

CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO
INSTRUMENTO DE OBTENÇÃO DO DIREITO AS RESPOSTAS
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS

Camila Pinheiro

Presidente Prudente/SP

2016

CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO
INSTRUMENTO DE OBTENÇÃO DO DIREITO AS RESPOSTAS
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS**

Camila Pinheiro

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Wilton Boigues Carbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP

2016

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO
INSTRUMENTO DE OBTENÇÃO DO DIREITO AS RESPOSTAS
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS**

Camila Pinheiro

Monografia aprovada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wilton
Boigues Carbalan Tebar.

Wilton Boigues Carbalan Tebar

Gilberto Notário Ligerio

Carlos Eduardo dos Santos Nunes

Presidente Prudente, ____, _____, 2016.

“Somente pela linguagem – vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto - é possível ter acesso ao mundo (do Direito e da vida).”

Lenio Luiz Streck

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível”.

Charlie Chaplin

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser o principal responsável por este trabalho.

O segundo agradecimento é dirigido a minha família, em especial aos meus pais, Solange e Luiz Carlos, por sempre não medirem esforços em me proporcionar amor, apoio e incentivo a alcançar meus objetivos; aos meus irmãos Carol e Felipe pela paciência, carinho e compreensão.

Ao meu namorado, Rafael, pelo companheirismo, incentivo e apoio nos momentos em que mais precisei.

Agradeço e presto minha homenagem ao meu orientador, Wilton Boigues Carbalan Tebar, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos de forma leal e esperançosa. Também agradeço ao Prof. Gilberto Notário Ligerero e ao Dr. Carlos Eduardo dos Santos Nunes, por terem aceitado o convite de integrar a banca examinadora, os quais possuo enorme admiração e respeito.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar os contornos e finalidades do dever de fundamentação das decisões judiciais e as hipóteses de decisões judiciais consideradas não fundamentadas pelo Novo Código de Processo Civil, quando no exercício da atividade jurisdicional, magistrados ou membros colegiados proferem pronunciamentos judiciais fundados no “decido conforme minha consciência” ou no caso da sentença como “sentire”. A fundamentação é elemento imprescindível da sentença e corolário lógico do Estado Democrático de Direito. Nesta vereda, foram traçados os elementos da hermenêutica jurídica atual que contribuem para o alcance a resposta constitucionalmente adequada, entendida como uma das finalidades do dever de fundamentação das decisões judiciais. Não obstante, não basta chegar à resposta adequada, pois o magistrado deve expor às razões que o levaram a escolha daquela determinada decisão. O magistrado deve ter em mente que o seu ofício consiste na interpretação da lei, não apenas em sua aplicação ou concessão. Nos dias atuais, porém, muitos juízes ainda se encontram inseridos no pensamento do positivismo jurídico.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Fundamentação. Hermenêutica Jurídica. Novo Código de Processo Civil. Neoprocessualismo.

ABSTRACT

This work intends to analyze the contours and goals of duty to substantiation and cases of judicial decisions deemed unsubstantiated by the New Civil Procedure Code, when in the exercise of judicial activity, judges or collegiate members proffer judicial pronouncements founded in "I decide, as my conscience" or in the case of the sentence as "sentire". The rationale substantiation is essential element of judgment and logical corollary of the democratic state of law. In this path, they were drawn the elements of the current legal interpretation that contribute to achieving the constitutionally appropriate response, seen as one of the duty to state reasons for judgments purposes. However, it's not enough to get the right answer, because the magistrate shall state the reasons that led him to choose that particular decision. The magistrate must keep in mind that your craft is the interpretation of the law, not only in your application or grant. Nowadays, however, many judges are still embedded in the thinking of legal positivism.

Palavras-chave: Judicial Decision. Substantiation. Judicial Activity. New Civil Procedure Code. Neoprocessualism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 NOTAS SOBRE A HERMENÊUTICA MODERNA	10
2.1 A Racionalidade da Decisão Judicial	21
2.2 A Adequação e Justificação da Decisão Judicial	22
3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A ATIVIDADE JURISDICIONAL	27
3.1 Breves Considerações acerca do Estado de Direito	34
3.2 A Segurança Jurídica	36
3.3 O Respeito ao Contraditório	38
3.4 A Jurisdição como Instrumento de Realização do Direito Material.....	41
3.5 O Devido Processo Legal enquanto Princípio (Garantia) Fundamental	44
3.5.1 Breve Evolução Histórica	45
4 A DECISÃO JUDICIAL NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO-PROCESSUAL BRASILEIRO: A CRISE DE DUPLA FACE	47
4.1 Conceito de Decisão Judicial, Alcance e Contornos	53
4.2 A Visão Constitucional do Processo.....	55
4.2.1 Os direitos fundamentais processuais.....	58
5 BREVES NOTAS SOBRE O ART. 489, §§1º e 2º do NCPC	62
5.1 Análise Normativa	63
6 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

O dever de fundamentação das decisões é princípio processual-constitucional e garantia individual das partes e da sociedade como corolário do Estado Democrático de Direito. Trata-se ainda de componente imprescindível da sentença, no qual o juiz deve apresentar o raciocínio que o conduziu à determinada decisão.

O Estado Democrático de Direito tem como conteúdo mínimo a proteção da liberdade da pessoa e da segurança jurídica, pois com a decisão motivada, pode-se extrair se determinadas provas e argumentos trazidos pela parte, foram ou não considerados pelo juiz.

Ao ser apresentado ao magistrado uma lide, em face das inúmeras interpretações e normas (seja a norma-princípio, norma-regra ou a norma-postulado normativo), surge o dever de justificar racionalmente as suas decisões.

Fundamentar a decisão significa demonstrar os motivos de fato e de direito que levaram o magistrado ou o órgão colegiado, detentores de prestar a jurisdição, a optarem por determinada decisão. O Código de Processo Civil de 2015 reitera o dever de fundamentação no artigo 11, além de elencar no artigo 489, §1º as hipóteses de decisões não fundamentadas, trazendo assim um dos maiores avanços no campo da fundamentação das decisões judiciais, ressaltando a extrema importância dada pela Carta Magna.

Ocorre que frequentemente nos deparamos com decisões do tipo *“defiro o pedido do autor, com base nas provas produzidas nos autos”*; *“presentes os pressupostos legais, concedo a tutela antecipada”*, ou simplesmente *“defiro o pedido do autor, porque ele tem razão”*, ou ainda, *“segundo documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo pelo qual, julgo procedente o pedido”*. Tais decisões são nulas por lhes faltarem fundamentação.

Os magistrados devem ter em mente que o seu ofício consiste na interpretação da lei, não apenas em sua aplicação ou concessão. Nos dias atuais, porém, muitos juízes ainda se encontram inseridos no pensamento do positivismo jurídico.

Atualmente vivenciamos a crise de dupla face, consistente no despreparo para o enfrentamento dos conflitos coletivos e na filosofia da consciência (consistente em decisões judiciais fundadas no *“decido conforme minha consciência”*)

ou na hipótese de “sentenças como *sentire*”). Esta crise é ocasionadora da inefetividade da Constituição Federal.

O jurista clássico, por estar inserido na filosofia da consciência considera que é a decisão pautada na sua consciência, que institui os objetos na realidade. Nessa trilha, o presente estudo buscou destacar a relevância do dever de fundamentação das decisões judiciais, apresentando os problemas que norteiam a sua ausência, indicando possíveis soluções, através do método dedutivo.

De início foi traçado considerações acerca das diferenças existentes entre as ciências dogmática jurídica e da hermenêutica moderna, analisando a (im)possibilidade de aplicação conjunta de tais ciências.

Em seguida foram analisados os elementos da hermenêutica moderna, consistentes no emprego adequado da técnica da ponderação e suas etapas (utilizada para o caso concreto que comporta uma multiplicidade de possibilidades de normas a serem aplicadas), da justificação e da racionalidade, no momento da prolação da decisão judicial, com a finalidade de coibir o voluntarismo judicial.

No segundo capítulo demonstrou-se que o dever de fundamentação é instrumento de fiscalização da atividade jurisdicional, para preservação do Estado Democrático de Direito.

Ao depois, foram realizadas ponderações acerca da segurança jurídica como elemento imprescindível e finalidade do Estado Democrático de Direito; da relevância do respeito ao contraditório, por ser a fundamentação das decisões judiciais o seu “banco de prova”; da jurisdição como mecanismo de efetivação de realização do direito substancial; da garantia do devido processo legal ou “processo justo” e suas garantias específicas, como origem do dever de motivação das decisões judiciais.

No terceiro capítulo, realizou-se uma análise sobre a decisão judicial no atual cenário jurídico-brasileiro, onde se verificou a crise de dupla face.

Ulteriormente, foi estudado o conceito de decisão judicial, o seu alcance e contornos; a visão constitucional do processo e os direitos fundamentais processuais.

Ao final, procedeu-se a uma análise normativa das hipóteses trazidas pelo artigo 489, §1º do NCPC, consideradas como carecedoras de fundamentação.

Para tanto, o trabalho se utilizou do método dedutivo e dialético para a obtenção das premissas que embasaram a sua conclusão.

2 NOTAS SOBRE A HERMENÊUTICA MODERNA

Hermenêutica significa, em sentido amplo, a ciência que estabelece regras e métodos para se compreender e interpretar objetivamente não apenas textos religiosos, filosóficos, jurídicos e literários, mas quaisquer que sejam os pensamentos expressos por palavras, determinando o seu sentido e alcance.

Diversos autores asseveram que o termo “hermenêutica”, advém de *Hermes*, (Mercúrio, para os romanos), ou vice-versa, personagem da mitologia grega, detentor da função de transmitir as mensagens dos deuses do Olimpo aos mortais, uma vez que possuía a arte de compreender e revelar o sentido.

Segundo Luís Roberto Barroso¹:

A hermenêutica tem sua origem no estudo dos princípios gerais de interpretação bíblica. Para judeus e cristãos, seu objeto era descobrir as verdades e os valores contidos na Bíblia. Para a tradição judaico-cristã, como é corrente, a Bíblia tem um caráter sagrado, pela crença de que expressa a revelação divina. Desde os primórdios surgiram divergências acerca da maneira adequada de interpretá-la: se de modo literal, moral, alegórico, ou místico. Da religião o termo passou para a filosofia, daí para ciência e depois para o Direito. A *hermenêutica jurídica* é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito.

Nesta jaez, não é desarrazoado afirmar que, desde a Antiguidade, existe a preocupação em compreender os diversos textos, sejam os religiosos, filosóficos ou o conjunto de normas, princípios, jurisprudência, doutrina, etc.

Friedrich Schleiermacher inova ao trazer a ideia de uma hermenêutica geral (universal), “de modo que possa ser situada e aplicada em qualquer obra”. Trata-se de hermenêutica filosófica, insurgindo-se aqueles que “reduzem a hermenêutica exclusivamente a uma técnica de interpretação²”.

O juiz, em virtude de lei, desfruta de independência técnica, isto é, possui autonomia para dirimir controvérsias. Todavia, igualmente em virtude de lei deve “fundamentar técnica e legalmente suas decisões. Da mesma forma que é normal (e legal) dois ou mais juízes interpretarem de forma diferenciada um mesmo caso, também é normal (e legal) que as partes, por meio de seus advogados,

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269.

² JUNGES, Fábio César; Adams, Adair. **Hermenêutica pela História da Hermenêutica**. Jundiaí: Paco Editorial: 2013, 22-23.

apresentem os devidos (e legais) recursos. Porém, a louvável multiplicidade de interpretações ocorre e deve ocorrer com base em critérios exegéticos objetivos fornecidos pela hermenêutica jurídica³.

A hermenêutica é a ciência que possui como objeto a interpretação. A primeira identifica e consolida os princípios que norteiam à segunda. “A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”⁴.

Quanto à interpretação, Carlos Maximiliano inferia que interpretar é alcançar a verdadeira acepção de uma expressão; “é extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”⁵, sustentando que a interpretação de um texto é imprescindível, em qualquer caso. Na mesma linha, Caio Mário da Silva Pereira⁶ assevera que “toda lei está sujeita a interpretação. Toda norma jurídica tem de ser interpretada, porque o direito objetivo, qualquer que seja a sua roupagem exterior, exige seja entendido para ser aplicado, e neste entendimento vem consignada a sua interpretação”, sendo que “o esforço hermenêutico é mais simples ou mais complexo, conforme a disposição seja de entendimento mais ou menos fácil, pois que sustentar a clareza do preceito é já tê-lo entendido e interpretado”. No mesmo sentido, Arnaldo Wald que diz que “a norma jurídica deve ser interpretada para que saiba o seu sentido exato, o seu campo de incidência e a extensão do que ela determina” e Luís Roberto Barroso⁷ ao lecionar que “interpretam-se todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação”.

Por outro lado, adotando um posicionamento ortodoxo, podem ser mencionados os autores Washington de Barros Monteiro⁸, que defende que “a lei quase sempre é clara, hipótese em que descabe qualquer trabalho interpretativo”. Também Sílvio Rodrigues⁹ diz que “a necessidade da interpretação é indiscutível e, exceto naqueles casos em que o sentido da norma salta em sua absoluta evidência, o trabalho de exegese apresenta-se continuamente ao jurista”.

³ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias. (organizadores). **Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Editora Boreal, 2012, p.07.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.01.

⁵ MAXIMILIANO, op. cit., p. 09.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V.1. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 116.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 105-106.

⁸ BARROS, Washington Monteiro de. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. **Curso de direito civil: parte geral**. v.1. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.45.

⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

Parece-nos mais acertado o primeiro entendimento, isto é, toda norma jurídica pode ser submetida à interpretação. A intensidade da aplicação hermenêutica no preceito será mais forte ou mais fraca, a depender do grau de seu entendimento, se simples ou complexo, pois se existe uma clareza, esta adveio após o seu entendimento e interpretação.

O juiz, intérprete autêntico, consoante Kelsen, “produz” direito, pois finaliza o trabalho do legislador, autor do texto normativo. Isto é, da norma geral advém uma norma específica. Ao sentenciar, o intérprete autêntico assim o faz, em decorrência do processo de interpretação¹⁰.

Em razão da norma jurídica (seja a lei escrita, a decisão judicial, o direito consuetudinário ou o tratado internacional) ter a sua criação e aplicação realizadas pelo ser humano, sendo, portanto imperfeita, gerando incerteza quanto aos efeitos práticos, há que lhe ser aplicada a interpretação, objetivando desvendar o sentido e o alcance de seus preceitos¹¹.

Segundo Hans Kelsen¹², após se utilizar da interpretação e ao aplicar a norma geral prevista na lei ao caso concreto, obtém-se a norma individual compreendida em uma sentença judicial ou em um ato administrativo.

Com propriedade Carlos Maximiliano¹³:

Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma- jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta.

O aludido autor ainda leciona que interpretar não se traduz apenas em tornar claro o preceito contido na norma jurídica, é, principalmente, evidenciar a acepção pertinente à realidade fática, “e conducente a uma decisão reta”¹⁴.

Ao se orientar cientificamente no momento de se interpretar os pensamentos expressos por palavras, determinando o seu sentido e alcance, o

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 60.

¹¹ MAXIMILIANO, op. cit. p. 09-10.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. 8. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (RT – textos fundamentais; 5), p. 146.

¹³ MAXIMILIANO, op. cit., p. 10.

¹⁴ MAXIMILIANO, op. cit., p. 10

hermeneuta, munindo-se de regras e métodos, realiza fidedigna arte. Nada obstante, a hermenêutica não rejeita o aspecto subjetivo, “por não reduzir a um autômato, o investigador esclarecido”¹⁵.

Segundo Carlos Maximiliano¹⁶, a Hermenêutica pode ser considerada o capítulo mais contestável da ciência do Direito, pois depende do sucesso da linguagem. Considerando que esta é empregada na maioria das vezes despropositadamente, seja pelo legislador, seja pelo magistrado, ou, seja pela autoridade administrativa que não discernem os seus preceitos, “a dificuldade para a teoria reside no estofo, na matéria, no objeto do estudo; bem como em um número ilimitado dos meios auxiliares e na multiplicidade das aplicações”.

O mencionado autor leciona ainda que, a despeito da interpretação intentar a revelação dos pensamentos expressos por palavras, “não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto”¹⁷.

Nas palavras de Carlos Maximiliano¹⁸:

Para aplicar bem uma norma jurídica, é insuficiente o esforço adstrito ao propósito de lhe conhecer o sentido objetivo, a significação verdadeira. Há casos em que esta se adota com a maior amplitude; outros, em que se exigem restrições cautelosas. A hermenêutica oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar também o alcance, a extensão de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade ou de simples contrato.

Dentre os principais segmentos da ciência hermenêutica, destaca-se o do círculo hermenêutico, tanto na teleologia quanto na filosofia. A circularidade hermenêutica nos remete a Martin Heidegger que tratou do processo circular da compreensão¹⁹.

Trata-se do processo que se revela pela circularidade; seu começo consiste na compreensão ou concepção prévia que o intérprete tem do texto, tendo como fim a interpretação. Eis o denominado por Gadamer de “círculo hermenêutico”, após descrição realizada por Martin Heidegger. “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia”²⁰.

¹⁵ MAXIMILIANO, op. cit., p. 10-11.

¹⁶ MAXIMILIANO, op. cit., p. 11.

¹⁷ MAXIMILIANO, op. cit., p. 11.

¹⁸ MAXIMILIANO, op. cit., p. 16.

¹⁹ JUNGES, op. cit., p. 51.

²⁰ HEDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 15. edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005, p. 207.

Verifica-se, portanto que, segundo Martin Heidegger, a interpretação não resulta na compreensão de algo, pois é da compreensão que se chega à interpretação. “A interpretação é que se funda existencialmente na compreensão, e não vice-versa”.²¹ Assim, se interpreta o texto que já foi compreendido.

Nesse sentido, também Lenio Luiz Streck²², que diz que “só é possível interpretar se existe a compreensão. E esta depende da pré-compreensão do intérprete. *Por isso a compressão necessariamente será um existencial*”.

Importa notar que, o aludido autor assevera que a interpretação conforme a Constituição não se resume a um princípio “é um princípio imanente da Constituição”, que estabelece o dever do ordenamento jurídico ser interpretado à luz da Carta Constitucional. À vista disso, se os magistrados e tribunais se opuserem a sua aplicação, ocorrerá manifesta violação da Constituição. Trata-se de um “direito subjetivo da parte que – em sendo efetivamente hipótese de seu cabimento – o juiz, o tribunal superior ou o Supremo Tribunal aplique o citado princípio (até porque os princípios são deontológicos, e não meramente axiológicos)”²³.

Quanto aos métodos ou técnicas de interpretação, o referido autor entende que são vulneráveis, sendo que a inexistência de um “método dos métodos” tornará arbitrária a sua utilização, resultando interpretações *ad hoc* (isto é, para um determinado caso) e voluntaristas. “Afim, toda interpretação sempre será gramatical, teleológica e sistemática”²⁴.

Lenio Luiz Streck critica os métodos ou técnicas de interpretação, pois eles produzem o efeito de objetificar (coisificar) o Direito, obstaculizando a indagação “pelo sentido do Direito em nossa sociedade. A própria noção de círculo hermenêutico é incompatível com a dita ‘autonomia’ de métodos ou técnicas de interpretação e/ou de seu desenvolvimento em partes ou fases”²⁵.

Conclui-se, com os ensinamentos de Streck que, para chegarmos ao sentido e alcance de um texto normativo, “não há uma interpretação gramatical, uma interpretação histórica, uma interpretação sistemática, uma interpretação teleológica,

²¹ HEIDEGGER, op. cit., p. 204.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 215.

²³ STRECK, op. cit., p. 249.

²⁴ STRECK, op. cit., 304.

²⁵ STRECK, op. cit., 304.

etc., mas, sim, um elemento gramatical, um elemento histórico, etc., que, conjuntamente, concorrem para o ato interpretativo”²⁶.

O referido autor ainda leciona que²⁷:

A compreensão do novo modelo de Direito (e de Estado) estabelecido pelo Estado Democrático de Direito implica a construção de possibilidades para a sua interpretação. *Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!* Interpretar o Estado Democrático de Direito – e seu programa de metas deontológico – a partir do horizonte do sentido proporcionado pelo modelo liberal-individualista - normativista (que o vê como um conjunto meramente axiológico de princípios) redefine e esvazia as possibilidades do novo modelo. *Se estamos desde sempre na linguagem e falamos a partir da tradição, os pré-juízos representados pelo velho modelo de Direito pré-formaram o nosso olhar sobre o novo que, neste caso, nem sequer pode ser visto como novo, pois o novo somente será novo se tivermos a linguagem apropriada (que é condição de possibilidades) para dizê-lo/compreendê-lo, isto é, se pudermos tratá-lo (fazê-lo ser) pela linguagem.* Enfim, sem o necessário horizonte crítico para fundir com a tradição, a interpretação resultará em um mal-entendido.

Saliente-se que, não existem espécies de hermenêutica, pois trata-se de uma só matéria: “admitir a existência de uma hermenêutica constitucional específica seria admitir, também, a existência de uma hermenêutica do direito penal, do direito processual, etc.” Aqueles que pregam a existência de uma hermenêutica constitucional singular, na verdade expressam que “o texto constitucional (compreendido nele as regras e os princípios) deve-se auto sustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele”²⁸.

Neste sentido, se defendêssemos a existência de uma “hermenêutica constitucional” específica, estaríamos recuperando a hermenêutica clássica, entendendo-a “como mera técnica, recuperando a superada relação sujeito-objeto da filosofia da consciência”²⁹.

A Constituição Federal de 1988 ao consagrar o Estado Democrático de Direito inaugura um novo modelo de Direito, confrontando o “velho modelo (sentido comum teórico assentado na crise de paradigmas)”³⁰. Contudo, atualmente existe a inefetividade da Constituição, por estarmos vivenciando uma crise de dupla face, o que impede a realização do novo modelo de Direito. Tal crise consiste no

²⁶ STRECK, op. cit., p. 308.

²⁷ STRECK, op. cit., p. 277.

²⁸ STRECK, op. cit., p. 255-256.

²⁹ STRECK, op. cit., p. 300.

³⁰ STRECK, op. cit., p. 297.

despreparo para o enfrentamento dos conflitos coletivos e na filosofia da consciência (consistente em decisões judiciais fundadas no “decido conforme minha consciência” ou na hipótese de “sentenças como *sentire*”).

Lenio Streck³¹ propôs ao longo de seu trabalho uma hermenêutica que eliminasse o caráter de mera ferramenta jurídica, preconizado pela dogmática jurídica, por muitos intitulados de “hermenêutica constitucional”, visando “desobjetificar a Constituição”. Ele trás a ideia de uma hermenêutica como forma de tornar concreta, “deixando-vir a presença” a Carta Constitucional.

Em se tratando da aplicação da norma jurídica, Luís Roberto Barroso³² entende que esta se resume no “momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato”.

No Brasil, as regras hermenêuticas encontram previsão, principalmente, na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 4.9.1942), em seus artigos 3º, 4º e 5º, “ou em certas proposições axiomáticas desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência. Seria o caso da proposição de que as normas restritivas de direitos devem ser interpretadas de forma estrita, sem ampliação de seu conteúdo literal”³³.

Neste ponto, é trivial tratar das diferenças existentes entre a ciência dogmática (a aplicação fria da lei; aplicada anteriormente a CF/88) e o sistema hermenêutico (para um mesmo fato existem várias possibilidades, dependendo do emprego da técnica da ponderação, da racionalidade e da fundamentação).

A ciência dogmática ou plano essencialmente jurídico se traduz no legalismo estrito, trazendo normas jurídicas prefixadas, não permitindo interpretação de casos concretos, devendo o intérprete do direito ater-se “aos parâmetros fixados pelas normas jurídicas”. Isso não significa, porém, que a referida ciência não permita a reconsideração de seus dogmas jurídicos (estes não são indiscutíveis ou imodificáveis, quando necessário), uma vez que a dogmática traz regras que possibilitam a revisão e conseqüente atualização, mas “dentro dos limites fixados pelas próprias normas jurídicas, estabelecendo modos interpretativos e integradores para adaptação da norma ao fato”³⁴.

³¹ STRECK, op. cit., p. 309.

³² BARROSO, op. cit., p. 103

³³ BARROSO, op. cit., p. 273.

³⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

Assim, a dogmática jurídica depende de um composto de normas imperativas, pois o seu objeto é o direito positivo.

Conforme João Maurício Adeodato³⁵, o pensamento dogmático amolda-se no meio social demasiadamente diversificado, onde os conflitos intersubjetivos assumem “complexidade e diversidade tais que sua ‘solução’, pelo menos sua solução jurídica, exige uma abstração, por assim dizer, diretamente proporcional: quanto mais diversificados os conflitos, mais gerais e abrangentes – consequentemente abstratos - precisam ser os parâmetros dogmáticos, a fim de serem capazes de absorver e diluir aqueles conflitos”.

Ao se utilizar da generalização abstrata, objetivando absorver a eventualidade apresentada pela realidade fática, a dogmática jurídica institui o liame entre o “dogma que lhe é posto e a realidade fática”³⁶.

A ciência do direito de cunho dogmática, indiretamente, qualifica o processo jurídico como “justo, seguro, imparcial etc.”, ao prescrever que o trabalho contínuo processual é determinante “à atividade decisória do poder instituído”³⁷.

O aludido autor entende que a dogmática jurídica não deve ser abolida, apenas revista, uma vez que o problema se reveste no mau funcionamento de seus mecanismos³⁸.

Note-se, porém que, a dogmática jurídica clássica (século XIX, até a metade do século XX) não se mostra mais operante no presente contexto social, embora seja de sua essência as abstrações, ela não pode deixar de se pautar na realidade fática.

Salienta-se que, segundo João Maurício Adeodato a ciência hermenêutica moderna é a dogmática jurídica, uma vez que “toda e qualquer ciência é, em certo sentido, dogmática”, pois não seria possível “questionar as bases sobre as quais assenta seus axiomas, sob pena de negar a si própria”³⁹.

É imperioso notar que, a despeito do pensamento supracitado acima, Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte Norte-Americana, leciona que: “a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência”, posto que “a lei incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos e não pode

³⁵ ADEODATO, op. cit., p. 176.

³⁶ ADEODATO, op. cit., p. 177.

³⁷ ADEODATO, op. cit., p. 180.

³⁸ ADEODATO, op. cit., p. 182.

³⁹ ADEODATO, op. cit., p. 175.

ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas e corolários de um livro de matemática”⁴⁰.

Enquanto vivemos em uma sociedade transmoderna abarrotada de conflitos coletivos, a dogmática jurídica insiste em ocupar-se com um Direito nascido para tratar de conflitos individuais, previstos nos códigos civil, penal, comercial, processual civil, processual penal, etc. “Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina”⁴¹.

Conforme leciona Lenio Luiz Streck⁴², a dogmática jurídica constitui elemento impeditivo do nosso Estado Democrático de Direito, “e, portanto, da realização da função social do Direito”.

A crise de dupla face, já mencionada, confirma a incapacidade da dogmática jurídica em atender as necessidades de uma sociedade heterogênea, como é o caso da brasileira⁴³. Esta crise será melhor delineada ao longo do presente trabalho.

Segundo o referido autor⁴⁴, ocorreu um rompimento com o pensamento jurídico-dogmático, que vinha desde Aristóteles, passando pela Idade Média e em Kant, onde se entendia que “os conceitos em geral remetiam a único significado”.

Nessa dimensão, Lenio Luiz Streck leciona ainda que a dogmática jurídica impede “a dialética que deve existir entre a familiaridade e o estranho”, isto é, o novo, por estabelecer dogmas jurídicos predeterminados ou “pré-juízos” que fixam a orientação e o limite da interpretação jurídica⁴⁵.

Neste panorama, a hermenêutica jurídica proposta pela filosofia de Martin Heidegger destina-se a conferir o significado do texto jurídico, segundo o *Dasein*, termo alemão que se traduz no “ser-aí”, ou o indivíduo no mundo.

Uma hermenêutica jurídica à luz da ontologia fundamental (ciência do ser) heideggeriana, importa repensar que texto e norma não são equipados. A referida ciência faz com que entendamos que a norma exsurge do texto, isto é, ela se apresenta como resultado da interpretação do texto. “Mas, e aqui reside o ‘plus’

⁴⁰ HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. Disponível em: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>. Acesso em 05/09/2016. p. 05

⁴¹ STRECK, op. cit., p. 35.

⁴² STRECK, op. cit., p. 89.

⁴³ STRECK, op. cit., p. 90.

⁴⁴ STRECK, op. cit., p. 171.

⁴⁵ STRECK, op. cit., p. 293.

que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, o texto não subsiste separadamente da norma”. Nada obstante, o fato de não existir equivalência entre texto e norma, “não significa que não possa existir o texto como o texto”⁴⁶.

O referido autor ainda leciona que quando o texto nos é apresentado, nele já se contém a norma, pois esta não “existiria apartada do texto”. Conclui-se, assim, que não existe norma sem texto, todavia, pode existir texto sem norma.

Neste sentido temos os ensinamos do aludido autor⁴⁷:

[...] fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um) a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência.

Em se tratando da crise de dupla face, Lenio Luis Streck conjectura que os aplicadores do Direito reproduzem decisões sem avaliar a repercussão social, a função social deles, e a violação dos mandamentos constitucionais, “talvez por acreditarem em sentidos *a priori* ou em verdades apofânticas”⁴⁸. Um exemplo de decisão proferida com violação dos mandamentos constitucionais, na hipótese do direito à saúde, sucedeu-se em 1994, quando o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, indeferiu a concessão de medida cautelar a um enfermo portador de insuficiência renal, trazendo as justificativas de alto custo do medicamento, inviabilidade de privilégio de um enfermo “em detrimento de centenas de outros”, além da inconveniência do Judiciário em “imiscuir-se na política pública destinada ao atendimento da população”.⁴⁹

Neste sentido, Lenio Streck assevera que os aplicadores do Direito⁵⁰:

Estão assim, (plenamente) autorizados a fazer, inclusive, ‘extorsões de sentido’ e ‘abusos significativos’. E quem se rebelar, quem tiver a ousadia de desafiar ou entabular um contradiscurso, um discurso crítico, responde(rá) pelo (hediondo) crime de ‘porte ilegal da fala’.

⁴⁶ STRECK, op. cit., p. 215-216

⁴⁷ STRECK, op. cit. p. 226.

⁴⁸ STRECK, op. cit., p. 277.

⁴⁹ TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel Des. Carpena Amorim: “Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (DP) Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenco”.

⁵⁰ STRECK, op. cit., p. 299.

Segundo o referido autor, “a dogmática jurídica tem obstaculizado a efetivação/realização” dos direitos previstos na Constituição, que em sua maioria, ainda não se concretizou⁵¹.

Os operados jurídicos consideram que seu trabalho se resume única e exclusivamente à reprodução dos sentidos pré-fixados pelos eleitos que detém aquilo que Lenio Luiz Streck denomina de “fala autorizada”. Eles possuem a expectativa de que a hermenêutica lhes traga a “correta interpretação da lei”⁵².

O Direito, deve ser compreendido não como sucessão de textos com sentidos latentes, pré-constituídos, (re)clamando apenas que o intérprete-hermeneuta lhes dê vida, e sim, *como textos que permanentemente (re)clamam sentidos*. Desse modo, é razoável afirmar que este processo em que se dá/prodiz o sentido deve ser assumido como inexorável⁵³.

Sendo assim, o Direito retratado em textos normativos constantemente será objeto de interpretação, devendo o intérprete e aplicador se utilizar de métodos e regras hermenêuticos, visando extrair o sentido e alcance de seus mandamentos, pois não existem sentidos pré-constituídos, conforme preconizava a dogmática jurídica.

Os métodos ou técnicas de interpretação produzem o efeito de coisificar o Direito, impedindo o questionamento do sentido do Direito. Assim, utilizar única e exclusivamente os métodos ou técnicas de interpretação dará espaço para a arbitrariedade, viabilizando interpretações *ad hoc* e voluntaristas. A existência de um “método dos métodos” (leia-se: hermenêutica) evitaria tal situação.

Todavia, o emprego conjunto da Dogmática Jurídica com a Hermenêutica Jurídica traz excelentes resultados. Tais ciências não se excluem, na verdade são complementares. A dogmática ao elencar uma ordem de normas imperativas, traz uma sistematização necessária, enquanto que a hermenêutica contribui para a compressão e interpretação de textos, determinado o seu sentido e alcance.

Não obstante, tanto no momento da aplicação dos métodos e regras trazidos pelo sistema hermenêutico, como para qualquer outro sistema, o aplicador

⁵¹ STRECK, op. cit., p.232.

⁵² STRECK, op. cit., p. 233.

⁵³ STRECK, op. cit., p. 234-235.

do Direito deve ter a cautela de não os utilizar de forma equivocada, sob pena de ser levado a distorções de interpretações e a não aplicação correta do direito.

No momento atual, vivenciamos uma crise de modelo ou crise do modo de produção de Direito, prevalecente em nossas doutrinas, fóruns e tribunais, como assevera Lenio Luiz Streck.

Neste sentido, apesar de vivermos em uma sociedade ultramoderna repleta de conflitos coletivos, a ciência da dogmática jurídica insiste em ocupar-se com um Direito nascido para tratar de conflitos individuais, previstos nos códigos civil, penal, comercial, processual civil, processual penal, etc.

Ao consagrar o Estado Democrático de Direito, a Carta Constitucional de 1988, inaugurou um novo modelo de Direito, confrontando o antigo modelo, pautado no sentido comum teórico fundado na crise de dupla face. Apesar disso, atualmente existe a inefetividade da Constituição, por estarmos vivenciando uma crise de dupla face, o que impede a realização do novo modelo de Direito. Tal crise consiste no despreparado para o enfrentamento dos conflitos coletivos e na filosofia da consciência (consistente em decisões judiciais fundadas no “decido conforme minha consciência” ou na hipótese de “sentenças como *sentire*”).

Superada esta etapa, passa-se, neste momento, ao estudo dos elementos da hermenêutica moderna, com a pretensão de melhor compreendê-la.

2.1 A Racionalidade da Decisão Judicial

O vocábulo “razão” segundo Platão e Aristóteles é a “única guia dos homens”, sendo que enquanto os animais são orientados pelo instinto, que faz com que se preservem e persigam aquilo que é vantajoso, “aos homens foi dado o guia mais perfeito, que é a razão; desse modo, para eles, viver segundo a natureza significa viver segundo a ‘razão’”⁵⁴.

A racionalidade no âmbito das decisões judiciais diz respeito a dois elementos. A decisão judicial que encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente demonstra o primeiro elemento da racionalidade. Ocorre, entretanto, que, “nem sempre o sistema indicará uma solução única e indisputada e, nessas circunstâncias, não bastará demonstrar *alguma* conexão com o sistema jurídico: é

⁵⁴ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 839.

necessário demonstrar a racionalidade propriamente dita da conexão escolhida”⁵⁵, verificando-se, portanto, o segundo elemento.

Neste sentido, quando uma decisão judicial estiver em conformidade com o sistema jurídico vigente, diz-se que ela terá cumprido o primeiro elemento da racionalidade, consoante assevera Ana Paula de Barcelos. Saliente-se que, embora seja possível criticar a racionalidade do ordenamento jurídico e da própria Carta Constitucional, tal discussão ficará para o âmbito da teoria do discurso.

Apesar disso, muitas vezes o ordenamento jurídico não apontará uma solução única e inquestionável, não bastando, nestes casos, a decisão judicial estar de acordo com o sistema jurídico, pois haverá a necessidade de se demonstrar a racionalidade propriamente dita, por intermédio de respostas racionais para algumas questões: “Por que determinados enunciados estão sendo considerados e outros não? Por que uma determinada solução deve ser adotada e não outra, igualmente respaldada por fundamento normativo?”⁵⁶.

2.2 A Adequação e Justificação da Decisão Judicial

Ao longo de seu trabalho, o juiz frequentemente se depara com casos complexos, para os quais não existe solução irrefutável no ordenamento jurídico ou, para o quais apontam soluções incompatíveis.

Cabe notar que, em virtude do magistrado desempenhar a jurisdição, isto é, atividade inerente do Estado, exerce, portanto, poder político, “é, portanto, um agente delegado da sociedade, a quem deve contas de sua atuação. Note-se que a decisão judicial não é mero conselho: ela poderá ser imposta pela força ao jurisdicionado, se necessário, em uma manifestação típica do poder de império estatal. Parece evidente que o cidadão tem o direito de saber por que um de seu agente delegado decidiu em determinado sentido e não em outro”⁵⁷.

Ana Paula de Barcellos leciona que ela não desconsidera que o juiz, no momento de exercer a jurisdição, sofra obstáculos para desempenhar a motivação

⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 44.

⁵⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 45.

⁵⁷ BARCELLOS, op. cit., p. 46.

adequada das decisões, a exemplo da imensa quantidade demandas e de número reduzido de magistrados⁵⁸.

A referida autora ainda ensina que o dever de fundamentação advém do fato de que, em um Estado republicano as decisões do Poder Público devem ser justificadas, por corolário da mencionada forma de governo. Assim, o dever de fundamentação não emana unicamente do texto constitucional (art. 93, IX) ou simplesmente do direito das partes ao contraditório. Tal dever é redobrado quando o magistrado aplica a técnica da ponderação, pois estando ele diante de um caso concreto que comporta diversidade de soluções cabíveis, faz-se necessário demonstrar a razão de sua escolha⁵⁹.

Quando o intérprete do Direito realiza a ponderação de dispositivos normativos, como técnica de superação de conflitos, está assim, analisando a aplicação no caso concreto, em face de uma aparente colisão, uma vez que em um primeiro momento, as vantagens e desvantagens de tais normas foram avaliadas pelo Poder Legislativo. Neste viés, ao se utilizar da ponderação, o intérprete consegue “afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais”.

Note-se que no momento em que o intérprete irá se utilizar da ponderação, uma organização objetiva e clara das etapas a serem trilhadas, (além de lhe servir como um roteiro) irá propiciar uma facilitação para que as partes litigantes e a sociedade consigam visualizar o processo decisório quando da fundamentação.

A expressão “ponderação”, de um modo geral, significa o ato de, por intermédio da reflexão, sopesar as vantagens e desvantagens de determinada situação ou decisão humana.

Na seara jurídica, por outro lado, a ponderação, nas palavras de Ana Paula de Barcellos⁶⁰, pode ser conceituada como “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

⁵⁸ BARCELLOS, op. cit., p. 47.

⁵⁹ BARCELLOS, op. cit., p. 06.

⁶⁰ BARCELLOS, op. cit., p. 297.

Ana Paula de Barcellos propõe um processo de aplicação da técnica da ponderação, constituído de três etapas. A primeira etapa consiste na identificação realizada pelo intérprete dos enunciados normativos em conflito. A segunda, por sua vez, baseia-se na constatação dos fatos relevantes e seus reflexos acerca das diferentes soluções apontadas pela etapa antecedente. A terceira e última etapa é a da decisão⁶¹.

Na primeira etapa do processo ponderativo, estando o intérprete diante de um conflito entre enunciado no qual carrega em si uma regra, e aqueles que são considerados como princípios, segundo a autora, deverá aplicar o primeiro, tendo assim, a regra preferência sobre o princípio. Acrescente-se ainda que, nesta etapa as normas provedoras de direitos fundamentais possuem preferência sobre aquelas que tragam direitos que possuam natureza não essencial.

Na segunda etapa, o intérprete detém a função de analisar os fatos relevantes e suas consequências sobre as diferentes soluções apontadas pelos enunciados. A importância existente nos fatos possui sustentáculo comumente “em elementos jurídicos ou na experiência cultural da sociedade, ou ainda em uma mistura desses dois fenômenos, e deve ser justificada”⁶². Os fatos geram impactos de duas formas principais sobre as categorias de enunciados constatados na fase preliminar: (i) são capazes de poder conferir maior ou menor prestígio a algumas dessas categorias; e/ou (ii) possuem o condão de ilustrar a medida de restrição que “cada solução (norma) possível impõe aos diferentes enunciados envolvidos”⁶³.

Finalmente, na terceira e última etapa, o magistrado terá que decidir considerando as categorias de enunciados, os fatos relevantes e seus reflexos relativamente à hipótese e a diversidade de normas que podem ser invocadas para a solução da demanda.

A referida autora defende que apesar de o mais comum de ocorrer na prática ser a chamada ponderação *ad hoc*, isto é, a realizada pelo magistrado perante um caso concreto, sobre o qual ele deverá proferir uma decisão, “é, possível, no entanto, visualizar o processo ponderativo acontecendo em um outro ambiente. Na verdade, mais que possível, é desejável que a ponderação se

⁶¹ BARCELLOS, op. cit., p. 92.

⁶² BARCELLOS, op. cit., p. 301.

⁶³ BARCELLOS, op. cit., p. 302.

desenvolva também antes do surgimento do caso concreto”⁶⁴. Trata-se da ponderação em abstrato ou preventiva.

Assim, “a ponderação em abstrato procura formular modelos de solução pré-fabricados (parâmetros gerais e particulares) que deverão ser empregados pelo aplicador nos casos que se mostrem semelhantes”⁶⁵.

Neste sentido, na hipótese das particularidades do caso concreto não serem compatíveis com a ponderação preventiva, o intérprete após motivar essa situação, partirá para a ponderação em concreto, e neste instante levará em consideração as particularidades do caso em concreto.

Importa notar que, sempre e em qualquer hipótese em que na decisão judicial for empregada a técnica da ponderação, é imprescindível que o magistrado conste o motivo de sua escolha.

Insta salientar que o objetivo de Ana Paulo de Barcellos⁶⁶, em apresentar um roteiro para a ponderação, consistiu em reduzir o elemento subjetivo das decisões judiciais e não o de aboli-lo. De acordo com a autora, mesmo após o exercício da ponderação, haverá situações que permitirão análises e decisões exclusivamente pessoais.

Nesta jaez, faz-se necessária a utilização da racionalidade e justificação na aplicação da técnica da ponderação⁶⁷.

Ora, de nada adiantaria ao magistrado se utilizar da técnica da ponderação, da racionalidade e se esquecesse da justificação.

A justificação consiste na exposição das razões que levaram o julgador à determinada “decisão”. Neste viés, “a motivação é uma justificação formal de que o ato jurisdicional está fundamentado materialmente no Direito”⁶⁸. Isto é, às partes e a sociedade, possuem o direito de saber as razões que levaram o julgador a decidir em determinado sentido.

Quando o intérprete se depara com um conflito normativo, ao decidir aplicar a técnica da ponderação, as imposições de existência de racionalidade e justificação estarão mais presentes. “Isso porque, nesses casos, a legitimidade de uma decisão ou dos critérios adotados para superar conflitos normativos não

⁶⁴ BARCELLOS, op. cit., p. 147.

⁶⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 303.

⁶⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 308.

⁶⁷ BARCELLOS, op. cit., p. 41.

⁶⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 198.

decorre de forma evidente de enunciados normativos e nem se funda em uma subsunção simples”⁶⁹.

Disso, se conclui que, com a finalidade de se inibir o voluntarismo judicial, as decisões judiciais não só devem estar pautadas no sistema jurídico, como também deve ocorrer uma ordem objetiva, racional e justificada das etapas delineadas pelo julgador no uso da ponderação. Com isso, estaremos diante de uma decisão judicial constitucionalmente adequada.

Eis aqui, o sistema hermenêutico, onde para um mesmo fato, existem diversas possibilidades de normas apresentadas pelo ordenamento jurídico, a depender das etapas utilizadas pelo intérprete no uso da técnica da ponderação, da racionalidade e da fundamentação.

⁶⁹ BARCELLOS, op. cit.,p. 297-298.

3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A ATIVIDADE JURISDICIONAL

A fundamentação é o componente imprescindível da decisão interlocutória, da sentença e do acórdão, nos quais os intérpretes e aplicadores do direito deverão apresentar o raciocínio que os conduziram à determinada decisão.

Segundo o princípio do livre convencimento motivado (ou, princípio da livre apreciação da prova), o aplicador do Direito aprecia livremente as provas produzidas pelas partes, não estando subordinado a um sistema tarifário das provas (aplicado na Idade Média até o início do século XIX) produzidas pelas partes, onde se pré-fixaria o valor de cada prova, mas desde que seu convencimento seja motivado.

O Estado de Direito tem como conteúdo mínimo a proteção da liberdade do cidadão e da segurança jurídica, pois com a decisão motivada, pode-se extrair se determinadas provas e argumentos trazidos pela parte, foram ou não, considerados pelo magistrado.

Neste sentido, Rogério Bellentani Zavarize⁷⁰:

[...] o dever de fundamentar as decisões, que abrange todo o Poder Judiciário, ganha elevada importância, porque demonstrará aos litigantes – vencedor e vencido – bem como a quem possa se interessar, os motivos pelos quais o Estado-Juiz tomou determinada decisão.

Importa notar, que o art. 489 do Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105 de março de 2015) traz os elementos essenciais da sentença: *relatório*, *fundamentação* e *dispositivo*. Neste viés, os incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal, estabelecem que toda decisão, judicial ou administrativa, deve ser motivada, sob pena de nulidade.

O aludido mandamento constitucional comporta uma norma, a qual não poderá ocorrer ofensa por legislação infraconstitucional. “É autoaplicável, pois seu enunciado é completo, não necessitando, para atuar concretamente, da interposição de outros comandos”, o que não impede, porém, regulamentação no sentido de fortalecê-la. Neste sentido, também Celso Ribeiro de Bastos ao asseverar que a

⁷⁰ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Millennium Editora, 2004, p. 39.

citada norma é de mera aplicação, ou, segundo a expressão utilizada por José Afonso da Silva: “norma de eficácia plena”⁷¹.

É necessário assinalar que, o dever fundamentação recai sobre questões de fato e questões de direito. Tanto em relação às matérias de admissibilidade como para às matérias de mérito, o juiz deve apreciar as questões de fato e as questões de direito.

Apreciada as questões de fato e especificado o que ficou, ou não, comprovado, cabe ao juiz indicar “(a) qual a norma jurídica geral aplicável àquela situação fática, (b) quais os efeitos que dessa incidência podem ser extraídos. É também aqui que deve o juiz (c) analisar e resolver, eventualmente, a questão da compatibilidade constitucional da norma jurídica e ainda (d) analisar e resolver eventual conflito normativo verificado”.⁷²

Importa notar que, o juiz tem as prerrogativas à sua função dos princípios do livre convencimento e da ampla independência funcional. A primeira consiste na valoração das provas produzidas no processo segundo a inteligência e sensibilidade do magistrado, não estando adstrito a parâmetros legais que preestabelecem a relevância de cada meio de prova. Por sua vez, a ampla independência funcional do magistrado lhe concede autonomia para decidir, “sem imposições nem influências de outras pessoas ou órgãos, mesmo dos órgãos superiores da própria Magistratura”⁷³. Diante de toda essa autonomia do juiz, faz-se necessária a existência da racionalidade e legitimidade nas decisões, apresentando os motivos pelos quais chegou à determinada conclusão. É por este motivo que até mesmo a lei ordinária elenca a motivação como elemento fundamental da sentença (art. 489 do CPC).

A natureza jurídica do dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas é de princípio constitucional, consoante conceito de princípios de Humberto Ávila⁷⁴:

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 49-50.

⁷² DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, vol. 2, p. 321-322.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2004, p. 242-243.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.e. São Paulo: Malheiros Editores, Ltda. 2012, p. 85.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Autores como Rogério Bellentani Zavarize e José Augusto Delgado defendem a ideia de que o dever de fundamentação é princípio constitucional.

De outro lado, Cândido Rangel Dinarmarco⁷⁵ assevera que o instituto é garantia constitucional:

Sem ser um princípio, a exigência de motivação adequada figura como uma garantia constitucional das mais relevantes e insere-se no quadro de imposições ao juiz e limitações à sua liberdade de atuação, caracteriza pela cláusula *due process of law*.

Cabe considerar que além de princípio, o do dever de fundamentação das decisões judiciais demonstra-se como uma garantia individual. Note-se que apesar da Constituição Federal prever expressamente em seu artigo 5º as hipóteses de direitos e garantias individuais e coletivos, não se cuida de rol taxativo, pois a mesma Carta estabelece no §2º do referido artigo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Verifica-se, portanto que, o dever fundamentação das decisões é princípio processual-constitucional e garantia individual.

Lembre-se que, em se tratando de uma garantia individual é cláusula pétrea, por expressa disposição do artigo 60, §4º, IV do texto constitucional. Assim, não será admitida a deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a aniquilar os direitos e as garantias individuais.

Importa notar que, existe uma diferença terminológica nas expressões “direito” e “garantia”, consoantes lições de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que ensinam: à medida que os direitos possuem caráter declaratório ou enunciado, as garantias possuem caráter instrumental, isto é, são “os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados”⁷⁶.

⁷⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 244.

⁷⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 152.

Todavia, não é apenas na seara do processo civil e administrativo que incide o dever de motivação. O Código de Processo Penal, vindo a fortalecer o que dispõe a Lei Maior, prevê em seu artigo 381, III, que a sentença “indicará os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”. Note-se que mesmo na hipótese de ausência de previsão do dever de motivação nas leis infraconstitucionais, tal obrigação seria presumida, face a expressa disposição constitucional

A Constituição Federal prevê que a não observância do princípio da fundamentação das decisões, importa na consequência de nulidade do ato, destacando-se assim a sua obrigatoriedade.

Em se tratando da espécie de nulidade, se absoluta ou relativa, Celso Ribeiro Bastos entende que⁷⁷:

O termo nulidade contemplado no texto constitucional abrange tanto a nulidade absoluta, quanto a nulidade relativa, dependendo da gravidade do vício que macule o ato. A forma correta para dosar o teor dessa nulidade é dada pelas leis processuais tendo em vista o bom andamento do processo.

A despeito do entendimento supramencionado, o mais coerente é trazido por Rogério Bellentani Zavarize ao defender que se trata de nulidade absoluta, passível de reconhecimento de ofício pelo órgão julgador. Assevera o autor que tal nulidade não poderia deixar de ser decretada, sob a alegação de ausência de prejuízo. Para ele, há uma presunção de prejuízo, pelo fato de ser a fundamentação das decisões um princípio processual-constitucional e uma garantia individual, cuja relevância se direciona as partes e a sociedade.

O Código de Processo Civil de 2015 reitera o dever de fundamentação no artigo 11, além de elencar no artigo 489, §1º as hipóteses de decisões não fundamentadas (sejam elas interlocutórias, sentença ou acórdão), trazendo assim um dos maiores avanços na questão da fundamentação das decisões judiciais, ressaltando a extrema importância dada pela Carta Magna.

Cumprido salientar, no entanto que, no que tange ao despacho, não há previsão no dispositivo supramencionado de dever de motivação em relação a esta espécie de pronunciamento judicial. Isto se dá, pelo fato de que o despacho destina-se apenas a dar andamento ao processo, não possuindo conteúdo decisório, ou

⁷⁷ BASTOS, op. cit., p. 53.

seja, não têm aptidão para causar prejuízo e, portanto, não é objeto de fundamentação.

No que tange aos pronunciamentos judiciais, com exceção do despacho, proferidos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, o dever de fundamentação é aplicado, com certo comedimento, tendo em vista o princípio da celeridade imposto aos procedimentos nos quais a Lei n. 9.099/95 é aplicada, consoante lição de Rogério Bellentani Zavarize⁷⁸.

Apesar da Lei dos Juizados Especiais ter realizado alusão a uma sentença sucinta, quando em seu artigo 38, *caput*, prescreveu que “a sentença mencionará os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”, isto não importa em exoneração quanto ao dever de fundamentação, pois é imperioso que haja a fundamentação nas decisões, com o propósito de se evitar a arbitrariedade e garantir o controle pelas partes e a sociedade.

Note-se que não se confunde os institutos da sentença não fundamentada com a sentença mal fundamentada.

A sentença não fundamentada diz respeito àquela decisão em que, embora exponha as suas razões, deixa de resolver questões relevantes para o desfecho da causa. Trata-se da decisão que possui o erro *in procedendo*, na qual comporta nulidade. Nesta hipótese, em caso de recurso, pleiteia-se ao tribunal a anulação da sentença e que o juiz profira nova decisão, com a exceção da teoria da causa madura, que autoriza o próprio tribunal a proferir nova decisão.

De outro lado, a sentença mal fundamentada é aquela em que o magistrado aplica mal o direito, seguindo todas as fases procedimentais e requisitos da sentença, todavia, ao apreciar as questões de fato e/ou de direito, que demonstravam que o pedido do requerente era para ser procedente, julga-o como improcedente. Não há vício nesta sentença. Caberá recurso ao tribunal e pede-se o provimento ao recurso e reforma da decisão do juiz. Trata-se de erro *in judicando*.

Importar trazer à tona, a discussão acerca da admissão ou não da denominada fundamentação *per relationem* ou fundamentação por remissão. Trata-se da “motivação que se reporta a outro ato do mesmo processo”⁷⁹. Outros a

⁷⁸ ZAVARIZE, op. cit., p. 79.

⁷⁹ ZAVARIZE, op. cit., p. 106.

definem, a exemplo de Felipe Arady Miranda⁸⁰, como a forma empregada pelo juiz de realizar referência “a decisões, alegações da parte, ou pareceres, para fundamentar sua decisão, desde que estas estejam nos autos do mesmo processo”.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, ao se manifestar sobre o tema, considerou que a técnica da motivação por remissão não configura violação ao artigo 93, IX da Constituição, desde que o ato processual ao qual se realiza a referência, contenha a exposição dos motivos, de fato ou de direito ⁸¹.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que, haveria a necessidade do ato processual ao qual se faz remissão ser transcrito na decisão, sob pena de ser evidenciada a ausência de fundamentação. Contudo, tal condição violaria os ditames da economia processual. Assim, bastaria apenas que o ato processual ao qual se faz a remissão, esteja devidamente fundamentado ⁸².

Com propriedade, Fredie Didier Jr. entende que a motivação *per relationem* é exceção, presente na hipótese em que o juiz agracia o princípio da econômica processual “e desde que: a) não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo, b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso às partes” ⁸³.

Neste sentido, a Lei n. 9.099/95 adotou esta espécie de fundamentação, por dispor em seu artigo 46 que, “se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”.

Importa asseverar que, no que tange a atual prática judiciária brasileira, em razão da crise de dupla face, os aplicadores do Direito reproduzem decisões, sem avaliar a repercussão social, a função social deles e a violação dos mandamentos constitucionais, a exemplo: “*defiro o pedido do autor, com base nas provas produzidas nos autos*”; “*presentes os pressupostos legais, concedo a tutela antecipada*”, ou simplesmente “*defiro o pedido do autor, porque ele tem razão*”, ou ainda, “*segundo documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem*

⁸⁰ MIRANDA, Felipe Arady. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional** / Felipe Arady Miranda. Brasília: IDP, 2014, p. 105

⁸¹ STF- HC n. 69.438, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, de 24.11.2006.

⁸² STJ – HC n. 214.049-SP, Rel. originário Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015, DJe 10/3/2015.

⁸³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2016. p. 16.

razão, motivo pelo qual, julgo procedente o pedido”. Tais decisões são nulas por lhes faltarem fundamentação. O magistrado, ao examinar a demanda, tem que dizer o que foi que àquele documento em questão provou sobre o fato alegado pela parte, ou então, como os pressupostos legais se enquadraram para que houvesse a concessão da tutela antecipada.

Ao resolver a lide com determinada norma jurídica, seja a norma-princípio, norma-regra ou norma-postulado normativo, o magistrado tem que expor os motivos que o levaram à determinada “decisão”, sem deixar de resolver as questões relevantes para o deslinde da causa. Nesse sentido, “a motivação é uma exposição racional, lógica, coerente e clara de razões fáticas e jurídicas de uma decisão, que tem como escopo e função justificar formalmente um ato estatal de poder”⁸⁴.

Conforme entendimento de Eduardo Arruda Alvim, todas as decisões judiciais devem ser motivadas, não sendo, portanto, apenas sob a sentença que recai tal garantia, e continua seguindo decisão do Superior Tribunal de Justiça (RMS 33.931/PI, 2.^a T., j. 14.06.2011) “Fundamentar significa dar as razões de fato e de direito que levaram à tomada da decisão. A fundamentação deve ser substancial e não meramente formal”⁸⁵.

Um dos mecanismos elevado ao *status* constitucional que tenciona subordinar o Poder Judiciário ao direito e garantidor do exercício do controle pelo cidadão é o dever do magistrado em motivar suas decisões⁸⁶.

Preleciona Felipe Arady Miranda⁸⁷ que a fundamentação das decisões judiciais:

[...] age como mecanismo que visa a garantir o exercício do poder jurisdicional em nome do povo e para o povo; que dá condições para que a sociedade possa verificar a condução na administração da justiça, exercendo o respectivo controle; que irá propiciar a constatação da submissão do juiz ao direito, sobretudo aos direitos fundamentais, concretizando a legalidade de sua atuação; a fundamentação garante a preservação do Estado de Direito; garante a democracia; garante a efetividade da prestação jurisdicional e a natureza soberana do Poder Judiciário; garante a imparcialidade do juiz; a participação da parte na formação das decisões; o direito ao recurso, além de servir como

⁸⁴ LUCCA, op. cit., p. 198.

⁸⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 151.

⁸⁶ MIRANDA, op. cit., p. 6-7.

⁸⁷ MIRANDA, op. cit., p. 7.

mecanismo que irá ajudar as partes a garantirem seus direitos materiais pleiteados na ação.

Sendo assim, extrai-se que, a fundamentação é instrumento de garantia do povo, que assim poderá fiscalizar a atividade jurisdicional, preservando o Estado de Direito. Em outras palavras, a fundamentação guarda relação com o princípio democrático, pois é na fundamentação que se oportuniza a participação nos atos do governo. No Poder Legislativo e no Executivo, o povo participa com o voto, mas no Judiciário, as partes interveem no processo, e, é na fundamentação que se verifica que realmente se oportunizou a participação nos atos do governo.

Segundo Fredie Didier Jr., a fundamentação das decisões judiciais possui dupla função. A primeira, denominada de *função endoprocessual* se vislumbra no fato de que as partes ao tomarem conhecimento das razões que formaram o convencimento do juiz, tenham a possibilidade de exercer um controle sob a decisão judicial e de possibilitar o conhecimento de tais razões, pela instância superior, a fim de garantir eventual reforma. A segunda, chamada de *função exoprocessual ou extraprocessual* consiste no controle exercido pelo povo quanto a decisão do magistrado, visando efetivar o Estado Democrático de Direito⁸⁸.

Diversas decisões judiciais carecem de fundamentação, o que inviabiliza o controle do povo, e eventual reforma pela instância superior, pela ausência das razões que formaram o convencimento do juiz.

3.1 Breves Considerações acerca do Estado de Direito

O Estado de Direito, isto é, a limitação de um Estado pelo ordenamento jurídico, detém como corolário a segurança para o seu respectivo povo, pois este saberá os seus direitos e deveres, bem como os do Estado, controlando as suas ações.

Como assevera Rodrigo Ramina de Lucca, as origens do ideal do Estado de Direito, podem ser constatadas na Grécia Antiga, que detinha o objetivo de preservar a democracia. Na Política, quando Aristóteles ocupou-se da limitação

⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processo civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. V.1. 18. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 320.

da monarquia, onde o reino teria que se constituir no Direito, opondo-se ao governo arbitrário⁸⁹.

Todavia, a mais renomada emanção do ideal do Estado de Direito concebida como mecanismo de contenção do poder, procedeu-se no ano de 1215, ocasião na qual a Inglaterra consolidou a “pedra fundamental” do Rule of Law⁹⁰ quando o Rei João Sem Terra assinou a Magna Carta *Libertatum*, estabelecendo o *due process of law*.

Nas palavras do supracitado autor⁹¹:

[...] o Estado de Direito é um ideal de Estado pelo qual se procura conter a tirania daquele que ascende ao poder (qualquer esfera do poder), constringendo-o a obedecer a limites preestabelecidos pelo Direito.

Saliente-se que, o Estado de Direito possui dois aspectos: o formal e o material.

O Estado de Direito formal significa um Estado municiado de um conjunto de instrumentos de controle do Poder Público, a exemplo da tripartição dos poderes, o mandamento da legalidade e a supremacia constitucional e seu respectivo controle de constitucionalidade. A sua finalidade é, sobretudo objetiva, visando indicar mecanismos no sentido de tutelar a segurança jurídica do ser humano.

Sob o aspecto material, todavia, tais peculiaridades apesar de imprescindíveis, são reputadas como insuficientes a fim de que o Estado possa ser, de fato, intitulado como Estado de Direito. O Estado de Direito, nesta perspectiva substancial, é um direito constituído por valores e princípios. Neste sentido, ele tutela os direitos fundamentais e a segurança jurídica das pessoas no momento em

⁸⁹ LUCCA, op. cit., p. 34.

⁹⁰ Significa, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, “em primeiro lugar, na sequência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do ‘país’ perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes políticos)” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ªed. Portugal: Editora Livraria Almedina, 2002, p. 93-94).

⁹¹ LUCCA, op. cit., p. 37.

que cria normas que "garantam o bem-estar social ou estabeleçam um determinado modelo econômico ou sócio-político de Estado" ⁹².

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o Estado Democrático de Direito norteia-se em algumas premissas cumulativas: o Poder Legislativo deve adotar mecanismos que possibilitam o alcance aos princípios ditados pela Carta Constitucional; a vedação ao retrocesso social; o ditame interpretativo, para que todo o corpo estatal atue sempre de acordo com que o texto constitucional determina, até mesmo interpretando o Direito com base na Constituição⁹³.

Verifica-se, portanto que, o Estado de Direito é o direito positivado, cujas finalidades consistem na promoção da liberdade e da segurança jurídica, instituindo limitação ao poder estatal, realizando-se quando prestigiada a separação dos poderes; na publicidade e motivação dos atos decisórios, administrativos e judiciais; que as leis sejam claras, determinadas, gerais, estáveis, prospectivas e públicas; na imparcialidade do Poder Judiciário e sua acessibilidade, que possua os instrumentos imprescindíveis a cumprir o direito; e por fim, na não violação da liberdade e do patrimônio do indivíduo, senão por um devido processo legal.

3.2 A Segurança Jurídica

A palavra "segurança" possui polissemia, abarcando ainda, vários planos, seja o da segurança física, segurança psicológica, segurança social, segurança política, segurança pública, etc. Todavia, necessário se faz analisar a segurança, na acepção jurídica.

Dentre os vários planos da expressão "segurança", destaca-se a segurança pública. Nessa acepção, a segurança significa um cenário de proteção da vida, saúde, liberdade ou propriedade. Trata-se do "afastamento de ameaças (externas ou internas) à paz das pessoas"⁹⁴.

Observe-se que, existe distinção entre a segurança pública e a segurança jurídica, pois tais esferas não se confundem.

⁹² LUCCA, op. cit., p. 49.

⁹³ CANOTILHO, op. cit., p. 97-100.

⁹⁴ ÁVILA, op. cit., p. 103.

Como assevera o Humberto Ávila⁹⁵:

Embora não possa haver segurança pública sem que aquilo que o Direito preveja seja passível de execução judicial, não se pode confundir “segurança pública” com “segurança jurídica”: enquanto a primeira expressão diz respeito às condutas que o Estado deve tomar para proteger os bens das pessoas e da coletividade, a segunda faz referências a propriedades, a conteúdos, a processos, a métodos e a resultados que devem estar presentes para que o Direito possa ser instrumento garantidor dos direitos fundamentais.

Não só o Poder Judiciário deve se nortear pelo princípio da segurança jurídica, como também o Legislativo e o Executivo. Todavia, o Legislativo é o primeiro poder que deve se utilizar do princípio da segurança jurídica no momento da criação das leis.

Em se tratando da segurança na aplicação das normas, Humberto Ávila dispõe que “uma norma pode ser considerada segura, enquanto acessível e inteligível, porém pode ser aplicada de modo arbitrário, sem critérios objetivos e uniformes e sem uma adequada justificação e fundamentação. Sem segurança de aplicação, a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação. Com a devida licença poética, a segurança que havia entrado pela porta sairia depois pela janela”⁹⁶.

Conclui-se que, pelo princípio da segurança jurídica, as decisões judiciais são protegidas de imutabilidade, a fim de que se transmita segurança às partes quanto à sua celeridade⁹⁷.

Note-se, portanto que, a segurança jurídica é elemento imprescindível e finalidade do Estado de Direito. Neste Estado a segurança jurídica é assegurada, mas eles não se confundem.

Ao consagrar o Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, “caput”, a Carta Constitucional implicitamente reconheceu a natureza constitucional da segurança jurídica. Desta feita, a segurança jurídica possui proteção a nível constitucional. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, ao se manifestar sobre o tema, confirmou que a segurança jurídica é um “elemento conceitual do Estado de Direito” (MS 25116, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, Dje027).

⁹⁵ ÁVILA, op. cit., p. 103-104.

⁹⁶ ÁVILA, op. cit., p. 142.

⁹⁷ MIRANDA, op. cit., p. 198.

A tutela da segurança jurídica acarreta dois efeitos imediatos, dignos de destaque. O primeiro efeito diz respeito à incompatibilidade da segurança jurídica com a arbitrariedade estatal, posto que preze por um sistema jurídico estável, previsível e uniforme, "impedindo intromissões inesperadas no patrimônio jurídico do indivíduo; além disso, impõe ao Estado o dever de *efetivar* os direitos dos cidadãos". O segundo efeito, por sua vez, diz respeito à partícula da segurança jurídica que oferece condições a pessoa de confiar no Estado por intermédio de seus agentes delegados, "dando-lhe a certeza de que situações jurídicas consolidadas não serão mais alteradas e que determinados fatos jurídicos desencadearão determinadas consequências jurídicas"⁹⁸.

Sendo assim, extrai-se que, a segurança jurídica, elemento imprescindível e finalidade do Estado Democrático de Direito, detentora de natureza constitucional, deve ser prestigiada desde o momento da elaboração das normas até o de sua aplicação. Trata-se de um princípio instaurador de um sistema jurídico estável, previsível e uniforme, o que conseqüentemente promove nas pessoas deste Estado, o sentimento de confiança.

3.3 O Respeito ao Contraditório

A fundamentação além de requisito legal é uma imposição constitucional. Na perspectiva do juiz, trata-se de um dever, enquanto que na das partes, um direito. Tanto tem um viés constitucional, que a doutrina relaciona a fundamentação com o princípio do contraditório.

Sob esse contexto, a fundamentação é uma consequência necessária da efetiva atuação do contraditório, sendo vista como o "*banco de prova do direito ao contraditório das partes*"⁹⁹. Isto é, se houver contraditório no processo, tem que ter fundamentação, ou em outras palavras, se o juiz oportunizou que as partes alegassem, debatessem e produzissem provas, ele terá que fundamentar na forma devida. De nada adiantaria a previsão do contraditório, se o juiz não analisasse tudo o que foi realizado no processo, no momento da fundamentação da sentença, como no exemplo da alegação do réu, de prescrição do direito do autor, tendo o juiz

⁹⁸ LUCCA, op. cit., p. 59.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil**, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 509.

proferido sentença da seguinte forma: “julgo improcedente a ação, porque o autor tem razão”.

Neste sentido, “não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais”¹⁰⁰.

Como lembra Cândido Rangel Dinamarco, no passado a participação obrigatória do juiz na promoção do contraditório era ignorada. Segundo o autor, a garantia do contraditório significa, em uma primeira perspectiva, o dever da lei em indicar “meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório”. Trata-se da dupla destinação do princípio do contraditório¹⁰¹.

O princípio do contraditório, derivação da garantia do devido processual legal, encontra previsão no artigo 5º, LV do pacto constitucional que dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O artigo 10 do NCPC estabelece que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenta dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Exemplo de matérias nas quais o juiz pode decidir de ofício é a prescrição e a decadência. Desta feita, se em ação, na qual o autor pleiteia indenização contra o réu, não alegando prescrição, o juiz ao analisar o pedido, verifica que ocorreu a prescrição, o juiz para conhecer de tal matéria terá que oportunizar o contraditório às partes, intimando-as para que se manifestem sobre a prescrição. Tal dispositivo demonstra, portanto, outro exemplo da relação entre fundamentação e contraditório.

Segundo Fredie Didier Jr., o princípio do contraditório é reflexo da democracia. Considerando que a democracia se caracteriza na participação do

¹⁰⁰ MARINONI, op. cit., p. 511.

¹⁰¹ DINAMARCO, op. cit., p. 215.

povo, *in casu*, a participação no processo ocorrerá se forem asseguradas as partes o contraditório¹⁰².

À luz deste princípio, a regra é a de que nenhuma decisão judicial será proferida, sem prévia concessão de oportunidade de manifestação das partes acerca de uma questão, consoante artigo 9º do CPC/2015. Nessa trilha, as palavras de Humberto Theodoro Júnior¹⁰³:

O contraditório, nessa conjuntura, tem de ser prévio, de modo que ao julgador incumbe o dever de primeiro consultar as partes para depois formar seu convencimento e, finalmente, decidir sobre qualquer ponto controvertido importante para a solução da causa, ou para o encaminhamento adequado do processo ao seu fim.

Contudo, o § único do supramencionado artigo, elenca três exceções que autorizam decisões, sem a prévia manifestação das partes nos autos, nos casos de: a) decisões relativas à tutela provisória de urgência; b) às hipóteses de tutela de evidência previstas no artigo 311, II e III; e c) no caso de ação monitória, a decisão concessiva do mandado de pagamento (art. 701).

Nestes casos, não ocorre uma exclusão do contraditório, mas sim postergação, em virtude da urgência e conveniência do caso. “Uma vez, contudo, ultimada a medida excepcional, abrir-se-á a oportunidade de discussão da matéria e da defesa da parte afetada, podendo o juiz, então, se for o caso, confirmar, modificar ou revogar o provimento emergencial”¹⁰⁴.

Trata-se de um cenário que esboça um confronto entre os princípios processuais da efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) e do contraditório (art. 5º, LV, CF). O dilema é solucionado pela aplicação do postulado normativo da proporcionalidade¹⁰⁵, isto é, corroborada a urgência da medida em prol

¹⁰² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processo civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. V.1. 18. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 81.

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. 1**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 86.

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 87.

¹⁰⁵ Luiz Guilherme Marinoni nos ensina que devemos observar três critérios ou elementos no momento da aplicação do postulado normativo da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. “É preciso saber se o meio escolhido promove o fim (adequação), se existem meios concorrentes que promovem igualmente o fim sem promover de forma tão intensa a restrição dos direitos fundamentais envolvidos no caso (necessidade) e se a importância da realização do fim justifica a intensidade da restrição aos direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido estrito)” (p. 139).

do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, o princípio do contraditório restará postergado para momento ulterior ao da decisão emergencial.

Ante a tais considerações, constata-se a fundamentação assume um papel relevante até mesmo em relação ao princípio do contraditório, por lhe ser o banco de prova, isto é, será no momento da fundamentação da decisão judicial que ficará comprovado se o juiz oportunizou as partes alegassem, debatessem e produzissem provas. Além disso, o magistrado possui o dever de possibilitar a participação dos litigantes, bem como o de operar de acordo com os ditames do princípio do contraditório.

3.4 A Jurisdição como Instrumento de Realização do Direito Material

O Estado, por intermédio do Poder Legislativo, edita as normas que deverão ser aplicadas sobre os litígios já existentes e os que ainda irão se formar. Com isso, o ordenamento jurídico por ele criado, outorga previamente aos cidadãos os seus direitos e deveres.

No entanto, apesar de tais normas comumente serem cumpridas pelos membros do corpo social, às vezes o descumprimento ocorre e, considerando que as normas de direito são imperativas, “cabe ao Estado a adoção de medidas de coação para que não venha seu ordenamento transformar-se em letra morta e desacreditada”¹⁰⁶.

Neste sentido, também José Roberto dos Santos Bedaque ao ensinar¹⁰⁷:

A tutela jurisdicional ou garantia jurisdicional das normas jurídicas representa os vários meios que o Estado utiliza para reagir contra a não observância do direito objetivo. São os meios de atuação do direito ou de imposição de sanção. Sanções são meio de garantia jurisdicional. Garantia porque se apresenta num segundo momento, quando já não houve observância espontânea do direito objetivo. Decorre da coercibilidade do direito.

Quando há o exercício do direito de ação, a jurisdição parte do plano da inércia para, em um primeiro momento, formar-se uma relação processual entre o autor e o juiz e, posteriormente ocorrer à citação do réu, para que conteste os fatos

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 101.

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 2^o ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001, p. 37.

e direitos alegados pelo autor. Com o desdobramento do processo, segundo o procedimento previsto em lei para o caso, ao final o juiz profere a decisão final que detém a tutela jurisdicional.

Neste ponto, faz-se necessário estabelecer a discussão se seria o processo ou a jurisdição, o instrumento de realização do direito material.

Rodrigo Ramina de Lucca leciona que tecnicamente não é o processo o instrumento competente para proteger e efetivar o direito material, e sim, a “jurisdição enquanto poder, atividade e função do Estado; ou mesmo do processo, desde que entendido como ‘realidade fenomenológica’. Em sentido estrito, o processo é mero instrumento de atuação jurisdicional, um “método de trabalho. Quando se fala em processo como ‘garantia das garantias’ ou meio de realização do direito objetivo e dos direitos subjetivos, está-se referindo ao processo de forma ampla, no sentido de plano processual; contrapondo-se, então, ao plano material”¹⁰⁸.

Porém, como bem observa o supramencionado autor, isso não pode levar ao entendimento de que o processo em si, não desempenhe uma função imprescindível no Estado Democrático de Direito. As origens do ideal desta forma de Estado remete a busca de um prévio processo legal, sem o qual não seria legítima a lesão ao patrimônio jurídico da coletividade, conforme artigo 39 da Magna Carta transcrito no tópico a seguir.

Neste mesmo sentido, Fredie Didier Jr. preceitua que, é pressuposto da jurisdição o processo prévio, isto é, a jurisdição é um método de tutela do direito material por meio de um processo. Com isso, “a tutela dos direitos dá-se ou pelo seu reconhecimento judicial (tutela de conhecimento), ou pela sua efetivação (tutela executiva) ou pela sua proteção (tutela de segurança, cautelar ou inibitória). A tutela jurisdicional dos direitos ainda pode ocorrer pela integração da vontade para a obtenção de certos efeitos jurídicos, como ocorre na jurisdição voluntária”¹⁰⁹.

Assim, ultima-se que o processo é o instrumento de tutela dos direitos, tendo como ponto de partida a jurisdição.

A jurisdição no processo civil do Estado Democrático de Direito possibilita a tutela aos direitos por intermédio de decisão justa destinada a um caso concreto, “e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral”, isto é, no segundo caso, a jurisdição também detém

¹⁰⁸ LUCCA, op. cit., p. 69-70.

¹⁰⁹ DIDIER, op. cit., p. 163.

compromisso com a compreensão, “com a estabilidade e com a confiabilidade da ordem jurídica como um todo”¹¹⁰.

Neste íterim, importa salientar que a tutela jurisdicional encontra relação com o próprio direito material, não podendo ser confundida com a prestação jurisdicional, consistente no “serviço jurisdicional” “ou do dever de resposta ao poder de ação”¹¹¹.

Todavia, a definição precisa de tutela jurisdicional compreende-se no julgamento da parte detentora da razão. Trata-se da resolução definitiva do conflito de interesses, na qual atende ao requerimento de um dos litigantes.

A jurisdição exerce controle sobre os demais poderes, pois ela aplica o Direito, produzindo a última decisão sobre uma situação fática. Isto é, ao preencher as lacunas e desempenhar controle de constitucionalidade, a jurisdição controla o Poder Legislativo. Ao realizar o controle dos atos administrativos, ela controla também o Poder Administrativo. Assim, quem exerce o controle sobre a jurisdição é a própria jurisdição. Cabe à jurisdição proferir a solução final ao litígio.

Nesta senda, a jurisdição é detentora de diversas características. Ao lado da característica de uma atuação estatal “secundária”, “declarativa ou executiva”, “desinteressada” e “provocada”, está a da instrumentalidade¹¹².

Diz-se instrumentária a jurisdição, pois detém a finalidade primordial de realização das normas do direito, sendo o mecanismo que o Direito comporta para lograr a obediência dos membros da coletividade.

Neste sentido, os ensinamentos de BEDAQUE¹¹³:

A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.

A instrumentalidade do processo determina que seus institutos sejam criados segundo as necessidades do direito material, pois não haveria utilidade em uma “ciência processual conceitualmente perfeita”, mas que fosse incapaz de alcançar a sua finalidade. “Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende”¹¹⁴.

¹¹⁰ MARINONI, op. cit., p. 151.

¹¹¹ BEDAQUE, op. cit., p. 25.

¹¹² THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 108.

¹¹³ BEDAQUE, op. cit., p. 15.

¹¹⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 16.

Sendo assim, tutela-se o direito material por meio da jurisdição, que pressupõe a existência de um processo anterior, sendo mero mecanismo da atividade jurisdicional. Portanto, a jurisdição detém o processo, instrumento ou método de trabalho, que possibilita a realização do direito material.

3.5 O Devido Processo Legal enquanto Princípio (Garantia) Fundamental

O devido processo legal (*due process of law*), pode ser definido como o exercício pelo cidadão do direito de ação e de defesa, nos termos da lei, sendo processado sob a presidência de um terceiro imparcial e justo.

A Constituição Federal prevê o aludido princípio em seu artigo 5º, inciso LIV, dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e assim “institui-se o direito fundamental ao processo justo no direito brasileiro”¹¹⁵.

Neste sentido, por se encontrar exarado no rol dos direitos e garantias individuais, o devido processo legal é cláusula pétrea, consoante artigo 60, §4º, IV, da CF. Diante disso, não pode haver emenda constitucional tendente a abolir o princípio do devido processo legal¹¹⁶.

Segundo Eduardo Arruda Alvim, a cláusula genérica do devido processo legal é garantia e não propriamente um princípio, sendo consequência do Estado de Direito. Nessa linha, os princípios constitucionais do processo, a exemplo do princípio da duração razoável do processo, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da publicidade dos atos processuais, da fundamentação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição, dentre outros, são decorrência do princípio do *due process of law*, os quais o constituinte apenas os inseriu de forma expressa para não ocorrer discussão¹¹⁷.

Pode-se dizer, conforme Luiz Guilherme Marinoni que os princípios mencionados acima, entendidos como decorrência da garantia do devido processo legal compõem o seu conteúdo mínimo¹¹⁸:

¹¹⁵ MARINONI, op. cit., p. 489.

¹¹⁶ ÁLVIM, op. cit., p. 123.

¹¹⁷ ÁLVIM, op. cit., p. 127.

¹¹⁸ MARINONI, op. cit., p. 491.

*Em primeiro lugar, do ponto de vista da "divisão do trabalho" processual, o processo justo é pautado pela **colaboração** do juiz para com as partes. Daí a razão pela qual o NCPC positivou expressamente o modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração (art. 6.º do CPC). **O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões.** Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar **tutela jurisdicional adequada e efetiva** (arts. 5.º,XXXV, CF 1988, e 3.º do CPC), em que as partes participam em pé de **igualdade** e com **paridade de armas**, em **contraditório** (arts. 5.º, I e LV, da CF/1988, e 7.º,9.º e 10 do CPC), com **ampla defesa**, com **direito à prova**, perante **juiz natural**, em que todos os seus pronunciamentos são **previsíveis, confiáveis e motivados** (arts. 93, IX, CF/1988, e 11 e 489 do CPC), em procedimento **público** (arts. 5.º, LX, 93, IX, CF/1988, e 11 e 189 do CPC), com **duração razoável** (arts. 5.º, LXXVIII, CF/1988, e 4.º do CPC) e em, em sendo o caso, com direito à **assistência jurídica integral** e com formação de **coisa julgada** (grifo nosso).*

A garantia do devido processo legal tutela garantias específicas. Note-se que o processo judicial, em si, não ampara direitos assegurados constitucionalmente¹¹⁹. Faz-se necessário um rol de garantias específicas, como o contraditório e a ampla defesa, a segurança jurídica, a motivação das decisões judiciais, a igualdade e paridade de armas, o juiz natural, a duração razoável do processo, a assistência jurídica integral, a coisa julgada, dentre outras.

Nesta senda, com o escopo de efetivar o Estado de Direito por meio do da garantia do devido processo legal, concebido pelo viés constitucional do processo como sendo o “processo justo”, nasce o dever de motivação das decisões judiciais.

3.5.1 Breve Evolução Histórica

O primeiro documento escrito que registrou o *devido processo legal* com a finalidade de banir a tirania foi o Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.), que determinou que até mesmo o Imperador estaria submetido às “leis do Império”¹²⁰.

A Magna Carta *Libertatum* de 1215, inspirada pelo Decreto mencionado alhures, em seu artigo 39 dispõe¹²¹:

Nenhum homem livre será aprisionado, desapossado, banido ou exilado ou de qualquer maneira prejudicado, nem nós agiremos contra ele, exceto mediante um julgamento legal por seus pares ou pela lei da terra.

¹¹⁹ LUCCA, op. cit., p. 207.

¹²⁰ DIDIER, op. cit., p. 64.

¹²¹ LUCCA, op. cit., p. 35.

A Magna Carta de 1215 foi o primeiro instrumento formal que trouxe garantias ao cidadão contra o seu monarca, Rei João Sem Terra, (o qual governava segundo seus ideais, despojando as pessoas de seus bens, o que fez com que os barões o compelissem a assinar o referido diploma, sob ameaça de golpe de Estado), no sentido de que deveria existir um processo legal anterior ao conflito, consagrando limitação ao poder monárquico. Em um primeiro momento, o princípio do *due process of law*, foi estabelecido no âmbito penal. Todavia, o nosso ordenamento jurídico atual consagra a garantia ou o princípio do devido processo legal também no âmbito civil, “ninguém será privado de seus bens ou da liberdade sem a garantia do devido processo legal”, conforme disposto no artigo 5º, LIV da CF.

Verifica-se, portanto, nesta senda, os dois primeiros documentos escritos na história que teve o escopo de impedir que os atos dos governantes fossem pautados em arbítrio, ideologias e subjetividade.

4 A DECISÃO JUDICIAL NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO-PROCESSUAL BRASILEIRO: A CRISE DE DUPLA FACE

Primeiramente, faz-se necessário introduzir a ideia trazida por Lenio Luiz Streck de que a mera existência de uma carta constitucional, “por melhor que seja”, não é capaz de efetivar na camada social, o ideário que a norteou, tornando-se um instrumento do “relacionamento político de seus integrantes.” Desta feita, “em havendo inércia dos demais poderes, a efetivação do Direito (e dos direitos) passa por este deslocamento do centro de decisões – no âmbito do Estado Democrático de Direitos – dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário”¹²².

O Poder Judiciário passou a atuar visando eliminar a ausência de atividade do Legislativo e inércias do Executivo, por intermédio dos mecanismos jurídicos previstos no texto constitucional que consagrou o Estado Democrático de Direito¹²³.

Considerando que o cidadão não pode ficar ao alvedrio da vontade do legislador ou da autoridade administrativa para obter um direito, na maioria das vezes constitucional, surge o fenômeno conhecido como ativismo judicial¹²⁴. Um exemplo deste fenômeno é o do princípio da insignificância, reconhecido pela jurisprudência penalista, porém, não normatizado, aplicado na hipótese de desproporção entre o desvalor da ação praticada pelo agente infrator e o resultado penal, excluindo a tipicidade material do fato.

Em decorrência do constituinte brasileiro da Constituição Cidadã ter fundado um Estado intervencionista, elegendo como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e marginalidade, promovendo o bem de todos e etc., naturalmente os Poderes Executivo e Legislativo deveriam executar tais programas.

Neste sentido, leciona Lenio Luiz Streck¹²⁵:

Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de

¹²² STRECK, op. cit., p. 57.

¹²³ STRECK, op. cit., p. 53.

¹²⁴ O ativismo judicial está relacionado a uma intensa atividade do Judiciário, com interferência no campo das atribuições dos outros poderes, visando à materialização dos direitos, fundamentos e objetivos constitucionais.

¹²⁵ STRECK, op. cit., p. 53.

Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Nesta senda, ante ao descumprimento da Constituição Federal (ausência de materialização de seus objetivos, fundamentos, princípios direitos e garantias), por intermédio da ausência da realização das políticas públicas impostas pelo texto constitucional, a via judiciária é a estrada remanescente para a efetivação dos direitos expressos na Carta Constitucional e nas leis esparsas. “Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representam retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais”¹²⁶.

Esta ideia é adversa àqueles juízes que, segundo Dalmo de Abreu Dallari desprezam “a questão da justiça”, alegando como justificativa de suas decisões o fato de estarem adstritos a lei, como se fossem “escravos da lei”. Assim, estes juízes conferem as injustas de suas decisões ao legislador. Em grande parte do Judiciário brasileiro, é “evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça”¹²⁷.

Os juízes e desembargadores ao realizarem vastas discussões teóricas, abundante citações doutrinárias e jurisprudenciais, etc. estão somente procedendo a seleção da lei que será aplicável em uma determinada lide, além do modo mais adequado de se interpretar um artigo, um parágrafo, inciso ou palavra. “São frequentes as sentenças e os acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça”¹²⁸.

Essa parcela de intérpretes e aplicadores jurídicos seguidores estritos das formalidades legais, despreocupados com a justiça, é um legado do positivismo jurídico.

De outro lado, o problema do descumprimento do texto constitucional, como ensina Marcelo Neves, pode ser produto da constitucionalização simbólica. Segundo o autor, o problema não se resume a uma ausência de liame entre os

¹²⁶ STRECK, op. cit., p. 53.

¹²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

¹²⁸ DALLARI, op. cit., p. 84.

dispositivos constitucionais e a inércia dos agentes públicos e privados, mas sim a “ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição”. O texto constitucional está vivenciando uma carência de normatividade, pois “não há uma integração suficiente entre programa normativo (dados linguísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais)¹²⁹. Assim, a questão possui essa outra vertente, que poderia ser solucionada com orientações normativas contidas no próprio texto constitucional.

Note-se que os magistrados devem ter em mente que o seu ofício consiste na interpretação da lei, não apenas em sua aplicação ou concessão.

Todavia, no atual cenário da sociedade brasileira há exemplos que comprovam a aplicabilidade do deslocamento do centro das decisões no caso dos juízes que demonstram a preocupação com a justiça de suas decisões, objetivando cumprir a Carta Constitucional. Nesta trilha, transcreve-se o exemplo apresentado por Lenio Luiz Streck¹³⁰:

Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, §2º e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isto aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública? Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 1998 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas. Não houve contestação por parte da prefeitura. Esse fato, mostrou que é possível utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes.

Também são hipóteses de aplicação do deslocamento do centro das decisões, as ações de obrigação de fazer que condenam o Estado a fornecer medicamentos ou na hipótese da realização de cirurgia, aos requerentes que necessitam.

¹²⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2007, p. 92.

¹³⁰ STRECK, op. cit., 54.

Contudo, Lenio Luiz Streck ressalva que a tese do deslocamento do centro das decisões deve ser relativizada, pois não cabe ao Poder Judiciário estabelecer políticas públicas em sentido amplo e desempenhar funções executivas¹³¹.

Porém, antes mesmo do Judiciário ter tomado para a si as atribuições originárias dos outros poderes, visando efetivar os direitos expressos na Constituição e nas leis esparsas, já era existente a crise de dupla face.

No atual cenário jurídico-processual brasileiro vislumbra-se uma *crise de dupla face*: de um lado, há o despreparado para o enfrentamento dos conflitos coletivos; de outro, a filosofia da consciência, que se caracteriza nas decisões judiciais fundadas de forma explícita no “decido conforme minha consciência” ou na hipótese de “sentenças como *sentire*”. Dessa crise, resulta um Direito em descompasso com a realidade fática¹³².

Em decorrência de o ordenamento jurídico brasileiro consagrar a democracia, os pronunciamentos judiciais não podem valer-se da consciência do magistrado. São apenas nos casos de lei inconstitucional, antinomia e lei que estiver em conflito com sistema jurídico¹³³.

Diante desse panorama crítico, a hermenêutica filosófica rompe com a filosofia da consciência (a qual introduziu as crises de paradigmas) ao tratar da questão da fundamentação¹³⁴.

O jurista clássico, por situar-se na filosofia da consciência acredita que é a decisão pautada na sua consciência, que institui os objetos na realidade. Desde os primórdios da Idade Média até os dias atuais, ele considera que é a sua subjetividade, que torna o mundo tal como ele é.

Nesse ponto, faz-se interessante transcrever a decisão de Humberto Gomes de Barros, ex-ministro do STJ, como exemplo de decisão judicial fundada no “decido conforme minha consciência”:

¹³¹ STRECK, op. cit., p. 55.

¹³² STRECK, op. cit., p. 79; NUNES, Carlos Eduardo dos Santos. **A (in)determinabilidade do direito e como responder corretamente às questões jurídicas: da conexão existente entre a fundamentação das decisões e o direito a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas.** p.68-71. Trabalho de conclusão de Pós-Graduação do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, em fase de publicação.

¹³³ SANTOS, op. cit., p. 07.

¹³⁴ STRECK, op. cit., p. 168.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros **decidem assim, porque pensam assim.** E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições.** Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Como se não bastasse tal problemática, há ainda certo entendimento inserido na coletividade jurídica brasileira de que “sentença (decisão judicial) é expressão que viria do latim *sentire*, onde o juiz declararia aquilo que sente. Apostase em uma espécie de psicologismo, como se inevitavelmente o ato de decidir dependesse unicamente da vontade (do ‘livre conhecimento’) de quem julga”¹³⁵.

Na verdade, a expressão “sentire”, significa “ouvir”, seja no latim ou no italiano, pois “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja”¹³⁶.

Dentro deste contexto, ocorre a ausência de efetividade dos preceitos constitucionais quando os agentes jurídicos, inseridos na crise de dupla face, opõem-se a função social do Direito. “É de se perguntar, por exemplo, onde está o ser da auto-aplicabilidade dos dispositivos definidores dos direitos e garantias individuais (art.5, §1º), da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), do mandado de injunção como instrumento de dar eficácia às normas do sistema, da saúde como direito de todos e dever do Estado, e de tantos outros direitos não cumpridos?”¹³⁷.

Assim, se o intérprete do Direito não apresenta a linguagem de insurgência ao paradigma da dupla face, sua incapacidade na compreensão do novo modelo de Direito, calcado no Estado Democrático de Direito, se revelará, além da impossibilidade de se assimilar um futuro novo modelo.

¹³⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 104.

¹³⁶ STRECK, op. cit., p. 25.

¹³⁷ STRECK, op. cit., p. 275.

Esta crise ocasionadora da ineficácia do texto constitucional (a qual porta preceitos, tais como aplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais, a promoção da justiça social, igualdade, função social da propriedade, dentre outros) é formada pelos paradigmas provenientes das filosofias escolásticas de Aristóteles e São Tomás de Aquino, e do paradigma da filosofia da consciência, quais sejam, gêneses do pensamento “liberal-individualista-normativista do Direito, que se constitui, em outro nível, na crise de modelos de Direito, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível”¹³⁸.

A crise de dupla face ocorre porque o jurista ainda trabalha com as concepções provenientes da (velha) hermenêutica tradicional, resumida a uma técnica de interpretação exata, na qual a “linguagem é entendida como terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido. Ora, a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Antes e mais do que isto, a linguagem é condição de ser-no-mundo, porque já é precedida por um compreender que nasce da auto-explicitação do nosso modo-de-ser. É nele, pois, que se funda toda a hermenêutica”¹³⁹.

Ao observarmos a prática dos aplicadores do Direito, onde prevalecem citações padronizadas, o intérprete do Direito acredita que não haverá singularidade nos litígios que lhe são postos, sendo assim passíveis de soluções universais. Por conseguinte, a utilização da aplicação pelo jurista compor-se-á da subsunção do caso àquela solução universal, “produzindo uma ‘perfeita’ simetria entre o dito ‘universal’ e o fato singular a ser ‘subsumido’. Assim, “a atividade do intérprete/aplicador se torna ‘simplificada’, onde o texto já vem previamente experimentado.”¹⁴⁰.

Infere-se que, a decisão judicial deve estar em sintonia não segundo a vontade de um indivíduo ou órgão colegiado, mas sim com a Carta Constitucional e as demais fontes do direito. Compreende-se ainda que, deve se encontrar devidamente motivada (leia-se: ordenamento jurídico), onde as partes e a sociedade possam extrair se determinadas provas e argumentos trazidos pelas partes foram ou

¹³⁸ STRECK, op. cit., p. 290.

¹³⁹ STRECK, op. cit., p. 291.

¹⁴⁰ STRECK, op. cit., p. 291-292.

não, considerados pelo magistrado. Trata-se de corolário lógico do Estado Democrático de Direito, trazendo assim segurança jurídica.

Diante da atual crise de dupla face, surge a seguinte pergunta: Juristas, o que vocês fizeram com a Carta Constitucional que lhes foi confiada?

4.1 Conceito de Decisão Judicial, Alcance e Contornos

Decisão judicial é a solução proveniente do órgão jurisdicional dada a uma controvérsia jurídica. Trata-se do gênero dos pronunciamentos judiciais, do qual são espécies: a sentença, o acórdão, a decisão interlocutória e o despacho.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni¹⁴¹: “a decisão judicial é o elemento final do discurso jurídico, realizado para que o Estado possa exercer a sua função de tutelar os direitos e, por consequência, as pessoas”.

O atual Código de Processo Civil brasileiro conceitua sentença no artigo 203, §1º, como o pronunciamento judicial que possui o conteúdo dos artigos 485 e 487 (sem ou com resolução do mérito), encerrando a fase do procedimento e colocando fim ao processo.

Acórdão, como ensina José Ernesto Manzi¹⁴² é uma sentença prolatada por órgão jurisdicionado, colegiado e superior. Porém, ressalta o autor que as decisões monocráticas editadas no Tribunal, por não serem proferidas por um órgão colegiado, não são consideradas acórdão, podendo configurar decisão interlocutória, sentenças de segundo grau ou despacho.

Com relação à decisão interlocutória, trata-se do pronunciamento judicial, no qual possui carga decisória, mas que não encerra o processo. Maria Helena Diniz conceitua-a como o “ato pelo qual o órgão judicante resolve, no curso do processo, questão incidente, do qual cabe agravo”¹⁴³. Os exemplos dessa espécie de pronunciamento judicial são o acolhimento ou não de tutela antecipada; reconhecimento de ilegitimidade de partes; in(admissão) de provas, dentre outros.

No entanto, o Código de Processo Civil de 2015 inaugura uma subespécie de decisão interlocutória. O artigo 1.015 do referido código dispõe que

¹⁴¹ MARINONI, op. cit., p. 153.

¹⁴² MANZI, José Ernesto. **Da fundamentação das Decisões Judiciais Cíveis e Trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios**. São Paulo: LTr, 2009, p. 27

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.181.

“cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: II – mérito do processo”.

Diante disso, para o atual processo civil não é mais a sentença que, de forma exclusiva, julga o mérito, pois hoje é possível que uma decisão interlocutória também o julgue. Note-se que a doutrina sempre relacionou o mérito com o pedido, isto é, objeto do processo. O mérito se traduz a quem tem razão.

A decisão interlocutória de mérito encontra previsão no artigo 356 do CPC/2015, que elenca as hipóteses de cabimento. Trata-se do julgamento antecipado parcial do mérito ou julgamento parcial definitivo. Esta decisão não se confunde com sentença, pois não põe fim ao processo.

Importa notar que, a Constituição Federal estabelece no art. 93, IX, reproduzida pelo artigo 11 do CPC/2015, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena e nulidade”. Assim, o NCPC diz que até mesmo uma decisão interlocutória terá que ser fundamentada.

Como já tratado ao longo deste trabalho, os institutos da sentença não fundamentada e o da sentença mal fundamentada não se confundem.

A sentença não fundamentada consiste naquela decisão em que, embora apresente os seus motivos, deixa de resolver questões relevantes para o deslinde da causa. Trata-se da decisão que possui o erro *in procedendo*, na qual comporta nulidade. Nesta hipótese, em caso de recurso, pleiteia-se ao tribunal a anulação da sentença e que o juiz profira nova decisão, com a exceção da teoria da causa madura, que autoriza o próprio tribunal a proferir nova decisão. Tal hipótese vem a ser tratada no art. 489, §1º do NCPC.

De outro lado, a sentença mal fundamentada é aquela em que o magistrado aplica mal o direito, seguindo todas as fases procedimentais e requisitos da sentença, todavia, ao apreciar as questões de fato e/ou de direito, que demonstravam que o pedido do requerente era para ser procedente, julga-o como improcedente. Não há vício nesta sentença. Caberá recurso ao tribunal e pede-se o provimento ao recurso e reforma da decisão do juiz. Trata-se de erro *in judicando*.

O NCPC traz o artigo 489, §1º, que estabelece as hipóteses nas quais uma sentença será considerada não fundamentada. Além dos casos em que o juiz deixa de resolver uma questão relevante para o desfecho da causa, o dispositivo equipara outras hipóteses de não fundamentação.

Note-se que ao longo deste trabalho foi traçada a discussão acerca da natureza da nulidade no caso de sentença não fundamentada, sendo a corrente da nulidade absoluta o entendimento mais coesivo, pelo fato do tema versar sobre um princípio processual-constitucional e uma garantia individual, cuja relevância se direciona as partes e a sociedade e, portanto, o órgão julgador não poderá opor-se a sua decretação, sob alegação de ausência de prejuízo.

Em se tratando do despacho, como já tratado no presente trabalho, além do fato de não existir previsão constitucional ou infraconstitucional, acerca de um suposto dever de motivação em relação a esta espécie de pronunciamento judicial, o despacho destina-se apenas a dar andamento ao processo, não possuindo conteúdo decisório, ou seja, não têm aptidão para causar prejuízo e, portanto, não é objeto de fundamentação.

Diante de tais considerações no que tange as decisões judiciais, passa-se neste ponto ao exame da fase neoprocessualista.

4.2 A Visão Constitucional do Processo

Em um primeiro momento, faz-se necessário discorrer sobre as fases metodológicas do processo civil.

No início, a autonomia do processo era inexistente, sendo considerado mero apêndice do direito substancial. Tal fase foi denominada de *sincretismo processual*, a qual definia o processo civil como o próprio direito material que, uma vez violado, armava-se para o combate¹⁴⁴.

Contudo, foi com a obra de Oskar von Bulow, intitulada de Teoria dos Pressupostos Processuais, que ocorreu o marco da emancipação do processo civil. Entendeu-se que é possível que um processo tenha existido, sem que o juiz tenha resolvido o mérito, isto é, o direito material, como na hipótese de extinção da ação sem resolução do mérito, por ausência de condições da ação. Trata-se da *fase autonomista* ou *científica*, segundo a qual o processo é autônomo em relação ao direito substancial. É nesta fase que surgem “conceitos como ‘ação’, ‘processo’,

¹⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

‘relação jurídica processual’, ‘condições da ação’, ‘pressupostos processuais’, que, até hoje, são referenciais obrigatórios para se estudar o direito processual civil”¹⁴⁵.

Na fase autonomista, porém, esqueceram que o processo existe tão somente como instrumento para se efetivar um direito material. Assim, a premissa adotada por esta fase, tornou a prática da ciência processual limitada, dirigindo o processo para uma realidade distante do direito substancial, o processo por ex. era prolongado por cerca de décadas, apenas para chegar-se a decisão de competência, prevalecendo o processualismo ao extremo.

A terceira fase, conhecida como *fase instrumentalista*, foi inaugurada com a obra “A instrumentalidade do Processo” de Candido Dinamarco. Nas palavras de Daniel Mitidiero¹⁴⁶:

A perspectiva instrumentalista do processo assume o processo civil como um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a ideia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno. Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para educação do povo; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para a participação dos atores sociais; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar a “vontade concreta do direito”.

Na fase instrumentalista, portanto, concebeu-se o entendimento de que o processo existe somente como instrumento de concretização do direito material. Assim, todo processo terá um conteúdo, isto é, o direito substancial.

As maiores fontes do direito processual “cada vez mais encontram-se disciplinadas em texto constitucional”¹⁴⁷. Isto quer dizer que o processo ao passar pela fase instrumentalista, o legislador estabeleceu um conjunto de normas que compõem o direito processual constitucional.

Lenio Luiz Streck, antes da entrada em vigor do NCPC, já dizia que o processo deveria ser reanalisado e reinterpretado segundo os ditames do Estado Democrático de Direito, pois “o processo não pode (mais) ser um obstáculo à

¹⁴⁵ BUENO, op. cit., p. 77.

¹⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

¹⁴⁷ BEDAQUE, op. cit., p. 14.

realização do direito material. O processo é a vida do Direito, na feliz expressão de Carnelutti¹⁴⁸.

Todavia, Eduardo Cambi¹⁴⁹ argumenta que atualmente vivenciamos uma nova fase metodológica do direito processual civil, denominada pelo autor como *neoprocessualismo*, enquanto que outros a tem chamado de formalismo-valorativo.

Na atual fase neoprocessualista, surge a preocupação em se investir contra os obstáculos do positivismo e do formalismo jurídicos, “concebendo o processo como um mero veículo de tutela dos direitos materiais”. Para isto, faz-se necessária a ampliação do campo de abrangência “dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos atos processuais”¹⁵⁰.

Neste sentido, o juiz, anteriormente ao indeferimento da petição inicial e conseqüente extinção do processo sem a resolução do mérito, possui o dever de autorizar que o autor emende a petição inicial, no prazo de 15 (quinze) dias, além de indicar precisamente o que deve ser corrigido ou complementado (art. 321 do CPC).

Disso se extrai que, a despeito das formas serem úteis (seja para a segurança das partes no processo, dos atos processuais, seja para que o exercício da jurisdição se realize de maneira correta), a veneração ou o apego às formas, não possibilita a concretização dos direitos, “mas, ao contrário, constitui fator de empobrecimento do processo, já que não permite a visualização de seus fins”, tornando a legislação meramente simbólica¹⁵¹.

Note-se que o neoprocessualismo é resultado do neoconstitucionalismo, materializando-se como um novo formato de interpretação e aplicação dos direitos. Trata-se da fase que almeja um processo conduzido tendo em vista a realização dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo, segundo Eduardo Cambi¹⁵² objetiva a concretização do Estado Democrático de Direito, mediante o cumprimento dos direitos fundamentais.

O atual Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) contém em seus dispositivos, exemplos da fase do neoprocessualismo,

¹⁴⁸ STRECK, op. cit., p. 251.

¹⁴⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 115.

¹⁵⁰ CAMBI, op. cit., p. 117.

¹⁵¹ CAMBI, op. cit., p. 116.

¹⁵² CAMBI, op. cit., p. 27

intensificando a constitucionalidade das normas processuais. É o caso dos seus dez primeiros artigos que tratam de valores constitucionais norteadores do processo, enquanto que os primeiros dispositivos do CPC/73 tratavam de institutos essencialmente processuais, tais como a jurisdição, ação, condições da ação, pressupostos processuais, etc. Desta feita, evidencia-se uma mudança de paradigma entre o atual e o revogado código.

O Direito brasileiro sempre teve forte apego a ações indenizatórias, uma vez que o texto constitucional e o processo eram voltados à premissa de que apenas havia a possibilidade de reparação dos direitos violados, não existindo a ideia de mecanismos que pudessem prevenir a violação de direitos. Essa premissa, porém, foi rompida com o advento da Constituição Federal de 1988, que dispôs em seu artigo 5º, inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Portanto, a Lei Maior não estabeleceu que haveria a necessidade primeira de violação do direito, para posterior reparação.

Nesta senda, posteriormente ao advento da Constituição de 1988, surge na década de 90, a ação inibitória, ou, ação preventiva, consistente na tutela que impede a realização, continuação ou repetição do ato ilícito. “A tutela inibitória é caracterizada por ser voltada para o futuro” e tendo “por fim reintegrar ou reparar o direito violado”¹⁵³.

Deste modo, em decorrência do processo civil brasileiro estar vivenciando a fase do neoprocessualismo, os operadores do Direito devem agir conscientes de que existe uma tutela constitucional do processo, proporcionadora da resposta constitucionalmente adequada.

4.2.1 Os direitos fundamentais processuais

Os direitos fundamentais compõem um conjunto de prerrogativas e instituições que se materializam em “garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Na expressão “fundamentais” revela-se condições

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 5 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 34.

jurídicas sem as quais o ser humano “não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”¹⁵⁴.

Podemos elencar oito características dos direitos fundamentais: *universalidade* (são destinados a todo o ser humano), *historicidade* (tais direitos são produtos de aquisição histórica, a exemplo da Magna Carta de 1215, *Bill of Rights*, as declarações de direitos norte-americanas de 1776, e assim por diante), *imprescritibilidade* (a prescrição somente atinge os direitos patrimoniais), *inalienabilidade* (são intransferíveis, inegociáveis), *irrenunciabilidade* (alguns deles podem não ser exercidos, mas jamais poderão ser renunciáveis), *autogeneratividade* (as constituições existem apenas para positivizar esses direitos em seus países e os “elementos constitutivos, tais como população, território, governo e finalidade”), *inviolabilidade* (é vedada a sua violação pelo Estado ou por seus agentes) e *limitabilidade* (a colisão de um direito fundamental com outro, faz com que apenas um se sobreponha)¹⁵⁵.

Surge uma questão interessante: todos os direitos fundamentais são sempre princípios?

Primeiro, faz-se necessário estabelecer a diferença existente entre princípios e regras. Os princípios são comandos de otimização, isto é, aprimoramento, pois carregam normas imediatamente finalísticas, estabelecendo um estado ideal a ser alcançado, sem, todavia, indicar as formas para atingi-lo. De outro lado, as regras são normas descritivas, indicadoras de um comportamento a ser seguido pelo destinatário. A principal finalidade das regras é a concretização de princípios.

Os princípios apresentam caráter deontológico (porque determinam os motivos para a existência de “obrigações, permissões, proibições) e teleológico (porque as obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado bem jurídico)”¹⁵⁶.

As regras, por sua vez, ostentam caráter deôntico (por estabelecerem as “razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições) e

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p. 56.

¹⁵⁵ SILVA, op. cit., p. 58; ARAÚJO, op. cit., p. 161-165.

¹⁵⁶ CAMBI, op. cit., p. 88.

deontológico (porque tais obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que estabelece ‘o que’ deve ser feito)”¹⁵⁷.

Desta feita, a resposta à referida indagação é a de que há determinados direitos fundamentais que na verdade são regras, por abranger comandos definitivos. A título de exemplo, a vedação da prisão civil, salvo em hipóteses excepcionais (art. 5º, LXVII, CF) e a proibição de utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF).

O direito da sociedade pós-moderna, não é representado por uma estrutura piramidal, formada a partir dos códigos, “podendo ser concebido como uma rede, como um banco de dados que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizadas”. Trata-se da Era da Descodificação¹⁵⁸.

Com propriedade, assevera Eduardo Cambi¹⁵⁹:

A partir da Segunda Guerra Mundial, é inegável que a Constituição tomou o lugar dos Códigos, devendo os direitos infraconstitucionais ser compreendidos a partir da Lei Fundamental e sua inserção no contexto internacional.

Constata-se, assim que, os direitos infraconstitucionais estão sofrendo uma progressiva constitucionalização, conseqüente de uma maior extensão da esfera constitucional e limitação da autonomia legislativa.

Em virtude do princípio da supremacia da Constituição, quando o texto constitucional elenca um conjunto de direitos fundamentais, caberá a legislação inferior não os abolir, mas trazer mecanismos que possibilitem a sua concretização.

São exemplos de direitos fundamentais processuais: o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, incisos IX, X, do texto constitucional, também previsto nos art. 11 e 489, II, do NCPC além de seu §1º que elenca as hipóteses em que as decisões não serão consideradas devidamente fundamentadas; o contraditório, assegurado no artigo 5º, LV da CF e art. 7º do CPC; o acesso à justiça, abarcado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto

¹⁵⁷ CAMBI, op. cit., p. 88.

¹⁵⁸ CAMBI, op. cit., p. 58.

¹⁵⁹ CAMBI, op. cit., p. 58.

no artigo 5º, XXXV, da CF e art. 3º do CPC; o devido processo legal, positivado no artigo 5º, LIV e artigo 26, I do CPC, dentre vários outros¹⁶⁰.

Do exposto, extrai-se que, o atual Código de Processo Civil comprova a constitucionalização do processo, ao prever uma gama de dispositivos que reafirmam direitos fundamentais. Será tão somente com a sua observância que o aplicador do Direito será capaz de conceder às partes litigantes a resposta constitucionalmente adequada. Não obstante, não basta chegar à resposta adequada, pois o magistrado deve expor às razões que o levaram a escolha daquela determinada decisão.

¹⁶⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Art. 11. CPC. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Art. 489. CPC. São elementos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

Art. 5º, LV, CF - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 7º. CPC. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Art. 3º, CPC. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Art. 5º, LIV, CF - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Art. 26. CPC. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente.

5 BREVES NOTAS SOBRE O ART. 489, §§1º e 2º do NCPC

A Constituição Federal preceitua no artigo 93, IX que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade", a fim de que se possa alcançar à resposta constitucionalmente adequada e assegurada.

Desta feita, com o fulcro de enfatizar tal determinação constitucional e de criar aparatos de efetivação, o atual Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) repete a referida regra (art. 11), além de acrescentar que "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" (art. 489, § 1º). Estabelece, ainda, que "no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão" (art. 489, § 2º).

O dispositivo em estudo equipara outras hipóteses de ausência de fundamentação da decisão judicial, além daquela na qual o magistrado deixa de resolver uma questão relevante para o desfecho da causa.

Se o referido dispositivo não existisse, o seu conteúdo poderia ser extraído do dever de fundamentação, por decorrência lógica. Com a sua previsão, no entanto, existe agora a possibilidade do exercício pelas partes, sociedade e demais órgãos, de um controle dos pronunciamentos judiciais, com o objetivo de limitar o subjetivismo do juiz ou órgão colegiado, no que se refere ao conteúdo da fundamentação.

Vislumbra-se, portanto, uma forte preocupação do legislador em reforçar a motivação das decisões judiciais, assegurada constitucionalmente e reivindicada historicamente pelas nações.

Cabe apontar que, por ser a fundamentação das decisões judiciais um direito fundamental (sendo ainda um princípio processual-constitucional e garantia individual) o rol de hipóteses elencadas no artigo 489, §1º do CPC não é taxativo, mas sim exemplificativo. Portanto, há outras situações em que a decisão judicial será reputada como não fundamentada.

Cada hipótese de decisão judicial, seja ela sentença, decisão interlocutória ou acórdão, ditada pelo atual Código de Processo Civil como não fundamentada, será detidamente analisada no tópico a seguir.

5.1 Análise Normativa

A primeira hipótese proibitiva do atual CPC é a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

No caso da fundamentação não conter relação com o caso concreto, as partes e a sociedade não conseguirão compreender a razão de determinada norma ter sido aplicada. Todavia, neste caso, pode acontecer desta decisão não fundamentada ser um “precedente”, quando a justificativa apresentada pelo juiz constituir um posicionamento de um tribunal.

Antes de proferir a decisão, o juiz ou órgão colegiado deve interpretar os argumentos de fato trazidos pelo requerente e os de defesa, as provas documentais, testemunhais e periciais, bem como as normas em que os fatos teoricamente se amoldariam, demonstrando que a sua decisão está em conformidade com a causa.

É também ausente de fundamentação a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Note-se que as normas estão sobrecarregadas desses conceitos irresolutos, a exemplo do “bem comum” (art. 8º, CPC), “proceder de modo temerário” (art. 80, inc. V, CPC), “tempo razoável” (art. 6º, CPC), “interesse público (art. 178, inc. I, CPC), “repercussão geral” (art. 102, §3º, CF), dentre outras.

Assim, a mera alegação de violação da “razoabilidade” e da “proporcionalidade” (artigo 8º do CPC), ou no caso do pronunciamento que diz “deferido o pedido do autor, com base no princípio da dignidade da pessoa humana” importa em decisão carecedora de fundamentação.

De outro lado, existe a chamada cláusula geral, espécie de texto normativo, que “se caracteriza por apresentar um grau de indeterminação maior que o texto normativo que contém apenas conceitos indeterminados. Isso porque ela, além dos conceitos vagos que compõem a sua hipótese de incidência, é indeterminada também quanto à consequência jurídica da própria incidência”.¹⁶¹

O ordenamento jurídico apresenta as seguintes cláusulas gerais: o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), o poder geral de cautela (art. 301, CPC), a cláusula geral de equidade no âmbito dos juizados especiais (Art. 6º, Lei n.º 9.09/95), dentre outros exemplos.

Desta feita, no caso de normas detentoras de conceitos indeterminados ou que carreguem cláusulas gerais, o aplicador do Direito terá que motivar a sua decisão com cautela redobrada.

Carece de fundamentação a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

No cotidiano forense é extremamente comum nos depararmos com decisões do tipo: “*defiro o pedido do autor, com base nas provas produzidas nos autos*”; “*presentes os pressupostos legais, concedo a tutela antecipada*”, ou simplesmente “*defiro o pedido do autor, porque ele tem razão*”, ou ainda, “*segundo documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo pelo qual, julgo procedente o pedido*”.

Neste caso, o juiz, de forma imprescindível, deve dizer por que as provas produzidas nos autos levaram-no a julgar procedente o pedido do autor; dizer o que o levou a entender presentes os pressupostos legais no momento de conceder a tutela antecipada; ou ainda, o por que do autor ter razão.

Trata-se de uma prática frequente em julgamentos de embargos de declaração, em casos repetitivos e em análises de cabimento de tutelas de urgência. Todavia, apesar de determinadas linhas de raciocínio serem possíveis de se utilizar

¹⁶¹ DIDIER, vol. 2, op. cit., p. 331.

para mais de um caso, não podemos admitir que essa repetição chegue ao ponto de ser a única base da fundamentação.

Se uma decisão comporta um motivo que se prestaria a justificar qualquer outra, é porque não prestaria a justificar nenhuma.

Não é fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. De seu estudo, chega-se a seguinte dedução lógica: “para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos de defesa da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos de defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda”¹⁶².

A imposição de apreciação de todos os fundamentos dos argumentos da parte vencida possibilita a discussão da questão nas instâncias extraordinárias, mediante recurso extraordinário e especial. Nesta situação, a parte que objetiva a reanálise da questão aos tribunais superiores, terá que ingressar com embargos de declaração para o propósito de prequestionamento. “Muitas vezes, porém, no julgamento desses embargos, o tribunal a quo termina por dizer que não está obrigado a analisar todos os fundamentos da tese. Na maioria dos casos, é uma decisão arbitrária que, por negar à parte um pronunciamento sobre o assunto, termina por submetê-la a uma desnecessária e injustificada protelação do processo”¹⁶³.

É ainda não fundamentada, a decisão que “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”.

A mera alusão a enunciado de súmula ou precedente, ou a simples transcrição do seu conteúdo, torna a decisão não fundamentada.

Do mesmo modo em que o juiz deve interpretar a norma contida em um texto legal, para fins de análise de enquadramento no caso concreto que lhe foi apresentado, cabe-lhe ainda interpretar o enunciado de súmula ou precedente para o mesmo fim.

¹⁶²DIDIER, vol. 2, op. cit., p. 336.

¹⁶³ DIDIER, vol. 2, op. cit., p. 333.

Por fim, o CPC ainda diz não ser fundamentada a decisão que “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”.

Trata-se de seguimento da hipótese anterior, segundo a qual, o juiz para opor-se a aplicação de enunciado de súmula, jurisprudência ou enunciado invocado pela parte, terá que necessariamente apontar a distinção, explicando a sua particularidade, na qual não caberia a aplicação, ou ainda, demonstrar a superação de entendimento.

Como já asseverado, o rol de hipóteses de decisão judicial não fundamentada, previsto no artigo 489, §1º do CPC é exemplificativo, pois há outras situações em que a decisão judicial será reputada como não fundamentada, a exemplo: “(i) quando não expõe um juízo de valor sobre as provas produzidas pela parte vencida; (ii) quando lança mão de fundamentação per relationem sem atentar para circunstâncias específicas; (iii) quando não esclarece a ponderação ou o sopesamento feitos em caso de conflito normativo; (iv) quando não explica a incompatibilidade existente entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional; (v) quando altera orientação jurisprudencial sem fundamentação adequada e específica”.¹⁶⁴

O dispositivo em estudo estabelece ainda, no §2º que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Nesta circunstância, o juiz ao se utilizar da ponderação, deverá se nortear pela racionalidade, e ao final, pela justificação do resultado obtido.

¹⁶⁴ DIDIER, vol. 2. op. cit., p. 341-342.

6 CONCLUSÃO

A guisa de conclusão, verificou-se que toda norma jurídica é objeto de interpretação, a despeito de posicionamento em contrário, podendo em alguns casos a obtenção de seu sentido e alcance pela hermenêutica, ser mais simples conforme o grau de entendimento do dispositivo, pois se existe uma clareza, esta adveio após a compreensão e interpretação do dispositivo.

Observou-se que a interpretação conforme a Constituição é um princípio imanente do texto constitucional e um direito subjetivo da parte, a qual impõe o dever do ordenamento jurídico ser interpretado sob a perspectiva constitucional, sendo a sua inobservância considerada afronta a Carta Constitucional.

No tocante as ciências da dogmática jurídica e da hermenêutica jurídica, ao se considerar que a dogmática elenca e sistematiza uma ordem de normas imperativas e, de outro lado, a hermenêutica que possibilita a compreensão e interpretação de textos, direcionando o intérprete e aplicador do Direito ao seu sentido e alcance, constatou-se que tais ciências não se excluem, sendo complementares. Assim, a sua aplicação em conjunto possui o condão de trazer resultados excepcionais.

Não obstante, tanto no momento da aplicação dos métodos e regras trazidos pelo sistema hermenêutico atual, como para qualquer outro sistema, o aplicador do Direito deve ter a cautela de não os utilizar de forma equivocada, sob pena de ser levado a distorções de interpretações e a não aplicação correta do direito.

Constatou-se que, nos dias atuais, vivenciamos uma crise de produção do Direito, onde grande parte de agentes jurídicos, sejam juízes ou órgãos colegiados sofrem com a incapacidade para o tratamento dos conflitos coletivos e com a filosofia da consciência (pautada nas decisões judiciais fundadas no “decido conforme minha consciência” ou na hipótese de “sentenças como *sentire*”). Trata-se da crise de dupla face, ocasionadora da inefetividade da Constituição.

Abordou-se que com a finalidade de se coibir o voluntarismo judicial, a hermenêutica atual traz que o julgador ao prolatar a decisão, além dela estar pautada no sistema jurídico, terá que percorrer o campo da racionalidade e justificação das etapas delineadas no uso da ponderação. Com isso, chegou-se a

conclusão de que o dever de fundamentação das decisões judiciais é intensificado quando o magistrado aplica a técnica da ponderação, pois estando ele diante de um caso concreto que comporta diversidade de soluções cabíveis, faz-se necessário demonstrar a razão de sua escolha. Será apenas com a devida observância de tais elementos da hermenêutica atual que a decisão judicial poderá ser considerada constitucionalmente adequada.

A fundamentação é o elemento imprescindível da sentença, no qual o juiz deve justificar as partes e a sociedade, o raciocínio que o conduziu a tomar determinada decisão. Trata-se de um princípio processual-constitucional e garantia individual das partes e da democracia brasileira.

É com a decisão motivada que pode-se constatar se determinadas provas e argumentos trazidos pelas partes, foram ou não, considerados pelo magistrado, o que acarreta a proteção da liberdade do cidadão e da segurança jurídica, essências do Estado Democrático de Direito.

Observou-se, que, a fundamentação é instrumento de garantia do povo, que assim poderá fiscalizar a atividade jurisdicional, preservando o Estado de Direito. No Poder Legislativo e no Executivo, o povo participa com o voto, mas no Judiciário, as partes interveem no processo, e é na fundamentação que se verifica que realmente se oportunizou a participação nos atos do governo.

A fundamentação além de requisito legal é uma imposição constitucional. Na perspectiva do juiz, trata-se de um dever, enquanto que na das partes, um direito.

Assim, existe ao lado do dever de fundamentação das decisões judiciais o direito a obtenção da resposta constitucionalmente adequada.

O Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) reitera o dever de fundamentação das decisões judiciais e cataloga, de forma exemplificativa, as hipóteses de decisões não fundamentadas, estabelecendo em tais casos, a consequência de nulidade.

Foram analisadas correntes doutrinárias acerca da espécie desta nulidade, chegando-se a conclusão de que cuida-se de nulidade absoluta, pois não poderia o órgão julgador deixar de decretá-la, com fundamento na ausência de prejuízo, uma vez que este é presumido, face a sua ampla importância.

É neste panorama que se constatou que o Estado Democrático de Direito é o Estado que fundamenta as suas ações, concedendo a resposta

constitucionalmente adequada, pretensão do dever de fundamentação das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2011. p. 103/104.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.e. São Paulo: Malheiros Editores, Ltda. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Washington Monteiro de. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. **Curso de direito civil: parte geral**. v.1. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL**. Disponível em: file:///D:/Documents/Direito/Monografia/estudo%20barroso.pdf. Acesso em 19/10/2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 2º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo um novo modelo de jurisdição.** Inédito. Tese (Doutorado em Direito na Universidade de São Paulo).

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6ªed. Portugal: Editora Livraria Almedina, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, José Augusto. **A sentença judicial e a Constituição de 1988.** Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/9400>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processo civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** V.1. 18. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

_____. **Curso de direito processo civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** V.1. 18. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

_____. **Curso de direito processual civil.** Volume: 2. Ed. JusPodivm. Ed. 2013.

_____. **Curso de direito processual civil.** 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, vol. 2.

_____. **Sobre a fundamentação da decisão judicial.** Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário.** São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA, Rubens. Limongi. **Hermenêutica jurídica.** 10. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do Direito: Metodologia Jurídica, Teoria da Argumentação e Guinada Linguístico-pragmática.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

HEDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Parte I. 15. edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. Disponível em: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>. Acesso em 05/09/2016.

JUNGES, Fábio César; Adams, Adair. **Hermenêutica pela História da Hermenêutica**. Jundiaí: Paco Editorial: 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. 8. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (RT – textos fundamentais; 5).

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MANZI, José Ernesto. **Da fundamentação das Decisões Judiciais Cíveis e Trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios**. São Paulo: LTr, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil**, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 5 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRANDA, Felipe Arady. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional** / Felipe Arady Miranda. Brasília: IDP, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2007.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28/03/2016.

NUNES, Carlos Eduardo dos Santos. **A (in)determinabilidade do direito e como responder corretamente às questões jurídicas: da conexão existente entre a fundamentação das decisões e o direito a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas**. Trabalho de conclusão de Pós-Graduação do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, em fase de publicação.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V.1. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias. (organizadores). **Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Editora Boreal, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEDORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. 1**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: Introdução e Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Millennium Editora, 2004.