

JUSTIFICAÇÃO INTERNA E EXTERNA NAS DECISÕES JUDICIAIS NO NOVO CPC

*JUSTIFICATION INTERNAL AND EXTERNAL OF JUDICIAL DECISIONS
IN THE NEW CPC*

José Ricardo Alvarez Vianna¹

RESUMO: O ARTIGO 489, § 1º, DO NOVO CPC, PREVIO OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA QUE AS DECISÕES JUDICIAIS POSSAM SER CONSIDERADAS FUNDAMENTADAS. DIANTE DISSO, O PRESENTE ARTIGO OBJETIVA EXPOR AOS PROFISSIONAIS DO DIREITO ASPECTOS ACERCA DA JUSTIFICAÇÃO INTERNA E EXTERNA DAS DECISÕES JUDICIAIS, SEGUNDO A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, COMO FORMA DE FORNECER APARATO TEÓRICO PARA CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS CONSTANTES DO DISPOSITIVO LEGAL MENCIONADO.

PALAVRAS-CHAVE: *Novo CPC. Decisão Judicial. Justificação Interna e Externa.*

ABSTRACT: THE ARTICLE 489, § 1º, OF THE NEW CPC, PROVIDED THE REQUIREMENTS FOR THAT JUDICIAL DECISIONS CAN BE CONSIDERED JUSTIFIED. THEREFORE, THIS ARTICLE AIMS TO EXPOSE THE PROFESSIONALS OF LAW NOTIONS ABOUT INTERNAL AND EXTERNAL JUSTIFICATION OF JUDICIAL DECISIONS, ACCORDING TO THE THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION IN ORDER TO INTRODUCE THEORETICAL BASES TO FULFILL THE RULE BEFORE MENTIONED.

KEYWORDS: *NEW CPC. JUDICIAL DECISION. INTERNAL AND EXTERNAL JUSTIFICATION.*

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentação das decisões judiciais: considerações gerais. 3 Explicação ou justificação da decisão judicial. 4 A justificação interna da decisão judicial. 5 A justificação externa da decisão judicial. 6 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), com previsão para entrar em vigor em 17 de março de 2016, traz novas disposições sobre a fundamentação das decisões judiciais. Dentre estas, está o contido em seu artigo 489, § 1º, o qual já vem sendo objeto de comentários e especulações. Trata-se de inovação, uma vez que até aqui, tanto a Constituição Federal (CF, art. 93, inc. IX), como outros dispositivos legais processuais não

¹ Juiz de Direito no Paraná. Doutorando em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela UEL. Professor da Escola da Magistratura no Paraná. E-mail: jricardo@sercomtel.com.br

expunham, de modo detalhado, quais os elementos necessários à configuração de uma decisão judicial fundamentada.

O presente artigo tem por objetivo examinar referido dispositivo à luz da Teoria da Argumentação Jurídica, de acordo com o pensamento de Robert Alexy e Neil MacCormick. Visa-se com isso fornecer aparato útil para cumprimento dos requisitos legais previstos no artigo 489, § 1º, do novo CPC, além de contribuir para tornar a decisão judicial realizável, inteligível e sindicável, o que contribui para a segurança jurídica.

2 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inc. IX, prevê, de modo genérico, que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. De modo equivalente, dispõem o atual Código de Processo Civil (art. 458, inc. II), o Código de Processo Penal (art. 381, inc. III) e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 38). Como se percebe, exige-se que as decisões judiciais sejam fundamentadas, mas não se aponta, de modo claro, o que deve conter uma decisão judicial para ser admitida como tal.

Por conta disso, a compreensão do que se entende por decisão judicial fundamentada suscita certa margem de incerteza na práxis forense. O tema ganha relevo quando se aceita as chamadas fundamentações concisas ou sucintas nas decisões judiciais, sem que exista um limite nítido a separar fundamentação concisa ou sucinta de fundamentação insuficiente ou falta de fundamentação.

Este mesmo cenário se torna ainda mais movediço quando se utiliza, como parâmetro jurídico decisório, princípios jurídicos, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, os quais, se mal aplicados, podem alicerçar decisões em sentidos diametralmente opostos entre si, o que põe em xeque a segurança jurídica, um dos pilares do Direito.

Atento a esses aspectos, o legislador do novo CPC parece ter optado por uma nova postura; uma postura detalhista quanto aos requisitos da decisão judicial, a fim de estabelecer pautas para poder aferir se determinada decisão está fundamentada ou está desprovida de fundamentação. Neste cariz, consignou nos incisos do § 1º, do art. 489, o seguinte: *“não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela*

interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Sucedee, todavia, que a opção legislativa acima tem gerado certa apreensão entre os magistrados. Diz-se que, doravante, além do excesso e complexidade dos serviços forenses, a decisão judicial se converterá, na prática, em genuína peça acadêmica, não obstante se trate de peça processual técnica. Teme-se, inclusive, que isto possa a refletir sobre a efetividade da prestação jurisdicional e/ou colocar em risco o princípio da duração razoável do processo, ante a possibilidade de discussões descontextualizadas com foco central da lide, engendradas em teses sofisticadas com intuito exclusivamente procrastinatório.

Para que isto não ocorra; para que não haja instabilidade na interpretação e aplicação dos dispositivos que versam sobre a fundamentação das decisões judiciais no novo CPC, seja na elaboração da decisão, seja em seu exame, é necessária a existência de referenciais firmes, de pautas rigorosas, de critérios fortes, todos cancelados por balizada doutrina.

Para esse desiderato, tem-se que a interpretação e aplicação do artigo 489, § 1º, do novo CPC, deve ser levada a efeito em consonância com a Teoria da Argumentação Jurídica. Isto porque, em rigor, o novo CPC não inovou. Apenas tornou obrigatório o que já era preconizado de há muito pela Teoria da Argumentação Jurídica.

Apesar disso, cumpre sublinhar que, ao assim proceder, o legislador processual civil dos anos 2010 incorreu em algumas falhas; algumas imprecisões terminológicas e atecias que precisam ser retificadas, em sede interpretativa, para não desencadear outros equívocos. Primeiro, não se atentou para a delimitação semântica de alguns vocábulos. Segundo, não

havia necessidade de tantas minúcias como foi feito. Estas mais confundem do que esclarecem.

Adiante, serão apontadas as imprecisões terminológicas relevantes em que incorreu o legislador processual civil contemporâneo, bem como os pressupostos que regem a justificação interna e a justificação externa das decisões judiciais, o que é o suficiente para se reputar fundamentada, na acepção jurídica do vocábulo, uma decisão judicial.

3 EXPLICAÇÃO OU JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

O primeiro aspecto atécnico a ser salientado no novo CPC se refere aos vocábulos “*explicar*” e “*justificar*”. No inciso I, do § 1º, do art. 489, está dito que não se considerará fundamentada a decisão judicial se o juiz “*se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida*”. Situação semelhante ocorre no inciso II, do mesmo dispositivo, se o juiz “*empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*.” Por outro lado, segundo o inciso III, do dispositivo retro não será aceita como fundamentada a decisão se o magistrado “*invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*.”

Ora, explicar e justificar são vocábulos que, juridicamente, não se confundem. Não são sinônimos, tampouco devem ser equiparados, mesmo que por linguagem artificial normativa, haja vista o risco de ambiguidade intrínseco.

Para melhor captar a distinção entre tais vocábulos é preciso ter em conta a seguinte indagação: o que os juízes fazem quando decidem?

Se se atentar bem para o questionamento já será possível demarcar a diferença. É que a decisão judicial se divide em duas etapas. Uma, vem a ser a tomada da decisão, isto é, o ato de decidir em si. Outra, bem diversa, vem a ser o prolatar, o proferir, o pronunciar a decisão nos autos. Logo, processo decisório é algo abstrato; é o decidir propriamente dito. É algo interno do juiz. Pronunciamento da decisão judicial nos autos, em contrapartida, é algo externo, transparente, público.

Em linhas gerais, o juiz ao decidir deve, “*mutatis mutandis*”, cumprir o seguinte protocolo decisório: De início, deve se inteirar dos fatos, com a maior riqueza de detalhes

possível. Feito isto, ordinariamente, já terá consigo um esboço preliminar da decisão, constituído a partir de sua biografia, de seus valores, o que corresponde ao que Hans-Georg Gadamer nomina como “*pré-compreensão*”.² Entretanto, o julgador não deve se dar por satisfeito nesta fase. Se isto ocorrer, poderá incorrer em Realismo Jurídico Estadunidense,³ o que não se coaduna com o Estado Democrático do Direito. A rigor, o juiz atua como um mediador esclarecido entre Direito e a realidade,⁴ e não como um ditador de suas preferências, valores pessoais ou opiniões (“*doxa*”).

Sendo assim, uma vez reconhecida e ter consciente de sua “*pré-compreensão*” sobre a contenda, o magistrado ato contínuo deve pesquisar nas fontes formais do Direito a “*verdade consensual*” jurídica vigente no sistema para o caso.⁵ Neste momento, dá-se o chamado “*Círculo Hermenêutico*”,⁶ de acordo com o qual o juiz empreende sucessivas idas e vindas entre o fato e as fontes jurídicas até lograr êxito em identificar, segundo a orientação preponderante no âmbito jurídico, qual a norma individual e concreta que disciplinará o conflito pendente.

Como se constata, processo decisório é algo interno na pessoa do magistrado para encontrar a solução jurídica do caso. Nesse palmar, “*explicar*” a decisão, em quaisquer

² Ao empregar os vocábulos “*pré-compreensão*” e “*pré-juízo*”, Gadamer quer destacar a perspectiva de mundo do sujeito; suas significações da realidade; sua recepção e compreensão da vida, motivadas, em grande medida, pelo meio que o cerca. Para Gadamer o ser humano é um ser histórico. De consequência, no ser adulto não há grau zero de interpretação (significação). Sempre existirão juízos prévios, “*pré-conceitos*” (conceitos pré-constituídos). Sobre este ponto, conveniente transcrever as palavras de Gadamer: “*A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela seus preconceitos.*” GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 3. ed. “*In*” Pierre Fruchon (Org.) Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 13.

³ Para o Realismo Jurídico Estadunidense o juiz primeiro decide e depois busca fundamentos jurídicos para conferir uma roupagem formal à sua decisão. Mais do que isso: o teor da decisão, em visão extremada e metafórica, é influenciada por aquilo que ele tomou no café da manhã, aspecto também conhecido como a “*dieta do juiz*”, e que procura realçar não só as preferências e opiniões do juiz na tomada de decisões, mas a repercussão de seu estado de ânimo no momento de decidir. Vem do Realismo Jurídico Estadunidense a frase “*o Direito é aquilo que os Tribunais dizem*”. Trata-se de uma corrente do pensamento jurídico que se desenvolveu no fim do Séc. XIX e primeira metade do Séc. XX, nos Estados Unidos. Teve como principais representantes John Chipmann Gray, Karl Llewellyn e Jerome Frank. COELHO, Luíz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 133-137.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 59.

⁵ A verdade consensual, nos termos ora propugnados, funda-se no pensamento de Jürgen Habermas. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁶ Sobre o *Círculo Hermenêutico*, Gadamer assinala: “*(...) compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e por isso é essencial o constante retorno do todo às partes e vice-versa*”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 297.

de suas dimensões ou etapas, implicaria impor ao juiz a obrigação expor nos autos o percurso decisório até a solução jurídica respectiva, o que nada tem a ver com fundamentação jurídica. Explicar o “*Círculo Hermenêutico*” e/ou suas “*pré-compreensões*” ou os dilemas travados consigo próprio para desvelar a verdade consensual jurídica do caso é algo totalmente desnecessário para se averiguar se uma decisão judicial está fundamentada. Na realidade, o que se afigura relevante e pertinente nesse tomo diz respeito à justificação da decisão judicial. Mas o que se entende por justificação? De modo mais preciso: o que se entende por justificação interna e por justificação externa da decisão judicial?

É o que será visto nos itens seguintes.

4 A JUSTIFICAÇÃO INTERNA DA DECISÃO JUDICIAL

A justificação interna da decisão corresponde ao mero silogismo, advindo da lógica clássica. No silogismo são expostas as premissas, maior e menor, e a partir das quais se infere uma conclusão.^{7,8}

A lógica consiste na forma de organizar o pensamento; de expor de maneira articulada, coerente, racional e passível de compreensão determinado raciocínio. Ela possibilita saber se são válidos e consistentes os argumentos. Quando as pessoas se comunicam, fazem-no em geral por meio de enunciados, de proposições. Estas proposições também são chamadas de premissas. Se as proposições (premissas) estiverem encadeadas entre si por inferências, ter-se-á um argumento.⁹

A lógica se vale de vários métodos para expor um raciocínio de maneira compreensível. Os principais são os métodos indutivo e dedutivo.¹⁰ No método indutivo parte-se do particular para se chegar ao geral; universal. Exemplo: o corvo nº 1 (um) é negro; o corvo nº 2 (dois) é negro; o corvo nº 3 (três) é negro; o corvo nº “n” é negro. Desse

⁷ De acordo com Robert Alexy: “os problemas ligados à justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o nome de ‘silogismo jurídico’. Atualmente, há uma série de publicações em que se trata dos problemas relativos ao tema, aplicando-se os métodos da lógica moderna”. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 218.

⁸ É importante averbar que as expressões justificação interna e justificação externa devem ser creditadas a Jerzy Wroblewski. WROBLÉWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Tradução de Iguartúa Salaverria. México: Fontamara, 2003, p. 52.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 21.

¹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87 e 141-147.

modo, é válido concluir que todo corvo existente é negro.¹¹ O método indutivo costuma ser aplicado às ciências naturais (empirismo), eis que baseado na observação.

O que interessa para o Direito é o método dedutivo. No método dedutivo o raciocínio se desenvolve a partir de uma verdade sabida e segue para uma nova verdade. Parte-se do geral (universal) e segue até o particular. Exemplo: todo ser humano é mortal (premissa maior). Sócrates é um ser humano (premissa menor). Logo, Sócrates é mortal (conclusão).¹² O método dedutivo identifica-se com o racionalismo.

Estas considerações guardam íntima relação com a argumentação jurídica, uma vez que, no processo de justificação da decisão judicial, como se disse, aplica-se o método dedutivo. Assim, uma vez expostas as premissas, maior e menor, de maneira articulada será possível saber se o argumento é válido.

Para comprovar isto, retome-se o exemplo de Sócrates. Ali, cada premissa constitui uma proposição diversa, as quais estão concatenadas entre si e, por isso, permitem a inferência. Nessas condições, se a inferência é possível, diz-se que o argumento é válido. Se, ao contrário, a inferência não for possível, o argumento será inválido. No exemplo veiculado, se Sócrates fosse um computador (premissa menor), não haveria possibilidade de inferência desta para com a premissa maior. Em consequência, o argumento seria inválido. Resumindo: a validade do argumento depende da possibilidade de inferência lógica entre as premissas (proposições).¹³

Transposta essa ideia para as fronteiras do jurídico, toma-se como exemplo um contrato de locação. Suponha-se que determinado indivíduo, ora designado por “A”, tenha celebrado perante “B”, um contrato de locação de imóvel urbano, comprometendo-se a pagar alugueis e encargos em tempo, modo e lugar ajustados. Não obstante, vencida a obrigação, “A” (locatário) deixa de cumpri-la perante “B” (locador). Em termos silogísticos, ter-se-ia o seguinte esquema:

(1) Premissa Maior (Direito)¹⁴

¹¹ LAKATOS, Eva M. e MARCONI, Marina A. *Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 47.

¹² CHALMERS, Alan Francis. *What is this Thing Called Science? What is This Thing Called Science?* 3. ed. Brisbane: University of Queensland Press, 1999, p. 43.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. “*Op.cit.*”, p. 14.

¹⁴ Conforme acentua Robert Alexy “*para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal*”, daí por que se fala em método dedutivo. ALEXY, Robert, “*Op. cit.*”, p. 219.

O locatário que deixar de cumprir as obrigações locatícias em tempo, lugar e forma convencionados, estará sujeito ao despejo do imóvel.

(2) Premissa Menor (Fato)

“A” (locatário) deixou de cumprir suas obrigações locatícias perante “B” (locador), no tempo, lugar e forma convencionados.

(3) Decisão (Conclusão)

Por conseguinte, “A” deve ser despejado do imóvel locado.

No exemplo, houve possibilidade de inferência entre as premissas. O argumento é válido e o pedido procedente, portanto.

O exemplo é simples e foi apresentado apenas para facilitar apreensão do processo de justificação interna da decisão. Seja como for, poder-se-ia dizer que o processo de justificação importaria no retorno ao juiz “*boca da lei*”, nos moldes apregoados por Montesquieu^{15,16}

Nada mais equivocado, porém.

Lembre-se que, no processo decisório, para fixar a premissa jurídica, o juiz deve consultar as fontes do Direito, e não só a lei. Por fontes formais do Direito estão compreendidas, além das normas jurídicas positivadas (constituídas por princípios e regras, por cláusulas gerais e por conceitos jurídicos indeterminados), estão os precedentes jurisprudenciais (estatuidores de sentido), as orientações doutrinárias (densificadoras de conteúdos) e, conforme o caso, até os costumes. Agregado a isso, tem-se que o Direito não se interpreta “*em tiras*”,¹⁷ o que exige do magistrado toda a atenção ao cumprir suas

¹⁵ Veja, a propósito, as palavras de Montesquieu sobre este tema: “*O poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo.*” (...) “*Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.*” MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *De L'Esprit des Lois*. Livre XI, Chapitre IV. Paris: Librairie Ch. Delagrave, 1892, p. 238 e 239.

¹⁶ Norberto Bobbio critica essa postura. Afirma que, sob esse ponto de vista, a lei seria para o juiz como um prontuário que ele deveria se utilizar infalivelmente e do qual não poderia jamais se afastar. Haveria, pois, um verdadeiro “*fetichismo da lei*”, o que é incompatível com a realidade social. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999, p. 121.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. XXVIII.

atribuições para não corromper a integridade, coesão e harmonia que se espera do sistema jurídico. Destarte, nada há de mecânico na atividade julgadora.

Paralelamente ao que foi dito acima, outro ponto que comporta registro neste tópico e que, também, distingue e separa as duas etapas decisórias – *processo decisório* e *processo de justificação da decisão* – está no fato de o processo decisório se iniciar a partir do conhecimento dos fatos da causa, seguindo para as fontes do Direito. Já no processo de justificação da decisão (silogismo), ocorre o inverso.

Para encerrar este item, uma coisa deve ficar retida: na justificação interna, o magistrado deve expor quais premissas (jurídica e fática) constituem a estrutura racional de sua decisão.¹⁸ Cumprido isto, estará presente primeiro passo para se ter uma decisão judicial fundamentada.

5 A JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DA DECISÃO JUDICIAL

A interpretação e aplicação do Direito não é atividade simples. Muitos problemas podem advir nessa empreita. Muitas vezes, a lei não fornece as respostas para os conflitos e dramas humanos vividos em sociedade, o que realça a importância do juiz como mediador lúcido entre o Direito e a realidade. Adite-se a isso a ambiguidade e vagueza das palavras, tanto daquelas que constam dos textos legais, como das que integram princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados. Além do mais, há a debilidade do instrumento processo em reproduzir nos autos, com perfeição, o fato subjacente.

Pensando nisso, Neil MacCormick, em postura taxonômica, elencou 4 (quatro) principais problemas na elaboração da decisão judicial. São eles: a) *problema de interpretação*; b) *problema de pertinência*; c) *problemas de prova*; e, d) *problema de qualificação*.¹⁹

O *problema de interpretação* emerge quando não há dúvida a respeito de qual norma será aplicada à espécie, porém existe mais de uma interpretação aceita para esta norma. É comum em casos em que a jurisprudência ainda não sedimentou entendimento sobre a matéria.

¹⁸ Segundo Robert Alexy: “na justificação interna deve ficar claro quais premissas devem ser justificadas externamente.” ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 226.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press, 1994, p. 68-72.

O *problema de pertinência*, por seu turno, ocorre quando o fato ocorrido na realidade difere, em essência, do fato disposto no texto legal. Paira dúvida se há possibilidade de subsunção, dada a divergência sutil entre fato naturalístico e fato normativo. Karl Larenz nomina esta situação como lacuna oculta.²⁰

Nos *problemas de prova* a dúvida não incide na premissa maior (Direito), mas na premissa menor (fato). Pode advir se o fato não ficar demonstrado de maneira satisfatória pela prova judicial. Vale ressaltar que não se trata aqui de falta de provas, mas sim de situação em que a prova se apresenta antagônica entre si e, por isso, suscetível de mais de uma interpretação.²¹

Por fim, os *problemas de qualificação*, os quais se verificam quando não existe controvérsia em relação a determinado fato, mas em relação à sua qualificação jurídica. Para elucidar esta circunstância, MacCormick recorda o caso “*MacLennan vs. MacLennan*”. Neste, o senhor MacLennan propôs ação de divórcio em face de sua esposa, sob o argumento de adultério, uma vez que ela deu à luz a um bebê após o casal não manter mais relações sexuais. A esposa, em defesa, sustentou que utilizou técnica de inseminação artificial para engravidar, o que motivou a discussão se inseminação artificial implicava, ou não, em adultério. Tratava-se de problema de qualificação jurídica, pois.^{22,23}

As anotações tecidas até aqui, reafirmam a complexidade da atividade julgadora. Para decidir determinada lide, o juiz deve construir as premissas, jurídica e fática. Foi neste sentido que Kelsen asseverou que a atividade do juiz, enquanto intérprete autêntico, importa em criação do Direito.²⁴ Sucede que este ato “*criativo*” não é realizado de maneira aleatória ou intuitiva. Existem critérios para tanto. O juiz não inventa o Direito. O juiz, ao

²⁰ Sobre este ponto, Larenz assim se pronuncia: “*qualificamos de lacuna ‘oculta’ o caso em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido.*” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 556.

²¹ GRAU, Eros Roberto. “*Op. cit.*”, p. X.

²² MACCORMICK, Neil. “*Op. cit.*”, p. 93.

²³ Para a solução desse caso ficou estabelecido pela Corte Julgadora que, para a configuração de adultério, deve haver pelo menos duas pessoas fisicamente presentes e estas devem praticar ato sexual entre si. Além disso, não é necessário que haja interação entre esperma e óvulo respectivos. Dessa maneira, inseminação artificial não configura adultério. Não obstante o entendimento do Tribunal, a senhora MacLennan não conseguiu demonstrar que realizara inseminação artificial e o pedido de divórcio foi acolhido. DWORKIN, Roger B. *Limits: The Role of the Law in Bioethical Decision Making*. Indiana University Press, 1996, p. 62

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 395.

edificar a premissa maior da decisão, vale-se da matéria prima do Direito e, a partir da norma hipotética condicional; geral e abstrata, constrói a norma individual e concreta apta a eliminar o litígio. O mesmo raciocínio se aplica em relação à construção da premissa menor. Para delimitar o fato respectivo a ser justaposto ao Direito, o juiz deve se apoiar na teoria das provas, a qual estabelece uma série de diretrizes e parâmetros a orientar sua atuação.²⁵

Nesta conformidade, por não ser a decisão judicial algo destituído de referenciais; algo intuitivo e/ou fruto de inspiração metafísica; para enfrentar os *problemas de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação jurídica* é que emerge a ideia de justificação externa da decisão judicial ao lado da justificação interna.

Mas o que vem a ser justificação externa?

Aqui cabe um parêntese antes de avançar.

Ao discorrer sobre argumento (item 4), foi dito que o argumento será válido ou inválido, desde que seja possível a inferência entre as premissas. Logo, um argumento nunca será verdadeiro ou falso. Um argumento será válido ou inválido. O que poderá ser verdadeiro ou falso será o teor das premissas (jurídica e fática). De consequência, se o argumento for válido e as premissas verdadeiras, o argumento, além de válido, será consistente.

Nessa trilha, para que uma decisão judicial contenha um argumento válido e consistente será necessária a inferência entre as premissas (jurídica e fática) e a veracidade destas. Dessa forma, o juiz, além de apontar as premissas (jurídica e fática) (silogismo interno), deverá justificar a “*veracidade*” destas premissas. A isto se dá o nome de justificação externa da decisão. Para Robert Alexy: “*o objetivo da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna.*”^{26,27}

²⁵ Preocupado com os riscos deste caráter subjetivo em aquilatar o justo, Herbert Wechsler adverte: “*O que caracteriza as decisões judiciais, em contraste com os atos dos outros Poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de mera vontade ou sentimento pessoal.*” WECHSLER, Herbert. *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*. Harvard Law Review. v. 73, n. 1, Nov. 1959, p. 10, “*apud*” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 273

²⁶ ALEXY, Robert. “*Op. cit.*”, p. 226.

²⁷ MACCORMICK, Neil. “*Op.cit*”, p. 93.

O que interessa para o Direito, quando se trata de aferir a fundamentação da decisão judicial, é saber se foi demonstrada a validade ou não dos argumentos, a partir de premissas verdadeiras.

Para melhor compreender isto, afigura-se de bom alvitre recorrer a novo exemplo. Para tanto, passa-se ao exame de decisão proferida pela Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Paraná, em 24/03/2015, a fim de examinar se esta atendeu aos requisitos da justificação interna e externa, nos moldes aqui alinhavados.

O caso versou sobre pedidos de indenização por danos morais e materiais, proposto por “A” em face de “B”.²⁸ Os pedidos foram motivados porque “B”, na qualidade de advogada, teria procurado os associados da pesca da região de Guaratuba-PR, informando-lhes que teriam direito a indenização em decorrência de acidente ocorrido com o navio Vicunha, em 2006, o qual teria contaminado toda a Baía do Litoral Paranaense, causando prejuízos aos pescadores locais, dentre eles o autor (“A”). Na sequência, “B” teria recolhido instrumentos de mandato dos supostos lesados, inclusive de “A”, porém deixou fluir o prazo previsto em lei para ingressar com a ação de indenização anunciada, em detrimento de “A”. Por conta disso, “A” sustentou ter direito à indenização perante “B”, com base na teoria da perda de uma chance.

Pois bem. Como a teoria da perda de uma chance é algo recente no Brasil, vez que oriunda basicamente do Direito Italiano e Francês; como não há previsão legal expressa sobre o assunto, sendo suas fontes assentadas, de modo geral, pela doutrina e jurisprudência, pode-se constatar que se trata de caso peculiar. Esta peculiaridade, a seu turno, pode suscitar certa dificuldade acerca de quais pressupostos jurídicos são exigidos para caracterizar a perda de uma chance para deflagrar os efeitos da responsabilidade civil. Enfim, a dificuldade reside em como justificar a premissa jurídica como verdadeira.

Veja como o magistrado relator, Leo Henrique Furtado Araújo, tratou a questão: *“(para a) aplicação da teoria da perda de uma chance, segundo entendimento do STJ, exige-se que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da*

²⁸ Optou-se por não declinar o nome das partes por se tratar de aspecto irrelevante ao exame do tema. De qualquer modo, o julgado é público e está disponível, na íntegra, na internet. BRASIL – Tribunal de Justiça do Paraná - 1ª Turma Recursal – Recurso nº 0000876-44.2012.8.16.0088/1 – Relator Leo Henrique Furtado Araújo. Curitiba, 24 de março de 2015.

responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”. (...). “a chance perdida deve ser real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.”

Em continuação, o magistrado transcreveu trecho de julgado em que fora registrado: *“A teoria da perda de uma chance incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória.”*

Para finalizar a construção da premissa maior (Direito), o juiz ainda problematizou: *“No caso em análise é necessário determinar se existiam probabilidades sérias e objetivas de sucesso na demanda pretendida pelo autor e, em caso afirmativo, qual o dano experimentado.”*

Como se pode verificar, atendeu-se não só a justificação interna (Direito – Perda de uma chance), como se procedeu à justificação externa, vale dizer, apontou-se, de forma transparente e expressa, o que se entende por perda de uma chance e quais os requisitos necessários à sua incidência. Note-se que perda de uma chance não é o que o magistrado entende, supõe ou presume, mas sim o que doutrina e a jurisprudência têm entendido (verdade consensual). Note-se, mais, que, ao agir assim, o magistrado está a possibilitar não só que se conheça, de modo evidente, qual premissa jurídica foi adotada no julgado, como permite aferir se os elementos apontados como constitutivos do instituto jurídico respectivo estão em conformidade com as diretrizes jurídicas vigentes. Significa dizer: possibilita investigar se a premissa jurídica por ele formulada é *“verdadeira”* em cotejo com as fontes formais do Direito.

Em suma, houve não só a indicação da premissa jurídica (justificação interna), assim como a explicitação de seus elementos caracterizadores e constitutivos (justificação externa) na decisão.

Passa-se, agora, ao exame da premissa menor (fatos). Neste aspecto, observa-se que o juiz averbou que, de acordo com *“laudo técnico (evento 20.2), realizado pelo Instituto Ambiental do Paraná, órgão oficial e imparcial, ficou concluído que a Baía de Guaratuba não foi atingida pelo vazamento decorrente do Navio Vicunha.”* (...). *“Assim sendo, resta ausente qualquer evidência que ampare a indenização pretendida, já que ainda que a ação*

fosse proposta pela recorrida, a probabilidade de procedência seria praticamente inexistente.”

Aqui, por igual, observa-se que a decisão judicial deixou claro que a situação fática a ser objeto de ação indenizatória remotamente ensejaria reparação civil ao autor o que elide sua pretensão indenizatória pela perda de uma chance. Para dizer isto, o juiz não se valeu de especulações imaginativas. Ao revés, tomou por base laudo pericial do Instituto Ambiental do Paraná, o qual concluiu pela inexistência de nexo causal entre o vazamento do Navio e o suposto dano aos pescadores. Nestas condições, a conclusão daí resultante não poderia ser outra senão a improcedência dos pedidos indenizatórios.

O que deve ficar claro nesta sede é que a explicitação da justificação interna e da justificação externa da decisão fraqueia a verificação da veracidade das premissas e da validade e consistência do argumento jurídico, o que torna a decisão judicial não só fundamentada, como razoável.²⁹

Ao examinar o julgado do Paraná, outra importante conclusão pode ser firmada: para o preenchimento dos requisitos da justificação interna e externa da decisão não se torna necessário fazer da peça decisória uma peça acadêmica. Basta que se indique, de modo expresso, as premissas, jurídica e de fato, na decisão e que se justifique a veracidade de cada uma destas.

Se isto estiver presente, a decisão judicial, por certo, estará calcada em dois componentes essenciais para a concretização da razoabilidade da prestação jurisdicional: a racionalidade e o empirismo.

A racionalidade estará manifesta na inteligibilidade da decisão. O empirismo na possibilidade de propiciar um comparativo entre as premissas fixadas, seja em relação ao Direito, seja em relação às provas carreadas aos autos, evitando equívocos ou retificando-os se for o caso.

De se sublinhar, por derradeiro, que o mesmo raciocínio se aplica em relação aos princípios jurídicos, aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais quando estas figurarem como premissas jurídicas na estrutura decisional. O juiz, além de indicar o

²⁹ Para Richard Posner, nas decisões judiciais, “o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado objetivamente certo.” POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 26.

princípio jurídico, a cláusula geral ou o conceito jurídico indeterminado (justificação interna), deverá apontar em que consiste sua essência; deverá densificar seu conteúdo (justificação externa).

A título de exemplo: quando se decidir questões de natureza contratual e for necessário recorrer à principiologia específica sobre a matéria, caso dos princípios da boa-fé objetiva e/ou da função social dos contratos, não se deve conduzir a significação destes mediante ilações genéricas e vagas. Deve-se, em vez disso, calcar as significações em consonância com as fontes do Direito, as quais irão conduzir a decisão judicial para uma solução adequada do conflito e em simetria com os padrões jurídicos vigentes.

Nesse vértice, boa-fé objetiva será aquilo que doutrina e jurisprudência significaram e continuam a significar. Será com base na significação jurídica consolidada no cenário jurídico que o magistrado deverá decidir a causa.

6 CONCLUSÕES

Do desenvolvimento do tema, foram extraídas as seguintes conclusões:

1. O legislador processual civil de 2015 inovou em relação a outros diplomas legais ao estabelecer, de maneira detalhada, nos incisos de seu art. 489, § 1º, os requisitos para que as decisões judiciais sejam consideradas fundamentadas.

2. Houve certa atecnia na redação legal em questão, seja em relação a alguns vocábulos, seja por não se pautar pelas diretrizes firmadas pela Teoria da Argumentação Jurídica, notadamente no que alude à justificação interna e justificação externa das decisões judiciais.

3. O excesso de detalhes e as impropriedades terminológicas no texto legal, em vez de contribuírem para o aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais, podem dificultar seu cumprimento. E mais: pode abrir margem para argumentos sofisticos e recursos protelatórios sob a alegação de falta de fundamentação nas decisões judiciais.

4. Para impedir isto e, ao mesmo tempo, cumprir os ditames legais, é importante não confundir “*explicação*” e “*justificação*” da decisão judicial, ambos empregados no novo CPC. Explicação é algo interno do juiz, diz respeito ao processo decisório; ao ato de

decidir. Justificação, por outro lado, implica na exposição racional da decisão nos autos. O juiz somente está obrigado a justificar sua decisão nos autos, e não a explicá-la.

5. A justificação interna da decisão consiste na exposição do raciocínio silogístico da decisão. Para tanto, o juiz deve indicar a premissa maior (Direito); a premissa menor (Fato), a fim de apurar a inferência em sede de conclusão (método dedutivo).

6. Na justificação externa da decisão, o magistrado deve demonstrar a veracidade das premissas adotadas na justificação interna. Não basta apontar as premissas decisórias, é preciso demonstrar (justificar) a veracidade de cada uma delas.

7. Argumento consiste no conjunto de proposições (premissas) encadeadas entre si por inferências. Se a inferência entre as premissas for possível, diz-se que o argumento é válido. Se a inferência não for possível, o argumento é inválido.

8. Para o argumento ser considerado válido e consistente, não basta a inferência entre as premissas. É preciso, inclusive, que as premissas sejam verdadeiras.

9. O que interessa para o Direito, quando se visa aferir a fundamentação da decisão judicial, é saber se foi demonstrada a validade ou não dos argumentos a partir de premissas verdadeiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.

CHALMERS, Alan Francis. **What is this Thing Called Science? What is This Thing Called Science?** 3. Ed. Brisbane: University of Queensland Press, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de Lógica Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COELHO, Luíz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DWORKIN, Roger B. **Limits: The Role of the Law in Bioethical Decision Making**. Indiana University Press, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da Consciência Histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 3. ed. “In” Pierre Fruchon (Org.) Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAKATOS, Eva M. e MARCONI, Marina A. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford University Press, 1994.

MAXIMILIANO, *Carlos*. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **De L’Esprit des Lois**. Livre XI, Chapitre IV. Paris: Librairie Ch. Delagrave, 1892.

POSNER, Richard. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WROBLÉWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el Derecho**. Tradução de Iguartúa Salaverria. México: Fontamara, 2003.