experiências (LORENZETTI, 2010, p. 170).

Para Lorenzetti, a partir de uma análise do ordenamento da Argentina, seu país, é despidendo ir além da norma positiva para realizar a concretização de direitos, porque o sistema jurídico comporta soluções baseadas em direitos fundamentais positivados. Segundo o autor, então, há uma necessidade de respeito ao que chamada de *garantismo* na tomada de decisão, no sentido de não se autorizar a modificação de regras preestabelecidas para se obter o resultado que melhor pareça conveniente ao intérprete (LORENZETTI, 2010, p. 140).

Outro limite, segundo o autor, é de que o magistrado deve utilizar a razão para construir um acordo e buscar elementos de consenso, sempre que presente um cenário igualitário, livre de coação e com pessoas de igual capacidade. Ou, também, que o limite da justiça das decisões seria baseado nos direitos fundamentais, sendo tarefa do intérprete encontrar os consensos da maioria e limitá-los quando contrários a direito fundamentais (LORENZETTI, 2010, p. 185). Neste caso, “os *direitos fundamentais são regras que permitem distribuir o encargo da argumentação. Isso significa que quem quiser limitar ou restringir um direito fundamental tem o ônus de dar as razões para fazê-lo, seja na elaboração da lei ou no julgamento judicial*” (LORENZETTI, 2010, p. 221). Havendo dúvidas, a autonomia pessoal e a liberdade devem prevalecer (LORENZETTI, 2010, p. 223), bem como a interpretação que menor limite o direito fundamental, porque busca dar estabilidade e previsibilidade



ao sistema. A discricionariedade não deve ser defendida num sentido de retirar dos cidadãos a possibilidade de saber os motivos da decisão judicial, sendo no muito uma possibilidade de o juiz decidir entre alternativas legítimas (LORENZETTI, 2010, p. 157)⁴.

Parece, então, que estes primeiros limites e fundamentos do dever de fundamentação são *standards* mínimos da decisão judicial, devendo o magistrado ir para além de sua concepção de justiça para a resolução do caso. E deve manter uma coerência das decisões.

3.1 A IGUALDADE COMO LIMITE

Sabe-se que o direito moderno busca, por diversos motivos – seja para garantir o Estado de Direito, a segurança jurídica, a justiça etc. –, que as decisões judiciais sejam amparadas em normas preestabelecidos e que as decisões sejam tomadas independentemente da vontade pessoal do intérprete. Aqui, intérprete deve ser entendido tanto como quem cria quanto aquele que executa ou julga algo a partir da norma, sendo os limites à interpretação de cada um destes intérpretes pode ser tomada a partir de parâmetros diversos.

É de bem dizer que nesta sociedade aberta de intérpretes, na qual o processo de interpretação tem potencial vinculação um sem-número de atores (cidadãos, grupos, juízes, parlamentares etc., porquanto a interpretação deve levar em conta a realidade social (HABERLE, 1997, p. 12-13)), os parlamentares encontram limite ao criar as normas jurídicas no consenso deliberativo (em um mundo ideal, a partir de um agir comunicativo⁵)⁶, o administradores encontram o

⁴ Convém registrar que alguns autores fazem diferenciação entre arbitrariedade e discricionariedade, sendo arbitrário quando, embora haja uma resposta correta ou apta a ser utilizada, o intérprete opta por não aplicá-la. Discricionário, de sua vez, diz respeito à escolha entre duas ou mais possíveis, sem que isso afronte o direito ou seja utilizado para se chegar à escolha que o intérprete melhor acha correta. Todavia, essa divisão não é unânime. Lênio Streck, por exemplo, trata ambas como sendo prejudiciais. Neste sentido Cf.: STRECK, 2017, p. 59.

⁵ Agir comunicativo, segundo Habermas, diz respeito ao modelo no qual o processo de tomada de decisões, não necessariamente jurídicas, perpassa por contornos de discussão e exposição de pontos de vista. Não haveria uma imposição de preferências por conta do poder de um dos interlocutores, mas sim o encontro de um ponto em comum. Difere, portanto, do agir estratégico, no



limite no consenso da norma já criada, e os juízes, além da norma, encontram limites na Constituição – acima de tudo porque as maiorias eventuais, no exercício do poder derivado limitado nem sempre podem sobrepor-se à vontade constitucional original, a exemplo do que ocorre nas chamadas cláusulas pétreas.

Conforme dito, porém, nem sempre a norma é clara a ponto de um mero juízo silogístico fazer chegar a termo a controvérsia. Assim, segundo Ricardo Lorenzetti, os limites à atuação subjetiva se dariam nos limites semânticos da lei, na premissa de que não é necessário ir além da norma para concretizar direitos, bem como na constatação de que a argumentação deve ter por limite os direitos fundamentais.

Pontue-se de logo, contudo, que tais limites não são os únicos. O direito à igualdade, e. g., também uma forma de manutenção da coerência e de evitar decisionismos, haja vista que a solução para casos idênticos deve ser idêntica, se não houver razão de distinção. Segundo Tércio Sampaio, desde Aristóteles a igualdade é entendida como cerne e razoabilidade da justiça (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 329), sendo esta manutenção do padrão de resposta (respostas idênticas para casos idênticas) toma para si o aspecto do que Celso Antônio Bandeira de Mello conceituou por conceito jurídico do princípio da igualdade.

A lei não deve ser fonte de perseguições ou privilégios, mas instrumento que busca tratar equitativamente todos os cidadãos, já que este seria o conteúdo jurídico do direito à igualdade (MELLO, 2000), o que, no contexto analisado, significa um dever dos magistrados de seguir a Constituição e fundamentar todos os casos porque não há discriminação legítima compatível com a cláusula igualitária do dever de fundamentação – isto é, ausente qualquer interesse privilegiado na Constituição capaz de preterir o dever de fundamentar todos os julgamentos.

qual o poder de uma das partes atua e é impingido aos demais participantes, que não têm possibilidade de discutirem ou terem seus pontos de vistas respeitados. No sentido proposto, Cf. HABERMAS, Junger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Trad. Flávio Beno Siebeneichler.

⁶ Se antes o poder de quem decidia era visto até como uma atuação divina, não havendo como questionar os fundamentos, pode-se dizer que a possibilidade de controle ou de discussão da decisão é fenômeno relativamente moderno também ligado ao conceito de democracia deliberativa.



Este dever de igualdade conduz também à necessidade de fundamentação das decisões como forma de garantia da segurança e da coerência do raciocínio judicial, mantendo-o mais distante de eventuais equívocos ou utilização indevida, ainda que não intencional, das formas de fundamentação.

4 A RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

Depois de toda a incursão apresentada, é de bem questionar se se faz possível argumentar no sentido de que há apenas uma resposta correta em todos os julgamentos do poder judiciário ou se o processo de decisão é casuístico. A resposta ao questionamento não é simples e debates teóricos importantes foram travados sobre o assunto ao longo do tempo.

Conforme já traçado em outras cores neste trabalho, embora Ricardo Lorenzetti não compreenda a existência de uma única resposta correta aos casos sob análise (principalmente por causa do sistema aberto), entende que a decisão judicial deve ser fundamentada para que se debatam seus próprios fundamentos (LORENZETTI, 2010, p. 178) sempre em busca de aperfeiçoamento no processo de tomada de decisões. Portanto, o autor compreende a necessidade de se responder adequadamente as partes no processo no sentido de que possam exercer um direito à crítica, bem como entende a existência de limites à fundamentação que não pode acontecer sobre qualquer base argumentativa, sendo os direitos humanos sua primeira restrição.

No Brasil, Lênio Streck argumenta que as soluções adotadas sem o subjetivismo do intérprete têm aptidão de serem adequadas quando os mesmos princípios utilizados nestas decisões sirvam de parâmetro para os casos idênticos, assegurando-se a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição (STRECK, 2014, p. 656). Ademais, segundo o autor, as decisões judiciais devem ter por base a tradição e a integridade do direito. É possível chegar a única resposta adequada que embora não seja perpétua, é obtida a partir de critérios mínimos de



integridade e sem a substituição da vontade do magistrado na vontade da norma (STRECK, 2014, p. 657).

Também nesta linha de controle das decisões a partir da argumentação, Robert Alexy sustentou no sentido de a fundamentação jurídica é sempre prática e o discurso jurídico vinculado à lei, ao precedente ou à dogmática (ALEXY, 2015, p. 548). Entretanto, apesar da vinculação não há uma única solução para cada caso (ALEXY, *idem*), sendo possível criar teorias morais procedimentais para elaboração de regras e de condições para a argumentação (ALEXY, 2015, p. 549). Nesta toada, sustenta ainda que a argumentação procedimental poderia concluir por qualquer caminho e a conjugação da teoria moral com a teoria do direito seria necessária para a sua contenção (ALEXY, *idem*). Ademais, compreende que deve haver observância às decisões anteriores (precedentes) no processo decisional, cabendo àquele que quer afastá-las o ônus argumentativo para tanto (ALEXY, 2015, p. 556).

Ronald Dworkin, de seu turno concebeu a decisão judicial (e o próprio conceito de direito) como questões de democracia (DWORKIN, 1999, p. 135), pautando-se sua análise da premissa de que há uma resposta adequada inclusive aos “casos difíceis”. Assim, em uma teoria democraticamente adequada da decisão jurídica sempre há uma dupla dimensão a ser encarada na tomada de decisões, uma procedimental e outra interpretativa no sentido de que o resultado deve se dar a partir de um procedimento e ter um conteúdo juridicamente adequado (MOTTA, 2017, p. 216). O conteúdo do “juridicamente adequado” pode ser medido a partir de “argumentos de princípio”, que nada mais fazem do que justificar as decisões ao demonstrar que estas respeitam ou garantem direitos individuais ou coletivos, não apenas a vontade de certos centros de poder (MOTTA, 2017, p. 219).

Neste cenário, decidir por princípio é o meio adequado para se fundamentar uma decisão judicial porque o intérprete aplica a norma independentemente de suas convicções. Essa fundamentação baseada em princípio conduz à coerência do direito porque *a priori* todos os casos parecidos terão o mesmo tratamento independente de relações ou *paradigmas* dos magistrados (MOTTA, 2017, p. 220-221).



No ponto, embora possa se dizer que a teoria de Dworkin é estruturante no sentido de que cabe ao juiz Hércules, por meio da averiguação de todas as possibilidades e levando em conta as regras e princípios aplicáveis ao caso, decidir de uma maneira a garantir os direitos fundamentais, o autor também invoca a ideia de procedimento para garantir a legitimidade das decisões. Assim, se para o procedimentalismo a legitimação da ordem jurídica se dá apenas a partir de formas de comunicação que, institucionalizadas, permitem à população o poder de manifestação (HABERMAS, 1997, p. 147), o que faz com que observados os processos anteriormente institucionalizados por meio da comunicação (agir comunicativo), a obtenção de resultados racionais seja consequência (HABERMAS, 1997, p. 153), para Dworkin a resposta fundamentada, é de bem repetir, advém de processos construídos a partir da integridade do direito e do julgamento por princípio. A substância que moldaria a forma.

Demais disso, percebe-se que alguns pontos em comum das teorias de fundamentação da decisão acima expostos culminam no respeito às formas de obtenção destas decisões. Contudo, a justificação do processo decisional não finaliza com o procedimento, afinal o conteúdo da decisão tem particular importância. Para os fins propostos neste trabalho, a decisão correta ou adequada à Constituição é aquela na qual os processos de decisão (e de atuação do poder) são explicitados e, na máxima medida, questionados. O poder do Estado explicitado pelo juiz na decisão judicial não deve ser maior do que o poder do povo concentrado na Constituição.

Ainda que o intérprete opte por seguir um precedente, os motivos de o fazê-lo devem ser claros e não apenas uma vontade de controle de seguir a autoridade dos tribunais. Se o fim do direito é a justiça, e não a ordem (BOBBIO, 1995, p. 231), esta deve ter prioridade sobre a alegação de que o dever de eficiência impede a prolação de sentenças minuciosas, porque um sistema perfeitamente justo também é eficiente (RAWLS, 2007, p. 96). Decisões sem fundamentação apenas deslegitimam o poder judiciário e, ao fim e ao cabo, retiram das partes o próprio acesso à justiça.



CONCLUSÃO

Concluir um trabalho não significa que se chegou à exaustão do tema, mas sim que, dentro do recorte proposto foi traçado, foi possível um caminho razoável de explicação. E toda a argumentação acima retratada pretendeu cumprir com tal desiderato.

Como se viu, o conceito de Direito muda de acordo com diversos fatores no correr do tempo, a exemplo dos poderes dados aos magistrados no momento de realizar suas decisões, já que em modelo realista, por exemplo, priva-se pela vontade dos tribunais apesar das leis. Portanto, ficou demonstrado que o estudo da fundamentação das decisões judiciais e do controle do poder judicial a partir desta tem fundamental importância no estado da arte do ordenamento jurídico, que preza (ou pretende prezar) pela responsabilização e pelo império do Direito.

A fundamentação das decisões judiciais é a forma de legitimação da atuação estatal e por isso não deve ficar sujeita às meras vontades dos agentes estatais. Direito não deve ser visto como puro sinônimo de poder. Por essa razão, filiado à ideia de que há a possibilidade de obtenção de respostas adequadas à Constituição e de que a Constituição deve ser o parâmetro de verificação de legitimidade da decisão, o trabalho conclui no sentido de que a partir de uma teoria da decisão pautada no respeito à Constituição e baseada em uma coerência com a tradição argumentativa pode-se chegar à resposta mais ou menos adequada ao caso concreto, isto é, que pode ser apta a continuar com a tradição argumentativa antecedente e que é minimamente capaz de dar previsibilidade e estabilidade às decisões futuras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 4 reimp. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Trad. Virgílio Afonso da Silva.



ARANGO, Rodolfo. Discrecionalidad, objetividad y corrección de las decisiones judiciales. In: STRECK, Lênio Luiz (Org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Trad. Jefferson Luiz Camargo.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: Técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, v. 54, 2011. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br>. Acesso em: 14 set. 2019.

HABERMAS, Junger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Trad. Flávio Beno Siebeneichler.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: *a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Trad. Bruno Miragem.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Trad. Jussara Simões. Revisão técnica Álvaro de Vita.



STAACK, André Luiz; SILVA, Gabriela Rangel da. REPENSANDO O RACIOCÍNIO JURÍDICO: do silogismo formal ao discurso parresiasta. In: **XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF**, 26., 2017, Brasília. Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 106-125. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 14 set. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lênio Luiz (Org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

