

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER  
EDUARDO TALAMINI  
COORDENADORES

# FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

*A crise na construção de respostas no processo civil*

LEONARD ZIESEMER SCHMITZ

**PREFÁCIO**  
LENIO LUIZ STRECK

**APRESENTAÇÃO**  
ARRUDA ALVIM



Coleção  
**Liebman**

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS**

*Diretora Responsável*

**MARISA HARMS**

*Diretora de Operações de Conteúdo*

**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editores:* Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

*Assistente Administrativo Editorial:* Juliana Camilo Menezes

*Produção Editorial*

*Coordenação*

**JULIANA DE CICCIO BIANCO**

*Analistas Editoriais:* Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro

*Analistas de Qualidade Editorial:* Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Cintia Mesojedovas Nogueira e Maria Angélica Leite

*Administrativo e Produção Gráfica*

*Coordenação*

**CAIO HENRIQUE ANDRADE**

*Analista Administrativo:* Antonia Pereira

*Assistente Administrativo:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

---

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Schmitz, Leonard Zieseimer

Fundamentação das decisões judiciais : a crise na construção de respostas no processo civil / Leonard Zieseimer Schmitz. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. — (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini)

Bibliografia

ISBN 978-85-203-6378-2

1. Julgamentos - Brasil 2. Juízes - Decisões - Brasil 3. Processo judicial - Brasil 4. Sentenças (Direito processual) - Brasil I. Wambier, Teresa Arruda Alvim. II. Talamini, Eduardo. III. Título. IV. Série.

15-05991

CDU-347.951.012(81)

---

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Decisões judiciais : Fundamentação :  
Direito processual 347.951.012(81)

## SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS .....	11
APRESENTAÇÃO .....	15
APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO .....	17
COMPRENDEMOS PARA DECIDIR E NÃO DECIDIMOS PARA, SÓ DEPOIS, COMPREENDER! À GUIZA DE PREFÁCIO .....	19
INTRODUÇÃO: O JUIZ E O PRÍNCIPE .....	27

### PRIMEIRA PARTE

#### NOTAS PARA A (RE)CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

1. COMPREENDENDO QUEME O QUÊ – PREMISSAS PARA ESTUDAR AS DECISÕES JUDICIAIS .....	37
1.1 Quem é o Sujeito que interpreta e julga? .....	37
1.1.1 Sujeito, Objeto, e o conhecimento científico .....	37
1.1.2 O giro linguístico ( <i>linguistic turn</i> ) e a descoberta da importância da linguagem .....	40
1.1.3 Dando um passo à frente no giro linguístico – A morte do Sujeito cartesiano e o papel do “Dasein” .....	42
1.1.4 Direito não é matemática – O abandono dos métodos pela hermenêutica .....	45
1.2 Positivismo(s) Jurídico(s) – o mito da completude do ordenamento e o problema da discricionariedade .....	52
1.2.1 O positivismo primitivo – A lei, nada mais que a lei .....	53
1.2.2 A cultura positivista e a ficção da completude da lei .....	58
1.2.3 Compreender Hans Kelsen para poder superá-lo .....	61
1.2.3.1 Por que uma Teoria “Pura” do Direito? .....	61
1.2.3.2 A decisão judicial no positivismo é uma inevitável discricionariedade .....	63
1.3 Para além do positivismo jurídico – O conceito adequado de norma jurídica .....	66
1.3.1 Por que o pós-positivismo? .....	66
1.3.2 Primeira premissa: a verdadeira separação entre texto e norma .....	68
1.3.3 Segunda premissa: como se estrutura e se constrói a norma .....	72
1.3.4 Terceira premissa: a decisão judicial não é um ato de silogismo/subsunção .....	74
1.4 Acertando os ponteiros com a teoria do direito .....	80
1.4.1 Quem tem medo do positivismo? – os exageros na negação de tudo o que é positivista .....	80
1.4.2 Nem tudo o que vem depois do positivismo é pós-positivista .....	83

2.	O QUE A HERMENÊUTICA NOS ENSINA SOBRE A ARGUMENTAÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	87
2.1	A hermenêutica jurídica clássica – Revelação de sentidos “unívocos” da lei .....	88
2.2	Os “cânones” de interpretação – Métodos interpretativos supostamente autossuficientes.....	90
2.2.1	O Método Gramatical e a busca pelo significado semântico da lei....	91
2.2.2	A ficção da “vontade do legislador” no método exegético .....	94
2.2.3	A lei possui vontades? A pergunta não respondida pelo método teleológico .....	99
2.2.4	A insuficiência dos cânones interpretativos e sua verdadeira função na aplicação do direito .....	100
2.3	A hermenêutica no Estado Constitucional.....	103
2.3.1	O problema a ser combatido: a sentença como “sentire” e a livre atribuição de sentidos pelo julgador .....	103
2.3.2	No caminho da interpretação – Dedução, indução, e circularidade interpretativas.....	108
2.3.3	Interpretar é aplicar, aplicar é interpretar, e tudo isso é compreender....	110
2.4	As teorias racional-procedimentalistas de aplicação do direito .....	113
2.4.1	Pensar o direito orientado a problemas – O renascimento da tópica em Viehweg .....	113
2.4.2	A teoria da argumentação de Chaïm Perelman e a “nova retórica” .....	116
2.4.3	Ainda sobre a argumentação – o problema da relação entre racionalidade e razoabilidade .....	119
2.4.4	O Direito como discurso em Habermas – a razão comunicativa e a situação ideal de fala .....	121
3.	POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.....	129
3.1	A questão dos princípios jurídicos.....	129
3.1.1	Um princípio “vale” mais que uma regra? O tratamento dado pela prática brasileira .....	130
3.1.2	Princípios como “normas” abstratas – A não superação do paradigma positivista .....	132
3.1.3	A ponderação entre princípios em “conflito” – quem pondera escolhe como decidir.....	135
3.1.4	Aparando as arestas – Os princípios como meios de fechamento hermenêutico do direito .....	139
3.2	Dicotomias superáveis na atividade interpretativa decisória.....	144
3.2.1	Questão de fato x questão de direito – Existe direito sem fatos?.....	144
3.2.2	<i>Easy cases</i> e <i>Hard cases</i> – A ilusão de tentar facilitar a aplicação do direito .....	150
3.3	A (in)determinabilidade do Direito e como responder corretamente às questões jurídicas.....	153
3.3.1	Existem respostas corretas em direito? – A tarefa “hercúlea” da fundamentação e da integridade.....	153
3.3.2	Decidir não é escolher – A diferença entre opiniões e pré-conceitos .....	158

3.3.3	A influência da literatura na fundamentação – As narrativas jurídicas ...	163
3.3.4	Para concluir: a finalidade da fundamentação é encontrar um resposta adequada à Constituição.....	169

## SEGUNDA PARTE

## A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NA CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA AO CASO CONCRETO

4.	FUNDAMENTAÇÃO EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO .....	179
4.1	Os limites do exercício da Jurisdição .....	179
4.1.1	O Estado Democrático de Direito é o Estado que se justifica.....	179
4.1.2	Jurisdição e legitimidade na aplicação do Direito.....	184
4.1.3	Instrumentalidade do processo, ou da jurisdição? .....	185
4.1.4	O protagonismo da instrumentalidade e o mito do juiz-antena .....	190
4.2	O risco do ativismo judicial – Quando a vontade do intérprete se sobrepõe ao Direito .....	192
4.2.1	O argumento sedutor do falso “bom” ativismo .....	196
4.2.2	Os limites institucionais da jurisdição e a fundamentação das decisões como obstáculo ao ativismo judicial .....	200
4.2.3	O uso estratégico da jurisdição – as técnicas que aproximam a fundamentação da decisão às preferências de quem julga .....	204
4.3	O conteúdo básico do dever de fundamentação das decisões.....	208
4.3.1	O “dever” de motivação é uma regra ou um princípio? .....	208
4.3.2	Objetivos clássicos da fundamentação – controle contra arbitrios através de recursos.....	210
4.3.3	Fundamentação como <i>accountability</i> – O prestar de contas ao Estado Democrático de Direito.....	212
4.4	Fundamentar não é fazer ciência – Esquemas (ainda) presos a silogismos e métodos.....	214
4.4.1	Invertendo a ordem das coisas: decido, e vou em busca de fundamentos? – o mito da separação entre Contexto da descoberta e Contexto de justificação .....	220
4.5	Entre o dogmatismo e a argumentação manipulativa – como controlar hermenêuticamente o discurso jurídico? .....	225
4.5.1	O (ab)uso de linguagem jurídica.....	225
4.5.2	Argumentos sem conteúdo – a dogmática pela dogmática .....	227
4.5.3	O apelo estético dos argumentos e a verdadeira legitimação discursiva..	230
5.	ASPECTOS PROCESSUAIS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES.....	235
5.1	Relatório, motivação e dispositivo .....	235
5.2	Fundamentação e contraditório – a posição de diálogo entre partes e juiz, a proibição de decisão surpresa e a vinculação ao debate.....	238
5.2.1	Fundamentação “per relationem” e a perda do diálogo.....	242
5.2.2	A fundamentação para o vencedor e para o sucumbente – as razões acolhidas e não acolhidas.....	245
5.3	Fundamentação e poderes instrutórios – o processo, e não o juiz, como destinatário das provas .....	249

5.3.1	O mito da “verdade real” .....	253
5.3.2	Os limites e o abuso do “livre convencimento motivado” .....	260
5.3.3	O risco das máximas de experiência – A autorização de estereótipos no julgamento.....	266
5.3.4	A fundamentação no deferimento e indeferimento de produção de provas .....	275
5.4	Como a prática pode esconder vícios frequentes na fundamentação.....	279
5.4.1	Fundamentação e legalidade – a insuficiência da verificação de “presença” ou “ausência” de requisitos legais.....	279
5.4.2	A congruência entre pedidos, causa de pedir e decisão – necessidade de enfrentamento de todas as questões alegadas pelas partes .....	285
5.4.3	Fundamentação, controle hermenêutico e embargos de declaração .....	294
5.4.4	A pseudocolegialidade nos tribunais e o problema da identificação da motivação vencedora .....	297
5.5	Conclusão parcial: o art. 489, § 1.º, I, II, III e IV e o dever de fundamentar o caso concreto .....	300
5.5.1	A decisão legalista .....	300
5.5.2	A decisão não-interpretativa .....	301
5.5.3	A decisão genérica .....	302
5.5.4	A decisão com fundamentação-resposta .....	303
<b>6.</b>	<b>A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES COM BASE EM OUTRAS DECISÕES ....</b>	<b>305</b>
6.1	A cultura de ementários de jurisprudência e o descuido com o caso concreto .....	306
6.2	Qual a verdadeira força normativa da jurisprudência?.....	310
6.2.1	A força normativa da Súmula como indexadora de jurisprudência..	314
6.2.2	O caso da “súmula” vinculante – o risco do aprisionamento de sentidos.....	317
6.3	O precedente não cabe na súmula e na ementa – equívocos ao fundamentar decisões com base em outras decisões.....	320
6.3.1	O problema dos “precedentes” que já nascem como “precedentes” – respostas para perguntas que ainda não foram feitas .....	320
6.3.2	Decisões também são textos, e não normas prontas – a impossibilidade de abrir mão da interpretação/compreensão .....	324
6.3.3	Riscos da não compreensão da função normativa das decisões judiciais – novamente o uso estratégico da jurisdição .....	328
6.4	Conclusão parcial: O art. 489, § 1.º, V e VI e a fundamentação com base em outras fundamentações.....	332
6.4.1	O que é um “precedente”, no sistema do Novo Código de Processo Civil.....	332
6.4.2	A fundamentação na aplicação (e na não aplicação) de precedentes e súmulas.....	339
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS – FUNDAMENTAR PARA DECIDIR; JAMAIS DECIDIR PARA FUNDAMENTAR.....</b>	<b>345</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>353</b>