

Fundamentação, processo e método jurídico: compreendendo a fundamentação das decisões judiciais à luz da teoria do direito

Foundation, process and legal method: understanding the foundation for judicial decisions in the light of the theory of law

Justificación, proceso y método jurídico: comprender la justificación de las decisiones judiciales a la luz de la teoría del derecho

Recebido: 19/10/2020 | Revisado: 24/10/2020 | Aceito: 25/10/2020 | Publicado: 27/10/2020

José Miguel Garcia Medina

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3669-5145>

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: medina@medina.adv.br

Sandro Nunes Vieira

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7377-9129>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: snvieira@yahoo.com.br

Resumo

O modo como as decisões judiciais são fundamentadas tem se constituído em tema de grande relevância acadêmica, haja vista a existência de inúmeros fatores históricos que têm alterado a perspectiva clássica pela qual o juiz atuava como simples descobridor da norma jurídica contida nos textos legislados. Na nova concepção, a interpretação do direito é o resultado do processo interpretativo desenvolvido pelo intérprete e se confunde com aplicação do direito. A fundamentação das decisões judiciais assume, portanto, o caráter de demonstração racional da aplicação do direito, razão pela qual não pode ser limitada ou perfeitamente compreendida sob o viés estritamente processual. Pelo contrário, a fundamentação das decisões se vincula a teoria do direito, no que se convencionou chamar de metodologia da ciência do direito. Assim, o modo como uma decisão é fundamentada depende da teoria do direito empregada e da metodologia dela decorrente. O direito brasileiro ignorou por muitas décadas as mudanças da aplicação do direito, insistindo em tratar a fundamentação das decisões judiciais sob o espectro simplesmente processual, cenário este que tem sido profundamente alterado pelo

Código de Processo Civil de 2015, haja vista a adoção de um sincretismo metodológico pelo art. 489, §§1º e 2º.

Palavras-chave: Fundamentação; Decisão judicial; Teoria do direito; Metodologia do direito; Processo civil.

Abstract

The way how the judicial decisions are based has become a subject of great academic relevance, due to the existence of numerous historical factors that have altered the classic perspective, by which the judge acted as simple discoverer of the juridical norm contained in the legislated texts. In the new conception, the interpretation of law is the result of the interpretative process developed by the interpreter and is confused with the application of law. The reasons of judicial decisions assume, therefore, the rational demonstration character of the application of the law, is the reason by which can't be limited or perfectly understood under the strictly procedural view. On the contrary, the reasons of decisions is linked to the theory of law, in what is conventionally called the methodology of the science of law. Thus, the way a decision is based depends on the theory of the law employed and the methodology derived from it. Brazilian law has ignored for many decades the changes in law enforcement, insisting on treating the basis of judicial decisions under the simply procedural spectrum, a scenario that has been profoundly altered by the Civil Procedure Code of 2015, and the adoption of a methodological syncretism by art. 489, §1 and 2.

Keywords: Foundation; Judicial decision; Theory of law; Methodology of law; Civil procedure.

Resumen

La forma en que se basan las decisiones judiciales ha sido un tema de gran relevancia académica, dada la existencia de numerosos factores históricos que han alterado la perspectiva clásica por la cual el juez actuó como simple descubridor de la norma jurídica contenida en los textos legislados. En la nueva concepción, la interpretación de la ley es el resultado del proceso interpretativo desarrollado por el intérprete y se confunde con la aplicación de la ley. La fundamentación de las decisiones judiciales asume, por tanto, el carácter de una demostración racional de la aplicación de la ley, por lo que no puede ser limitada o perfectamente comprendida bajo un sesgo estrictamente procesal. Por el contrario, el razonamiento de las decisiones está ligado a la teoría del derecho, en lo que se denomina convencionalmente la metodología de la ciencia del derecho. Por tanto, la forma en que se

basa una decisión depende de la teoría del derecho empleada y de la metodología resultante. La ley brasileña ha ignorado los cambios en la aplicación de la ley durante muchas décadas, insistiendo en abordar la justificación de las decisiones judiciales en el espectro puramente procesal, escenario que ha sido profundamente alterado por el Código de Procedimiento Civil de 2015, dada la adopción del sincretismo metodológico por el art. 489, §§1º y 2º.

Palabras clave: Justificación; Decisión judicial; Teoría del derecho; Metodología jurídica; Proceso civil.

1. Introdução

O presente artigo é fruto de muitas reflexões sobre o trabalho do juiz na fundamentação das decisões judiciais. Reflexões testadas no cotidiano da prática jurídica e confrontadas pela doutrina que tem se dedicado a elucidar o complexo cenário de como as decisões “são” fundamentadas e de como “deveriam ser” fundamentadas.

A problemática da pesquisa está relacionada à busca da definição do elo entre teoria do direito e fundamentação das decisões judiciais. Percebe-se que o Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015) contém regras atinentes ao modo como as decisões devem ser elaboradas, incorporando nos dispositivos processuais remissões a determinadas teorias do direito que não estão diretamente ligadas a ritos processuais, mas sim a concepções do que é direito e como ele deve ser aplicado.

Diante disso, pretende-se analisar a fundamentação das decisões judiciais sob o prisma da metodologia da ciência do direito, ou seja, afastando-se da prática usual de vincular o tema simplesmente ao estudo do processo civil.

2. Método e sua Aplicação no Direito

O estudo científico tem sido vinculado ao método, sendo comum se imaginar que o conhecimento ou a técnica que se constitui o fio condutor de um rigoroso pensar metodológico são mais perfeitos do que aqueles que se manifestam aleatoriamente, no âmbito do denominado senso comum (Abboud, 2015).

A compreensão do método no direito está diretamente conectada a problemática do pensamento jurídico, bem como sobre os pressupostos constitutivos do direito, de modo que é impossível avançar na discussão do método sem considerá-lo como componente de uma

discussão mais ampla que abrange a dimensão da problemática do direito e do correlativo pensamento jurídico (Neves, 1993).

As discussões sobre a importância e o papel do método no estudo científico (de modo geral e não apenas no direito), porém, não são imunes a controvérsias, pois indiferentemente do ramo científico o objeto de análise e a discussão sobre o método ou a técnica empregados para obtenção (ou organização) do conhecimento tem sido tratada como assunto de relevante importância.

No estudo do direito, pode-se visualizar ao menos dois enfoques sobre as discussões envolvendo o método: a primeira compreendendo uma teoria geral do direito, voltada ao conhecimento e a explicação do fenômeno jurídico; a segunda focada na constituição de uma dogmática do direito, tendo como objeto a análise da apreciação judicial de casos e a solução de questões jurídicas (Abboud, 2015).

Partindo do segundo enfoque, é possível trabalhar o tema do método no sentido de uma teoria da decisão judicial, ou seja, priorizando a forma pela qual os juízes decidem (ou deveriam decidir) questões jurídicas controvertidas, sob a égide de determinado ordenamento jurídico.

A teorização ou reflexão que se faz acerca método jurídico para solução de casos judiciais, ademais, denomina-se metodologia, conforme destaca Larenz:

A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria atividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites. A necessidade de justificação de um método decorre do significado, da especificidade estrutural do objeto que por meio dele deve ser elucidado. Não se pode tratar portanto da ciência do direito sem simultaneamente tratar do próprio direito. Toda e qualquer metodologia do direito se funda numa teoria do Direito, ou quando menos implica-a. Ela exhibe necessariamente um duplo rosto – um que está voltado para a dogmática jurídica e para a aplicação prática de seus métodos, outro que se volta para a teoria do direito e assim, em última análise, para a filosofia do Direito. Nesta dupla direção reside a dificuldade da metodologia, mas também o seu particular encanto. (Larenz, 2014, p. XXII)

Destaca-se que o estudo do método jurídico, considerando o Estado de Direito vigente do Brasil, tem por base a interpretação de textos normativos (ordem jurídica vigente). Assim, é natural a abordagem do método jurídico de modo vinculado à interpretação e a hermenêutica jurídica (Abboud, 2015).

A metódica jurídica, aliás, não pode ser compreendida como simples ciência justificadora. Antes, sua compreensão deve se conectar à criação do direito, possibilitando o alcance de resultados. Ou seja, os aplicadores do direito não podem temer demonstrar qual o método empregado, pois a análise da construção da solução restará clarificada pela demonstração da metódica empregada (Müller, 2008).

A fundamentação, portanto, é o momento da decisão judicial em que o juiz expõe a interpretação do direito, razão pela qual há estrita vinculação entre a teoria da interpretação, representada pelas escolas interpretativas, e a fundamentação das decisões judiciais. Isto é, na fundamentação da decisão judicial a interpretação do direito é exposta pelo magistrado, motivo pelo qual fundamentar não é um simples requisito processual, antes também implica na demonstração do método interpretativo utilizado. Ainda que a teoria da interpretação esteja conectada a um ramo filosófico do direito e a fundamentação a uma disciplina dogmática (direito processual), não se pode evitar a influência da teoria da interpretação na fundamentação das decisões pelo fato de que a primeira é que fornece suporte teórico para aplicação dogmática.

3. Críticas ao Método: Objetivação e Simplificação da Complexidade do Processo Interpretativo

Não se ignoram as teorias que duramente criticam o método jurídico ou a metodologia jurídica, tal como faz Lenio Streck (2014) em sua obra *Verdade e Consenso*, quando defende a hermenêutica filosófica como meio de construção de soluções adequadas aos casos controvertidos submetidos à apreciação judicial e destaca que método não é sinônimo de racionalidade, sendo que a hermenêutica filosófica rechaça o método (no sentido objetivista da palavra), eis que o método morreu porque morreu a subjetividade que ostentava a filosofia da consciência.

A base do autor para criticar o método como limitador da verdade e erigir a hermenêutica filosófica como suficiente para a aplicação do direito está inserida na obra *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer (2015), pela qual o discurso contra a utilização do método das ciências naturais nas ciências do espírito (entre estas o direito) é desenvolvido de forma extenuante, sendo considerada uma das mais relevantes obras filosóficas do século XX.

O conteúdo das críticas ao método feitas por Streck (2014), todavia, deve ser compreendido no sentido do enfrentamento das teorias formalistas que dominaram os séculos

XIX e XX (e ainda dominam o imaginário do legislador e da doutrina brasileira, conforme assevera o autor citado), eis que centradas em pressupostos filosóficos há muito tempo superados, entre eles: a) compreensão da atividade de aplicação do direito com base na dedução, utilizando-se dos silogismos para “encaixar” o caso concreto na disposição abstrata da lei, como se a lei contivesse respostas prontas e preparadas para qualquer caso; b) aposta na discricionariedade judicial para solucionar as lacunas do ordenamento; c) separação dos atos de interpretar e aplicar o direito; d) aposta na neutralidade do juiz em ignorância aos conceitos filosóficos acerca da interpretação como manifestação existencial do ser humano e marcada por preconceitos que permitem a compreensão a partir da pré-compreensão (ausência de grau zero na compreensão). Enfim, toda a obra *Verdade e Consenso* é estruturada como forma de se refutar noções tidas como incorretas no direito brasileiro e que na construção teórica do autor não estão adequadas aos novos paradigmas jusfilosóficos.

Considerando a filiação do autor à hermenêutica filosófica de Gadamer (2015), cremos que a crítica ao método deve ser compreendida no contexto de se evitar métodos que simplifiquem o que não pode ser simplificado, ou seja, da renegação das contribuições da filosofia para a compreensão do fenômeno hermenêutico no direito. Aliás, no âmbito do método jurídico, há o risco de se limitar o conhecimento e causar danos ao fenômeno interpretativo, razão pela qual a correta compreensão da obra de Gadamer aponta para o paradoxo de que o método é antagonista da verdade.

O método, portanto, não é algo mau em si mesmo. Ocorre que a perspectiva de método empregada historicamente no direito incorre em simplificações do fenômeno jurídico em sua concepção interpretativa ou hermenêutica, razão pela qual há grande refutação dessa visão simplista nas obras de Gadamer e Streck.

De toda forma, uma compreensão mais abrangente da problemática envolvendo a metodologia jurídica leva a um outro paradoxo, qual seja, a hermenêutica filosófica não seria outro “método” a ser utilizado no direito? É claro que a hermenêutica jurídica, tal como descrita por Streck em seu posfácio (ocasião em que além de reforçar seus pressupostos filosóficos também rebate as críticas à sua construção doutrinária), não tem a característica de tecnicismo ou simplificação do fenômeno jurídico-interpretativo. Porém, em sentido amplo aponta para uma forma ou meio de se interpretar o direito e se alcançar, nas palavras do autor, respostas corretas e adequadas à constituição.

A vinculação da hermenêutica filosófica à Constituição, outrossim, implica o reconhecimento de limites e formas de sua aplicação no direito, sendo tais marcas

intuitivamente ligadas ao método, no sentido de que todo método implica no estabelecimento de limites ou parâmetros de sua atuação para o fim de se obter ou organizar o conhecimento.

Tanto é assim que Streck, na obra *Verdade e Consenso*, apresenta detalhes de sua compreensão da atuação da hermenêutica filosófica sob o prisma da vinculação à Constituição, expondo de forma um pouco mais explícita a conexão entre sua tese de aplicação do direito e a observância de requisitos ligados à prevalência da Constituição na interpretação do direito. Ao discorrer sobre sua tese, o autor elenca seis hipóteses em que o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei, quais sejam:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição.

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). (Streck, 2014, p. 604-605).

A construção jusfilosófica de Streck, portanto, assume uma forma/conteúdo explícito a partir desse esboço acerca das hipóteses em que o juiz pode deixar de aplicar a lei. O autor, a partir dessa lista de hipóteses, constrói bases de aplicação da hermenêutica filosófica dentro do panorama do constitucionalismo, ou seja, é construído um método de aplicação do direito fundado na prevalência da constituição e pelo qual as soluções dos casos concretos são construídas a partir de uma significação histórica, visto que os conceitos e institutos jurídicos albergados pela Constituição somente podem ser compreendidos em uma perspectiva histórico/existencial, que o constituinte teve como ponto de partida para os institutos inseridos na carta magna a evolução e conceitos históricos desses mesmos institutos. Isso tudo também merece ser contextualizado com o anseio da redemocratização pelo qual passava o Brasil na edição da Carta de 1988.

Observa-se que o autor efetivamente labora em visão completamente distinta daqueles que dissertaram sobre a metodologia jurídica, seja pelo fato de apostar todas as suas fichas na efetivação da Constituição ou pela característica de situar a aplicação do direito não apenas como simples tarefa de direito processual civil e sim como tema de grande relevância e merecedor de uma compreensão filosófica para se evitar os velhos vícios de aplicação do direito no Brasil.

Uma circunstância que não pode ser ignorada, exatamente no contexto de que a crítica ao método feita por Streck é fruto da obra Verdade e Método de Hans-Georg Gadamer, é de que a obra do filósofo alemão não é específica sobre hermenêutica jurídica, bem como não consta expressamente dela uma teoria da decisão judicial, motivo pelo qual seus ensinamentos, para aplicação no direito, dependem de transposição das ideias filosóficas tratadas de modo geral, para as ciências do espírito para o direito. Isto é, a investigação do autor é muito mais ampla e assim descrita:

Nesse sentido, também a presente investigação coloca uma questão filosófica. Mas de modo algum, a propõe unicamente às assim chamadas ciências do espírito (no seio das quais,

daria preferência, então, a determinadas disciplinas clássicas); tampouco coloca a questão somente à ciência e suas formas de experiência. Essa investigação coloca a questão do todo da experiência humana do mundo e da práxis da vida. Falando kantianamente, ela pergunta como é possível a compreensão? Essa é uma questão que precede a todo o comportamento compreensivo da subjetividade e também ao comportamento metodológico das ciências da compreensão, a sua normas e regras. A analítica temporal da existência (Dasein) humana, desenvolvida por Heidegger, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um dentre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (Dasein). O conceito de hermenêutica foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, abrangendo assim o todo de sua experiência de mundo. O fato de que o movimento da compreensão ser abrangente e universal não é arbitrariedade nem extrapolação construtiva de um aspecto unilateral; reside na natureza da própria coisa. (Gadamer, 2015, p. 16).

Na linha da abordagem da importância da Constituição Federal para a correta interpretação do direito, ressalta-se que em termos não-tecnicistas o constituinte erigiu bases jurídico-princípios que devem guiar a interpretação do direito, de modo que houve uma assimilação do sentido do problema concreto vivenciado pela sociedade e, a partir disso, pode ser desenvolvida uma perspectiva metódica que seja capaz de cumprir as intenções democráticas incorporadas na Constituição. Aliás, *as hipóteses em que o juiz pode deixar de aplicar a lei* descritas por Streck conduzem o intérprete nesta direção, ou seja, nenhum método jurídico que ignore a primazia da Constituição estará adequado aos princípios constitucionais inseridos na Lei Maior.

Nesse sentido, é necessária uma perspectiva metódica que assimile o sentido problemático concreto da realização do direito e seja, ao mesmo tempo, capaz de cumprir a intenção normativa material. Essa perspectiva metódica, todavia, terá desde logo de se afastar de uma perspectiva que se traduza no prévio enunciado de algoritmos metódicos, cuja base estaria na prescrição formalmente ideal de certas regras metódicas e de que apenas se esperasse uma estrita aplicação. Ou seja, essa perspectiva não poderá ser alheia às exigências normativas de um judicativo decidir problematicamente concreto (Neves, 1993).

Castanheira Neves (1993) destaca que o papel da metodologia jurídica não é o de construir mais um método, muito menos de simplesmente descobrir o método praticado, mas antes, o de refletir o problema da realização do direito (no seu sentido, nos seus pressupostos, nas suas intenções) para criticamente orientar o juízo decisório.

Castanheira Neves, responsável por elaborar uma das mais sofisticadas críticas à hermenêutica filosófica de Streck, acusa-a de ficar restrita à questão de fato e não atingir a questão de direito, pois a hermenêutica nos diz o que acontece segundo as condições em que compreendemos, mas não dá resposta a questão da validade da compreensão-interpretação assim obtida em razão de não ser especificamente normativa. Também tece críticas à hermenêutica em face do que denomina de déficit metodológico, em face de não se ter preocupado com uma teoria da decisão (Streck, 2014).

De toda forma, Neves (1993), também reconhece que os métodos utilizados historicamente no direito são incapazes de lidar com o fenômeno da aplicação do direito na atualidade. Todavia, trabalha o tema da metodologia do direito sob os prismas da realização concreta do direito sem olvidar do papel histórico que norteia a aplicação do direito, pois explica que a índole intencional da perspectiva metódica deve ser considerada pela metodologia jurídica, sendo que a determinação dessa perspectiva não deixa de sofrer as contingências histórico-culturais do universo jurídico em que se integra, de modo que a realização do direito determinará seu sentido fundamental, suas intenções particulares, os fundamentos e os critérios normativos decisivos.

Longe das simplificações da metodologia do direito duramente criticadas por Streck, Castanheira Neves trabalha de um ponto de vista jusfilosófico centrado na hermenêutica jurídica com um viés de resolução de casos, afirmando categoricamente que a interpretação jurídica somente pode ser entendida em termos metodologicamente corretos quando for contemplada como a determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério jurídico do sistema do direito vigente para a solução do caso a ser decidido. Na construção metodológica de Castanheira Neves, as normas jurídicas são os critérios a serem interpretados, normas tomadas no sentido de “norma aplicável” e não no sentido de “texto”, ou seja, o autor citado, tal como Streck, não separa interpretação de aplicação do direito, de modo que tais conceitos são fundidos e indicam a interpretação como o momento em que o direito resolve determinado caso (Neves, 1993).

Embora a resposta que o modelo tradicional dava à questão da interpretação estivesse focada no texto como objeto de interpretação, Neves ressalva que:

O objeto normativo não poderá ser um objeto meramente significante, mas um objeto susceptível de oferecer um critério normativo para a solução judicativa do caso decidindo.

E então o objeto da interpretação não será o texto das normas jurídicas, enquanto expressão ou corpus de uma significação a compreender e a analisar, mas a normatividade que essas normas, como critérios jurídicos, constituem e possam oferecer. Se distinguirmos na

norma a sua expressão significativa (dimensão fenomenológica e cultural) da sua normatividade (dimensão intencional e jurídica) e que a faz ser norma, podemos dizer que interpretação jurídica não visa a expressão da norma, mas a norma da norma – não a sua expressão (texto) que tem uma significação, mas a sua norma que tem um sentido especificamente jurídico.

O objeto da interpretação jurídica é, pois, a norma enquanto norma, não o seu texto enquanto expressão da norma – não o objeto da expressivamente significativo, mas o objeto intencionalmente normativo-jurídico (Neves, 1993 p. 143).

Calcado nestas considerações, Castanheira Neves (1993) explica que seu método de interpretação é orientado pelo objetivo de atingir na norma a normatividade prático-jurídica solicitada, por meio da problematicidade concreta do caso decidindo e que seja normativo-materialmente adequada à sua solução judicativa.

Portanto, é possível afirmar que o direito pode ser adequadamente aplicado e que a metodologia do direito tem condições de fornecer o suporte teórico necessário a esta aplicação. As críticas à metodologia jurídica, nesse contexto, são filosoficamente válidas e despertam o estudioso do direito para o aprimoramento das técnicas empregadas, mas não implicam no abandono do método como manifestação racional de aplicação do direito, cujo veículo de descrição é a fundamentação da decisão judicial.

4. Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil: Panorama Histórico Recente e Enquadramento do Tema Pela Doutrina

As obras clássicas de Direito Processual Civil no Brasil têm tratado o tema da fundamentação das decisões judiciais de forma dissociada da teoria do direito ou da metodologia do direito. Os doutrinadores, como se observa, enquadraram o tema dentro dos requisitos de uma decisão judicial, omitindo uma abordagem que revele toda a complexidade que envolve a fundamentação das decisões, pois a forma como a decisão é motivada não revela apenas as razões fático-jurídicas que embasam a conclusão.

Veja-se, por exemplo, os comentários de Ernane Fidélis dos Santos (2011) que ao abordar a fundamentação explícita que o juiz ao analisar as questões de fato e de direito não precisa citar o preceito de lei, devendo apenas destacar os fatos provados ou não, realizando o devido enquadramento do direito para, então, chegar a fase conclusiva da sentença. Faz um apontamento adicional no sentido de que a sentença sem fundamentação é nula, porém sujeita

a convalidação pelo trânsito em julgado. Esse modo de estudar o tema, pode-se dizer, era comumente empregado, no contexto em que vigia o Código de Processo Civil de 1973.

Também a doutrina mais recente, entre nós, tende a analisar o tema apenas sobre a perspectiva processual. Assim, por exemplo, Cassio Scarpinella Bueno (2016) discorre sobre os elementos da sentença e sobre o dever de fundamentação à luz dos dispositivos legais do Código de Processo Civil. Didier Júnior (2015), ao tratar do tema da fundamentação, aborda temas como: legitimação da atividade jurisdicional pela motivação; racionabilidade e controlabilidade; conteúdo da fundamentação; casos em que a sentença não se considera fundamentada e fundamentação e coisa julgada. Tendo empregado grande esforço acadêmico, com citação de obras de processualistas consagrados mundialmente, o autor enfoca o tema da fundamentação na perspectiva processual. Não se considera o tema como se a forma de se fundamentar não estivesse arraigada na visão que o magistrado possui do que é o direito e como ele deve ser aplicado em termos metodológicos, ou, em outras palavras, qual o meio adequado à sua compreensão metodológica que indica o modelo de fundamentação a ser empreendida.

Luiz Guilherme Marinoni (2017) abordou o tema e entendeu como relevantes dois fatos específicos. Primeiro, a conexão da fundamentação da decisão judicial ao direito ao contraditório. Segundo, elencou como exigências para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada o cumprimento do seguinte: a) descrição das escolhas realizadas pelo órgão judicial, relativamente às normas aplicáveis, alegações de fato, qualificação jurídica do fato e consequências decorrentes da qualificação jurídica do fato; b) contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; c) justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada. Na sequência de sua explanação, aborda a vedação da decisão surpresa; a necessidade de análise e todos os fundamentos do processo e não só daqueles que convergem para a decisão e a formação de decisões judiciais a partir de escolhas interpretativas.

Acerca da metodologia vinculada ao tema aponta apenas que na época do cognitivismo interpretativo dos oitocentos não se reconhecia qualquer espaço de discricionariedade ao juiz na interpretação do direito, sendo que atualmente a concepção do direito como integridade também pressupõe a inexistência de um espaço de escolha judicial no processo interpretativo. Destaca, por fim, que a perspectiva teórica de seu curso não ignora a trivial constatação de que julgar significa decidir entre alternativas racionalmente aceitáveis.

Em obra sobre o Código de Processo Civil de 1973, Nelson Nery Júnior (2014) descreve que a função da motivação é demonstrar a razão escrita que legitima o ato decisório,

mostrando a parte sucumbente que a decisão não é fruto da sorte ou do acaso, mas de atuação da lei, permitindo o controle crítico da sentença e a verificação dos limites objetivos do julgado. Aborda a temática da adequação da fundamentação sob o prisma da completude, caracterizado pela análise de todas as razões de defesa.

Ainda na visão de Nelson Nery Júnior (2016), em obra sobre os princípios do processo da Constituição Federal, é abordada a temática da fundamentação no enfrentamento do princípio da motivação das decisões judiciais e administrativas. O início da abordagem parte do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, pelo qual as decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. É ressaltado o fato de que a necessidade de motivação é manifestação necessária do Estado de Direito.

O citado autor ainda conceitua o que entende como fundamentação, nos seguintes termos:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram substancialmente fundamentadas as decisões que afirmam que, “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação. (Nery Júnior, 2016, p, 327).

O enfrentamento da matéria pelo autor citado, assim, é similar ao manifestado na tradição doutrinária brasileira, no sentido de que o dever de fundamentar está conectado à apresentação de razões para justificação da conclusão, sem apreciação do meio como esta fundamentação será construída, ou seja, a sua base metodológica.

Na obra de Alexandre Freitas Câmara (2012), em abordagem acerca dos elementos da sentença, o autor disserta sobre a fundamentação como parte da sentença em que o juiz deve apresentar suas razões de decidir, enumerando os motivos que o levaram a adotar determinada conclusão. Em sua análise, destaca que a fundamentação deve conter a exposição dos fatos relevantes e a exposição das razões jurídicas do julgamento. Explica que a fundamentação tem duas finalidades: atuar como instrumento voltado a servir de conexão entre a sentença e sua impugnação, permitindo às partes conhecer as razões da sentença; é um elemento de legitimação do exercício do poder no Estado democrático. Por fim, destaca que o dever de fundamentação foi elevado ao status de garantia constitucional, erigindo-se em verdadeiro princípio geral do direito processual.

Araken de Assis (2015) enfrenta o tema com uma característica peculiar, vez que aponta que o art. 489 do Código de Processo Civil estaria relacionado ao método do silogismo, o que pode ocorrer pela exposição dos elementos da sentença em uma ordem lógica abrangendo o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Esclarece que essa impressão é equivocada porque extrapola o universo jurídico identificar e reproduzir o raciocínio do juiz na elaboração da sentença, sendo o esquema do art. 489 destinado a outros propósitos, quais sejam, combater o arbítrio reduzindo o ato a forma passível de controle posterior, ainda que a decisão não corresponda ao verdadeiro processo mental da pessoa investida da função judicante.

Assis (2015) também analisou aspectos relacionados a fundamentação das decisões quando abordou o tema relativo à forma dos atos decisórios, explicando que a fundamentação está relacionada a exposição de motivos e tem como finalidade permitir o controle do ato decisório. Descreveu que a forma das decisões integra a substância do ato e o fato de se observar a forma prescrita não desnuda os caminhos trilhados na formação e na gênese lógica do ato decisório. A fim de explicar o processo decisório, aduziu que o juiz chega à decisão através de raciocínio crítico, avaliando e ponderando as razões de fato e de direito alegadas para, então, chegar a emissão de um juízo, sendo este juízo intuído antes da organização mental dos fundamentos. Em continuidade de sua exposição, destaca que a subsunção não se harmoniza com a complexidade dos litígios e a linguagem aberta, genérica, indeterminada e flexível das normas, motivo por que atribui ao juiz o papel de preencher o sentido da disposição normativa para o caso concreto. Em determinado ponto assevera:

O desafio contemporâneo da hermenêutica reside em controlar o subjetivismo e o voluntarismo de um agente estatal – o órgão judiciário -, desafiado por tarefa que facilmente se alterará além de sua capacidade natural, emprestando racionalidade à decisão. E, aí, entram em cena as possibilidades da linguagem. Dizer que a subsunção não presta ou é insuficiente, pois contemporânea é a concretização, além de afirmativa discutível, não ajuda em nada nesse sentido (ASSIS, 2015, p. 983).

Ao se aproximar do cerne das questões relativas ao complexo cenário das controvérsias entre fundamentação e método jurídico, Assis (2015) conclui que não incumbe ao processo civil definir os caminhos encobertos na mente do julgador. Desse modo, e a nosso ver, acaba-se rendendo ao voluntarismo judicial por não se ver na teoria do direito uma saída metodológica apta a traçar limites de atuação do juiz no momento da decisão. Sua conclusão é de que a ocupação do processo civil é com a exteriorização do ato e dos elementos que a lei lhe exige formalmente. Isto é, o processo civil exige apenas uma fundamentação que

considere o contraditório, porém não fornece elementos aptos a guiar como esta fundamentação deve ser construída a partir da hermenêutica.

Mesmo não enfrentando o tema com o enfoque que se entende necessário para a obtenção de respostas adequadas ao atual estágio de evolução da teoria do direito quando o assunto é interpretação do direito (em sentido que abrange a aplicação), Assis (2015) foi além da doutrina tradicional, pois conseguiu compreender que o processo civil, quando trata do tema da fundamentação das decisões judiciais, não regula de modo completo o assunto. No entanto, o processualista despreza o amplo debate histórico que tem sido travado nas escolas interpretativas do direito, o qual é capaz de lançar muita luz sobre as disposições processuais relativas à fundamentação.

Do ponto de vista da hermenêutica jurídica, verifica-se que há um enraizamento da doutrina brasileira aos pontos de vista relacionados à identidade entre direito e lei, de forma que o trabalho interpretativo estaria simplesmente relacionado a determinação do sentido e o alcance das expressões do direito, olvidando a existência de elementos externos que influenciam a atividade interpretativa e que o grau de permissão para que estes elementos estranhos à lei influenciem no resultado obtido (norma para o caso concreto) é o objeto de estudo da teoria do direito, ou seja, como o direito é constituído e como ele é aplicado. Tal análise, aliás, é tratada dentro da teoria do direito pela metodologia jurídica.

É no sentido da atividade interpretativa como simples extração de significados que uma das obras mais festejadas sobre hermenêutica trata do assunto. Fala-se da obra *Hermenêutica e aplicação do direito* de Carlos Maximiliano (2003).

Nessa obra o autor discorre sobre as técnicas interpretativas, entre elas: interpretação autêntica ou literal; interpretação histórica; interpretação teleológica; interpretação social; interpretação analógica, entre outras. Em toda abordagem, entretanto, não há indicação de quando cada critério será utilizado e sobre a primazia de um sobre o outro na extração dos significados do direito (Maximiliano, 2003).

Em abordagem semelhante à de Carlos Maximiliano, Alípio Silveira (1985) escreveu a obra *Hermenêutica Jurídica – seus princípios e fundamentos no Direito Brasileiro*, dedicando quatro volumes a abordar as mesmas técnicas apresentadas por Maximiliano.

Não se ignora que as técnicas citadas pelos autores realmente existem e fazem parte do processo interpretativo. O que se contesta é o esquecimento de que a preponderância de uma técnica ou critério não é ditada simplesmente pelo arbítrio do intérprete, antes depende do método utilizado, ou seja, a prevalência de uma das técnicas não está conectada à discricionariedade do aplicador, antes a linha metodológica utilizada.

É digno ressaltar os comentários na obra coletiva de Theodoro Júnior et al. (2015) com o título de *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. No capítulo 6 da obra citada, os autores fazem apontamentos relevantes sobre a temática da fundamentação das decisões judiciais. Um argumento que chama a atenção diz respeito a diferenciação feita entre fundamentação e motivação, onde enfatizam a existência de uma diferença entre os termos, pois entendem que a fundamentação está conectada a uma decisão juridicamente correta, prescindindo das posições pessoais dos magistrados, enquanto o termo motivação indica unicamente os apontamentos feitos pelo juiz - de modo individual e solitário - sobre o que considerou relevante para a decisão.

Os autores, na esteira dos comentários que interessam à abordagem feita neste trabalho, expõe também que o trabalho do julgador não está mais adstrito ao cenário do Estado Liberal, caracterizado por uma atuação mecânica e motivada apenas por uma construção lógica. De outra banda, explicam que se contrapõe a concepção liberal às visões típicas do Estado Social, as quais pela negação do caráter meramente cognitivo da atividade jurisdicional libertam o magistrado para a discricionariedade decisória, ilustrando como autores que entendem filiados a esta última concepção os positivistas Kelsen e Hart, pois defendem que tanto Kelsen como Hart partem da premissa da relativa indeterminação normativa que conduz, inevitavelmente, para a discricionariedade judicial como critério jurídico para aplicação ou produção válida das normas jurídicas. Na sequência, criticam a concepção de Hart e Kelsen pelo fato da definição de interpretação por eles utilizada dizer respeito à atribuição de sentido aos textos normativos, que está fincada na pressuposição de que o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses de aplicação e, por esta razão, reconhece-se ao julgador um poder discricionário para decidir as situações de relativa indeterminação, o que entendem incorreto por transformar o ato decisório em ato totalmente subjetivo (Theodoro Júnior, 2015).

A exposição realizada na obra coletiva citada é diferenciada da abordagem tradicional da literatura de processo civil, considerando que os autores fizeram a conexão entre a forma de se fundamentar uma decisão judicial com determinada concepção de direito encampada por doutrinadores da envergadura de Kelsen e Hart, além do fato de se referirem ao modelo do Estado Liberal como visão antagônica àquela defendida por Hart e Kelsen. Assim, ainda que a abordagem não tenha empreendido uma ampla discussão sobre outras concepções de aplicação do direito, verifica-se que os autores situaram a problemática da fundamentação de um modo consentâneo com aquele aqui defendido, eis que compreenderam

a influência da teoria do direito e suas vertentes metodológicas na forma de aplicação do direito.

Ainda que não analisadas todas as obras de direito processual civil, empreitada quase impossível pelo número de obras publicadas, é possível afirmar que a “fundamentação das decisões” é tratado como tema de direito processual civil, pura e simplesmente, salvo raras exceções como a encontrada na obra coletiva capitaneada por Theodoro Júnior (2015).

A tese deste tópico, porém, parte da premissa de que qualquer análise feita com foco estrito na concepção processual civil do tema é limitada, para se compreender como o juiz deve fundamentar. As respostas para a pergunta de como deve ser uma fundamentação não constam da legislação processual, ao menos da legislação anterior ao Código de Processo Civil de 2015, eis que o modo de construção da interpretação jurídica está fincado no método jurídico e somente da compreensão desta temática é que se pode realmente falar no modo “correto” de se fundamentar uma decisão.

O que se defende aqui é que o alcance do instituto jurídico da fundamentação vai além da sua simples classificação como requisito processual da decisão judicial, nos termos da abordagem do próximo subtópico.

5. Fundamentação, Interpretação e Método Jurídico

O problema jurídico da interpretação não diz respeito à determinação de significado jurídico de leis ou normas jurídicas, mesmo que esta ideia seja comum na tradição processualística brasileira baseada no método do início do século XX, pois o objetivo pretendido na interpretação jurídica é de se obter dessas leis um critério prático normativo adequado da decisão dos casos concretos. Nessa ordem de ideias, uma boa interpretação não é aquela que se funda em uma pura perspectiva hermenêutico-exegética e, assim, consegue determinar corretamente o sentido da norma. Pelo contrário, a boa interpretação é aquela que tem como base um aspecto prático normativo e utiliza a norma como critério da justa decisão do problema (Neves, 1993).

A maneira como se constrói a decisão não se relaciona apenas com os fatos e regras jurídicas que o julgador está levando em consideração para seu convencimento, mas também com a sua base jurídico-filosófica em termos de metodologia jurídica, pois é nesta seara que se insere o problema da aplicação do direito, quer seja pela atribuição de um peso maior à realidade em seus aspectos metajurídicos ou à regra jurídica estritamente considerada (textos legislados). Ainda que ignorado esse viés doutrinário, na análise da fundamentação da decisão

judicial é possível identificar o modo como o direito é compreendido e aplicado e, a partir disso, pode-se identificar em termos históricos a qual escola interpretativa o juiz está filiado, destacando-se que esta filiação ou adoção do método de uma escola pode ser até mesmo inconsciente, especialmente se considerada a baixa densidade dos estudos jurídicos no Brasil que torna desconhecida da maioria dos operadores do direito e entre eles os juízes, as evoluções na aplicação do direito ocorridas a partir do exegetismo napoleônico.

O próprio legislador brasileiro não demonstrou ter convicção sobre qual metodologia de aplicação do direito deve ser aplicada, pois importou diversas visões metodológicas sobre a prescrição de nulidade da decisão judicial que ignorar tais preceitos legais. Estes preceitos, todavia, se interpretados em sentido contrário, estabelecem um modo (metodologia) de se fundamentar a decisão na atual quadra da história do direito brasileiro.

A constatação de que há um viés doutrinário que ignora elementos centrais da fundamentação das decisões judiciais, aliás, é uma decorrência do fato de que historicamente os Códigos de Processo Civil do Brasil de 1939 e de 1973 sempre adotaram uma concepção de decisão judicial típica do formalismo jurídico que dominou por largos anos a cultura jurídica brasileira. Mesmo o Código de 1973, editado em época posterior a grandes revoluções do pensamento jurídico ocorridas no século XX, ignorou toda a discussão sobre como o dever de fundamentação seria exercido pelo juiz que acontecia na Europa Continental, especialmente no período posterior a Segunda Guerra Mundial. Ou seja, o legislador pátrio editou o Código de 1973 como se a jurisprudência dos conceitos alemã, que inspirou o Código Civil de 1916, ainda fosse adequada a compreensão do fenômeno da aplicação do direito na complexa sociedade brasileira da década de 1970.

Essa fixação do legislador por um sistema ultrapassado manteve no Código de Processo Civil de 1973 o imaginário de que o sistema jurídico era composto basicamente por um conjunto ordenado de leis editadas pelo Poder Legislativo capazes de oferecer, previamente, solução para qualquer fato regulado nos textos legais (MEello, 2016).

Assim, a metodologia implícita no bojo do Código de Processo Civil de 1973 era aquela adequada ao contexto jurídico/social do final do século XIX e início do século XX, desconsiderando as profundas alterações estruturais da sociedade brasileira, a evolução do pensamento jurídico e a necessidade de modernização da legislação para dar guarida a um novo arranjo existente.

A aplicação do direito no Código de Processo Civil de 1973, portanto, era a investigação dos fatos demonstrados no processo judicial, interpretação das leis e aplicação destas aos fatos apurados. Isto é, a concepção albergada pelo citado estatuto processual partia

do pressuposto do “juiz-boca-da-lei”, que se limitava a conhecer o significado dos enunciados normativos contidos na legislação, deixando de lado o detalhe da superação histórica e jurídica desta forma de compreensão da aplicação do direito pelo juiz há várias décadas. (Mello, 2016).

Diante disso, na visão do legislador de 1973, a ordem jurídica era compreendida como potencialmente completa e coerente, sendo composta de normas semanticamente precisas de fácil interpretação por parte de seus aplicadores. Como consequência, a decisão judicial seria a exposição de um raciocínio silogístico baseado no encontro da norma aplicável ao caso, definição dos fatos e submissão destes a solução previamente estabelecida na norma aplicável. (Mello, 2016).

O problema de fundamentação das decisões surge no contexto do emprego de uma metodologia ultrapassada, mas que permeia o imaginário dos operadores do direito e até mesmo da doutrina. As críticas a fundamentação das decisões, nesse contexto, tornam-se inócuas por não compreenderem onde está o cerne do problema.

A frase “fundamentação racional e lógica”, por si só, não é suficiente para titular uma decisão como adequada ou inadequada, pois são necessários parâmetros para se estabelecer a racionalidade e a lógica. Na visão de um positivista exegético uma fundamentação que utilize o método silogístico, calcado na lógica formal, atende os requisitos da racionalidade e da lógica. Entretanto, submetendo-se esta mesma decisão a um adepto do realismo jurídico em qualquer de suas ramificações, a conclusão pode ser totalmente diversa, eis que podem ser elevados como critérios de racionalidade a adequação social da decisão e não somente a legalidade desta, ou ainda o conceito de lógica formal ser desqualificado porque o efeito prático da decisão que a observa é a injustiça ou violação de princípios constitucionais.

Na abordagem da motivação ou fundamentação da decisão judicial, aliás, é comum a utilização do sofisma logicista, pelo qual se entende que toda a atividade do juiz se exaure em trabalhar de acordo com um esquema fixo e geralmente válido, de tipo lógico-formal, fundado no sistema de regras lógico dedutivas (Taruffo, 2015). A expressão sentença lógica, nessa ótica, teria íntima relação com o método silogista de aplicação do direito.

Taruffo (2015), entretanto, destaca que a negação do sofisma logicista, no sentido de se exaurir na lógica a atividade do juiz, não pode descambar no sofisma irracionalista, pelo qual o trabalho de aplicação do direito pelo juiz teria conteúdo intuitivo e, portanto, não passível de análise. Assim, incorrem em equívocos tanto a redução da fundamentação judicial à exposição de um sistema lógico formal como a identificação dela a uma atividade intuitiva

de cunho pessoal. O que existe, na realidade, é um conjunto heterogêneo de instrumentos essenciais para a elaboração de uma decisão correta, seja no controle racional das premissas e na racionalização do procedimento de pensamento que funda a decisão.

Essa constatação de que não há um único instrumento (ou método jurídico) que conduza a uma decisão correta, explica o sincretismo metodológico do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, o qual propôs diversas diretrizes para a aplicação do direito.

Nesse contexto, é preciso estabelecer pontos de convergência para a avaliação da adequação das decisões, mas esta convergência não surgirá sem que se tenha em mente qual foi o método empregado para elaboração da decisão e de sua respectiva fundamentação. Do contrário, não se irá além de argumentação vazia e sem critérios.

A referência ao método, vale esclarecer, é no sentido genérico da expressão, que abarca a complexidade envolvida no fenômeno da interpretação e não o sentido de simplificação, tecnicismo ou mera extração de significados metafísicos das regras jurídicas. Na realidade, sua utilização é feita para indicar de modo amplíssimo o raciocínio e a forma de valoração de elementos jurídicos ou metajurídicos realizados de modo consciente ou inconsciente para fundamentar uma decisão.

A simples afirmação de que a decisão é irracional ou não apresenta um encadeamento lógico, aliás, não se converte em máxima de acerto. É indispensável que haja um padrão para se mensurar o que se entende por racionalidade da fundamentação. Por exemplo, uma decisão que utilizar o argumento econômico com primazia sobre o argumento jurídico seria uma decisão irracional e conseqüentemente viciada? A resposta para esta pergunta somente será possível se avaliada a metodologia de aplicação do direito, pois se a metodologia empregada valorizar e permitir a utilização de elementos extrajurídicos na composição da decisão pode não haver irracionalidade, mas se a metodologia afastar a utilização da decisão de elementos metajurídicos é possível que haja vício na decisão proferida por utilizar de pressupostos estranhos ou irracionais para os fins pretendidos.

É a partir da análise da atividade interpretativa e sua explicitação na fundamentação que se identifica o método utilizado, e a partir do método se depreendem os limites existentes e se permite uma avaliação acerca da adequação ou não da fundamentação que ampara a conclusão.

Ainda que o debate metodológico não fosse visto há algum tempo como uma questão problemática, atualmente se menciona a perda de certeza do pensamento jurídico, considerando-se a opção metódica (aquela baseada no formalismo jurídico) arbitrária, de modo que se remete o jurista para questões sociais que dependem de valoração, afastando o

direito da ideia que o identificava com a lei. Esta mudança de concepção faz com que na atualidade a maioria das leis sofram sua configuração definitiva no processo contínuo da atividade jurisprudencial e muitas proposições jurídicas foram acolhidas ao direito vigente através da atividade judicial. As leis mantêm sua importância; entretanto, carecem sempre de interpretação, vedando-se ao intérprete atuar arbitrariamente (Larenz, 2014).

Não se pode virar as costas para o fato de que mesmo existindo críticas sobre a atuação judicial, é constante a prolação de decisões que servem como norte para a compreensão da normatividade de textos legislados. Mesmo que a metodologia jurídica não se limite ao estudo da aplicação da lei, esta é uma das temáticas por ela tratadas, razão pela qual a interpretação veiculada na fundamentação da decisão assume aspecto indissociável da metodologia jurídica. (Larenz, 2014).

Larenz é enfático ao ressaltar que a metodologia do direito tem como fundamento uma teoria do direito, ou ao menos implica em uma teoria do direito, conforme explica:

A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria atividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites. A necessidade de justificação de um método decorre do significado, da especificidade estrutural do objeto que por meio dele deve ser elucidado. Não se pode tratar portanto da ciência do direito sem simultaneamente tratar do próprio direito. Toda e qualquer metodologia do direito se funda numa teoria do Direito, ou quando menos implica-a. Ela exhibe necessariamente um duplo rosto – um que está voltado para a dogmática jurídica e para a aplicação prática de seus métodos, outro que se volta para a teoria do direito e assim, em última análise, para a filosofia do Direito. Nesta dupla direção reside a dificuldade da metodologia, mas também o seu particular encanto (LARENZ, 2014, p. XXII).

Com vistas a essa vinculação de fundamentação – esta como descrição da interpretação ou aplicação do direito - e metodologia, o Código de Processo Civil (art. 489, §1º) explicitou condições para os casos mais complexos de aplicação do direito, exigindo do intérprete determinada postura e, por via transversa, vedando outras, a fim de estabelecer verdadeiro método de aplicação do direito. Veja-se, por exemplo, o inciso II, do art. 489. §1º, Código de Processo Civil onde, interpretando-se em sentido contrário, tem-se a dever do julgador de explicar o motivo concreto da incidência de uma regra jurídica semanticamente aberta a determinada situação de fato. O Código estabelece um padrão de fundamentação a ser seguido sob pena de invalidade da decisão, ou seja, *a observância do método é erigida a requisito de validade*. Nessa ordem de ideias, a construção de uma fundamentação que vise a

aplicação de um conceito jurídico indeterminado não está entregue ao arbítrio do juiz, eis que ela obrigatoriamente deverá abordar o caso concreto e a possibilidade de incidência da regra aberta. Eventual fundamentação, por mais prolixa que venha a ser, se não observar o método será inválida.

Ainda na análise deste exemplo, destaca-se que a avaliação da aplicação de uma regra aberta (conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral) passará pela observância do art. 489, §1º, II, do Código de Processo Civil. Havendo a exposição do caso concreto e a justificativa pela qual a ele se aplica a regra a decisão será válida, sem olvidar a possibilidade de sua modificação por órgão que detenha competência para tanto.

É conveniente destacar esta peculiaridade para se evitar uma aplicação incorreta do art. 489, §1º, no sentido de que, se a parte interessada discordar do enquadramento jurídico e da exposição do aplicador que cumpriu a exigência do inciso II do §1º, do art. 489, a pretensão recursal não dirá respeito a anulação da decisão, mas a reforma desta. Se a decisão é válida e o órgão recursal entende que a solução jurídica não foi adequada a decisão será reformada; sendo inválida por violação do método erigido, a decisão será anulada pois proferida em desrespeito a norma de direito processual. Para esta análise considera-se o vício existente e tendo como irrelevante para tal propósito a possibilidade do juízo *ad quem* anular e na sequência proferir nova decisão.

Tendo em vista que o art. 489, §1º, do Código de Processo Civil exige um modo adequado de tratamento dos casos complexos de aplicação do direito, em compasso condizente à realidade multicultural e complexidade das relações intersubjetivas, pode-se concluir que *a observância do método adequado* para se fundamentar uma decisão, cuja fonte é a teoria do direito que implica esse método, passa a ser *requisito de validade da decisão* proferida pela autoridade judiciária. É nítido, portanto, o resgate adequado que o CPC fez da matéria, estimulando uma perspectiva adequada da temática para longe da visão tradicional calcada apenas no aspecto instrumental característico das abordagens dos processualistas brasileiros.

Nessa ótica é que as decisões judiciais não se legitimam ou são aceitas às cegas simplesmente porque utilizam uma argumentação baseada em juízos de valor; antes, se exige uma apreciação metodicamente adequada de enfrentamento do caso, pois só assim se poderá avaliar a regularidade da fundamentação frente ao ordenamento e as teorias que lhe dão suporte. (Larenz, 2014).

6. Conclusão

A fundamentação das decisões judiciais não é tema de espectro exclusivamente processual. Pelo contrário, o ato de fundamentar tem como pressuposto uma determinada concepção do direito e a metodologia dela decorrente.

Para uma compreensão da envergadura teórica do tema, é necessário suplantar os limites da prática convencional que finca o estudo dos requisitos da fundamentação exclusivamente nas regras processuais. Na verdade, os comandos normativos constituem apenas elementos indicadores do caminho metodológico adequado. A metodologia, a seu tempo, está diretamente conectada a uma teoria do direito, erigindo-se como mecanismo pelo qual essa teoria é concretizada na aplicação do direito.

Sem adentrar nos detalhes das disposições do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, pode-se, todavia, afirmar que o legislador reconheceu expressamente a vinculação entre fundamentação da decisão judicial e as metodologias decorrentes de certas teorias do direito, razão pela qual optou por indicar ao intérprete o caminho para uma fundamentação metodologicamente adequada, de acordo com determinadas características fáticas/normativas que precisam de solução pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, a evolução legislativa conclama o processualista a expandir suas investigações para um ramo outrora visto como distante da prática cotidiana do processo civil, qual seja, as concepções teóricas que explicam o direito e formulam metodologias de sua aplicação. Há uma verdadeira revolução normativa que se desvencilha do paradigma do Código de Processo Civil de 1973 pautado pelo formalismo mítico da lei que contém todas as respostas.

O arremate desse estudo, portanto, é no sentido de que a fundamentação das decisões judiciais somente pode ser compreendida na perspectiva da sua integração ao fenômeno interpretativo/metodológico, exigindo-se maior familiaridade dos profissionais do direito com as teorias expressamente referidas pelo legislador ou por ele diretamente refutadas.

O tema continuará a sendo objeto da atenção dos autores, em publicações futuras, em que analisaremos, com mais profundidade, os desdobramentos da disciplina prevista no art. 489 do Código de Processo Civil de 2015.

Referências

Abboud, G., Carnio, H. G., Oliveira, R. T. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. (3a ed.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Assis, A. *Processo Civil Brasileiro*. Vol. II, São Paulo: RT, 2015.

Bueno, C. S. *Manual de direito processual Civil*. (2a ed.) São Paulo: Saraiva, 2016.

Câmara, A. F. *Lições de direito processual civil*. (24a ed.) Vol. I, Atlas, 2012.

Didier Júnior; Braga, P. S.; Oliveira, R. A. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. (10a ed.), Salvador: Jus Podivm, 2015. v2.

Gadamer, H. G. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. (15a ed.), Petrópolis: Vozes, 2015.

Larenz, K. *Metodologia da ciência do direito*. (7a ed.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

Marinoni, L. G., Arenhart, S. C., Mitidiero, D. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. (3a ed.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v2.

Maximiliano, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. (19a ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Mello, C. A. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. 255, 63-90.

Müller, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Nery Junior, N., Nery, R. M. A. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Nery Junior, N. *Princípios do processo na Constituição Federal*. (12a ed.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Neves, C. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Santos, E. F. dos. *Manual de Direito Processual Civil*. (15a ed.) São Paulo: Saraiva, 2011. V. 1.

Silveira, A. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1985. v. 1.

Silveira, A. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1985. v. 2.

Silveira, A. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1985. v. 3.

Silveira, A. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1985. v. 4.

Streck, L. L. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. (5a ed.), rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

Taruffo, M. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

Theodoro Júnior, H., Nunes, D., Bahia, A. M. F., Pedron, F. Q. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Porcentagem de contribuição de cada autor do manuscrito

José Miguel Garcia Medina – 25%

Sandro Nunes Vieira – 75%