

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual

Renata Cristina Vilela Nunes

**DO DEVER DE APRECIÇÃO JUDICIAL DAS QUESTÕES FÁTICAS E
JURÍDICAS ARGUIDAS PELAS PARTES EM FACE DA TEORIA DA
PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA**

Belo Horizonte

2012

Renata Cristina Vilela Nunes

**DO DEVER DE APRECIÇÃO JUDICIAL DAS QUESTÕES JURÍDICAS
ARGUIDAS PELAS PARTES EM FACE DA TEORIA DA PROCESSUALIDADE
DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Horta Tavares

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N972d Nunes, Renata Cristina Vilela
Do dever de apreciação judicial das questões jurídicas arguidas pelas partes em face da teoria da processualidade democrática/ Renata Cristina Vilela Nunes. Belo Horizonte, 2012.
125f.

Orientador: Fernando Horta Tavares
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Decisão judicial. 2. Subjetividade. 3. Nulidade. I. Tavares, Fernando Horta. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.95

Renata Cristina Vilela Nunes

**DO DEVER DE APRECIÇÃO JUDICIAL DAS QUESTÕES FÁTICAS E
JURÍDICAS ARGUIDAS PELAS PARTES EM FACE DA TEORIA DA
PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Prof. Dr. Fernando Horta Tavares (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves – UFMG

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho – PUC Minas

Prof. Dra. Zamira de Assis – PUC Minas

Belo Horizonte, 2012

Aos dois maiores exemplos de dignidade, desprendimento e luta em minha vida: as minhas amadas mãe e avó, cujas ausências transformaram-se em saudosa lembrança.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de um trabalho acadêmico se dá em um processo intrincado, com idas e vindas, reestruturações do projeto, abandono de certezas, intuições e inspirações, frustrações e recompensas e muito, muito cansaço. Ao menos esta dissertação foi assim.

Nesta trajetória, tem-se que contar com um conjunto de pessoas, sem as quais a atividade solitária da pesquisa e da redação tornar-se-ia insuportável.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que me deu força e coragem para concluir este trabalho. A Ele seja dada toda a honra e glória!

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Fernando Horta Tavares, que me encorajou a tomar algumas das decisões mais importantes da minha vida acadêmica e que, por generosidade e por uma confiança quase temerária, me recebeu entre seus discípulos. Ademais, agradeço a compreensão das dificuldades pelas quais passei na conciliação entre a vida acadêmica e o desempenho da advocacia. Sou grata ao meu orientador em outro sentido ainda mais fundamental, qual seja, o de manter-se numa postura acadêmica espontânea e competente sem entregar-se às vicissitudes da vaidade, o que fez do “Professor Fernando”, minha referência no estudo responsável do Direito. A ele, minha gratidão será sempre insuficiente.

Igualmente merecedor de minha grata e sincera admiração e agradecimento o Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves, a quem devo dizer que, mesmo sem saber, foi o responsável por esta dissertação, pelos ensinamentos passados por intermédio da leitura de suas obras, pelo exemplo de ser humano e profissional, com quem tenho a honra e o privilégio de conviver e aprender. A ele, meus agradecimentos por ter aceitado, mesmo com todos os seus compromissos, compor a minha banca de dissertação.

Agradeço também ao Prof. Dr. Leonardo Marinho, professor da Pós-Graduação *strictu sensu* desta Academia, o qual, mesmo não tendo sido meu Professor diretamente neste mestrado, com uma disponibilidade ímpar e gentil aceitou o convite de integrar minha banca de dissertação. Ademais, externo a ele minha profunda admiração e respeito.

Sou grata à Prof. Zamira de Assis, com quem tive a oportunidade de conviver e aprender lições de Direito, sensibilidade e respeito.

Às famílias Vilela e Miranda de Oliveira, por entenderem os momentos de concentração e de tensão, as minhas constantes ausências e pelo incentivo; especialmente à minha mãe, Aparecida, *in memoriam*, por ter-me deixado escolher meus caminhos e me ensinado a maior de todas as virtudes do ser humano — a humildade. Aos meus avós maternos, por terem possibilitado as ferramentas para fazer o que escolhi e dos quais herdei a paixão pela justiça, apresento meus agradecimentos. Aos meus queridos e amados irmãos Michelle, João Paulo e Rose.

Ao Mário, meu grande companheiro e amor, a quem agradeço estarão meu lado durante todos os momentos, me dando força e incentivando, ouvindo minhas angústias e frustrações. Obrigada por ter sido paciente e compreensivo comigo, por ter me auxiliado indiretamente na discussão sobre meu tema de pesquisa e por ter assumido obrigações familiares extras em tempos de pesquisa e redação. Além disso, peço a você, Mário, desculpas pelas minhas constantes ausências e impaciências durante o nosso primeiro ano de casamento, o qual coincidiu com a elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus sócios do escritório Vilela & Vilela Advocacia e Consultoria, Arthur José Ramos Gasperoni e João Paulo Lamounier Vilela Marcondes, o primeiro, um grande e fiel amigo e o segundo, meu irmão, sem os quais não teria conseguido sequer concluir os créditos do mestrado e muito menos a concentração necessária ao desenvolvimento deste trabalho. A eles meus agradecimentos serão sempre parciais, pois sempre haverá mais um motivo.

Agradeço também aos demais colegas de escritório, os quais me apoiaram nesta trajetória.

À Dra. Mariza de Mello Porto, exemplo de profissional do Direito e um ser humano dotado de qualidades ímpares. A ela meu muito obrigada pela presença e apoio em todas as circunstâncias de minha vida.

Na fronteira entre as “dívidas” acadêmicas e as pessoais encontram-se meus queridos amigos Ana Flávia Salles, Daniel Secches, Elder Dutra, Fernanda Gomes, Gustavo Faria, Leonardo Wykrota e Nilza Aparecida Ramos Nogueira, os quais com suas disponibilidade, paciência e apoio colaboraram grandemente na construção desta dissertação.

Por fim, agradeço a todos que proporcionaram e contribuíram para uma amostragem do meu ser.

*O coração do homem planeja o seu caminho, mas o Senhor lhe dirige os passos.
(Provérbios, cap. 16, vers. 9)*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer a respeito do princípio constitucional da fundamentação da decisão judicial, vazado no inc. IX, do art. 93 da Constituição Federal de 1988. O referido princípio constitucional impõe aos agentes públicos julgadores — juízes —, o dever de apresentar os argumentos que os conduziram à decisão tomada. A relevância da fundamentação da decisão judicial caracteriza-se como verdadeira prestação de contas às partes. Ademais, é o princípio da fundamentação da decisão judicial um instrumento de realização de outras garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos; por exemplo: a de imparcialidade do julgador, a de justa audição dos litigantes e a do contraditório. Partindo da noção de fundamentação da decisão judicial de uma análise histórica, a dissertação enfrenta a relação deste princípio vazado na Constituição Federal de 1988, de cumprimento obrigatório com a postura dos tribunais brasileiros, quando se omitem em responder às questões arguidas pelas partes nos autos do processo, o que implica em desrespeito ao processo constitucionalizado e ao procedimento em contraditório, para ao final enfrentar as consequências dos vícios de fundamentação ou de sua ausência e, ademais, tentar traçar o contorno de uma decisão judicial que seja válida à luz da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chaves: Fundamentação Judicial. Racionalidade. Subjetividade. Critérios da Fundamentação. Nulidade.

ABSTRACT

This paper aims to discuss about the constitutional principle of judicial reasoning of the decision, leaked in inc. IX, art. 93 of the Constitution of 1988. This constitutional principle requires judges to public officials — judges — the duty to present the arguments that led to the decision. The relevance of the reasoning of the court characterized as true accountability to the parties. Moreover, it is the principle of judicial reasoning of an instrument to achieve other constitutional guarantees afforded to the citizens, for example, the impartiality of the judge, a fair hearing to the litigants and the contradictory. Based on the concept of judicial reasoning of a historical analysis, the paper faces the relationship leaked this principle in the Constitution of 1988, binding with the attitude of the courts of Brazil when they omit to answer questions by the accused parties in the case process, which involves contempt of constitutionalized process and procedure in contradiction to the end face the consequences of the vices of support or its absence and, moreover, try to trace the outline of a judicial decision that is valid in the light of the Constitution 1988.

Keywords: Judicial Justification. Rationality. Subjectivity. Criteria Rationale. Nullity.

LISTA DE SIGLAS

AI – Agravo de Instrumento

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

ER – Emenda Regimental

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

RG – Repercussão Geral

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	26
2.1 Análise da importância e da força normativa dos princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito	26
2.2 Origem do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais.....	29
2.3 Princípio da fundamentação das decisões judiciais na atualidade	32
3 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO	35
3.1 O constitucionalismo e seu desenvolvimento	36
3.2 Análise das teorias constitucionais processuais e a conexão com o princípio da fundamentação das decisões judiciais	40
3.3 Fundamentação da decisão judicial como direito fundamental do cidadão	46
4 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	48
4.1 Embargos Declaratórios como garantia da efetividade do princípio da fundamentação da decisão judicial	48
4.1.1 <i>Embargos Declaratórios – Hipóteses de cabimento</i>	48
4.1.2 <i>Linhas evolutivas e função constitucional dos Embargos Declaratórios</i>	52
4.1.2 <i>Os Embargos Declaratórios e a garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais</i>	55
4.1.2.1 <u>Da realidade jurisprudencial – Afronta à Constituição Federal</u>	55
4.2 O Instituto da repercussão geral da questão constitucional e sua compatibilidade com o princípio da fundamentação da decisão judicial	64
4.3 Vícios de fundamentação que obstruem a efetivação das garantias processuais	72
4.3.1 <i>Ausência de fundamentação</i>	72
4.3.2 <i>Fundamentação insuficiente</i>	74
4.3.3 <i>Fundamentação contraditória</i>	75
4.3.4 <i>Fundamentação implícita</i>	75
4.3.5 <i>Fundamentação per relationem</i>	76
4.3.6 <i>Sanção constitucional dos vícios de fundamentação – Nulidade da decisão</i>	78
5 FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL VÁLIDA, CONFORME O ART. 93 INC. IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	80
5.1 A legitimidade do provimento jurisdicional	80
5.2 Hermenêutica jurídica e fundamentação da decisão judicial – Como conjugar a objetividade do texto da lei com a subjetividade do intérprete e afastar decisionismos e discricionariedades judiciais	86
5.2.1 <i>Interpretação do Direito – a distinção entre Easy Case e Hard Case</i>	94
5.3 Critérios de fundamentação decisão judicial.....	96
5.3.1 <i>Leitura dos autos</i>	96
5.3.2 <i>Relatório detalhado da sentença judicial</i>	96
5.3.3 <i>Racionalidade jurídica</i>	98

5.3.4 Publicidade e Transparência	103
5.4 A fundamentação válida à luz do art. 93 inc. IX da Constituição Federal	105
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	107
REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, as partes se deparam com decisões judiciais nas quais os agentes públicos julgadores – juízes -, não respondem a todos os argumentos levados aos autos dos processos e, ademais, em bom número de vezes, não fundamentam as decisões por eles prolatadas, afrontando preceito constitucional.

A presente dissertação objetiva abordar o dever de apreciação judicial de todas as questões de fato e de direito arguidas pelas partes nos autos do processo jurisdicional, bem como a racionalidade da fundamentação do provimento judicial.

Não é recente a preocupação da doutrina jurídica com o estudo e a amplitude do princípio da fundamentação dos provimentos jurisdicionais.

A partir do Estado de Direito, toda atividade estatal somente pode ser exercida em conformidade com a lei e o Direito, desempenhando a fundamentação um instrumento de controle e de fiscalidade da atividade jurisdicional.

A fundamentação possui a função de justificação da decisão, operando em relação à opinião pública uma espécie de controle. Além do mais, foi expressamente agasalhada pela Constituição Federal de 1988, passando a ser um princípio constitucional de cumprimento obrigatório pelo agente público julgador, conforme inc. IX do art. 93 da CRFB/88.

É de suma importância o princípio da fundamentação das decisões, porque trata de direito fundamental à aplicação da lei de forma transparente, controlável e racional.

A inexistência de fundamentação gera invariavelmente a nulidade do julgado. É omissa a decisão que impede o desenvolvimento do duplo grau de jurisdição, suprimindo o conhecimento da causa por uma instância.

Os Capítulos I e VI deste trabalho versam, respectivamente, sobre a introdução e considerações finais.

Para o desenvolvimento da matéria do Capítulo II faz-se necessária a abordagem sobre os princípios constitucionais do processo, bem como a força normativa destes no ordenamento jurídico e, também, breve abordagem sobre a origem do princípio da fundamentação da decisão judicial, tendo em vista a importância de referida abordagem para o desenvolvimento do tema central da presente dissertação, qual seja, a necessária observância pelo Poder Judiciário do princípio da fundamentação da decisão judicial, previsto no inc. IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988.

No capítulo III, buscar-se-á demonstrar a importância da relação entre processo e Constituição. O estudo do processo deve ser feito sob as lentes da Constituição e dos princípios nela contidos, principalmente o da fundamentação da decisão judicial, destacado na presente dissertação. Neste sentido, a relação existente entre processo e Constituição reveste-se de uma “tutela constitucional do processo” (BARACHO, 2008, p. 45). Abordar-se-á de forma breve o constitucionalismo e seu desenvolvimento e a fundamentação da decisão judicial como direito fundamental do cidadão.

Após, será feita a análise das diversas teorias processuais ao longo da história para se demonstrar que processo e Constituição se amoldam no paradigma do Estado Democrático de Direito e, ademais, que é exatamente em referido paradigma que o modelo constitucional de processo se sustenta e supera a ótica de que o processo é mero instrumento da jurisdição.

Dessa forma, é objetivo do referido capítulo justificar que a teoria do processo, como procedimento realizado em contraditório de Elio Fazzalari na obra intitulada *Istituzioni di diritto processuale*, publicada em 1975 e introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, é a mais adequada ao Modelo Constitucional de Processo, pois oportuniza às partes fiscalizar a atividade judicante, uma vez que participam da construção do provimento final, assegurando a observância dos princípios constitucionais do processo, dentre eles o da fundamentação racional da decisão judicial, o qual será explicado mais à frente.

No Capítulo IV será abordado o princípio da fundamentação das decisões pelo judiciário brasileiro e, para tanto, será feita análise do recurso de Embargos Declaratórios, bem como do instituto da repercussão geral das questões constitucionais no Recurso Extraordinário e suas relações com o princípio da fundamentação da decisão judicial, levando-se em consideração o cenário praticado em solo nacional.

A abordagem cingir-se-á à análise do recurso de Embargos Declaratórios em razão de sua importância para a prestação de uma tutela jurisdicional de forma clara, coerente e completa, além de ser um importante meio de colaboração das partes na construção do provimento final e do instituto da repercussão geral, por se entender que a utilização de referido instituto em nome da busca do combate à morosidade judicial, na verdade, ofende o direito das partes de participarem da construção do provimento e, ademais, cria óbice para a decisão de mérito do processo pelo Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, fere o direito de ampla defesa.

Também será feita uma breve abordagem de alguns dos vícios que obstaculizam a efetivação das garantias processuais, numa tentativa de traçar um modelo de fundamentação

que tenha validade, conforme o preconizado no inc. IX do art. 93 da Constituição da República de 1988.

Por sua vez, o Capítulo V tem a intenção de contribuir para a reflexão acerca da fundamentação da decisão judicial válida em conformidade com o multicitado inc. IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, abordar-se-á a legitimidade da decisão judicial, bem como a hermenêutica jurídica aplicável, os critérios de fundamentação da decisão judicial, demonstrando a interligação destes com o tema central desta dissertação — fundamentação do provimento judicial.

Os textos estrangeiros citados, quando não transcritos de outras obras, foram traduzidos para o português pela autora deste trabalho, respeitado o seu sentido original, sujeitos, no entanto, às limitações inerentes às traduções desta natureza.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Neste capítulo inicial será realizada abordagem sobre os princípios constitucionais do processo, bem como a força normativa deles no ordenamento jurídico. Além disso, será feita uma breve abordagem sobre a origem do princípio da fundamentação da decisão judicial, tendo em vista a importância de referida abordagem para o desenvolvimento do tema central da presente dissertação, qual seja, a necessária observância pelo Poder Judiciário do princípio da fundamentação da decisão judicial, previsto no inc. IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988.

2.1 Análise da importância e da força normativa dos princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988 funda-se numa ordem jurídica alicerçada, sobretudo, em princípios, os quais foram reconhecidos como verdadeiras normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata.

Neste quadrante importante a notícia da origem da palavra princípio, a qual provém do latim *principium*, que significa início, começo, causa primária (FERREIRA, 1999, p. 1639).

Na doutrina jurídica, inúmeros são os conceitos atribuídos ao termo “princípios”.

José Afonso da Silva (2007, p. 96) traz uma primorosa definição: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

Ao definir princípio jurídico, Roque Antônio Carrazza (2002, p. 33), afirma que:

Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (Carraza, 2002, p. 33)

Em razão da Constituição Federal de 1988 ser alicerçada, sobretudo, em princípios, a eles é atribuída importância relevante por vários doutrinadores.¹

¹ Destaca-se Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual diz que “a violação a um princípio é a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade”, e ademais, que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o

A Constituição Federal de 1988 elenca um extenso rol de princípios constitucionais configurando um “essencial sistema de proteção dos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade” (DIAS, 2004, p. 111).

A inserção dos princípios constitucionais no corpo da Constituição implica na estrita vinculação das funções estatais (legislativa, judicial e executiva) à legitimação de seus provimentos.

Num Estado Democrático de Direito,² o que deve ser almejado é o estabelecimento de “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, ao mesmo tempo, se reconhecer como os autores da lei” (HABERMAS, 1995, p. 157).

Os princípios constitucionais vazados na Constituição Federal de 1988 revestem-se de grande importância para o “moderno Estado Democrático de Direito” (MENDES, 2004, p. 118).

Os princípios possuem várias funções díspares, mas que de forma similar demonstram a sua importância como elemento do sistema normativo.

Para Carlos Ari Sundfeld:

Os princípios são as idéias de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a idéia geral que explica seu funcionamento: os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores. Sem captar essa idéia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona. (SUNDFELD, 1998, p. 136)

Ronaldo Brêtas C. Dias (2010, p. 106-107), valendo-se das lições de Joaquim Arce y Flórez-Valdés aponta as seguintes funções exercidas pelos princípios jurídicos: “a) função interpretativa (também chamada de função descritiva ou informativa), segundo a qual os princípios não seriam fonte formal do direito, apenas cumprindo função considerada mais clássica, qual seja, a de permitir diretriz auxiliar e segura na revelação e compreensão do

sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (2007, p. 92), Paulo Bonavides, diz que os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (1998, p. 84).

² “Começa a ser construída uma nova síntese: o Estado Democrático de Direito. Os direitos e garantias individuais e os direitos sociais se integram no conjunto dos direitos fundamentais. (...) A constituição, além das normas, incorpora princípios que passam a integrar o ordenamento jurídico e a balizar a ação do poder público nas esferas administrativa, judicial e legislativa. Aprofunda-se o debate sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas e princípios constitucionais, ganhando novos contornos e possibilidades o devido processo legal e o modelo constitucional do processo” (ANANIAS DE SOUZA, 2000, p. 36-37).

direito; b) função supletiva, pela qual o princípio atua como fonte normativa subsidiária, em situação de lacuna ou omissão na regra do direito, situação que não é muito comum; c) função normativa própria, também qualificada de função normogenética, compreendida como informadora ou de fundamentação do ordenamento jurídico em toda sua extensão. Os princípios estariam na base e constituiriam a razão de todo o sistema jurídico, proporcionando-lhe fundamentação de direito, assumindo, portanto, a posição de normas jurídicas efetivas”.

José Afonso da Silva (2007, p. 95) afirma que princípios são: [...] “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.

Para Alexy, os princípios são qualificados como “mandados de otimização” (ALEXY, 2008, p. 143). É nesse contexto que a distinção entre princípios e regras³ se torna importante e ocorre a mudança no significado linguístico dos princípios que, de simples enunciados de valor, passam a configurar verdadeiros preceitos normativos.⁴

Os princípios, por veicularem valores supremos e possuírem função interpretativa, integrativa e informadora, além de se traduzirem em verdadeiros “preceitos constitucionais que englobam e sistematizam os principais e mais elementares direitos fundamentais a serem observados na realização e no desenrolar de todo e qualquer processo (judicial ou administrativo)” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 35), ocupam posição extremamente relevante no âmbito da Constituição Federal de 1988.

Os princípios não negam a existência das regras, pois tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. “Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever ser” (ALEXY, 2008, p. 87).

Segundo Humberto Ávila

³ Sobre a distinção entre regras e princípios Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 49) assinala: “A doutrina, especialmente após as obras de Dworkin e Alexy, tem feito a distinção entre princípio e regras. Enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve, não se deve ou não se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas”.

⁴ Humberto Ávila (2008, p. 30) explica que “normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. (ÁVILA, 2008, p. 80)

Princípios e regras são espécies do gênero normas, sendo que princípios e regras se consubstanciam em verdadeiras normas jurídicas.

Para Humberto Ávila (2008, p. 57), a classificação das normas em princípios e regras não tem uma finalidade meramente doutrinária, tendo em vista que a referida classificação tem como escopo “1) [...] antecipar características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. 2) [...] aliviar, na medida em que a uma qualificação das espécies normativas permite minorar — eliminar jamais — a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado”.

A classificação dos princípios como norma jurídica justifica a força normativa daqueles, tendo em vista que dispensam complemento para gerarem eficácia no ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais representam a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois não há como se falar em interpretação do sistema jurídico pátrio sem que o ponto de partida sejam os referidos princípios constitucionais, os quais se consubstanciam em alicerce da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Feitas as considerações doutrinárias sobre a importância e a força normativa dos princípios, adentrar-se-á ao estudo pormenorizado do princípio da fundamentação das decisões judiciais. O cerne desta dissertação aborda a necessária fundamentação da decisão judicial, o que implica que não se pode prescindir da análise acurada do princípio da fundamentação das decisões judiciais,⁵ estatuído no art. 93 inc. IX da Constituição Federal de 1988.

2.2 Origem do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais

⁵ Esclarece-se que será utilizado nesta dissertação fundamentação da decisão judicial, e não motivação da decisão judicial, tendo em vista que a expressão “fundamentação” da decisão judicial é mais ampla e tem caráter democrático, pois é adotada pela Constituição Federal de 1988, e a expressão “motivação” da decisão judicial é mais restrita e oriunda do Código de Processo Civil de 1973, código este elaborado no regime da ditadura civil-militar do período histórico de 1964 a 1985. Sendo assim, esta dissertação não adota as expressões “fundamentação” e “motivação” como sinônimos, uma vez que, como já explicado, possuem origens díspares.

A consagração do dever de fundamentar deriva da Revolução Francesa.⁶ Muito embora existam registros de precedentes remotos de decisões jurisdicionais que costumavam ser fundamentadas, foi somente a partir do século XVIII que se ampliou, nas legislações, a exigência direcionada aos juízes de justificar as razões nas quais se baseava para decidir.

Posteriormente outros países,⁷ em decorrência da consagração do dever de fundamentar, derivado dos pensamentos revolucionários iluministas, adotaram-no.

Inicialmente, o dever de fundamentar as decisões judiciais encontrava-se vazado em regras jurídicas insertas em codificações processuais (leis ordinárias) e somente na segunda metade do século XX, período pós-guerra, foi erigido à categoria de princípio constitucional, em alguns países ocidentais.

A elevação do dever de fundamentar à categoria de princípio constitucional foi classificada como constitucionalização-transformação por Louis Favoreu.⁸

A denominada constitucionalização-transformação por Louis Favoreu foi um fenômeno que aconteceu em várias Constituições, das quais se pode destacar a Constituição Portuguesa de 1976, art. 205; a Constituição Espanhola de 1978, art. 120; a Constituição Belga de 1994, art. 149; as Constituições gregas de 1952 e 1968; a Constituição Italiana de 1948, art. 111, como também em várias outras Constituições latino-americanas, como as do México e do Peru. O Brasil⁹ perfilhou a mesma trajetória ao prever expressamente no inc. IX

⁶ René David, ao discorrer sobre o desenvolvimento das decisões jurisdicionais ao longo do tempo, destaca que “um outro elemento a considerar é o estilo das decisões judiciais. Estas, atualmente, devem ser sempre motivadas. A obrigação de motivar os julgamentos é, no entanto, recente. Durante muito tempo, concordou-se em ver nos julgamentos um exercício de autoridade, que não tinha de ser justificado. A prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradativamente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França e em 1789 na Alemanha foi imposta aos juízes uma obrigação geral de motivar as decisões. O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido; a própria constituição o consagra na Itália. Surge aos olhos do homem do nosso tempo uma garantia contra as decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conforme ao direito. As decisões judiciais nos países da família romano-germânica assemelham-se pelo fato de terem de ser todas motivadas” (1998, p. 125).

⁷ A consagração do dever de motivar ou de fundamentar derivado da Revolução Francesa (art. 15, Tít. V, da Lei de Organização Judiciária de 1790, secundada pelo art. 208 da Constituição do Ano III) foi seguida por países como a Prússia em 1793 e por alguns reinos da península itálica, como Nápoles e o Principado de Trento (MOREIRA, 1988, p. 83).

⁸ Virgílio Afonso da Silva anota que “O que Favoreu chama de constitucionalização-transformação é o que mais propriamente se aproxima do que chamo de constitucionalização do direito. E, por isso, ao contrário dos outros dois fenômenos acima brevemente explicados, que tinham uma vinculação íntima com a evolução constitucional francesa, esse terceiro tipo de constitucionalização tem um caráter mais universal e descreve um fenômeno ocorrido ou em vias de ocorrer em diversos países. Segundo Favoreu, a constitucionalização-transformação é caracterizada pela ‘constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação’. Mas isso diz respeito também às instituições, especialmente às instituições administrativas e jurisdicionais (...)” (SILVA, V., 2008, p. 47-48).

⁹ Realizando uma retrospectiva da exigência de fundamentar os atos decisórios, Flávio Renato de Almeida afirma que “Entre nós, o princípio da motivação restringia-se às sentenças, e era de cunho ordinário, não tendo o alcance de norma constitucional. Com isso, via-se na fundamentação apenas um requisito —

do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o dever de fundamentação das decisões judiciais, embora já houvesse também como nos demais países previsão na legislação Ordinária, como no Código de Processo Civil, arts. 131, 165 e 458; no Código de Processo Penal Comum, art. 381; e no Código de Processo Penal Militar, art. 438.

Michele Taruffo, afirma que “l’obbligo di motivazione non è soltanto uno strumento di garanzia processuale in senso stretto, ma si ricollega alla concezione generale dello Stato e del potere pubblico, che proprio nell’esercizio della giurisdizione trovano una manifestazione fondamentale” (Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione, 1988, p. 41).

Em que pese a existência de doutrinadores¹⁰ que defendem ser o dever de fundamentação das decisões judiciais garantia ou simplesmente exigência constitucional e não um princípio, discordamos e entendemos tratar-se de um princípio.¹¹

Princípios, como já dito alhures, são enunciados normativos dotados de conteúdo axiológico que estabelecem diretrizes a serem seguidas, vinculando os seus destinatários.¹² O preceito contido no art. 93, IX,¹³ encerra, sem dúvida, um mandamento direcionado aos órgãos do Poder Judiciário de observância obrigatória, sob pena de nulidade.

O próprio *caput* do artigo supracitado (art. 93, da CRFB/88) elucida a questão ao preconizar que: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o estatuto da Magistratura, observados os seguintes *princípios*” (grifo nosso).

essencial, embora — para a sentença, e não um direito basilar do exercício da cidadania. As sentenças eram motivadas, mas nem sempre com a necessária clareza para atingir a finalidade precípua de demonstrar aos interessados as exatas construções lógicas de raciocínio que levaram o julgador à conclusão” (1992, p. 201).

¹⁰ Cândido Rangel Dinamarco (2004), por sua vez, não confere o contorno de princípio, mas apenas de exigência constitucional a necessidade de motivação dos atos decisórios. Isto porque “lhe falta o caráter de idéia-mestra, ou ponto de partida: trata-se de exigência técnica das mais importantes [...], sendo uma projeção especificada do princípio do **due processo of law**” (DINAMARCO, 2004, p. 197), este sim, para o referido autor, se revestiria legitimamente de um verdadeiro conteúdo principiológico.

¹¹ É o que sustentam Maria Thereza Gonçalves Pero (2001), Rogério Bellentani Zavarize (2004), respectivamente no decorrer de suas obras: **A motivação da sentença civil** e **A fundamentação das decisões judiciais**. Neste sentido, José Augusto Delgado (1991, p. 58), a motivação da sentença no ordenamento jurídico brasileiro recebe o prestígio constitucional de princípio, exigindo, conseqüentemente, um aperfeiçoamento nos elementos que a configuram, a fim de que a sua presença, em qualquer decisão, seja, efetivamente, uma forma de garantia do atuar processual. José Carlos Barbosa Moreira (1980, p. 87), antes mesmo de a Constituição de 1988 ingressar no ordenamento jurídico, já defendia que o dever do magistrado de expor as suas razões de decidir é uma problemática que se situa no plano dos princípios fundamentais.

¹² Rogério Bellentani Zavarize (2004, p. 42) destaca: [...] “os princípios são enunciações normativas porque vinculam os operadores do direito, impondo-se, via de conseqüência, sua observância obrigatória”.

¹³ “Art. 93, IX, CRFB: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” [...]

A própria Constituição Federal erigiu a norma à categoria de princípio e há o preenchimento das principais características que o qualificam como tal. Portanto, o dispositivo reveste-se de autêntico princípio.¹⁴

O princípio do dever de fundamentação das decisões judiciais tem relevância constitucional, o que não permite a sua flexibilização em quaisquer *decisum* proferido pelo Poder Judiciário, por se revestir de garantia constitucional¹⁵ do cidadão e, ademais, por implicar em nulidade, conforme será demonstrado em capítulo próprio desta dissertação.

2.3 Princípio da fundamentação das decisões judiciais na atualidade

O dever de fundamentar, como sendo a possibilidade de as partes aferirem se a decisão foi realmente extraída do material probatório constante dos autos e, também, que os motivos levaram logicamente à conclusão (LEAL, 2002, p. 194), está sendo inobservado pelo Poder Judiciário, conforme adverte Luís Roberto Barroso (2003, p. 353) ao afirmar que nunca se motivou tão pouco e tão mal,¹⁶ com base em explicações sem plausibilidade jurídica, quais sejam, excesso de trabalho dos juízes e a chamada “motivação concisa”,¹⁷ o que será tratado mais adiante na presente dissertação.

O Estado brasileiro exige a aplicação do princípio da fundamentação das decisões judiciais por força constitucional (inc. IX, art. 93, CRFB/88), como também o faz a Constituição Italiana em seu art. 111.¹⁸

¹⁴ Não é, porém, “apenas no Direito pátrio que o princípio é vislumbrado. Consta expressamente das Constituições da Colômbia (art. 1639), Haiti (art. 120), México (art. 14), Peru (art. 227) e na Constituição belga (art. 97)” (ALMEIDA, 1992, p. 201).

¹⁵ “Com a norma constitucional, a fundamentação das decisões tornou-se uma garantia, inerente à cidadania, já que o direito de acesso ao Poder Judiciário e o direito de obter um provimento também o são. Se se assegura ao cidadão o direito de obter a tutela jurisdicional — previsto no inc. XXXV do art. 5º da CF — lícito concluir que a fundamentação é, também, uma garantia, e da mesma ordem” (ALMEIDA, 1992, p. 201).

¹⁶ Cf. Barroso, a ausência de motivação chega, às vezes, a ser tautológica e, para tanto, vale-se de acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, ora transcrito: “Sentença condenatória: o acórdão que improvê apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que — sem sequer transcrever a sentença — limita-se a afirmar, para refutar a apelação arazoada com minúcia, que ‘no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão’, somando-se ao vazio dessa afirmação a tautologia de que ‘a prova é tranqüila em desfavor dos réus’: a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial — que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular — é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum” (STF, HC nº 78.013/RJ, **DJ**, 19.03.1999, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

¹⁷ STF AI (AgR) nº 310.272-RJ, **DJ** 28.06.2002, Rel. Min. Maurício Corrêa: “A fundamentação concisa atende à exigência do artigo 93, IX da Constituição Federal, não implicando em invalidação da decisão que a utiliza” (BARROSO, 2003, p. 353).

¹⁸ Cf. art. 111, Constituição Italiana, “que todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados”.

A decisão judicial no Estado Democrático de Direito¹⁹ deve ser proferida pelo agente público julgador de forma racional, ou seja, deve este justificar a escolha feita, manifestando-se frente a todos os argumentos e questões desenvolvidas pelas partes.

Brêtas com apoio em Carnelutti e Larenz,²⁰ distinguiu, de forma técnica, argumentos e questões e sua conexão com os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais. Neste sentido, prossegue Brêtas²¹ ao apontar quatro razões lógicas e juridicamente relevantes que justificam a exigência da fundamentação das decisões no Estado Democrático de Direito:

- a) Controle de constitucionalidade da função jurisdicional (verificação da aplicação do princípio da reserva legal);
- b) Tolhimento da interferência de ideologias e subjetividades do agente público julgador no ato estatal de julgar;
- c) Verificação da racionalidade da decisão (apreciação dos argumentos desenvolvidos pelas partes em contraditório, resolvendo analiticamente as questões postas em discussão no processo), objetivando afastar os erros de fato e de direito cometidos pelos órgãos jurisdicionais, evitando prejuízo às partes e, conseqüentemente, a responsabilização pelo Estado;
- d) Possibilidade de as partes melhor estruturar os recursos porventura interpostos, proporcionando impugnação técnica precisa e jurídica dos vícios e erros (de fato e de direito) que maculam as decisões perante o órgão jurisdicional diverso daquele que as proferiu, possibilitando a concretização dos princípios da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição. Por esses fundamentos doutrinários, com os quais convergimos, é que se torna possível afirmar que o princípio da fundamentação das decisões se entrelaça com o princípio do contraditório e da congruência (correspondência entre o que foi pedido pelas partes e o que foi decidido), o que pode ser aferido por meio do processo constitucional, com observância ao devido processo legal.

¹⁹ A respeito da necessidade da fundamentação das decisões judiciais como consectário natural do Estado Democrático de Direito, bem discorreu sobre o assunto Sergio Nojiri: “A exata compreensão do conceito de Estado Democrático de Direito e de seus componentes fundamentais (supremacia da Constituição, separação de poderes, princípio da legalidade e direitos do homem) ajuda-nos a entender, de forma mais clara, a relevância do dever de fundamentar as decisões judiciais à luz dos *princípios estruturantes* da Lei Maior. Conforme visto, em um Estado Democrático de Direito o poder vem juridicizado de tal forma que só se torna legítimo na medida em que seus órgãos atuem como meros delegados do povo (que é o detentor soberano do poder), em espaços já juridicamente delimitados. Assim, este último não só participa na formação da vontade estatal como também no controle de seus atos, direta ou indiretamente” (2000, p. 64-65, n. 1.4).

²⁰ “Na doutrina de Carnelutti, ponto é fundamento da pretensão ou da defesa que surge indubitado ou incontroverso no processo e quando as partes estabelecem a discussão, ou seja, uma controvérsia em torno do ponto, este se converte em questão, sendo esta todo ponto controvertido ou duvidoso de direito material, de fato ou de direito processual que surge no processo como objeto de discussão das partes e da decisão. E esta é obtida resolvendo-se as questões discutidas no processo, razão pela qual as questões a serem resolvidas convertem-se em razões da discussão e estas serão as razões da decisão. Larenz esclarece que argumentar é fornecer alegações capazes de justificar uma afirmação, que se torna pertinente ou pelo menos discutível” (DIAS, 2009, p. 277-309).

²¹ DIAS. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO (Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos, 2009, p. 277-309.

A decisão proferida pelo agente público julgador, na qualidade de prestador de contas de sua função pública, deve observar rigorosamente o preconizado no inc. IX do art. 93 da Constituição Federal, levando-se em consideração que a ausência de fundamentação implica em nulidade, conforme será adiante demonstrado.

3 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

No presente capítulo buscar-se-á demonstrar a importância da relação²² entre processo e Constituição. A Constituição é a linha mestra do processo. O estudo do processo deve ser feito sob as lentes da Constituição e dos princípios nela contidos, principalmente o da fundamentação da decisão judicial, destacado na presente dissertação.

Neste sentido, a relação existente entre processo e Constituição reveste-se de uma “tutela constitucional do processo”²³ (DINAMARCO, 2004, p. 188).

Abordar-se-á de forma breve o constitucionalismo e seu desenvolvimento e a fundamentação da decisão judicial como direito fundamental do cidadão.

Após, será feita a análise das diversas teorias processuais ao longo da história, para se demonstrar que processo e Constituição se amoldam no paradigma do Estado Democrático de Direito e, ademais, que é exatamente em referido paradigma que o modelo constitucional de processo se sustenta e supera a ótica de que o processo é mero instrumento da jurisdição.²⁴

²² Pode-se indicar, por exemplo, a discussão doutrinária sobre a distinção entre *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*. Para FIX-ZAMUDIO, citado por Baracho (1984, p. 126-129), o primeiro abrangeria os instrumentos de garantia processual em sentido estrito, sejam os que têm por finalidade a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados sob a denominação de jurisdição constitucional da liberdade (com o *habeas corpus* e o mandado de segurança), sejam os que estabelecem o limite das atribuições dos órgãos do poder. O segundo, surgido posteriormente, teria por finalidade o estudo sistemático das instituições processuais denominadas “garantias constitucionais de caráter processual”. Acatando a diferenciação, Nery Júnior (1999, p. 21) acrescenta que ambos os institutos compõem “a denominada *justiça constitucional*”. Baracho (1984, p. 126-129), todavia, prefere unificá-los sob a denominação de *Processo Constitucional*. Já Leal (2001, p. 62-63), um renovador dos estudos processuais à luz do Direito Constitucional, refuta a distinção, vinculando o “equivocadamente chamado direito processual constitucional” a “institutos que são genuinamente de direito constitucional” e afirmando serem regidos, um e outro, “pela principiologia da instituição constitucional do PROCESSO”, que há de ser o “devido processo constitucional”. André Del Negri, visando elucidar a dicotomia de um Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual, esclarece que é um grande equívoco rebaixar o Processo à condição de mero sistema procedimental, regido por leis infraconstitucionais, como fazem os adeptos da Escola Instrumentalista, uma vez que institutos como o *habeas corpus*, mandado de segurança e Ação Direita de Inconstitucionalidade são procedimentos, o que levou Marcelo Cattoni a concluir pela extinção da dicotomia, haja vista que não pode existir Processo que não seja constitucional (OLIVEIRA, 2004, p. 49).

²³ Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 21): “As normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo. Trata-se de uma ‘tutela constitucional do processo’, que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais”. Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 84-85), por sua vez, denomina o fenômeno de “direito processual constitucional”, asseverando ser “inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”. Mais adiante traça os pressupostos que sustentam esta simbiose entre o processo e a Constituição, quais sejam: “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e (...) a jurisdição constitucional”.

²⁴ Em sentido contrário, tem-se que a jurisdição é uma função estatal, decorre da soberania e nos limites do território do Estado. O Professor Ronaldo Brêtas Dias define a função jurisdicional como atividade-dever do Estado, observado o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, na medida em que “a legitimidade democrática das decisões jurisdicionais está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, emanadas da vontade do povo” (DIAS, 2004, p. 149).

Dessa forma, é objetivo deste capítulo justificar que a teoria do processo, como procedimento realizado em contraditório de Elio Fazzalari na obra intitulada **Istituzioni di diritto processuale**, publicada em 1975 e introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves,²⁵ é a mais adequada ao Modelo Constitucional de Processo, pois oportuniza às partes fiscalizar a atividade judicante, uma vez que participam da construção do provimento final, assegurando a observância dos princípios constitucionais do processo, dentre eles o da fundamentação racional da decisão judicial, o qual será explicado mais à frente nesta dissertação.

3.1 O constitucionalismo e seu desenvolvimento

No século XVIII, o constitucionalismo teve seu desenvolvimento marcado pelo reconhecimento da existência de um espaço intocável do indivíduo pelo Estado.

Referido reconhecimento foi marcado pelo advento da Declaração de Direitos da Virgínia e pela Declaração Francesa.

Após o advento da Declaração de Direitos da Virgínia e da Declaração Francesa, as Constituições passaram a prever rol de direitos fundamentais²⁶ para delimitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos.

Dessa forma, as Constituições estabeleceram regras acerca da estruturação e organização do poder, delineando os limites de atuação do Estado, constituindo assim o Estado de Direito, no qual os direitos fundamentais possuem papel de destaque.

Os direitos fundamentais passaram a estabelecer vinculação à atuação Estatal em todas as suas funções, quais sejam, Legislativa, Jurisdicional e Executiva, por intermédio da estruturação das garantias e ações constitucionais e também à consagração de princípios processuais em *locus* constitucional.

Dessa forma, buscava-se, de um lado, o respeito à Constituição e, de outro, a concretização dos direitos fundamentais.

José Alfredo de Oliveira Baracho, afirmava que:

Ela [a garantia da Constituição] não se efetiva apenas pelo puro e simples sentimento de lealdade constitucional ou de seu equilíbrio espontâneo, mas da existência de instrumentos que a efetivem. (1999, p. 100)

²⁵ Conferir **Técnica processual e teoria do processo** (Rio de Janeiro: Aide, 1993).

²⁶ “Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar da necessidade dos cidadãos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 267)

Os direitos fundamentais para serem efetivados necessitam das garantias, as quais são como “meios que a técnica moderna desenvolveu, em relação à regularidade dos atos estatais em geral” (BARACHO, 2008, p. 23).

Dessa forma, restou reconhecido de que não era suficiente a mera inscrição do rol de direitos fundamentais nas Constituições, com dependência de legislação complementar para lhe conferir eficácia, sendo necessária a existência de garantias que protegessem a Constituição e concomitantemente possibilitasse a concretização dos direitos previstos nesta.

Posteriormente à 2ª Guerra Mundial, a relação entre Constituição e processo foi reforçada e o Judiciário passou a ocupar lugar de destaque, pois passou a ser incumbido do que se denominou de Jurisdição Constitucional.²⁷

Inicialmente, a preocupação era de se promover o reconhecimento dos direitos, estabelecendo a denominada liberdades individuais, totalmente protegida da intervenção do Estado, e passou a se dedicar à efetivação destes direitos.

Como consequência, houve a interligação da Constituição e processo, sendo este último a principal via de proteção e concretização das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais.

A preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais, os quais careciam de concretude, ocasionou a inserção dos princípios processuais no corpo do texto constitucional, o que, por via de consequência, vinculou a atuação do Estado, em todas as esferas (administrativa, legislativa e judicial), proporcionando a legitimidade de seus provimentos.

Em todas as Constituições brasileiras encontram-se princípios de natureza processual, vinculando as funções estatais e consagrando o processo como garantia da realização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida pelo extenso rol de direitos fundamentais que traz em seu bojo, concomitantemente princípios e regras processuais.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 é considerada moderna, pois garante a aplicabilidade direta de seus dispositivos, para além de um mero conjunto de programas e de recomendações ao legislador infraconstitucional (BARROSO, 2005, p.18).

²⁷ Marcelo Cattoni Oliveira (2000): a Jurisdição constitucional está assentada em dois grandes setores de atuação, a garantia de direitos fundamentais, chamada Jurisdição Constitucional das Liberdades, e a garantia da Constituição, relativamente ao controle de constitucionalidade das leis.

A Constituição brasileira de 1988 promoveu a sedimentação do processo enquanto instrumento de garantia na tutela dos direitos fundamentais, com o escopo de alcançar a máxima efetivação dos preceitos constitucionais, compondo o processo como um “essencial sistema de proteção dos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade” (DIAS, 2004, p. 111).

O vínculo entre Constituição e processo caracteriza a vinculação entre direito e garantia, entre reconhecimento e efetivação de direitos, o que integra o Processo Constitucional.

A atuação do Estado, em atenção ao sistema de garantias estabelecido pela Constituição, se dá pelo processo, sob a orientação e influxos diretos de uma série de princípios processuais constitucionais, que orientam os procedimentos administrativo, legislativo e jurisdicional, em proteção dos indivíduos contra lesões ou ameaças a direitos, bem como de resguardo dos ditames constitucionais (BARACHO, 2008, p.53).

Dessa forma, tem-se um Processo Constitucional enquanto instrumento de garantia, sendo que sua estrutura está alicerçada por princípios previstos na Constituição.

Ítalo Andolina diz que apesar de limitado à função jurisdicional, “o processo jurisdicional coloca-se ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais” (ANDOLINA, 1997, p. 65). Não o processo jurisdicional, mas o Processo Constitucional, enquanto condensação principiológica, vinculativo de todas as funções estatais, é o centro de toda a estrutura de garantia. Encontramos, em alguns,²⁸ um desvio de perspectiva, não valorizando o núcleo dessa aproximação, isto é, a concretização dos direitos fundamentais pela via do processo, de modo que não reconhecem a formação de um Processo Constitucional como garantia constitucional de implementação de direitos e de legitimação dos atos estatais.

Importante dizer que não se trata de apenas uma mudança topográfica das normas processuais dos Códigos para as Constituições. O Processo Constitucional, decorrente da conexão Constituição e Processo, representa muito mais do que a condensação no texto constitucional de uma série de princípios e regras de natureza processual. Representa, em verdade, uma completa mudança da própria noção de processo, antes apenas instrumento da

²⁸ Neste sentido, tem-se Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 85) que entendem por processo constitucional “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo” e a “jurisdição constitucional”, correspondendo apenas a uma “condensação metodológica e sistemática dos princípios”, “um ponto-de-vista metodológico”.

jurisdição para realização de fins diversos, passando a ser instrumento precípua de realização de direitos fundamentais.²⁹

A distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional não procede, pois todo processo é constitucional e todo processo constitucional está comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2001, p.23).

O processo visto como mero instrumento da jurisdição, centralizado na pessoa do juiz, agindo por convicções íntimas e comprometido com a pacificação social em atendimento de escopos metajurídicos, está desconectado da necessária realização dos direitos fundamentais, quebrando a vinculação existente entre Constituição e PROCESSO, desconfigurando, assim, o Processo Constitucional, notadamente pela mitigação dos princípios que o compõem, em nome daqueles escopos.

No Brasil, a formação do Processo Constitucional está inserido num Estado Democrático de Direito, o qual é compromissado com a concretização dos direitos fundamentais e, também, com a possibilidade da participação democrática das partes na construção do provimento.

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, deve ser observado a efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado e também a participação dos interessados na estrutura decisória.

Não há, no Estado Democrático de Direito e no Processo Constitucional espaço para doutrinas processuais que excluam a participação das partes, utilizando-se de escopos metajurídicos.³⁰

A legitimação das decisões num Estado Democrático de Direito está justamente na participação dos interessados na construção do provimento final.

Dessa forma, não há mais espaço para a atuação centrada na figura do juiz, e sim espaço para a participação dos interessados na construção do provimento.

É incompatível com o Estado Democrático de Direito, a existência da figura de um juiz que se preocupe com a pacificação social. (DINAMARCO, 2005, p.26).

²⁹ “Vê-se, assim, que o processo não possui o escopo primário de garantir paz social. Esta deve ser tutelada pela lei, e não pela judicância (aplicação do direito já tutelado na lei ao caso concreto)” (ARAÚJO, 2003, p. 103).

³⁰ “Observe-se que, com o advento da Constituição de 1988, o *processo civil* sofreu uma processualização em suas bases patriarcais, abalando a sua estrutura de apoio ao regime ditatorial instituído no país de 1964 a 1988. Esse fenômeno é que merece reflexão demorada, isto é: o Brasil declara-se, em 1988, Democrático de Direito, enquanto que seus órgãos judicantes (decisores) e a quase totalidade das faculdades de Direito continuaram engastados na ideologia bülowiana e kelseneana de produção e operacionalização do direito” (LEAL, 2010, p. 257).

A posição de destaque ocupada pelo juiz é superada, abrindo-se espaço à atuação direta dos atores processuais (interessados) na elaboração do provimento (NUNES, 2008).

Sendo assim, o processo é o garantidor do direito de participação dos atores processuais (interessados) e das condições de procedimentalidade para a efetivação de direitos fundamentais.

Neste sentido Aroldo Plínio Gonçalves diz que:

A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: como a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos. (GONÇALVES, 1992, p. 171)

Sendo assim, num Estado Democrático de Direito, a participação dos interessados na construção do provimento final representa respeito à Constituição e, ademais, que o processo e Constituição possuem uma ligação umbilical, pois somente se pode falar em processo se for Constitucional.

3.2 Análise das teorias constitucionais processuais e a conexão com o princípio da fundamentação das decisões judiciais

As diversas teorias³¹ processuais ao longo da história contribuíram para a construção de teorias constitucionais do processo, o que implicou no reconhecimento da importância da relação do processo com a Constituição.

A presente dissertação não discorrerá detalhadamente sobre a evolução de cada uma das teorias processuais, o que não significa em não reconhecimento de sua relevância para o Direito Processual, limitando-se à análise das teorias que buscam definir o processo a partir da sua importante relação com a Constituição, ou seja, das teorias constitucionais processuais.

Sob este prisma, o marco teórico identificado e que se apresenta adequado à presente dissertação é a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, elaborada por Elio Fazzalari, na obra intitulada **Istituzioni di diritto processuale**, publicada na Itália pela primeira vez em 1956 e introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves.³²

³¹ Ao longo da história existiram, conforme o pensamento da época, várias teorias sobre processo, dentre as quais destaca-se: a) a teoria do processo como contrato, de Pothier em 1800; b) a teoria do processo como quase-contrato, de Savigny e Guényvau em 1850; c) a teoria do processo como relação jurídica, de Oscar Von Bülow em 1868, cujas proposições ainda vêm orientando de forma predominante tanto os teóricos como os legisladores brasileiros; d) a teoria do processo como situação jurídica, de Goldschmidt em 1925; e e) a teoria do processo com instituição, de Guasp em 1940 (LEAL, 2010, p. 77-82).

³² Conferir **Técnica processual e teoria do processo** (Rio de Janeiro: Aide, 1993).

A teoria do processo como procedimento em contraditório reveste-se de uma teoria geral do processo e não somente como uma teoria do processo jurisdicional.³³

A teoria Fazzalariana apresenta-se como uma estrutura normativa,³⁴ na qual as partes, democraticamente, construirão um provimento³⁵ compartilhado. Sendo assim, Fazzalari retira o procedimento do âmbito do Direito Processual para colocá-lo em seu devido lugar, qual seja, o de instituto próprio da Teoria do Direito (GONÇALVES, 1992, p. 109). Dessa forma, o procedimento não é uma atividade esgotável em um único ato, mas demanda uma série de atos e normas que o disciplinam.

Fazzalari, em sua obra, trouxe contribuição importante para a ciência do Direito, pois diferenciou o instituto³⁶ do procedimento do instituto do processo, na medida em que este último seria espécie de procedimento³⁷ (que seria então gênero) realizado pelos sujeitos parciais em contraditório, em simétrica paridade, na preparação do provimento final.³⁸

Dessa maneira, o processo seria, assim, um esquema mais complexo de procedimento, cujo conceito teria a mesma matriz procedimental, com o acréscimo do elemento do

³³ “Como dito anteriormente, estas instituições cobrem um setor de conhecimento — regras fundamentais dos vários tipos de processo e noções relativas — as quais podem indicar-se como ‘direito processual geral’ (ou ‘direito processual’ *tout court*: assim como no título deste livro), e é obviamente mais amplo que o estudo dos processos ‘jurisdicionais civis’, objeto específico — quase supérfluo observar — do ‘direito processual civil’” (FAZZALARI, 1996, p. 70, tradução livre).

³⁴ Conforme Gonçalves, o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade reguladora por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação do provimento. O provimento é ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional (2001, p. 102-103).

³⁵ Vale lembrar que o provimento é o ato decisório do aparelho estatal executivo, legislativo ou judiciário (GONÇALVES, 1992, p. 102).

³⁶ Segundo Leal, instituto é um agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidades de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal. E ainda que instituição é agrupamento de instituto(s) e princípio(s) que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal (2010, p. 281).

³⁷ Nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves: “o procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da sequência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto” (GONÇALVES, 1992, p. 112).

³⁸ Assim, nas lições de Fazzalari: “o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”. A estrutura dialética do procedimento — o contraditório —, “consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto — conspícuo ou modesto, não importa — de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados” (FAZZALARI, 2006, p. 118-120).

contraditório.³⁹ Tal concepção torna imprescindível a participação, na preparação do provimento final, daqueles em cuja esfera jurídica esse provimento poderá intervir.⁴⁰

Na obra de Fazzalari se vislumbra claramente o princípio do contraditório como garantia das partes de influir no provimento jurisdicional final, a ser emitido pelo agente público julgador. Desta forma, a fundamentação deste provimento deve guardar simetria com as questões de fato e de direito⁴¹ deduzidas pelas partes, em contraditório.

A teoria Fazzalariana sobre a ‘natureza jurídica’ do processo foi um divisor de águas para a ciência processual. A partir dela, embora, evidentemente, sem com ela guardar exata correspondência, houve a construção de um modelo constitucional de processo por Andolina e Vignera,⁴² que se debruçaram sobre a concepção do processo como modelo constitucionalizado⁴³ voltada para a estruturação dos procedimentos preparatórios dos provimentos jurisdicionais.

Por sua vez, José Alfredo de Oliveira Baracho contribui de forma relevante para a compreensão constitucionalizada do processo.⁴⁴ A compreensão do processo como metodologia de estruturação e atuação dos direitos fundamentais (BARACHO, 2006, p. 47), somente faz sentido diante do vasto leque de garantias processuais previstas na Constituição,⁴⁵

³⁹ “O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo” (GONÇALVES, 2001, p. 127).

⁴⁰ Cf. ARAÚJO, 2003, p. 112.

⁴¹ Adiante, em momento oportuno, se discorrerá, de forma detalhada, sobre questões de fato e questões de direito.

⁴² ANDOLINA; VIGNERA, 1979.

⁴³ Ítalo Andolina elucida a importância da adoção de um modelo constitucional de processo como consequência da constitucionalização de direitos e garantias fundamentais ao admitir que “particular impulso foi dado pela normação constitucional, que focalizou a área da tutela jurisdicional, traçando um verdadeiro e próprio ‘modelo’ (constitucional, evidentemente) de processo jurisdicional”, em que o esse é colocado “no centro de gravidade de toda a estrutura de atuação dos valores constitucionais” (ANDOLINA, 1997, p. 64).

⁴⁴ “O Processo Constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista. [...] O processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas. [...] As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos. A necessidade de dar suporte às garantias leva às indagações sobre sua codificação” (BARACHO, 1997, p. 119-120).

⁴⁵ Ítalo Andolina enumera ainda alguns pontos essenciais em nível de garantias processuais constitucionais próprias ao modelo de processo traçado pelos textos constitucionais modernos “— independência do juiz; — a estrutura participativa do iter de formação do produto judicial (centrada, portanto, no direito de defesa e de ação, no contraditório, na paridade de armas etc.); — a transparência e a legalidade do produto judicial (o qual se realiza, sobretudo, seja pela obrigatoriedade de motivação dos provimentos jurisdicionais, seja através do controle de constitucionalidade da Suprema Corte de Cassação, sobre as decisões com conteúdo decisório e não recorríveis de outra forma); — a efetividade da tutela jurisdicional (que impõe, e justifica, o recurso às medidas cautelares, sejam assecurativas, sejam antecipatórias, todas as vezes em que a duração do processo e

destacando-se, dentre elas, o princípio da igualdade, o princípio da reserva legal, o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa, o juízo natural, o direito à prova lícita, o princípio da fundamentação das decisões, o princípio da publicidade dos atos processuais e o princípio da razoável duração do procedimento.⁴⁶

O processo compreendido como garantia constitucional somente se consolidou a partir das constituições do século XX.⁴⁷

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, o processo, assim compreendido como garantia constitucional, somente se consolida nas Constituições do século XX mediante ao conjunto de garantias nelas asseguradas.⁴⁸

Sendo assim, o processo deve garantir a irrestrita participação igualitária e efetiva de todos os sujeitos do procedimento na construção do ato decisório final. Para tanto, apresenta-se como imprescindível a observância a um direito ao devido processo⁴⁹ (*due process of law* ou *derecho al proceso debido*), caracterizado por alguns pontos essenciais como: o direito constitucional de ação, o direito constitucional de defesa, o direito à prova, o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas e o direito dos recursos (BARACHO, 2006, p. 14).

O Direito Processual tem sido desenvolvido e estudado com fundamento na ideia da crescente importância do processo como modelo ideal de participação dos próprios destinatários na formação, na execução e na aplicação do Direito.

No Estado Democrático de Direito,⁵⁰ a construção do Direito é feita por seus destinatários, em um espaço de discursividade e igualdade na colocação de argumentos e

a espera, portanto, de uma sentença de mérito, ponha em risco o bem da vida sobre o qual versa o conflito)” (ANDOLINA, 1997, p. 65).

⁴⁶ Art. 5º, *caput* e incs. II, LIII, LV, LVI, LX, LXXVIII; art. 93, incs. IX e X; art. 133, todos da Constituição da República de 1988.

⁴⁷ “A consagração de princípios de direito processual, com reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis” (BARACHO, 1999, p. 90), consagrando “procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas” (BARACHO, 2006, p. 13).

⁴⁸ Foram também precursores Eduardo Couture com a obra **Del derecho procesal civil** (3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1993) e Hector Fix-Zamudio com a obra **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales** (Madrid: UNAM; Civitas, 1982).

⁴⁹ Segundo Ronaldo Brêtas, o devido processo legal se apresenta como um [...] “bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostendados pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: o direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído, também, o direito da parte à presença do advogado ou do defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas” (DIAS, 2009, p. 418).

⁵⁰ Segundo Fernando Horta Tavares, em um Estado Democrático de Direito o processo se caracteriza pelo “direito à argumentação discursiva democrática, construída racional e legitimamente pelas partes e Estado-

posições, de modo a garantir a legitimidade da lei e a submissão de seus próprios elaboradores ao comando estatuído.⁵¹ O mesmo ocorre na interpretação do direito positivado, imprimindo à função jurisdicional a necessária observância dos princípios processuais, de modo que a construção de um provimento legítimo (sentença) tenha de ser precedida de uma atividade discursiva em simétrica paridade com todos os sujeitos processuais, os quais são coconstrutores do provimento final e sofrerão seus efeitos.

Nesse cenário, o agente público julgador, bem como o cidadão, está vinculado ao princípio da reserva legal previsto no art. 5º, II, da CRFB/88, de forma que o ato decisório final — sentença — somente será válido, eficaz e legítimo se construído em observância, durante todo o *iter* procedimental, aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do acesso ao Direito, do dever de fundamentação das decisões e do direito a advogado.

Sendo assim, os princípios e garantias fundamentais expressos na Constituição da República de 1988,⁵² como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o direito a advogado, a fundamentação racional das decisões e o acesso ao direito devem compor o processo, enquanto instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da cidadania e da democracia, constituindo-se em verdadeira condição de participação dialógica dos destinatários da norma em um espaço processualizado.

O contraditório é um instituto legitimador da atividade jurisdicional no processo, que uma vez inserido no conceito de Direito democrático deve assegurar um espaço de participação política a seus sujeitos. A jurisdição não tem valia sem o processo — implementado o contraditório —, não estando o órgão jurisdicional autorizado a utilizar o processo como instrumento da jurisdição.^{53 54}

juiz”, de modo que a jurisdição não pode ser definida “pela ótica da atividade do órgão estatal judicial”, estando sim vinculada à regência da lei pela principiologia⁵⁰ do processo (TAVARES, 2009a, p. 113).

⁵¹ Na concepção de direito democrático todos os homens se tornaram locutores autorizados e não há mestres, tradutores, intermediadores ou intérpretes (WOLFF, 1996, p. 81). Com relação às normas jurídicas, o povo deve ser capaz de “recriar, afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar o direito, como seu intérprete originário e intercorrente” (LEAL, 2001, p. 21).

⁵² Aroldo Plínio Gonçalves bem salienta que “Os preceitos constitucionais, que se apresentam como princípios jurídicos, balizam o sistema normativo, impedem sua projeção, através de normas que com ele possam ser incompatíveis, em direção contrária aos fundamentos do sistema, e limitam a atuação do poder, pois no Estado fundado sobre o Direito, o poder se exerce nos ‘limites’ determinados pela lei. Os princípios constitucionais, mesmo quando tidos como não-autoaplicáveis, já possuem eficácia intrínseca porque obstando a criação de normas jurídicas infraconstitucionais que os contrariem, não permitem possam as leis se projetar do sistema jurídico, em direção contrária a ele” (GONÇALVES, 2001, p. 196).

⁵³ Cf. Araújo (2003, p. 120). Segundo tal autor é a jurisdição que atua como instrumento do processo, na medida em que o juiz, ao garantir a observância do princípio do contraditório aos cidadãos, o faz utilizando-se de seu poder jurisdicional. Faz coro a ele Álvaro Ricardo de Souza Cruz (**Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 372).

A oportunidade de manifestação no processo, conferida aos interessados mediante a garantia do contraditório, reveste-se de grande importância, pois não se pode conceber, num Estado Democrático de Direito, a tomada de decisões sem a participação de todos os envolvidos, num prévio debate.

O caminho para se fiscalizar o cumprimento do respeito à garantia do contraditório, à efetiva participação dos interessados na construção do provimento é por intermédio da fundamentação.

Neste sentido, Aroldo Plínio Gonçalves, conclui que:

(...) a fundamentação da decisão é uma proteção constitucional especialmente dirigida às partes. Elas receberão os efeitos da sentença em seu patrimônio, em seu *universum ius*, efeitos sustentados sobre a apreciação da situação de direito material discutida em contraditório, e se lhes é garantido, pelo contraditório, a participação nos atos processuais que preparam o provimento, é uma consequência dessa garantia que as partes saibam por que um pedido foi negado ou porque uma condenação foi imposta. Elas viveram o processo, ou tiveram a garantia de vivê-lo, participarem de seu desenvolvimento, reconstruindo a situação de direito material sobre que deveria incidir o provimento e, nessa reconstrução, fizeram, juntamente com o juiz, o próprio processo, na expectativa do provimento final. Não é, portanto, demasiado que se tenham as partes como os primeiros destinatários da garantia da fundamentação das decisões. (GONÇALVES, 2001, p. 167)

Dessa forma, o ato de julgar deve observar, concomitantemente, o contraditório e a fundamentação da decisão, e entre eles deve haver uma concatenação lógica, sob pena de inconstitucionalidade e de negativa de prestação jurisdicional.⁵⁵

O ato decisório não pode ser considerado ato solitário do julgador, o qual somente adquire legitimidade através do processo, respeitado o contraditório tanto na reconstrução dos

⁵⁴ Sobre a necessária correlação entre jurisdição e contraditório, sugere José Marcos Rodrigues Vieira: “A Jurisdição é manifestação de inteligência e vontade. Aplicação autoritativa do direito, com caráter de coisa julgada, percorre, por sua essência mesma, os trâmites conducentes à incontrovertibilidade. Proponho um método para o exame da categoria, já que constitucional: a jurisdição deve ser compreendida no sistema em que, de outro lado, se insere a garantia do contraditório” (VIEIRA, 1998, p. 92).

⁵⁵ Conforme Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ambos os princípios atuam na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propiciem a geração democrática de uma decisão jurisdicional participativa, como se fossem, em feliz expressão, irmãos siameses. (2004, p. 149). Daí porque correta a definição de Echandia, segundo o qual “La sentencia es al acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado” (DEVIS ECHANDÍA. **Teoría general del proceso**, p. 420-421).

(Em tradução livre: “A sentença é o ato pelo qual o juiz cumpre a obrigação jurisdiccional derivada da ação e do direito de contradizer, de resolver sobre as pretensões do demandante e as exceções de mérito ou fundo do demandado”).

fatos quanto na escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso concreto, sob pena de ruptura autoritária do ciclo de legitimação citado por Muller.⁵⁶

Dessa forma, somente será legítima a decisão jurisdicional que estiver balizada na ampla participação, por intermédio do contraditório, dos que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais convertem o processo,⁵⁷ e devidamente fundamentada.

3.3 Fundamentação da decisão judicial como direito fundamental do cidadão

Segundo as concepções atuais, os direitos fundamentais⁵⁸ constituem-se em categoria jurídica dotada de contornos próprios. Os referidos direitos fundamentais delimitam um âmbito de invulnerabilidade no desenvolvimento das pessoas, quer na vida jurídica, quer na vida social.

A referida ideia (categoria jurídica) foi ampliada a partir da vigência da Lei Fundamental de Bonn, quando os direitos fundamentais foram desenvolvidos em normas objetivas de princípio e como decisões axiológicas.⁵⁹

Jorge Miranda entende por direitos fundamentais, os “direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”⁶⁰ [...]

Os direitos fundamentais são direitos básicos estabelecidos e garantidos pelo Estado, que outorgam às partes a oportunidade de exigir do Estado seu cumprimento como forma de manutenção do Estado Democrático de Direito.

Os referidos direitos, que em princípio eram voltados aos cidadãos, passaram a ter importância para o Estado, pois eles eram a forma para conter o homem, vedando a autotutela, e também eram forma de regular toda a sociedade, pois ao mesmo tempo impunha regras que eram também garantias.

⁵⁶ “O povo ativo elege seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho do Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o ‘povo’ enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislau] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático)”.

⁵⁷ DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, 2004, p. 149.

⁵⁸ A expressão “direitos fundamentais” surgiu somente no século XVIII, na França.

⁵⁹ NARANJO DE LA CRUZ. Los Límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particular e la buena Fe. **Boletín Oficial del Estado**, 2000, p. 29.

⁶⁰ MIRANDA. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais, 1993, p. 7.

Segundo Bobbio, sem que os direitos do homem sejam reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.⁶¹

Desde o surgimento do Estado, com a vedação da solução das lides através da autotutela e o estabelecimento da necessidade da heterocomposição, com vistas a resolver os conflitos, o cidadão passou a ter a necessidade de recorrer ao judiciário.

Nesta esteira, é que se justifica dizer que o direito à fundamentação das decisões judiciais é, em última análise, um direito fundamental,⁶² pois reveste-se de garantia mínima para o desenvolvimento e/ou manutenção do Estado de Direito.

O direito à fundamentação é assegurada aos cidadãos e à coletividade (sociedade) que dela se vale, seja para conhecer as razões de decidir do julgador, seja para controlar a constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 foi muito moderna ao prever um rol extenso de direitos fundamentais, dentre os quais o direito à fundamentação das decisões.

Ao se falar de fundamentação das decisões judiciais, necessariamente se lembra das inúmeras decisões judiciais que são proferidas pelo judiciário sem justificção. O judiciário quando assim age está se afastando da Constituição Federal, pois a ausência de fundamentação não permite ao jurisdicionado ou ao cidadão conhecer as razões que levaram o julgador a decidir de tal ou qual maneira, além de gerar insegurança jurídica, maculando garantias processuais do cidadão, como a garantia da isonomia e do devido processo legal.⁶³

As referidas situações, frequentes no Judiciário brasileiro, serão melhor analisadas nos capítulos seguintes desta dissertação.

⁶¹ BOBBIO. **A era dos direitos**, 1992, p. 34.

⁶² BANDEIRA DE MELLO. A motivação dos atos da Administração Pública como princípio fundamental do Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, 2003, p. 11-21. Embora não se tenha manifestado abertamente acerca de a motivação ser direito fundamental no tocante às decisões judiciais, o autor reconhece, no âmbito da Administração Pública, que a fundamentação é um princípio fundamental.

⁶³ “A garantia constitucional do due process of Law, por conseguinte, não é apenas a garantia dos direitos subjetivos de liberdade de natureza social, no sentido que foram apresentados, diretos do indivíduo como ser biologicamente necessitado, por igual, de educar-se para conviver em condições especificamente humanas, sendo, pois, de repelir-se todo o tratamento jurídico que o enfoca simplesmente como mero fator de produção, consumidor, contribuinte” (PASSOS, [s.d.], p. 315).

4 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Neste capítulo será abordado o princípio da fundamentação das decisões no Judiciário brasileiro e, para tanto, será feita uma análise do recurso de Embargos Declaratórios, bem como do instituto da repercussão geral no Recurso Extraordinário e suas relações com o princípio da fundamentação da decisão judicial, levando-se em consideração o cenário do Judiciário brasileiro.

Esclarece-se que a abordagem cingir-se-á à análise do recurso de Embargos Declaratórios em razão de sua importância para a prestação de uma tutela jurisdicional de forma clara, coerente e completa, além de ser um importante meio de colaboração das partes na construção do provimento final e do instituto da repercussão geral, por se entender que a utilização de referido instituto, em nome da busca do combate à morosidade judicial, na verdade ofende o direito das partes de participarem da construção do provimento e, ademais, cria óbice para a decisão de mérito do processo pelo Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, fere o direito de ampla defesa.

Ademais, será feita uma rápida abordagem de alguns dos vícios que obstaculizam a efetivação das garantias processuais, numa tentativa de traçar um modelo de fundamentação que tenha validade, conforme o preconizado no inc. IX do art. 93 da Constituição da República de 1988.

4.1 Embargos de Declaração como garantia da efetividade do princípio da fundamentação da decisão judicial

4.1.1 Embargos de Declaração – Hipóteses de cabimento

Os Embargos de Declaração constituem-se em recurso⁶⁴ que tem cabimento nas hipóteses previstas no art. 535 do CPC, ou seja, são opostos pelas partes com o fito de ver aclarada eventual obscuridade, desfeita contradição ou suprida omissão.⁶⁵

⁶⁴ A divergência sobre a “natureza jurídica” dos embargos declaratórios já está superada há tempos, sendo estes considerados recursos pelos doutrinadores, como Vicente Greco Filho, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Júnior, Moacyr Amaral Santos, dentre outros. Argumentam eles que os embargos vêm disciplinados no Código de Processo Civil como recurso, sujeitando-se aos requisitos da admissibilidade e teoria geral dos recursos. Entendem que da decisão recorre o prejudicado com o gravame que lhe causa a obscuridade, a contradição ou a omissão de que a decisão se ressente. O fato de visarem os embargos de declaração à reparação do prejuízo que os defeitos do julgado trazem ao embargante os caracteriza como recurso. Dizem, ainda, que os embargos se caracterizam como recurso, pois seria impossível uma linha distintiva muito nítida entre a ideia de sentença e a sua fórmula.

⁶⁵ “Obscuridade significa falta de clareza, no desenvolvimento das ideias que norteiam a fundamentação da decisão. Representa ela hipótese em que a concatenação do raciocínio, a fluidez das ideias, vem

O recurso de Embargos de Declaração é cabível em qualquer decisão judicial,⁶⁶ por não ser concebível que não sejam sanados quaisquer dos três vícios supramencionados em decisões jurisdicionais, quais sejam, obscuridade, contradição e omissão.⁶⁷

A hipótese de contradição ocorre quando se verifica que “o julgado apresenta proposições entre si inconciliáveis” (SANTOS, 1997, p. 147).

Barbosa Moreira (2010, p. 155) discorre sobre os pontos em que se pode verificar a contradição:⁶⁸

comprometida, ou porque exposta de maneira confusa ou porque lacônica, ou ainda porque a redação foi mal feita, com erros gramaticais, de sintaxe, concordância, etc., capazes de prejudicar a interpretação da motivação. A contradição, à semelhança do que ocorre com a obscuridade, também gera dúvida quanto ao raciocínio do magistrado. Mas essa falta de clareza não decorre da inadequada expressão da ideia, e sim da justaposição de fundamentos antagônicos, seja com o relatório (quando houver, no caso da sentença ou acórdão), seja ainda, no caso de julgamentos de tribunais, com a ementa da decisão. Representa incongruência lógica, entre os distintos elementos da decisão judicial, que impedem o hermeneuta de apreender adequadamente a fundamentação dada pelo juiz ou tribunal. Finalmente, quanto à omissão, representa ela a falta de manifestação expressa sobre algum ‘ponto’ (fundamento de fato ou de direito) ventilado na causa e, sobre o qual deveria manifestar-se o juiz ou o tribunal. Essa atitude passiva do juiz, em cumprir seu ofício resolvendo sobre as afirmações de fato ou de direito da causa, inibe o prosseguimento adequado da solução da controvérsia, e, em caso de sentença (ou acórdão sobre o mérito) praticamente nega tutela jurisdicional à parte, na medida em que tolhe a esta o direito de ver seus argumentos examinados pelo Estado” (MARINONI; ARENHART. **Processo de conhecimento**, 2006, v. 2, p. 556).

⁶⁶ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que os embargos de declaração são cabíveis em face de qualquer decisão judicial e, uma vez opostos e conhecidos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, nos termos do art. 538 do CPC (grifo nosso).*

2. “Os embargos declaratórios são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais, inclusive as interlocutórias. (...) Os embargos de declaração tempestivamente apresentados, ainda que rejeitados, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, porquanto a pena pela interposição do recurso protelatório é a pecuniária e não a sua desconsideração” (REsp nº 1.074.334/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, **DJe**, 20.04.2009).

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp nº 1.103.431/RJ, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0241953-9, Relatora Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, data do julgamento 05.11.2009, data da publicação **Dje** 26.11.2009).

⁶⁷ “Processo civil. Embargos de declaração no agravo de instrumento. Hipótese de cabimento não demonstrada. Rejeitam-se os embargos de declaração quando não há omissão, contradição, obscuridade ou erro material na decisão embargada. Embargos de declaração rejeitados” (EDAGA nº 538.371/PR, 3ª Turma, Min. Nancy Andrichi, **DJ**, 24.05.2004).

“Processual civil — embargos de declaração — cabimento. 1. Inexistindo na decisão embargada quaisquer dos vícios elencados no art. 535 do Código de Processo Civil, inviável é a oposição de Embargos de Declaração. Embargos de declaração rejeitados” (EARESP nº 550.972/PR, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, **DJ**, 24.05.2004).

⁶⁸ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRADIÇÃO EVIDENCIADA. DECRETO 20.210/32. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL CONTRA FAZENDA PÚBLICA. 1. É ressabido que os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material. 2. *No caso sub examine, os presentes embargos declaratórios merecem acolhimento. Isso porque, de fato, consta contradição entre os fundamentos do acórdão embargado, que consigna a não ocorrência da*

a) entre proposições da parte decisória, por incompatibilidade entre capítulos da decisão – v.g., declara-se inexistente a relação jurídica prejudicial (deduzida em reconvenção ou em ação declaratória incidental), mas condena-se o réu a cumprir obrigação que dela necessariamente dependia; b) entre proposições enunciadas nas razões de decidir e o dispositivo – v.g., na motivação reconhece-se como fundada alguma defesa bastante para tolher a pretensão do autor, e no entanto julga-se procedente a pedido; c) entre a ementa e o corpo do acórdão, ou entre o teor deste e o verdadeiro resultado do julgamento, apurável pela ata ou por outros elementos – v.g., em se tratando de anulação de ato jurídico, pleiteada por três diversas *causae petendi* cada um dos três votantes, no tribunal, acolhia o pedido por um único fundamento, mas rejeitava-o quanto aos demais: o verdadeiro resultado é o de improcedência, pois cada qual das três ações cumuladas fora repelida por dois votos contra um; se, por equívoco, se proclama decretada a anulação, e assim constar do acórdão, o engano será corrigível por embargos declaratórios.

O mesmo autor define a hipótese em que ocorre a omissão,⁶⁹ dizendo que “Há omissão quando o tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício...” (2010, p. 539)

prescrição, e o item 2 da respectiva ementa, que justamente assevera o contrário. 3. In casu, o trânsito em julgado do processo cognitivo se dera em 22/10/2003, sendo certo que a ação executiva foi ajuizada em 22/10/2008 (fl. 235), dentro, portanto, do prazo quinquenal a que alude o art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/32. 4. Embargos de declaração acolhidos, a fim de, sanado a contradição aventada, ratificar a não ocorrência da prescrição (grifos nossos) (EDcl no AgRg no Ag nº 1.392.482/SC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2011/0001387-0. Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. DJ: 01.12.2011. Publicação DJe 07.12.2011).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONTRADIÇÃO ENTRE FUNDAMENTAÇÃO E DISPOSITIVO – EMBARGOS ACOLHIDOS. Havendo contradição entre a fundamentação e o dispositivo, acolhem-se os embargos para sanar referida contradição (ED nº 1.186.944.018 SP Relator(a): Clóvis Castelo. Julgamento: 12.01.2009. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 30.01.2009).

⁶⁹ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. NÃO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES POSTAS A JULGAMENTO. REJEIÇÃO PURA E SIMPLES. VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA (ART. 535, I e II, DO CPC). NULIDADE EXISTENTE.

1. A entrega da prestação jurisdicional buscada em juízo tem natureza de direito subjetivo pertencente às pessoas físicas e jurídicas pelo que deve ser entregue de modo preciso, claro, seguro e por completo. Deve ela ser feita após o órgão julgador apreciar e decidir as questões suscitadas pelas partes e que, pela essencialidade possuída, são capazes de influenciarem a conduta do julgado.

2. As razões do acórdão devem explicitar o dispositivo legal regulador da posição assumida ou a matéria jurídica nele contida, para que as partes possam apresentar os seus recursos com segurança.

3. Se, em sede de embargos de declaração, o Tribunal se nega a apreciar fundamentos que se apresentam nucleares para a decisão da causa e tempestivamente interpostos, comete-se ato de entrega de prestação jurisdicional imperfeito. As decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade, e conter explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados pelas partes.

4. É sabido que as partes têm direito subjetivo constitucional a que a entrega da prestação jurisdicional se faça de modo completo e com fundamentação enfocando os temas levantados oportunamente no curso da lide. É dever, conseqüentemente, da decisão judicial, apreciar e decidir as alegações dos litigantes, enfrentando-os de modo direto e determinando posicionamento claro, objetivo e definido a respeito.

Na hipótese, o acórdão dos embargos declaratórios estão limitados aos aspectos puramente teóricos do mencionado recurso. Há de ser anulado para que seja explicitado se existe ou não, de modo concreto, omissão, contradição ou obscuridade, situando-se na análise do proposto pelo embargante.

5. Reconhecida essa precariedade no acórdão dos embargos, via recurso especial, decreta-se a sua nulidade, para que seja proferido novo julgamento com o exame obrigatório das questões suscitadas pelo embargante, apreciando-se e decidindo-se como melhor for construído o convencimento a respeito. Inteligência do art. 535, I e II, do CPC.

Todas as questões levantadas pela parte devem ser analisadas pelo julgador, tendo em vista que é vedado, num Estado Democrático de Direito, a prolação de julgamentos sem fundamentação. O recurso de Embargos de Declaração representa a inafastabilidade do controle jurisdicional, tendo em vista que sua finalidade é a de esclarecer ou integrar os pronunciamentos judiciais.

Em relação à hipótese de obscuridade,⁷⁰ esta ocorre quando o provimento judicial não é inteligível, isto é, não permite que a parte extraia dele a ideia que pretendeu exteriorizar.

Sendo assim, o provimento judicial obscuro é aquele dotado de ambiguidade, ensejando entendimentos discordantes entre si.

Por fim, registra-se que é possível a oposição de Embargos de Declaração de Embargos de Declaração.⁷¹

6. Recurso Especial provido para anular-se o acórdão proferido em sede de embargos de declaração, a fim de que o Tribunal *a quo* examine e julgue, suprindo omissão existente no aresto, como melhor entender as questões jurídicas levantadas pela parte recorrente, nos termos do presente voto-condutor (grifos nossos) (REsp nº. 153.714/SP; Rel. Min. José Delgado; Primeira Turma; Unânime; DJ, 03.11.1999).

⁷⁰ PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OBSCURIDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NÃO ATENDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PLEITO NÃO PREJUDICADO. ANÁLISE POR ESTA CORTE. PEDIDO INDEFERIDO. DECISÃO DA CORTE A QUO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NO DEC-LEI Nº 3.240/1941. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA INDEFERIR O PLEITO SUBSIDIÁRIO.

1. Constatando-se que este Superior Tribunal de Justiça entendeu encontrar-se prejudicado o pedido secundário e demonstrando o embargante o contrário, acolhem-se os embargos para analisar efetivamente o pleito.

2. Embargos acolhidos, para reconsiderar a prejudicialidade do pedido subsidiário, indeferindo-o (EDcl no AgRg no REsp nº 1.166.754/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03.11.2011, DJe, 21.11.2011).

⁷¹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OBSCURIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 49 DA LFR (LEI 11.101/2005). SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES CONTRA O DEVEDOR. TERMO INICIAL. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO COM EFEITOS “EX NUNC”. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. A regra do art. 49 da Lei 11.101/2005 merece interpretação sistemática. Nos termos do art. 6º, caput, da Lei de Falências e Recuperações Judiciais, é a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial que todas as ações e execuções em curso contra o devedor se suspendem. Na mesma esteira, diz o art. 52, III, do referido diploma legal que, estando a documentação em termos, o Juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato, ordenará a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor. Assim, os atos praticados nas execuções em trâmite contra o devedor entre a data de protocolização do pedido de recuperação e o deferimento de seu processamento são, em princípio, válidos e eficazes, pois os processos estão em seu trâmite regular. 2. A decisão que defere o processamento da recuperação judicial possui efeitos “ex nunc”, não retroagindo para atingir os atos que a antecederam. 3. O art. 49 da Lei 11.101/2005 delimita o universo de credores atingidos pela recuperação judicial, instituto que possui abrangência bem maior que a antiga concordata, a qual obrigava somente os credores quirografários (DL n. 7.661/45, art. 147). A recuperação judicial atinge “todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”, ou seja, grosso modo, além dos quirografários, os credores trabalhistas, acidentários, com direitos reais de garantia, com privilégio especial, com privilégio geral, por multas contratuais e os dos sócios ou acionistas. 4. O artigo 49 da LFR tem como objetivo, também, especificar quais os créditos, desde que não pagos e não inseridos nas exceções apontadas pela própria lei, que se submeterão ao regime da recuperação judicial e aqueles que estarão fora dele. Isso, porque, como se sabe, na recuperação judicial, a sociedade

Neste sentido é o entendimento de Barbosa Moreira (1978, p. 628):

Aliás, à decisão que julga embargos declaratórios podem sempre opor-se outros, desde que fundados na existência de obscuridade, contradição ou omissão “diversa” daquela que se pronunciara; não, porém, se apenas se quer reiterar a impugnação anterior. (BARBOSA, 1978, p.628)

Os Embargos de Declaração têm a função de esclarecer ou integrar os pronunciamentos judiciais. O referido recurso configura elementos objetivos, como supraexplicitados (art. 535 do CPC), que propiciam o controle da atividade jurisdicional.

Neste viés, os Embargos de Declaração contribuem para a concretização constitucional do princípio da fundamentação da decisão judicial, princípio inafastável num Estado Democrático de Direito.

4.1.2 Linhas evolutivas e função constitucional dos Embargos de Declaração

Os Embargos de Declaração têm seu nascedouro em Portugal e teve como principal causa a desorganização do aparelho judiciário do referido país, o que por via de consequência abriu aos jurisdicionados portugueses, à época, a possibilidade de solicitar aos juízes a revisão de suas decisões.

As ordenações Afonsinas de 1446 possibilitavam ao juiz, após a prolação da sentença definitiva, apenas o esclarecimento de sua decisão caso a parte levantasse dúvida sobre ele, pois ao juiz era vedada a substituição da sentença definitiva por ele prolatada.

Mesmo após a independência política do Brasil de Portugal, as normas legais vigentes no Brasil eram as que vigoraram no período em que era colônia de Portugal.

As referidas normas legais vigoraram no Brasil mesmo após sua independência política, desde que não afrontassem a soberania nacional.

empresária continua funcionando normalmente e, portanto, negociando com bancos, fornecedores e clientes. Nesse contexto, se, após o pedido de recuperação judicial, os débitos contraídos pela sociedade empresária se submetessem a seu regime, não haveria quem com ela quisesse negociar. 5. Na hipótese, o aresto embargado deu ao dispositivo infraconstitucional a interpretação que entendeu pertinente, dentro do papel reservado ao STJ pela Carta Magna (art. 105), concluindo que o crédito fora validamente adimplido antes do deferimento do processamento da recuperação judicial, momento em que a execução não estava suspensa e eram válidos e eficazes os atos nela praticados, razão pela qual o Juízo do Trabalho é o competente para ultimar os atos referentes à adjudicação do bem imóvel. 6. Embargos de declaração acolhidos, para sanar obscuridade, sem efeitos infringentes. EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no CC nº 105.345/DF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 2009/0099044-9. Relator Ministro Raul Araújo. Segunda Seção. DJ, 09.11.2011. Data da Publicação: 25.11.2011.

No Regulamento nº 737,⁷² datado de 25.11.1850, continha um capítulo destinado aos Embargos.

O art. 664 do Regulamento nº 737, assim preconizava:

Os membros juízes que assignaram o Accórdão embargado conhecerão deste embargos, e dos de declaração, ou de restituição de menores, havendo-se no julgamento de todos elles a forma seguida para o embargo nas causas cíveis.

No ano de 1871, o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, foi incumbido de reunir as Ordenações Filipinas e as demais leis extravagantes. Em razão disso, surgiu a Consolidação de Ribas, na qual restou previstas as hipóteses de cabimento de Embargos de Declaração.

As hipóteses de cabimento de Embargos de Declaração eram contra decisões definitivas, sentenças proferidas por juiz de paz e sentenças de liquidação, sempre que fossem duvidosas ou que nelas contivessem palavras escuras e intrincadas. O prazo para sua oposição era de dez dias a contar da publicação ou da intimação da sentença, possuía rito sumário e tinha efeito suspensivo.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1939 regulou os Embargos de Declaração no Livro “Dos Recursos” e era utilizado contra acórdão que fosse obscuro, omissivo ou contraditório.

Em 1973, o Código de Processo Civil, vigente até os dias de hoje, preconiza em seu art. 535 que os Embargos de Declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou acórdão, obscuridade, contradição ou omissão.

Uma decisão judicial que seja omissa, contraditória e/ou obscura, afronta a garantia do acesso à justiça, tendo em vista que não permite o controle jurisdicional pelas partes, em razão de ser sua finalidade a de esclarecer ou integrar o provimento judicial, daí a função constitucional dos Embargos de Declaração.

A referida função constitucional tem objetivo de controle da legalidade da decisão, bem como da verificação do exame da alegação das partes no processo, tanto assim que o art.

⁷² O Regulamento nº 737 equivale ao primeiro Código Processual elaborado no Brasil (conquanto restrito às causas comerciais), e compreendia três partes: a primeira, destinada ao processo comercial; a segunda, à execução; e a terceira aos recursos e às nulidades. Embora fossem divergentes as opiniões sobre tal Regulamento, Lopes da Costa entendia que “pela sistemática distribuição da matéria, pela concisão e precisão da linguagem, técnica, pela ausência de antinomias e de geminações, pela redução dos prazos, por uma melhor organização dos recursos, o regulamento marcou sem dúvida uma fase de progresso em nosso direito processual” (COSTA. A oralidade processual. **Revista dos Tribunais**, 1940, p. 56).

93 inc. IX da CRFB/88 estipula que todas as decisões proferidas pelos Órgãos do Poder Judiciário deverão ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade.

Os Embargos de Declaração permitem a devida prestação da tutela jurisdicional, oportunizando o aperfeiçoamento do provimento judicial.

A utilização pelas partes dos Embargos de Declaração para fins de aperfeiçoamento do provimento judicial assegura o devido processo legal, em razão da participação igualitária das partes e, ademais, o acesso à justiça, conforme vazado no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, pois a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão e/ou ameaça ao direito do cidadão. Os Embargos de Declaração revestem-se de suma importância no cenário jurídico, pois, por um lado, veda ao Judiciário o não exercício de seu dever de manifestação sobre os pedidos formulados pelas partes e, por outro lado, possibilita às partes o controle da atividade judicial.

O referido recurso possui nítida função constitucional, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, em razão de garantir os princípios constitucionais do acesso à justiça (art. 5º inc. XXV), devido processo legal (art. 5º inc. LIV) e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93 inc. IX), por ser um instrumento utilizado para o aperfeiçoamento dos atos judiciais, permitindo às partes o direito de obter do Judiciário o exame dos pedidos por elas formulados, além de implicar em negativa de acesso à justiça.

A função constitucional dos Embargos de Declaração está conectada de forma umbilical com o dever do agente público julgador de fundamentar as decisões por ele proferidas, sob pena de serem as referidas decisões consideradas nulas.

Evidencia-se que a função constitucional do referido recurso possibilita às partes o direito de conhecer, de forma clara e objetiva, todos os motivos e justificativas que ensejaram a decisão por elas impugnadas. Os Embargos de Declaração aperfeiçoam a decisão judicial, completando-a e tornando-a inteligível, vedando desta forma o arbítrio judicial e garantindo o acesso à justiça.

Não é novidade que, há tempos, os Embargos de Declaração revestem-se de meio de impugnação da decisão judicial para que se obtenha seu aperfeiçoamento, e não crítica ao ofício judicante.⁷³

⁷³ “Os embargos de declaração não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe de aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal” (AI nº 163.047-5, PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 08.03.1996).

Por fim, não se pode deixar de registrar que aos Embargos de Declaração, em decorrência de construção jurisprudencial, foi atribuída função anômala, qual seja, a de prequestionamento.⁷⁴

4.1.2 Os Embargos de Declaração e a garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais

4.1.2.1 Da realidade jurisprudencial – Afronta à Constituição Federal

Hodiernamente, as partes se depararam com decisões judiciais nas quais os agentes públicos julgadores — juízes —, ao se manifestarem sobre a oposição dos Embargos de Declaração, limitam-se a dizer que não estão presentes os requisitos elencados no art. 535 do Código de Processo Civil, quais sejam, contradição, obscuridade ou omissão.⁷⁵

O referido posicionamento dos agentes públicos julgadores afronta o direito constitucional de fundamentação das decisões judiciais, pois deve ser apontado para as partes o trecho em que não ocorreu nenhuma das hipóteses legais, comprovando a desnecessidade de se opor os Embargos de Declaração.

A corroborar o referido posicionamento dos agentes públicos julgadores, tem-se jurisprudência utilizada de forma reiterada pelos Tribunais e Juízos brasileiros, a qual afirma que o Magistrado está desobrigado de enfrentar todos os pontos arguidos pelas partes nos autos do processo, como a abaixo transcrita:

⁷⁴. Os Embargos de Declaração também serão utilizados para prequestionamento de violação de dispositivos legais de Lei Federal e da Constituição da República, constituindo-se em um debate prévio da questão por intermédio dos Embargos de Declaração, sob pena de inadmissibilidade do recurso subsequente. Neste sentido tem-se as Súmulas nº 282 e nº 356 do STF.

⁷⁵ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO. SÚMULA 150/STF. EMBARGOS REJEITADOS.

I – Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeita-se o recurso integrativo. II – Inviável, em sede de embargos declaratórios, a concessão do excepcional efeito infringente, quando a oposição dos mesmos cinge-se a repisar todos os fundamentos anteriormente já tecidos. III – Esta Corte possui entendimento consagrado de que o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública é de cinco anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos da Súmula 150/STF. IV – Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp nº 1.122.139/RS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0023263-7. Relator: Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Data do Julgamento: 07.10.2010. Data da Publicação: **DJe**, 25.10.2010).

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – RECLAMATÓRIA TRABALHISTA – ATENDENTE DE ENFERMAGEM – OMISSÕES NO ACÓRDÃO – INEXISTÊNCIA – SÚMULAS – PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO – ATOS QUE NÃO SE ENQUADRAM NO CONCEITO DE LEI FEDERAL – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – HORAS EXTRAS – REEXAME DO QUADRO PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – JORNADA COMPENSATÓRIA – REQUISITOS – PREVISÃO CONTRATUAL – LIMITE MÁXIMO DE 10 HORAS DIÁRIAS – *JULGAMENTO EXTRA PETITA – INOCORRÊNCIA – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. (...) V – O Acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte, segundo o qual o pedido deve ser extraído a partir de uma interpretação lógico-sistemática de toda a petição inicial, sendo permitido à parte insurgir-se contra critérios adotados na concessão do pedido inicialmente formulado, não podendo o magistrado se esquivar da análise ampla e detida da relação jurídica posta em exame. VI – O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido. (grifos e “omissis” nossos) (AgRg no REsp nº 995.528 em 22.02.2011, relatoria Min. Sidnei Beneti, STJ)*

A referida jurisprudência utilizada, de forma reiterada pelos nossos Tribunais, estampa, genericamente, que não está obrigado o Poder Judiciário a apreciar, rebater todos os argumentos trazidos pelas partes, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

A jurisprudência acima, reiteradamente utilizada, é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e ofende os direitos e garantias fundamentais,⁷⁶ além de inviabilizar a utilização de recursos pelas partes, como também do acesso à jurisdição, do direito de petição,⁷⁷ do devido processo legal, da fundamentação da decisão judicial, como restará demonstrado por esta dissertação.

Fruto da pesquisa desta dissertação, foram encontrados acórdãos que demonstram que a jurisprudência ora objeto de estudo é resultado de utilização distorcida de um provável *leading case*, tal como o acórdão proferido em Embargos de Declaração em Recurso Especial nº. 16.669 – Distrito Federal – Relator Ministro Garcia Vieira, em 1992, Superior Tribunal de Justiça, que tinha a seguinte ementa:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ERRO MATERIAL.

O acórdão embargado foi provido.

⁷⁶ José Afonso da Silva (1998) define, sinteticamente, direitos e garantias fundamentais como “aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

⁷⁷ Segundo Baracho, o direito de petição (...) “é o que consiste na faculdade de dirigir-se aos poderes sociais. Às altas autoridades constitucionais, para levar ao seu conhecimento este ou aquele fato, este ou aquele estado de coisas, e reclamar a sua intervenção. Encarado sob este ponto de vista, o direito de petição aplica-se todos os dias a todas as relações do indivíduo com o poder” (BARACHO, 2008, p. 42).

O objeto dos Embargos é o exame de outros argumentos usados no Recurso Especial.

Não há no acórdão obscuridade, dúvida, contradição, ou omissão.

O Tribunal não responde a questionário formulado pelos recorrentes e em homenagem ao princípio da síntese e objetividade foge-se da prolixidade que não é sinônimo de fundamentação.

Embargos rejeitados.

Pela análise da ementa do acórdão acima transcrito, tem-se que o fundamento histórico deste julgado está relacionado ao próprio funcionamento e afirmação do novel Superior Tribunal de Justiça, o qual foi criado pela Constituição de 1988⁷⁸ e instalado em 1989.

O STJ começou a funcionar, efetivamente, em abril de 1989, ano em que julgou pouco mais de três mil processos. Em seus mais de 20 anos de existência, o Tribunal ganhou uma nova sede em 1995 e seu número de julgamentos cresceu exponencialmente. Dessa forma, sem uma estrutura adequada, recebendo processos de todos os Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal e dos cinco Tribunais Regionais Federais, com a composição inicial dos Juízes do Extinto Tribunal Federal de Recursos, o argumento esposado no julgado foi, *data venia*, uma saída prática ao excessivo número de processos.

⁷⁸ “Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal.

§1º – Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

§2º – A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á:

I – pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos;

II – pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição.

§3º – Para os efeitos do disposto na Constituição, os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos serão considerados pertencentes à classe de que provieram, quando de sua nomeação.

§4º – Instalado o Tribunal, os Ministros aposentados do Tribunal Federal de Recursos tornar-se-ão, automaticamente, Ministros aposentados do Superior Tribunal de Justiça.

§5º – Os Ministros a que se refere o §2º, II, serão indicados em lista tríplice pelo Tribunal Federal de Recursos, observado o disposto no art. 104, parágrafo único, da Constituição.

§6º – Ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e sua localização geográfica.

§7º – Até que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Federal de Recursos exercerá a competência a eles atribuída em todo o território nacional, cabendo-lhe promover sua instalação e indicar os candidatos a todos os cargos da composição inicial, mediante lista tríplice, podendo desta constar juízes federais de qualquer região, observado o disposto no §9º.

§8º – É vedado, a partir da promulgação da Constituição, o provimento de vagas de Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

§9º – Quando não houver juiz federal que conte o tempo mínimo previsto no art. 107, II, da Constituição, a promoção poderá contemplar juiz com menos de cinco anos no exercício do cargo.

§10 – Compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário” (BRASIL, 1988).

Tal argumento, utilizado num contexto histórico, qual seja, início das atividades do STJ com acúmulo de julgamentos e em caráter de exceção, em razão da fase de adaptação, alastrou-se às demais cortes de Justiça, sem maior preocupação científica e fidelidade constitucional, tendo sido desvirtuado e passado a ser utilizado como regra pelos nossos Tribunais e Juízos.

É de noticiar que inclusive o próprio STF⁷⁹ utiliza a referida jurisprudência como regra e se trata de uma resposta dos Tribunais relacionados a alguma questão arguida por uma das partes e não apreciada pelo agente público julgador. Segundo entendem, uma vez formado o convencimento do Julgador, não estariam obrigados a manifestar, um a um, sobre os argumentos trazidos aos autos.

O agente público julgador deve rebater os argumentos levados aos autos do processo pelas partes, tendo em vista a dicção de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Constituição da República consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, de um lado, outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, de outro, faculta ao indivíduo o direito de ação, ou seja, o direito de provocação daquele.

O princípio da inafastabilidade⁸⁰ da jurisdição é a principal garantia dos direitos subjetivos.

A importância prática do preceito ora examinado está em vedar que sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, não levadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio.

Quando o art. 5º, XXXV, declara que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, vem possibilitar o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Assim, a Constituição amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes mesmo da concretização da lesão.

A resposta da petição levada a Juízo deve ser completa para a parte, mesmo que o Julgador tenha construído o provimento final num ou noutro sentido. Vale dizer, como direito

⁷⁹ “Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, ‘a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente’ (AI nº 650.375-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 10.08.2007), e ‘o órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento’ (AI nº 690.504-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJE* de 23.05.2008)” (AI nº 747.611-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13.10.2009, 1ª Turma, **DJE**, 13.11.2009).

⁸⁰ O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue. (MORAES, 1998, p. 197).

e garantia fundamental em face do Estado, o Magistrado deve prestar contas àquele que provocou a jurisdição, devendo contemplar todos os argumentos ali trazidos, tendo em vista que é um agente estatal.

O tema central desta dissertação é a fundamentação dos atos jurisdicionais decisórios, a qual corresponde, repise-se, a uma limitação constitucional dos poderes do agente público julgador, cujos atos devem ser balizados pela lei.

Não se olvide, com apoio em José Carlos Barbosa Moreira, que no Estado de Direito, e com muito mais razão no Estado Democrático de Direito, que lhe sucedeu no tempo, qualquer “intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como *‘rechtsfertiger Staat’*, como ‘Estado que se justifica’” (MOREIRA, 1988, p. 89).

Isto explica o porquê de ser a fundamentação da decisão jurisdicional norma constitucional para a jurisdição e base para todas as decisões judiciais, sendo condição mínima de efetividade do princípio da legalidade da atividade jurisdicional, como enfatiza Baracho (1999, p. 95), sob enfoque do processo constitucional.

Vale afirmar, os Tribunais e Juízos, quando se omitem em responder as questões levadas pelas partes, independentemente da formação da convicção do agente estatal julgador, não cumprem o preconizado na Carta da República Federativa do Brasil de 1988 (inc. IX do art. 93).

A cada dia o Judiciário assume seu papel de Poder dentro de um Estado Democrático de Direito. Como Poder, deve satisfazer ao titular deste Poder.⁸¹

Neste quadro, o dever de fundamentar as decisões, enfrentando as teses e argumentos das partes, ganha relevo como único meio da disposição de todos para que esta relevante função seja exercida com imparcialidade e controle pelos demais atores processuais.

Já o clássico João Barbalho, nos seus comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão:

Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-

⁸¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob qualquer natureza por perguntas sugestivas ou capciosas. (1902, p. 323)

Não é outra a avaliação do tema no Direito Constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no Direito Alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, *mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar* (Cf. Decisão da Corte Constitucional Alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver também Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Batiis, Ulrich, Gusy, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 3. ed., Heidelberg, 1991, p. 363-364). Excerto extraído do MS n.º. 24.268/MG,⁸² no qual a Relatora foi a Ministra Ellen Gracie, sendo aquele o Relator para o Acórdão de 05 de fevereiro de 2004.

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. Dürig/Assmann, in Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, v. IV, n. 97). Excerto extraído do MS n.º. 24.268/MG,⁸³ no qual a Relatora foi a Ministra Ellen Gracie, sendo aquele o Relator para o Acórdão de 05 de fevereiro de 2004.

⁸² Ementa: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direto de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.** 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. **O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica (...)** Destaque (MS n.º 24.268/MG – Minas Gerais, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 05.05.2004, órgão Julgador: Tribunal Pleno.).

⁸³ Ementa: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direto de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.** 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. **O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica (...)** Destaque (MS n.º 24.268/MG – Minas Gerais, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 05.05.2004, órgão Julgador: Tribunal Pleno.).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assman, in: Manuz-Dürig, Grundgesstz-Kommentar, Art.103, v. IV, n. 97) (Tremos voto-vista no MS nº 24.268/MG – MINAS GERAIS). Excerto extraído do MS nº. 24.268/MG,⁸⁴ no qual a Relatora foi a Ministra Ellen Gracie, sendo aquele o Relator para o Acórdão de 05 de fevereiro de 2004.

No mesmo sentido, diz o Supremo Tribunal Federal brasileiro:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-Juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidir, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (RE nº 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26.05.2009, 1ª Turma, DJE de 21.08.2009)

O princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais deve ter como parâmetro o “Paradigma Processual”, defendido por Fazzalari (2006). Carlos Eduardo A. Carvalho, in Tavares (2008, p. 61-62) referindo-se a Taruffo, se manifesta no sentido de que:

A preocupação de Taruffo parte de uma verificação da prática forense do dia-a-dia, na qual dos julgadores partindo de concepções teóricas equivocadas,⁸⁵ desrespeitam

⁸⁴ Ementa: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.** 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. **O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica (...)** Destaque (MS nº 24.268/MG – Minas Gerais, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 05.05.2004, órgão Julgador: Tribunal Pleno.).

⁸⁵ “Somente a sentença não motivada é nula. Não é nula a sentença com motivação sucinta ou deficiente” (BRASIL. STF, REC. Extr. 77.792/MG, aos 15.10.1974) ou ainda, “o que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão seja fundamentada, não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional” (**Revista Trimestral de Jurisprudências**, v. 150, p. 269 *apud* DIAS, 2004, p. 151).

este enunciado normativo principiológico que também está previsto na Constituição Italiana.⁸⁶

Notadamente este não é um problema verificado apenas na prática, mas também no campo teórico:

Peraltro, le conclusioni negative raggiunte a questo riguardo non inventono soltanto l'insufficienza dei singoli modelli che si sono presi in considerazione, ma inducono a formulare una contatazione di ordini piú generale: è probabilmente impossibile delineare uno schema strutturalmente omogeneo ed unitário del ragionamento del giudice, decisório e giustificativo che al contempo dia conto di tutti i momenti in cui il ragionamento stesso si articola.⁸⁷

Nas palavras de Fernando Horta Tavares:

Com efeito, partindo-se da estrutura do próprio sistema processual brasileiro, os meios que operacionalizam a tramitação dos procedimentos judiciais e administrativos adequada ao Direito Democrático somente são aqueles que se traduzem pela observância dos princípios fundantes da processualidade democrática, isto é, da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do acesso gratuito e incondicionado à jurisdição, do direito do advogado e da fundamentação racional e legítima das decisões e, no plano da técnica, pela obediência aos prazos e formas previstos nos códigos de procedimento civil, penal, trabalhista e demais leis infraconstitucionais, onde há norma reguladora de movimentação procedimental (lei de locações, de recuperação de empresas e falências, estatuto da criança e do adolescente, das relações de consumo etc.). (TAVARES, 2008, p. 25)

Necessário que os atores processuais sejam esclarecidos o suficiente para exigir e fiscalizar a atuação dos juízos aos quais delegou o *munus* de decidir todas as questões levadas aos seus conhecimentos. E a maneira de fiscalizar que as partes possuem é participando da construção do provimento e verificando o cumprimento do princípio constitucional da fundamentação da decisão judicial.

Aroldo Plínio Gonçalves, a propósito, conclui:

(...) a fundamentação da decisão é uma proteção constitucional especialmente dirigida às partes. Elas receberão os efeitos da sentença em seu patrimônio, em seu *universum ius*, efeitos sustentados sobre a apreciação da situação de direito material discutida em contraditório, e se lhes é garantido, pelo contraditório, a participação

⁸⁶ “Art. 111: *La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le part, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*” (ITALIA, 1948).

⁸⁷ “Porém, as conclusões negativas remetem a esta cautela não inventando, contudo, a insuficiência dos modelos singulares que estão presos em considerações, mas induzem a formular uma constatação de ordem mais geral: é provavelmente impossível delinear um esquema estrutural homogêneo e unitário de racionalidade do juízo, decisório e justificativo, que ao mesmo tempo retira os erros de todos os momentos nos quais a racionalidade se articula” (TARUFFO, Michelle. **La motivazione della sentenza civile** *apud* TAVARES, 2009, p. 61-62, tradução nossa).

nos atos processuais que preparam o provimento, é uma consequência dessa garantia que as partes saibam por que um pedido foi negado ou por que uma condenação foi imposta. Elas viveram o processo, ou tiveram a garantia de vivê-lo, participaram de seu desenvolvimento, reconstruindo a situação de direito material sobre que deveria incidir o provimento e, nessa reconstrução, fizeram, juntamente com o juiz, o próprio processo, na expectativa do provimento final. Não é, portanto, demasiado que se tenham as partes como os primeiros destinatários da garantia da fundamentação das decisões. (GONÇALVES, 2001, p. 167)

O Magistrado, no Direito brasileiro, está adstrito à lei⁸⁸ e, sendo assim, deve ofertar:

- a) uma garantia contra o arbítrio;
- b) uma garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (= subjetivismo);
- c) controle de raciocínio do juiz;
- d) possibilidade (técnica) de impugnações (pois, na verdade, quando se impugna uma decisão judicial, se atacam diretamente seus fundamentos para, indiretamente, atingir-se a conclusão, i.e., a decisão propriamente dita);
- e) maior grau de previsibilidade;
- f) aumento da repercussão das normas de direito. (WAMBIER, 2001, p. 21)

O direito de petição, viabilizado pelo processo judicial, deve ser totalmente satisfeito com a resposta, uma a uma, das teses e argumentos apresentados.

Desta feita, a orientação jurisprudencial, a qual dá guarida ao descumprimento do inc. IX do art. 93 da CRFB/88, dever de fundamentar todas as decisões que são emanadas pelo Poder Judiciário, somente será extirpada do ordenamento jurídico se for respeitado o devido processo legal e os princípios constitucionais do processo, os quais viabilizarão o processo democrático autofiscalizável.

A arbitrariedade das decisões jurídicas deve ser afastada pela fiscalização do titular do poder — partes processuais — sob pena de cada vez mais os juízes se fortalecerem, ou seja, o juiz Hércules, de Dworkin, colocar-se numa posição mítica de que detém o poder que lhe foi delegado pelo povo possa proferir decisões desprovidas de fundamentação — em sentido amplo — e impregnadas de cunho valorativo, isto é, de carga moral subjetiva.

Moacyr Amaral dos Santos, ao discorrer sobre a fundamentação, diz que:

⁸⁸ Em reforço à tese, Couture (2003, t. I, p. 54, 56) já defendia, de longa data, que “a sentença é, sem dúvida, uma emanção direta da lei e do sistema geral das normas que impõem decidir segundo o direito preestabelecido. O juiz de poderes discricionários e o do direito livre não somente representam uma *‘contradictio in adiecto’* com a própria essência do direito, como também são a amarga negação de um processo histórico pelo qual se fizeram tantas revoluções”. Tradução livre. No original: “*La sentencia es, sin duda, una emanación directa de la ley y del sistema general de las normas que imponen fallar según el derecho preestablecido. El juez de poderes discrecionales y el del derecho libre no solo representan una ‘contradictio in adiecto’ con la esencia misma del derecho, sino que son la amarga negación de un proceso histórico por el cual se han hecho tantas revoluciones*”.

A sentença é ato de vontade, mas não de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes como também a opinião pública. Portanto, aquelas e esta precisam conhecer dos motivos da decisão, sem os quais não terão elementos para se convencerem do seu acerto. Neste sentido, diz-se que a motivação da sentença redundaria de exigência de ordem pública. (SANTOS, 1985, p. 19)

Assim sendo, a fundamentação está intrinsecamente ligada à positividade da norma. E esta, por sua vez, é legítima quando observa os procedimentos de sua elaboração e é compulsória a todos os indivíduos, de maneira indiscriminada.⁸⁹

A prestação da tutela jurisdicional deve ser completa e eficaz, e somente assim o será quando prolatada de forma clara e objetiva.

Os Embargos Declaratórios, em razão de sua função constitucional, têm conexão com o dever do agente público julgador de fundamentar suas decisões, levando-se em consideração que a presença de qualquer uma das hipóteses de cabimento de oposição de Embargos Declaratórios representa ausência ou desacordo de fundamentação.

Como acima demonstrado, a equivocada jurisprudência utilizada hodiernamente pelos nossos tribunais, no tocante ao recurso de Embargos Declaratórios, representa afronta ao Estado Democrático de Direito, o que não pode ser permitido pelas partes que são coautoras na construção do provimento jurisdicional.

4.2 O Instituto da repercussão geral da questão constitucional e sua compatibilidade com o princípio da fundamentação da decisão judicial

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, passou por várias modificações, dentre elas o advento, em 08 de dezembro de 2004, da Emenda Constitucional nº 45, a qual dispõe sobre a Reforma do Poder Judiciário e que acrescentou no §3º⁹⁰ do art. 102 o instituto da repercussão geral da questão constitucional.

⁸⁹ Elucidativa, nesta senda, é a lição de Mário Lúcio Quintão Soares: “No século passado [*i.e.* séc. XIX], a dogmática alemã elaborou o conceito *Rechtsstaat*, compreendido como Estado liberal de direito no seu real sentido, restringindo as atividades estatais à defesa da ordem e segurança públicas, remetendo os domínios econômico e social para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. (...) Nesse contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam de uma esfera da liberdade individual: os direitos fundamentais da liberdade e da propriedade apenas poderiam sofrer intervenção estatal quando autorizada por lei aprovada pela representação popular. (...) Segundo Weber, o *Rechtsstaat* retirou sua legitimidade das premissas de um exercício juridicamente configurado de dominação política: da abstrata estrutura normativa dos estatutos legais, da autonomia discricionária da tomada de decisões judiciais, da vinculação da Administração às leis e da *construção racional* das leis” (QUINTÃO SOARES, 2001, p. 277-278).

⁹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

Em 19 de dezembro de 2006, a Lei nº 11.418 regulamentou o tema, estabelecendo o procedimento a ser incorporado ao Código de Processo Civil, e sobre o tema prescreve que para efeito da repercussão geral da questão constitucional, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Na mesma linha, regulamentando a repercussão geral da questão constitucional, as Emendas Regimentais (ER) nº 21 de 2007 e nº 23 de 2008 acresceram ao Regimento Interno do STF (RISTF) disposições relativas àquela, a fim de que realmente pudesse ser exigida.

A introdução do instituto da repercussão geral da questão constitucional trouxe discussão de ordem constitucional, tendo em vista que a EC nº. 45/04, ao mesmo tempo em que introduziu referido instituto, acresceu ao rol de direitos e garantias individuais o direito à razoável duração dos processos⁹¹ e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).⁹²

Para uns,⁹³ o instituto da repercussão geral da questão constitucional trata-se de um mecanismo hábil de combate à morosidade judicial, combinado com o efetivo acesso à Justiça,⁹⁴ garantindo acesso a todos, bem como um resultando num solucionador da lide, de modo justo e tempestivo.⁹⁵

§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁹¹ Segundo Fernando Horta Tavares, duração razoável “indica tramitação ou a prática de atos delimitada por marcos temporais com começo e fim, mas esta trilha procedimental deve ser percorrida regularmente (que é a melhor definição técnica para o termo razoável, também ligada à racionalidade procedimental)” (TAVARES, 2007, p. 114).

⁹² “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁹³ Por exemplo, cita-se Sérgio Bermudes (2005, p. 1-2).

⁹⁴ Nas palavras de Mauro Capelletti e Bryant Garth, a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (**Acesso à justiça**, 1988).

⁹⁵ Dentre estes, tem-se Luiz Rodrigues Wambier *et al*, que defendem que “esta figura impede que o STF se transforme numa 4ª instância e deve diminuir, consideravelmente, a carga de trabalho daquele Tribunal, resultado este que também acaba, de forma indireta, por beneficiar os jurisdicionados, que terão talvez uma jurisdição prestada com mais vagar, e haverá acórdãos, já que em menor número, que serão fruto de reflexões mais demoradas por parte dos julgadores. Enfim, se espera que, com essa possibilidade de seleção de matérias realmente importantes, não só para o âmbito de interesse das partes, se tenha jurisdição de melhor qualidade” (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2007, p. 241).

Entretanto, para outros,⁹⁶ o requisito da repercussão geral da questão constitucional restringe o direito, também consagrado no rol do art. 5º da Constituição Federal, à ampla defesa, haja vista que este assegura a todos os litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inc. LV da referida norma). Alegam que em nome da busca do combate à morosidade judicial na verdade ofende-se o direito das partes de participarem da construção do provimento. Ademais, que se o recurso não for admitido, por ausência de preenchimento do requisito da repercussão geral, estaria se criando um óbice para a decisão de mérito do processo pelo Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, ferindo o direito de ampla defesa.

Antes de se enfrentar a questão cerne do presente capítulo, cumpre discutir o que significa repercussão geral da questão constitucional.

O §3º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 preconiza que, “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei”.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina explicam a referida disposição legal:

Ou seja, precisará demonstrar que o tema discutido no recurso tem uma relevância que transcende aquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional, semelhante ao que já ocorria, no passado, quando vigorava no sistema processual brasileiro, o instituto da argüição de relevância. (2005, p. 97)

Importante noticiar que tanto o instituto da repercussão geral da questão constitucional como a argüição de relevância de questão federal,⁹⁷ a qual era prevista na Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional de 1969, guardam entre si semelhanças como as

⁹⁶ Neste sentido, tem-se Zamira de Assis que afirma que “o interessante é observar que grande parte das inovações legislativas vêm em socorro da morosidade da resposta do judiciário, mas não para aceleração da resposta e sim, para supressão da participação das partes no procedimento, fazendo com que a ‘justiça’ seja distribuída de forma solipsista (*sic*) pelo julgador e não ‘processualizada’ pelas partes em contraditório no espaço-tempo procedimental desde o processo legislativo” (ASSIS, 2007, p. 186).

⁹⁷ [...] “o julgamento em tese da relevância, ou não, da questão federal é antes ato político do que propriamente ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência, ou não, de um interesse que não é do recorrente, mas que é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao tribunal supremo do país a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica, social, econômica ou política da questão mesma em julgamento, abstraído os interesses concretos das partes litigantes. É, aliás, em virtude desse caráter político, advindo do julgamento em tese, que se explica e se justifica a circunstância de se admitir que argüição de relevância da questão federal seja acolhida ainda quando a maioria do Tribunal se manifeste pela sua rejeição, e desde que essa maioria se forme com o mínimo de quatro votos em 11 possíveis” (Min. Moreira Alves. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros** n. 58/59. Vide RE nº. 86.139/ES, Rel. Cunha Peixoto, STF, 1976).

de se serem uma espécie de filtro⁹⁸ que selecionará os casos em que o interesse vai além do individual, ou seja, que a importância da decisão transcenda àquela causa em que o recurso foi interposto e de se consubstanciarem num pré-requisito do recurso extraordinário.

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que os referidos institutos apresentam entre si distinções.⁹⁹

O instituto da repercussão geral foi regulamentado pela Lei nº 11.418/06, a qual preconiza em seu §1º do art. 543-A do Código de Processo Civil que: “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.¹⁰⁰

O instituto jurídico da repercussão geral, como o seu antecessor, arguição de relevância, trata-se, segundo Arruda Alvim, de um conceito indeterminado “*aprioristicamente* se tem por indefinível (ou, ao menos, utilmente definível), de uma só vez, em termos

⁹⁸ Arruda Alvim destaca que “A expressão ‘repercussão geral’ significa praticamente a colocação de um filtro ou de um divisor de águas em relação ao cabimento do recurso extraordinário, viabilizando-se que o STF, mais uma vez instalado o regime da EC nº 45, só venha a julgar recursos extraordinários na medida em que tenham repercussão geral, deixando sempre de julgar os recursos que não sejam dotados dessa repercussão, ainda que formal e substancialmente pudessem ser aptos à admissão e ao julgamento, e até mesmo julgamento favorável” (A EC nº 45 e o instituto da repercussão geral. *In*: WAMBIER (Coord). **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, 2005). No mesmo sentido Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina; “A repercussão geral é um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido a sua verdadeira função que é a de zelar pelo direito objetivo, sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a nação” (ALVIM. A EC n. 45 e o instituto da Repercussão Geral. *In*: WAMBIER (Coord). **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, 2005, p. 63- 99).

⁹⁹ Neste sentido tem-se Lenio Streck, o qual diz que a “regulamentação feita pelo Pretório Excelso de então seguiu fielmente a idéia central do governo militar, incluindo até ‘os aspectos morais’ e os ‘políticos’. Por isso, qualquer interpretação acerca do significado de ‘repercussão geral’ deve fugir de eventuais comparações com o conteúdo dos arts. 327 a 329 do regimento interno do STF e da jurisprudência (ambos não recepcionados) praticada pelo Tribunal até 1988. A Constituição do Brasil, fruto do processo constituinte de 1986-88, mais do que um corte simbólico, estabeleceu explicitamente um novo paradigma de direito e de Estado. Não se pode olhar o novo — por mais discutível que seja esse novo — com os olhos do velho, que com toda a certeza, não recomenda em nada para a melhoria do processo democrático e o acesso à justiça. Ou seja, a arguição de relevância do regime militar deve ser lida como um instrumento para o controle dos tribunais e do legislativo. Já a exigência da comprovação da ‘repercussão geral das questões constitucionais’ — repita-se, por mais discutível que seja a sua compatibilidade com a Constituição — deve ser lida como um instrumento para aprimorar o processo democrático, tanto é que o constituinte derivado estabeleceu a presunção da existência dessa repercussão geral, exigindo o qualificado quorum de votos para a recusa do recurso extraordinário e não para a sua admissão, este deve ser o belvedere do qual o novel instituto deve ser olhado e não o velho instituto da arguição de relevância” (STRECK. A repercussão geral das questões constitucionais e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as causas irrelevantes. *In*: AGRA (Coord.). **Comentários à reforma do poder Judiciário**, 2005, p. 135-136).

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR. **Curso de direito processual civil**, 2008, p. 723.

propriamente completos, o que equivaleria a uma série infindável de incisos, exageradamente casuísticos e minuciosos” (ALVIM, 1988, p. 76).

O instituto da repercussão geral, no entanto, não se coaduna com uma “leitura democrática das garantias processuais de nosso modelo constitucional” de processo (NUNES, 2004, p. 162), ante a dificuldade de previsibilidade pelas partes quanto à conduta das decisões do Tribunal, ou seja, permite a abertura de espaço para a utilização de arbitrariedades e discricionariedades pelo Judiciário, além de transvestir os princípios da duração razoável do processo e da economia processual.¹⁰¹

Sendo assim, em que pese o instituto da repercussão geral não ser o tema central desta dissertação, necessário se fez a breve passagem alhures por referido tema, o qual é de suma importância, tendo em vista que em 23 de junho de 2010, para fins de acolher questão de ordem para reconhecer a presença do instituto da repercussão geral, o Relator Gilmar Mendes, Relator do Agravo de Instrumento nº 791.292 do Estado do Pernambuco, deu provimento ao referido Agravo de Instrumento e, de imediato, converteu-o em recurso extraordinário, na forma do §§3º e 4º do Código de Processo Civil.

No Agravo de Instrumento nº 791.292, do Estado do Pernambuco, o qual foi convertido em recurso extraordinário, foi reconhecida a presença do pré-requisito de admissibilidade da repercussão geral para admitir a inoccorrência de ofensa ao inc. IX do art. 93 da CRFB/1988, do acórdão, que sem determinar, pormenorizadamente cada uma das alegações ou provas, seja fundamentado de forma sucinta.

O reconhecimento do instituto da repercussão geral no AI nº 791.292¹⁰² do Estado do Pernambuco, admitindo a não apreciação pormenorizada de cada uma das alegações ou

¹⁰¹ Aroldo Plínio Gonçalves, diz que “A preocupação com o rápido andamento do processo, com a superação do estigma da morosidade da Justiça que prejudica o próprio direito de acesso ao Judiciário, porque esse direito é também o direito à resposta do Estado ao jurisdicionado, é compartilhada hoje por toda a doutrina do Direito Processual Civil. As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia processual e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e garantia constitucional do contraditório não permite que ele seja violado em nome do rápido andamento do processo. A decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo, não poderá se apresentar, também, na sentença” (2001, p. 125).

¹⁰² Ementa: Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inc. IX do art. 93 da Constituição Federal. Inoccorrência. 3. **O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.** 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral (Repercussão Geral na Questão de Ordem do Agravo de Instrumento nº 791.292 Pernambuco – Rel. Ministro Gilmar Mendes, 23.06.2010).

provas apresentadas pelas partes, pode ensejar a prolação de decisões judiciais sem fundamentação, amparadas em critérios de discricionariedade e arbitrariedade.

No bojo de seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes assim se manifestou:

[...] A presente questão de ordem diz respeito à aplicação do regime de repercussão geral aos recursos extraordinários nas hipóteses em que a Corte já firmou entendimento sobre o tema em debate.

A matéria trazida nestes autos se refere à alegação de negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação, em ofensa aos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

Antiga é a jurisprudência desta corte segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido há reiterados julgados do Tribunal Pleno, entre os quais o MS 26.163, Rel. Min. Cármen Lúcia, *Dje* 05.09.2008; e o RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.2006. [...]

Pelo trecho do voto acima transcrito constata-se que o Relator para o acórdão Gilmar Mendes é contraditório, como adiante será demonstrado, ao afirmar que “o art. 93, IX, da Constituição Federal o acórdão e a decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” postas nos autos do processo pelas partes.

Ainda há de ser registrado que o Relator Gilmar Mendes, no AI nº 791.292, do Estado de Pernambuco, de 23 de junho de 2010, está em desencontro ao por ele defendido no MS nº. 24.268/MG,¹⁰³ no qual a Relatora foi a Ministra Ellen Gracie, sendo aquele o Relator para o Acórdão de 05 de fevereiro de 2004, no qual defende com base no Direito Constitucional comparado Alemão, que a “pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador”.

¹⁰³ Ementa: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.** 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. **O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica** [...] Destaque (MS nº 24.268/MG – Minas Gerais, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 05.05.2004, órgão Julgador: Tribunal Pleno.).

No MS nº 24.268/MG, do qual o Ministro Gilmar Mendes foi o Relator para o Acórdão, se manifestou no sentido de que [...] **“É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões** (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11,218 (218); Cf. Dürig/Assman, in: Manuz-Dürig, Grundgesetzkommentar, Art. 103, Vol. IV, nº 97)” [...]

Para fundamentar seu voto no AI nº 791.292 do Estado do Pernambuco, convertido em recurso extraordinário, o Relator Ministro Gilmar Mendes ampara-se em inúmeros julgados do Tribunal Pleno, esquecendo-se do MS nº 24.268/MG, por ele relatado e, ademais, transvestindo os julgados nos quais se sustenta, os quais dizem em síntese que **não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumprirem esse requisito.**¹⁰⁴

Os julgados referenciados pelo Relator Ministro Gilmar Mendes não dizem o que foi acolhido como questão de ordem para reconhecer a repercussão geral e reafirmar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e sim que não há afronta ao inc. IX do art. 93 da CRFB/88 a decisão que não analisar pormenorizadamente as alegações e provas apresentadas pelas partes, **desde que referida decisão esteja motivada.**

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza de verbetes jurisprudenciais em seus acórdãos, em afronta ao previsto no inc. IX do art. 93 da CRFB/88, percorrendo um caminho a *latere* de um Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, é pertinente fazer um breve relato sobre o funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁰⁵ no que concerne ao tema principal desta dissertação, qual seja, a fundamentação da decisão judicial.

Conforme o art. 241¹⁰⁶ do Tratado de Lisboa, que alterou o art. 253 do Tratado da União Europeia, as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia devem ser sempre fundamentadas, sob pena de nulidade.

¹⁰⁴ Vide RE nº 140.370, 1ª T., 20.04.1993, Pertence, **DJ**, 21.05.1993, AI nº 242.237- AgR, 1ª T., 27.06.2000, Pertence, **DJ**, 22.09.2000).

¹⁰⁵ Segundo Fernando Horta Tavares, o Tribunal de Justiça da União Europeia representa a jurisdição especializada prevista no art. 220 do Tratado da Comunidade Europeia, à qual compete garantir o respeito do direito seja na interpretação seja na aplicação do Direito comunitário (TAVARES, 2002). Neste sentido, tem-se Maria Luisa Duarte que diz que “O Tribunal de Justiça interpreta a sua competência de controlo da legalidade dos actos comunitários no sentido de vedar ao Juiz nacional a possibilidade de declarar a invalidade do acto comunitário, pelo que, neste caso, deverá suscitar a adequada questão prejudicial” (v. Acórdão de 22 de outubro de 1987, Proc. 314/85, caso *Foto-Frost*, Col. 1987, p. 4199).

¹⁰⁶ 241) O artigo 253.º passa a ter a seguinte redacção: “Artigo 253.º

Os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, diferentemente da maioria dos proferidos pelos nossos Tribunais, são devidamente fundamentados, isto é, todos os argumentos levantados pelas partes são respondidos um a um com a devida justificação.¹⁰⁷

Sobre o tema, leciona Lenio Streck:¹⁰⁸

A partir disso - uma vez que a consequência é o reforço do espaço de autonomia do direito e da força normativa da Constituição, tem-se que o dever fundamental de justificar as decisões assume especial relevância no plano da transparência do processo democrático de aplicação de leis. Destarte, as possibilidades de controlar democraticamente as decisões dos juízes (que transitam no terreno do contramajoritarismo) residem precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. E esse dever de fundamentar as decisões não é meramente teleológico; é, também e fundamentalmente, um dever de esclarecimento acerca do estado-da-arte do processo sob apreciação; é uma *accountability* permanente.

Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão, como, aliás, é posição assumida pelo tribunal Europeu de Direitos Humanos. Afinal, se o Estado Democrático de Direito representa a conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, a detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de *accountability* jurídico-político em favor da sociedade. (STRECK, 2009, p.100)

Feitas estas breves considerações sobre o Tribunal de Justiça da União Europeia, prossegue-se pontuando que diversas podem ser as justificativas das quais os Tribunais Superiores se valem para ter posturas desconformes com os ditames de um Estado que se diz Democrático de Direito, até mesmo o de excesso de processos que cresceram em progressão geométrica,¹⁰⁹ problemas de ordem de infraestrutura, mas de forma alguma tais justificativas

Quando os Tratados não determinem o tipo de acto a adoptar, as instituições escolhê-lo-ão caso a caso, no respeito dos processos aplicáveis e do princípio da proporcionalidade. Os actos jurídicos são fundamentados e fazem referência às propostas, iniciativas, recomendações, pedidos ou pareceres previstos pelos Tratados. Quando lhes tenha sido submetido um projecto de acto legislativo, o Parlamento Europeu e o Conselho abster-se-ão de adoptar actos não previstos pelo processo legislativo aplicável no domínio visado” (Tratado de Lisboa).

¹⁰⁷ Neste sentido, tem-se João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, os quais dizem que “Consoante o Tribunal de Justiça havia explicado já em 1963, a fundamentação do acto tem por finalidade dar às partes a possibilidade de conhecer as razões da medida adoptada, a fim de poderem defender os seus direitos, ao Tribunal de exercer o seu controlo e aos Estados-membros, como a todo o sujeito de direito, conhecer as condições em que as Instituições fazem aplicação do Tratado” (2008, p. 310).

¹⁰⁸ STRECK. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: MACHADO; OLIVEIRA (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, 2009b.

¹⁰⁹ Rodolfo Mancuso. A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação: STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a ele dirigidos. *In*: FUX; NERY; WAMBIER (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, 2006, p. 1074. O mesmo autor pontua que “Essas cifras expressivas não reduzem o problema a uma crise meramente numérica ou quantitativa, devendo-se, ao contrário, ter presente que ‘a quantidade afeta a qualidade’. Por isso, quando um órgão judicial postado à cumeeira da organização judiciária recebe mais processos do que pode julgar,

têm o condão de validar o impedimento de acesso do jurisdicionado e ainda mais o direito do jurisdicionado de ver todos os seus argumentos e teses respondidos, de forma fundamentada.

A justificativa de excesso de processos utilizada pelos Tribunais Superiores não é nova,¹¹⁰ pois mesmo antes da Constituição de 1988 já era utilizada pelos Tribunais para justificar a inobservância das leis e da Constituição Federal.

As justificativas acima apontadas são utilizadas e não são novas, o que demonstra que operadores do Direito, *in casu*, o agente público julgador — juiz —, não exerce sua atividade judicante de forma racional e justificada, ou seja, fundamentando suas decisões conforme exigência constitucional vazada no inc. IX do art. 93 da Constituição Federal.

O Instituto da Repercussão geral não é compatível com o princípio da fundamentação da decisão judicial, tendo em vista que obstaculariza o julgamento de mérito do recurso, o que impede o acesso à justiça.

4.3 Vícios de fundamentação que obstruem a efetivação das garantias processuais

Realçadas no discorrer desta dissertação as concepções gerais sobre o princípio da fundamentação das decisões judiciais e sua necessária observância para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, cumpre analisar, embora em breve abordagem, alguns dos vícios que obstacularizam a efetivação das garantias processuais, numa tentativa de traçar um modelo de fundamentação que tenha validade, conforme o preconizado no inc. IX do art. 93 da Carta da República de 1988.

4.3.1 Ausência de fundamentação

O vício mais grave da fundamentação é o da sua ausência,¹¹¹ pois reveste-se de total inexistência de um discurso no qual sejam explicitadas as razões de fato e de direito do

começam as mazelas que desprestigiam a Justiça e afligem os jurisdicionados; protraimento indefinido dos feitos, contrariando a garantia da duração razoável (CF, art. 5º, LXXVIII – EC 45/2004); funcionalização do Judiciário, contrariando o disposto no art. 93, XIV, da CF – EC 45/2004; massificação da resposta judiciária, em detrimento do exame cuidadoso de cada caso e da consistente fundamentação jurídica da decisão” (**Recurso Extraordinário e Recurso Especial**, 2007, p. 81).

¹¹⁰ José Joaquim Calmon de Passos, antes da Constituição Federal de 1988, manifestou-se no sentido de que “A crise do STF se traduz como vimos, em duas conseqüências bem determináveis. A primeira delas, o acúmulo de processos sem decisão nesse órgão, visto como o número dos que anualmente nele têm ingresso excede, de muito, o dos que nele conseguem ser julgados (...). A segunda conseqüência se traduz na perda de substância dos julgados de nossa mais alta Corte de Justiça. Eles, que deveriam ser os norteadores de toda a atividade jurisdicional do País, apresentam-se, em sua esmagadora maioria, como frutos modestos, às vezes nada convincentes, por força da pressão intolerável do volume de trabalho exigido dos senhores ministros” (**PASSOS. Da arguição de relevância no recurso extraordinário**, 1977, p. 12).

provimento final, o que obstaculariza o controle pelas partes da atividade do agente público julgador — juiz —, com o fim de não se permitir arbitrariedades.

Segundo Taruffo,¹¹² a ausência de fundamentação é dividida em ausência de motivação intrínseca e ausência de motivação extrínseca.

A ausência de fundamentação intrínseca¹¹³ ocorre quando o agente público julgador não leva em consideração elementos de relevância decisiva, os quais se considerados poderiam implicar em decisão diversa. Lado outro, a ausência de fundamentação extrínseca,¹¹⁴ ocorre quando o agente público julgador não explicita os elementos nos quais se baseou para decidir.

¹¹¹ “EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE RECORRER AFASTADA – SENTENÇA – FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE. A ausência de interesse de recorrer ocorre quando o pedido é julgado procedente não se consubstanciando a dita sucumbência da parte autora. Ausente a fundamentação, não há como a sentença de primeiro grau ser aproveitada, sob pena de ofensa ao preceito legal esculpido no art. 458 do CPC, que pressupõe a fundamentação como um dos requisitos essenciais da sentença, constituindo a motivação uma exigência de ordem pública, que, desatendida, gera como consequência vício de nulidade”. (Apelação Cível nº 1.0024.00.090705-5/001. Apelante: Paulo César Campelo. Apelado: Banco ABN AMRO REAL S/A. Relator: Des. José Affonso da Costa Côrtes. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 15ª Câmara Cível do TJMG. **DJ**, 06.11.2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2011).

¹¹² TARUFFO. **La motivazione della sentenza civile**, 1975, p. 466.

¹¹³ “E M E N T A: HABEAS CORPUS – ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE APELAÇÃO E DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS – IMPUTAÇÃO DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO – **DECISÕES QUE NÃO ANALISARAM OS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA DEFESA DO RÉU** EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS – INOBSERVÂNCIA – NULIDADE DO ACÓRDÃO – PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. – A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes. **A decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu.** Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado” (HC nº 74.073/RJ, Relator Min. Celso de Mello, unânime, *DJ* 27.06.1997, p. 30227, Ement. Vol. 1875-03, p. 597, julg. 20.05.1997, Primeira Turma).
EMENTA: Habeas corpus – A falta de fundamentação da sentença com relação as teses da defesa que têm relevância é causa de nulidade desta que deveria ter sido reconhecida pelo acórdão impugnado e não o foi por fundamentação que não pode prevalecer. “Habeas corpus” conhecido e deferido, para, cassado o acórdão na apelação, anular a sentença de primeiro grau, a fim de que outra seja proferida devidamente fundamentada (HC nº 75.340/GO, Relator Min. Moreira Alves, *DJ* 08.05.1998, p. 2, Ement. Vol. 1909-01, p. 104, julg. 05.12.1997, Primeira Turma, unânime).

¹¹⁴ “A sentença que não esgota a prestação jurisdicional e, em consequência, não aprecia todas as questões é nula” (BRASIL, [s.d.], p. 352, nota nº 19). “A sentença que não esgota a prestação jurisdicional e, em consequência não aprecia todas as questões de fato e de direito formuladas pelas partes, é ato processual nulo, face o prescrito no art. 458, nº II, do CPC, não obstante o previsto no art. 515, da mesma Lei Adjetiva civil” (PAULA, [s.d.], p. 1715, verbete nº 14).

A fundamentação é elemento de transparência essencial ao Estado Democrático de Direito, o que implica que deve estar presente em toda e qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade e inobservância da Constituição Federal.

Como dito no corpo desta dissertação, uma decisão judicial não pode se eximir de explicitar os motivos de fato e de direito que a fundamentaram. Indubitavelmente, uma decisão ausente de fundamentação ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que impossibilita as partes de perceber se os argumentos e as provas dos autos foram analisados.

4.3.2 *Fundamentação insuficiente*

A Constituição Federal de 1988 elegeu como requisito da decisão judicial a “integridade”,¹¹⁵ tendo em vista que ao enfatizar que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, concomitantemente, preconizou a necessidade de “todo” o provimento ser justificado.

Desse modo, ao prescrever o requisito da “integridade”, a Constituição Federal de 1988, no seu inc. IX, do art. 93, afastou a possibilidade da prolação de provimentos judiciais insuficientes,¹¹⁶ ou seja, provimentos que não permitem às partes conhecer todos os aspectos que conduziram o juiz a tomar a decisão, seja ela procedente ou improcedente.

A “integridade” é um requisito importante, em síntese, para que a fundamentação sob a ótica constitucional, seja válida e, ademais, não se pode permitir num Estado Democrático de Direito uma fundamentação que não contenha as justificativas de todas as opções adotadas pelo agente público julgador ao longo do *iter* decisório.

¹¹⁵ Gomes Filho afirma que: “À vista disso, não se pode conceber uma fundamentação em que não estejam justificadas todas as opções adotadas ao longo desse percurso decisório, sob pena de frustrar-se o imperativo constitucional, principalmente se consideradas as funções de garantia que consagra. (...) Nesse sentido, é possível dizer que a integridade supõe a adequação do discurso justificativo aos temas que são efetivamente objeto de decisão” (GOMES FILHO, 2001, p. 175).

¹¹⁶ A título de exemplo, cita-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual em várias decisões proferidas, em julgamentos recentes, afirma que “ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide”, e que ele “não está obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. **O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados**” (REsp nº 885.454/DF, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ, 28.02.2007).

A decisão insuficiente resulta da inobservância do requisito constitucional da “integridade” pelo agente público julgador, o que conseqüentemente gerará a nulidade da decisão.

4.3.3 *Fundamentação contraditória*

A decisão judicial que apresenta em seu discurso justificativo, incompatibilidade entre suas variadas asserções, padece de sério defeito, tendo em vista que revela-se numa decisão judicial na qual falta a correção no *iter* do raciocínio decisório, o que impossibilita o seu controle pelos partícipes da construção do provimento.

A clareza e coerência do raciocínio é de fundamental importância numa decisão judicial.

No discurso justificativo pode-se encontrar contradições entre as várias conclusões resultantes da fundamentação e as afirmações inclusas no dispositivo, incompatibilidade entre diversas argumentações apresentadas num mesmo contexto.

Uma decisão judicial que contenha um discurso justificativo contraditório¹¹⁷ implica em inexistência de fundamentação.

4.3.4 *Fundamentação implícita*

¹¹⁷ Decisão Monocrática nº 2011/0178593-1 do Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, 10 de outubro de 2011. EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.268.638 – PR (2011/0178593-1) RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) EMBARGANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS PROCURADOR: KARINA BRITO MAFRA. EMBARGADO: CELIA VINHA CRUZ ADVOGADO: ROGERIO REAL E OUTRO(S). PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RURAL. APOSENTADORIA. COMPROVAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DIGITAÇÃO DE NOME DO AGRAVANTE EQUIVOCADO. ERRO MATERIAL. EXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONTRADITÓRIA. OCORRÊNCIA. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA ESCLARECIMENTO. Contradição. Ementa e acórdão. Admitem-se EDcl para espancar contradição existente entre a ementa e o acórdão que lhe serviu de fundamento (STJ, 2ª T., EDclResp nº 101.123/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.08.1991, DJU 09.09.1991, p. 12183) (**Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev. ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 910).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME. INCABIMENTO. 1. Na dicção da lei e no ensinamento da doutrina, a contradição verifica-se quando, no contexto do acórdão, estão contidas proposições inconciliáveis entre si, dificultando-lhe a compreensão. (...) (STJ. EDcl no AgRg no AgRg no REsp nº 800.007/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.:07.12.2006, **DJ**, 26.02.2007 p. 657).

A fundamentação implícita ocorre quando o agente público julgador — juiz —, ao optar por uma linha de raciocínio, implicitamente exclui vários dos argumentos aventados pelas partes; quando deixa de referir-se a um ou alguns dos pontos do processo, por entender que não são relevantes para a decisão em relação a outros pontos já expressamente considerados; quando diante de teses contrapostas, a aceitação fundamentada de uma deixa implícitas as razões de rejeição de outra; e quando a solução de uma questão resulte em precluir o exame das questões e pontos sucessivos, ou da própria causa principal.

A fundamentação implícita não pode ser admitida, pois a não manifestação judicial explícita sobre todos os elementos e argumentos contidos no bojo dos autos do processo, representa grave prejuízo às partes e à sociedade. Às partes porque elas não terão possibilidade de conhecer e analisar se todos os seus argumentos, provas e contraprovas produzidas ao longo da marcha processual foram consideradas pelo agente público julgador — juiz. À sociedade porque ao não conhecer inteiramente todos os elementos produzidos pelas partes, bem como a análise que foi feita sobre eles, não poderá avaliar e fiscalizar o curso da marcha processual e o provimento final.

A fundamentação deve ser explícita, pois muito mais importante que conhecer o resultado final é ter a possibilidade de conhecer e analisar o que conduziu a esse resultado final.

4.3.5 *Fundamentação per relationem*

O estudo da fundamentação *per relationem*¹¹⁸ é imperioso, tendo em vista ser esta frequentemente utilizada pelo Judiciário brasileiro.

A fundamentação *per relationem* ocorre quando o agente julgador — juiz —, procede à integração expressa ao texto justificativo da fundamentação inserida em outra decisão, ou

¹¹⁸ I. Habeas corpus: cabimento. 1. Assente a jurisprudência do STF no sentido da idoneidade do habeas corpus para impugnar autorização judicial de quebra de sigilos, se destinada a fazer prova em procedimento penal. 2. De outro lado, cabe o habeas corpus (HC nº 82.354, 10.08.2004, Pertence, DJ 24.09.2004) – quando em jogo eventual constrangimento à liberdade física – contra decisão denegatória de mandado de segurança. II. Quebra de sigilos bancário e fiscal, bem como requisição de registros telefônicos: **decisão de primeiro grau suficientemente fundamentada, a cuja motivação se integraram per relationem a representação da autoridade policial e a manifestação do Ministério Público.** III. Excesso de diligências: alegação improcedente: não cabe invocar proteção constitucional da privacidade em relação a registros públicos (STF – HC n 84.869/SP – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ de 19.08.2005). MS nº 27.350 MC/DF DJ 04.06.2008, que ora, transcreve-se: “**Valho-me, para tanto, da técnica da motivação ‘per relationem’, o que basta para afastar eventual alegação de que este ato decisório apresentar-se-ia destituído de fundamentação. Não se desconhece, na linha de diversos precedentes que esta Suprema Corte estabeleceu a propósito da motivação por referência ou por remissão**” (RTJ 173/805-810, 808/809, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 195/183-184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

seja, é identificada, como afirma Taruffo, quando o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc* a certo ponto, mas se vale do reenvio a justificação contida em outra decisão (TARUFFO, 1975, p. 436).

Sobre a motivação *per relationem*, é muito discutida a viabilidade de ser conferida validade a ela, principalmente quando utilizada nos casos em que os acórdãos¹¹⁹ se limitam a confirmar o acerto da decisão monocrática.

O Tribunal deve sempre indicar suas razões, ainda que idênticas às da sentença monocrática, pois ao assim agir possibilita às partes avaliarem se exercerão o direito de recorrer do provimento exarado, prestigiando, assim, o princípio do duplo grau de jurisdição.¹²⁰

É extremamente difícil para as partes recorrer de decisões que careçam de fundamentação.¹²¹

Entretanto, a motivação *per relationem*, embora criticada, foi acolhida expressamente pela Lei nº 9.099/95, no §5º,¹²² art. 82.

A motivação *per relationem* poderá ser utilizada quando o agente público julgador se referir à argumentação de uma das partes. Nesse caso, deve-se ter cautela, pois poder-se-á afrontar o princípio da igualdade das partes¹²³. Logicamente que poderá se fazer menção aos argumentos utilizados pelas partes, desde que tais referências façam parte de um encadeamento lógico relacionado às questões de fato e de direito.

A fundamentação *per relationem*, nos moldes ora trabalhados, impossibilita o controle da sociedade e das partes acerca da atividade judicial.

¹¹⁹ A menção a acórdão, como afirma Streck, “pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, mas nunca fundamentar, de per si, a decisão” (STRECK, 2011, p. 216).

¹²⁰ Leal diz que o princípio do duplo grau de jurisdição “desponta como dever estatal de permitir a revisibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, o reexame da motivação legal que sustentou o convencimento do juiz para exarado do provimento recorrido” (LEAL. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, 2010, p. 124).

¹²¹ Vide Recurso Extraordinário nº 140.370/MT. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Supremo Tribunal Federal.

¹²² “Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”.

¹²³ Eduardo Couture disserta que “o princípio da igualdade domina todo o processo civil e, por força da isonomia constitucional de todos perante a lei, impõe que ambas as partes da lide possam desfrutar, na relação processual, de iguais faculdades e devam se sujeitar a iguais ônus e deveres”. COUTURE, Eduardo *apud* THEODORO JÚNIOR, 1981, p. 182). Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira ensina que “Para garantir la observancia de los principios enunciados, es imprescindible que se asegure a los litigantes la igualdad de tratamiento por el órgano judicial. Esto exige, ante todo, que la conformación del procedimiento no quede sujeta al arbitrio del juez, sino que se ajuste al modo previamente instituido por la ley para los procesos en general. Una dosis razonable de ‘formalismo’ es necesaria como condición del justo equilibrio entre el poder del órgano judicial y los derechos de las partes, y asimismo de la uniforme aplicación del derecho material” (MOREIRA, 1986, p. 178).

4.3.6 Sanção constitucional dos vícios de fundamentação – Nulidade da decisão

Com o advento da Constituição Federal de 1988, especificamente o inc. IX do art. 93, restou indene de dúvidas a indispensabilidade de fundamentação de todos os atos emanados do Judiciário, sob pena de nulidade.

Sobre o efeito da ausência de fundamentação da decisão judicial, qual seja, a nulidade, Aroldo Plínio Gonçalves se manifesta no sentido de que:

Se a sentença for materialmente existente, mas tiver sido lavrada com omissão dos requisitos exigidos para sua regularidade, como o relatório (art. 458, I, do C. Pr. Civil) ou a fundamentação (art. 458, II, do C. Pr. Civil), é ato cujo defeito o torna passível de nulidade, que, como já se repetiu, para se configurar, deve ser judicialmente declarada. É interessante observar que a própria Constituição da República, no art. 93, item IX, ao preceituar a exigência da fundamentação, “sob pena de nulidade”, utiliza uma linguagem tecnicamente irretocável neste aspecto, assim como o art. 243 do Código de Processo Civil. (2000, p. 108)

Para o referido autor:

“a nulidade dita absoluta [...] nada mais é do que a nulidade cominada, que o juiz pode declarar de ofício, em qualquer fase do processo, e a parte pode alegar, no momento processual oportuno”, enquanto que “as nulidades que se designam por nulidade relativa ou por anulabilidade e são sempre as não-cominadas, que podem ser declaradas apenas em razão da alegação da parte que não concorreu para o ato viciado e que, em razão do vício, tenha prejudicada sua atuação no procedimento”, E ainda que “Essa é a única distinção que se pode estabelecer entre as espécies de nulidades e foi por ela que o Código de Processo Civil de 1973 se guiou, embora com algumas imprecisões de linguagem, como se apontou”. (GONÇALVES, 2000, p. 99-100)

Ademais, em decorrência do preceito constitucional vazado no inc. IX do art. 93 da CRFB/88 a decisão judicial, para ser válida, deve ter uma fundamentação racional e compreensível.¹²⁴

Os vícios de fundamentação abordados conduzem ao reconhecimento de nulidade da decisão judicial¹²⁵ por flagrante desrespeito a preceito constitucional, o que implica que, em tais casos, o juiz deve reconhecê-los e declará-los de ofício, ou seja, sem a necessidade de

¹²⁴ A fundamentação racional, qual seja, aquela que possui racionalidade jurídica será delineada em tópico exclusivo.

¹²⁵ Neste sentido, Tereza Arruda Alvim Wambier diz que “três são as espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de correlação entre fundamentação e decisório. *Todos são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença. Isto porque ‘fundamentação’ deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, ‘fundamentação’ que não tem relação com o decisório também não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório!*” (2004, p. 335, cap. 3).

provocação das partes. Dessa forma, verificado a ausência de um dos elementos necessários da decisão, como falta de motivação ou sua deficiência, ofendido estará o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, atingindo os litigantes diretamente, mas com a constitucionalização de tal princípio, afetado também estará a ordem pública, provocando o reconhecimento de nulidade, a qual deve ser considerada como absoluta, podendo então a instância superior conhecer dessa questão *ex officio*.

5 FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL VÁLIDA, CONFORME O ART. 93 INC. IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Este capítulo tem a intenção de contribuir para a reflexão acerca da fundamentação da decisão judicial, válida conforme o inc. IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, abordar-se-á a legitimidade da decisão judicial, bem como a hermenêutica jurídica aplicável, os critérios de fundamentação da decisão judicial, demonstrando a interligação destes com o tema central desta dissertação — fundamentação do provimento judicial.

5.1 A legitimidade do provimento jurisdicional

Com o advento da Constituição Federal de 1988, conceitos como o de Estado, cidadania¹²⁶ e democracia¹²⁷ foram redefinidos, o que implica não ser mais admissível decidir aplicando-se método de mera subsunção da norma ao fato ou consequência de um ato solitário do juiz.¹²⁸

O provimento final deve ser construído por seus destinatários, como já dito nesta dissertação, num procedimento realizado em contraditório, isonômica e em simétrica paridade entre as partes, nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves, precursor, no Brasil, da *Teoria do processo como procedimento em contraditório* (autoria de Elio Fazzalari),

Neste sentido, Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini:

¹²⁶ A cidadania, como direitos e garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo PROCESSO, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo. No âmbito da cidadania, efetua-se, sem cessar, essa passagem do privado ao público, do íntimo das convicções e das sensibilidades ao compromisso no fórum público em nome destas mesmas convicções. O fato de se inventarem, a todo o instante, modos de expressá-la e de realizá-la é o sinal de uma sociedade democrática. (AUDARD, 2003, p. 257).

¹²⁷ [...] “o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. [...] Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada — através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantindo em seus pressupostos comunicativos. [...] o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 145-146).

¹²⁸ Ronald Dworkin trabalha a construção da decisão como um ato solitário do julgador. Assim, cria um juiz imaginário, Hércules, que, por pertencer a uma comunidade, e sendo um membro dela, possui um amplo conhecimento sobre os anseios, interesses, deveres e direitos dos integrantes dessa sociedade, portanto, possui plena capacidade para proferir uma *decisão judicial justa*. (DWORKIN, 1999, p. 258).

O processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e os contra-interessados — entendidos como os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento — participem em simétrica paridade do *iter* procedimental, para a formação do provimento. (PELLEGRINI, 2003)

Sendo assim, no Estado Democrático de Direito, no qual o processo é instrumento de democracia, não se pode permitir decisões construídas a partir das íntimas convicções do juiz e do que entenda ser melhor para a efetivação dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito rompe com as bases tradicionais, pois tem como escopo afastar o arbítrio judicial impregnado nos pronunciamentos de cunho subjetivistas.¹²⁹

A interpretação da norma sai da esfera subjetiva — não fiscalizável, passando a ocupar um terreno comunicativo —, espaço discursivo,¹³⁰ passível de fiscalização pelos destinatários das normas.

Dessa forma, a constitucionalidade democrática compreende o processo como *institucionalizador da vontade democrática dos cidadãos* (DEL NEGRI, 2003, p. 23).

O espaço discursivo, permeado pelo diálogo, através da linguagem¹³¹ e por decisões racionais entre os atores sociais contribuem para a formação do Direito.

Importante dizer que “a ética discursiva habermesiana recorre ao modelo de um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e onde prevalece a força do melhor argumento” (CITTADINO, 2004, p. 110-111) em procedimentos deliberativos democráticos e participativos.

A fundamentação é um pressuposto de legitimação da decisão judicial, tendo em vista que somente a decisão devidamente fundamentada oportuniza às partes a fiscalização e controle da atividade jurisdicional.

¹²⁹ Neste sentido, Renato Couto Lacerda diz que “as opiniões pessoais existentes na mente do julgador (subjetividade – razão prescritiva) obviamente, não são construídas discursivamente pelas partes em contraditório e simétrica paridade, no espaço procedimental discursivo (objetividade – razão discursiva) e não compõem o acervo de dados concretos dos autos, correspondendo a uma mera realidade, abstrata, exclusivamente mental, axiológica, extra-autos (realidade existente na mente do julgador)” (COUTO. A fundamentação jurídica das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. *In*: CASTRO; FREITAS (Coord.). **Direito processual**, 2011, p. 70).

¹³⁰ “A teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação — que são institucionalizados juridicamente —, os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais”. (HABERMAS. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade, 2003b, v. 2, p. 153).

¹³¹ “Habermas percebe que a comunicação em si através da linguagem pressupõe sempre uma tentativa de consenso e de acordo entre os homens” (CRUZ, 2006, p. 83). Para ele “o que associa os parceiros do direito é, em última instância, o laço lingüístico que mantém a coesão de qualquer comunidade comunicacional” (HABERMAS. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade, 2003b, v. 2, p. 153 [op. cit., p. 31]).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o controle das decisões judiciais deixou de ser apenas endoprocessual, passando a permitir um controle extraprocessual, através do qual toda a sociedade, e não apenas as partes e advogados, podem examinar a correção do julgado, pois o arbítrio ameaça potencialmente a todos.

Neste sentido, Michele Taruffo já pronunciava, antes da promulgação da atual Carta da República, que:

o pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da controlabilidade das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle endoprocessual que se precisa assegurar: visa-se, ainda, e sobretudo, “a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra a justiça”; e “isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida no seu complexo, seja como opinião do quisquis populo”. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como ‘privilégio’ dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formular juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório.¹³²

Dessa forma, não se pode mais visualizar o dever de fundamentação como um objetivo restrito à possibilidade de impugnação do *decisum* e à delimitação da coisa julgada. Sem dúvida, a Constituição Federal de 1988 veio alargar significativamente seu aspecto de abrangência, para permitir que o controle sobre a atividade jurisdicional seja exercido por toda a sociedade — eis que potencialmente sujeita ao arbítrio — e não apenas pelas partes. É o dever de fundamentação como “*espressione del principio della partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia*”,¹³³ segundo Michele Taruffo.

A fundamentação passou a ser analisada sob dois prismas, quais sejam endoprocessual e extraprocessual.

Sob o prisma endoprocessual,¹³⁴ a fundamentação reveste-se de garantia constitucional e processual para que as partes tenham como conhecer as razões da decisão judicial,

¹³² TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, 1975, p. 409.

¹³³ TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, 1975, p. 408.

¹³⁴ A motivação, conforme aduz Michele Taruffo “deve ser concebida como uma condição imprescindível do correto exercício da função jurisdicional e como um princípio fundamental de garantia dos cidadãos” e tem função endoprocessual, “conexa diretamente a impugnação da sentença (...) porque a motivação é útil à parte que intenta impugnar a sentença, porque o conhecimento dos motivos da decisão facilita a individualização dos erros cometidos pelo juiz ou de qualquer modo os aspectos criticáveis da decisão mesma” e extraprocessual, consistindo essa função “essencialmente no fato de que a motivação é destinada a tornar possível um controle externo (já não limitado ao contexto do singular processo no qual a sentença foi pronunciada, e não limitado às partes e ao juízo de impugnação) sobre razões que fundaram a decisão judiciária”, sentido em que a obrigação de motivação apresenta-se como “expressão importante (...) da

possibilitando o controle pelos jurisdicionados. Já sob o prisma extraprocessual, a obrigatoriedade da fundamentação da decisão judicial está intrinsecamente ligada à “exigência ampla de controlabilidade”.¹³⁵

A fundamentação da decisão judicial se apresenta indispensável à legitimidade do Estado Democrático de Direito, por dois motivos, quais sejam: a) é por seu meio que se evidencia o controle do direito pelo Direito, ou seja, a observância ao mandamento de que a interpretação e aplicação das leis se dê a partir da Constituição e seja feito de acordo com ela; b) a fundamentação se constitui no lugar democrático dentro do processo civil, uma vez que ela, após textualizada e publicada, viabiliza a participação do povo no controle da atividade judicial.

A fundamentação tem como escopo a função de convencer a parte sucumbente de que os argumentos desenvolvidos pelo agente público julgador (juiz) está correta, ou seja, está em consonância com a CRFB/88 e com a legislação vigente.

Somente diante de uma fundamentação explicitada por intermédio de bases racionais,¹³⁶ poderá convencer a parte dos argumentos utilizados pelo juiz e

concepção democrática do poder, e em particular do Poder Judiciário, por força da qual uma condição essencial para o correto e legítimo exercício do poder consiste exatamente na necessidade que os órgãos que o exercitam se submetem a um controle externo” (**La motivazione della sentenza**. Estudos de direito processual civil em homenagem ao prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, p. 166-168).

¹³⁵ A respeito tem-se Clèmerson Merlin Clève que argumenta que (...) “a fundamentação das decisões judiciais, igualmente exigida pela Constituição, é outro meio possibilitador de amplo controle sobre a atividade do Juiz. Deve o Juiz expressar objetivamente as razões pelas quais decidiu deste ou daquele modo. Em que pesem as últimas descobertas da ciência, especialmente da psicanálise, da semiologia e da ciência política (teoria das ideologias) que procura demonstrar a presença de componentes irracionais e ideológicos ocultos nas decisões, nem por isso se pode deixar de reconhecer que a fundamentação (motivação) constitui esforço para racionalizar a atividade do juiz, tornando-a controlável, pela sociedade e, igualmente, pelas instâncias judiciais superiores ou, mesmo, pela doutrina. Aliás diga-se que no âmbito do Judiciário todos os atos exigem fundamentação, constituam eles atos jurisdicionais típicos (art. 93, IX, da CF), ou simples atos administrativos (art. X, da CF). Por isso que a atuação do Judiciário, seja ela jurisdicional (exercício de função típica) ou administrativo (exercício de função atípica), implica sempre na mais ampla possibilidade de controle” (CLÈVE. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista dos Tribunais**, 1993, p. 37).

¹³⁶ “Estamos acostumados, neste nosso país que não cobra responsabilidade de ninguém, ao dizer de magistrados levianos, que fundamentam seus julgados com expressões criminosas como estas: atendendo a quanto nos autos está fartamente provado (...) á robusta prova dos autos (...) ao que disseram as testemunhas (...) e outras levandades dessa natureza que, se fôssemos apurar devidamente, seriam, antes de levandades, prevaricações, crimes, irresponsabilidade e arbítrio, desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, cusparada na cara dos falsos cidadãos que somos quase todos nós. Nós, advogados, que representamos os cidadãos em juízo, devemos nos mobilizar aguerridamente contra as sentenças desfundamentadas ou inadequadamente fundamentadas, quando se cuida de antecipação de tutela, arma de extrema gravidade em mãos de juízes inescrupulosos ou fáceis, num sistema em que não se consegue, jamais, responsabilizá-los. E isso para se preservar, inclusive, os muitos dignos e sacrificados magistrados, com os quais convivemos quotidianamente e cujo calvário acompanhamos, solidários. Vítimas da organização inadequada do nosso Judiciário e vítimas da concorrência malsã dos marginais da magistratura, privilegiados com o atual estado de coisas”. 289 Além de fundamentar a sua decisão, deve o juiz garantir às partes igualdade de condições e de

consequentemente legitimar a atuação da atividade do Poder Judiciário, o qual é um poder exercido em nome do povo, do cidadão-jurisdicionado, mesmo não sendo o juiz eleito pelo povo, mas sem perder de vista o preconizado pela CRFB/88 de que o poder emana do povo e em nome dele deve ser exercido.

Portanto, o agente público julgador deve prestar contas de sua atuação jurisdicional, fundamentando a decisão por ele proferida de forma que explicita e justifique as razões fáticas e de direito que o conduziram a decidir de uma forma e não de outra.

A análise das razões que levaram o juiz a decidir de uma determinada forma possibilita à parte o exame da higidez da decisão, culminando com a necessidade de interposição ou não de recursos ou com a compreensão de como se processará o cumprimento do ato decisório e, ademais, oportuniza-se, ainda, aos órgãos que apreciarão a decisão em instância superior que avaliem o acerto ou desacerto da decisão e corrijam os vícios porventura existentes, sejam eles vícios de atividade (*error in iudicando*) ou de julgamento (*error in procedendo*).

Ao agente público julgador (juiz) não lhe é permitido fazer escolhas, pois escolhas o levam a arbitrariedades. Por intermédio da fundamentação, ao jurisdicionado é possibilitado avaliar a decisão judicial e aceitá-la ou não.

Desta feita, a fundamentação é instrumento de controle tanto particular quanto social do desempenho do Poder Judiciário, afastando o cometimento de arbitrariedades.

Liebman,¹³⁷ quanto à motivação como sinônimo de fundamentação, manifesta que:

em um estado-de-direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos à juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharão efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio. (LIEBMAN, 1983, p. 80)

A decisão proferida permite que se avalie se sua fundamentação foi racional, idônea e que ocorreu a devida justificação.

Nesta quadra, tem-se que somente uma decisão que demonstre ser racional¹³⁸ é adequada à exigência constitucional vazada no inc. IX do art. 93 da CRFB/88, o que via de

tratamento e estar atento para as suas alegações. Dessa premissa não podem partir as partes à espera de uma decisão que venha, exclusivamente, atender aos seus interesses particulares, uma vez que “cabe ao juiz construir racionalmente a sua decisão, de forma a demonstrar que ela se conecta aos princípios morais insculpidos na história institucional de uma determinada comunidade e que, portanto, seus argumentos são aceitáveis” (PASSOS. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: MERLE; MOREIRA (Org.). **Direito e legitimidade**, 2000, p. 9).

¹³⁷ LIEBMAN. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, 1983, p. 80.

consequência poderá legitimar a função jurisdicional, tendo em vista que se reveste do exercício de um poder outorgado pelo povo. Sendo assim, a decisão judicial racional tem que atender a requisitos de integridade, dialeticidade e ausência de contradição entre suas argumentações, os quais passam a ser explicados.

O requisito da “integridade” é um requisito importante, em síntese, para que a fundamentação sob a ótica constitucional seja válida e, ademais, não se pode aceitar num Estado Democrático de Direito uma fundamentação que não contenha as justificativas de todas as opções adotadas pelo agente público julgador ao longo do *iter* decisório. O da dialeticidade implica em não apenas que se confira às partes a prerrogativa de expor suas razões no processo, mas, sobretudo, a real possibilidade de que tais razões venham influir na construção do provimento final e, por fim, o requisito da ausência de contradição entre suas argumentações, ou seja, que em seu discurso justificativo, a decisão judicial não possua incompatibilidade entre suas variadas asserções, tendo em vista que se revela numa decisão judicial na qual falta a correção no *iter* do raciocínio decisório, o que impossibilita o seu controle pelos partícipes da construção do provimento.

Para que a fundamentação da decisão judicial seja legitimada, mister se faz que se demonstre o entrelaçamento entre as questões de fato e de direito.¹³⁹

Sendo assim, deve-se refutar num Estado Democrático de Direito os modelos de argumentação pré-fabricados,¹⁴⁰ ou seja, a fundamentação deve ter conexão estreita com as questões de fato e de direito debatidas nos autos do processo.

Deflui-se que legítima será a decisão resultante do confronto de argumentos e provas, realizado em procedimento que observe o devido processo constitucional e legal e que,

¹³⁸ A racionalidade do provimento, “não pode ser amparada no subjetivismo que a vetusta teoria da relação jurídica processual ainda insiste em conferir ao julgador, pois o Direito é uma permanente criação de Homens e Mulheres e, por isto mesmo, deve se fundar no princípio democrático. Assim, racional será o ato calcado no texto positivamente constitucionalizado, é dizer, uma razão construída de forma compartilhada pelas partes, mediante obediência a processos legislativos e jurisdicionais fundados no ordenamento democraticamente instituído e garantidor da imparcialidade que deve permear a atuação do Estado-juiz” (TAVARES; CUNHA. **Revista do Processo – RePro**, 2011, p. 131-132).

¹³⁹ Questões de fato e de direito serão abordadas no item 5.3.3.

¹⁴⁰ Argumentos pré-fabricados não avaliam as circunstâncias do caso concreto. Para tanto, tem-se Parecer Ministerial exarado pelo Procurador de Justiça, Lenio Luiz Streck, nos autos de Apelação Criminal nº 70.012.342.515 – TJRS – 5ª Câmara Criminal, Relator Des. Aramis Nassif, no qual assim se manifestou: “Violado, pois, o preceito constitucional de que trata da fundamentação das decisões judiciais. A fundamentação deve — sempre —, conforme já exposto, estar relacionada às circunstâncias do caso concreto: não pode seguir modelos de argumentação pré-fabricados, sem que encerrem perfeita harmonia e correspondência. Para embasar-se caso presente em precedente pretérito, mister que sejam idênticas as circunstâncias e, para a constatação dessa identidade entre os casos, é imprescindível que se faça a devida análise; deve haver a devida contextualização”.

orientada pelos princípios constitucionais e pelas particularidades do caso concreto, confira, fundamentadamente, a cada parte o que é seu.

5.2 Hermenêutica jurídica e fundamentação da decisão judicial – Como conjugar a objetividade do texto da lei com a subjetividade do intérprete e afastar decisionismos e discricionariedades judiciais

O termo hermenêutica,¹⁴¹ o qual é derivado do termo grego “*hermeneuein*”, significa arte ou técnica.

O estudo da hermenêutica jurídica é de fundamental importância para o sistema jurídico contemporâneo, pois permite ao intérprete do direito a correta compreensão e aplicação da lei.

Streck denuncia que não somos prisioneiros da pré-estrutura de que o já-sempre-estado e da historicidade do Dasein.¹⁴² Para tanto, ele diz que compreender não é um modo de conhecer e sim um modo de ser, e que referida circunstância ficará bem explicitada na hermenêutica gadameriana desenvolvida em *Wahrheit und Methode*.¹⁴³

Ao intérprete não é permitido proceder à adequabilidade das leis às necessidades da atualidade, nem mesmo o fato de que o intérprete sempre atribui sentido ao texto, tendo em

¹⁴¹ Cf. Lenio Luiz Streck, “a hermenêutica busca traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite — e, portanto esclarece — o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de hermeneus, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido” (Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. *In*: STRECK; MORAIS (Org.). **Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito objeto**, 2008, p. 97).

¹⁴² “É a partir daí que a fenomenologia (hermenêutica) faz uma distinção entre ser (Sein) e ente (Seiende). Ela trata do ser enquanto compreensão do ser e do ente enquanto compreensão do ser de um ou outro (ou cada) modo de ser. Classicamente, a ontologia tratava do ser e do ente. Aqui, a ontologia trata do ser ligado ao operar fundamental do ser-aí (Dasein), que é o compreender do ser. Esse operar é condição de possibilidade e qualquer tratamento dos entes. Tratamento esse que pode ser chamado na tradição de ‘ontológico’, mas sempre entificado. Essa ontologia do ente é que Heidegger irá chamar de met-ontologia. Essa teoria tratará das diversas ontologias regionais (naturalmente, dos entes)” (STRECK. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**, 2010, p. 15).

¹⁴³ (...) “compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu), não depende de um método, saltando-se assim, da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão. Quando Heidegger identifica um duplo nível na fenomenologia (o nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicativo, ornamental), abre as possibilidades para a desmi(s)tificação das teorias argumentativas de cariz procedimental. Na verdade, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento, questão que se torna absolutamente relevante para aquilo que tem dominado o pensamento dos juristas: o problema do método, considerado como supremo momento da subjetividade e garantia da ‘correção dos processos interpretativos’. Em síntese, para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido — que se funda essencialmente em uma posição prévia (Vorhabe), visão prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff) — que já une todas as partes do ‘sistema’” (p. 99-100).

vista que poderá incorrer na utilização de atribuições de sentidos arbitrárias e discricionárias.¹⁴⁴

O Constitucionalismo pós-positivismo assenta no novo paradigma linguístico-filosófico, ou seja, supera modelos interpretativos (hermenêuticos) sustentados no esquema

¹⁴⁴ “É possível perceber uma certa imbricação — consciente e inconsciente — dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no plano da doutrina brasileira (e estrangeira). Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido (solipsista), como, por todos, Maria Helena Diniz (Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 12 *et. seq.*), para quem ‘conhecer é trazer para o sujeito algo que se põe como objeto’, consistindo assim, ‘em levar para a consciência do sujeito cognoscente algo que está fora dele [...] tornando-o presente à inteligência’. Nesse contexto, ‘filosofia da consciência’ e ‘discricionariedade judicial’ são faces da mesma moeda, valendo citar, v.g., nessa linha, Ernane Fidélis dos Santos (Manual de Direito Processual Civil, v. 1. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 1997), que sustenta ‘que não há nada que a ele [juiz] se sobreponha. Nem a própria lei’ [...]. No direito constitucional, Uadi Bulos (Manual de Interpretação Constitucional. São Paulo. Saraiva, 1997) sustenta ser justificado ‘ao intérprete estimular as interpretações possíveis, de acordo com sua vontade e o seu conhecimento’, também Tourinho Filho (Prática de Processo Penal. 4. Ed., p. 243), para quem o juiz, através da sentença, ‘declara o que sente’. Trilhando por outros caminhos, juristas ligados a diversas teorias críticas parecem incorrer no mesmo paradigma da subjetividade, valendo referir Rui Portanova, para quem ‘o que importa para o juiz é fazer justiça conforme sua convicção na apreciação da matéria de fato(fundada em prova) ou no acolhimento das questões de direito em debate’. Embora rejeitem qualquer filiação à filosofia da consciência, Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso (O começo da história. A nova Interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p. 315) aceitam a discricionariedade como componente indispensável para solucionar ‘casos difíceis’. Rogério Gesta Leal, ainda que fundamente suas posições na teoria habermasiana, termina por defender a discricionariedade judicial, fazendo-o com apoio justamente em Herbert Hart (O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea – uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.) No direito alienígena, Alejandro Nieto faz uma profissão de fé no realismo jurídico em seu El árbitrio judicial (Barcelona: Ariel, 2000, pp. 28 e segs), juntando os ingredientes de discricionariedade positivista com o paradigma subjetivista. Também Mauro Cappelletti atribui poderes discricionários ao juiz (Juízes legisladores? Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 33). Nem mesmo Mirreile Delmas-Marty consegue superar o paradigma representacional e suas conseqüências na teoria do direito, o que se pode perceber em seu Por um direito comum (São Paulo: Martins Fontes, 2004). Outros juristas sustentam as antigas teses formalistas, como, por todos, Damásio de Jesus, Magalhães Noronha e Frederico Marques (frise-se que autores como Fernando Capez, na linha de J. F. Mirabette, sustentam ainda hoje que a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando de quem a fez — sic — e que ‘a lei terminada independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos’). Já Caio Mário Pereira (Instituição de direito civil. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988) parece fazer uma simbiose entre objetivismo e subjetivismo, embora tenda para a primeira tese, ao sustentar que o legislador exprime-se por palavras, e é no entendimento real destas que o intérprete investiga a sua vontade. De todo modo, mesmo hoje em plena era do tão festejado linguistic turn, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate ‘formalismo-realismo’. Mas ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma mixagem entre posturas ‘formalistas’ e ‘realistas’, isto é, por vezes, a ‘vontade da lei’ e a ‘essência’ da lei devem ser buscadas com todo o vigor, em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista ‘vontade do legislador’; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é ‘suficiente’, põe-se no topo a ‘vontade do intérprete’, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, inclusive a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com a subjetividade ‘criadora’ de sentidos (afinal, quem pode controlar a ‘vontade do intérprete’?, perguntariam os juristas), termina em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, um ‘mundo jurídico’ em que cada um interpreta como (mais) lhe convém [...]”! (Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. In: STRECK; MORAIS (Org.). **Desconstruindo os modelos de juiz**: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito objeto, 2008, p. 101-102).

sujeito-objeto, ou seja o esquema que o intérprete se utiliza da subjetividade.¹⁴⁵ (STRECK, 2008, p. 101).

O positivismo¹⁴⁶ tem como característica marcante a discricionariedade.¹⁴⁷

Neste íterim, necessário se fazer uma abordagem sobre a discricionariedade judicial.

A discricionariedade judicial é uma figura que foi criada pela doutrina positivista do século XX, conferindo ao juiz liberdade de escolha, dentre as hipóteses permitidas pelo direito.

Ao discorrer sobre a interpretação jurídica, Kelsen, assevera que em todo processo de aplicação do direito é possível encontrar margem de liberdade conferida ao juiz, formando o direito uma moldura “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.¹⁴⁸

No mesmo sentido é o entendimento de Hart, de que a discricionariedade judicial incide nas hipóteses de lacuna no Direito, bem como em face da textura aberta do enunciado normativo, já que o sistema jurídico é incompleto e indeterminado, levando o juiz a decidir nesses casos segundo seu poder discricionário. Divide os casos concretos em *easy e hard cases* (simples e complexos), sendo a solução do primeiro encontrada por mera subsunção, ao passo que o segundo, por não estar contemplado em nenhuma regra, exige uma atividade discricionária do juiz

¹⁴⁵ Para superar o esquema sujeito-objeto, deve-se segundo Streck: “Conceber a linguagem como totalidade, é dizer, entender que não há mundo sem a mediação do significado, significa romper com a concepção de que há um sujeito cognoscente apreendendo um objeto mediante um instrumento chamado linguagem. Morre, assim, o cogito cartesiano e todas as formas de ‘eu’ puro, desindexado de cadeias significantes, da superada (?) relação sujeito-objeto passa-se à relação sujeito-sujeito. Essa superação ocorre com a ontologia fundamental (analítica existencial). Com ela, decreta-se a morte da idéia de subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo do sujeito. Com a ontologia fundamental, o que morre é o sujeito (o arbítrio do sujeito) que se coloca como fundamento do mundo. É evidente que essa mudança de paradigma vai provocar ranhuras e espanto, mormente no seio da comunidade dos juristas. Afinal, para o jurista tradicional, inserido no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, é a sua subjetividade que funda os objetos do mundo. Sempre acreditou (e continua acreditando) que à sua descrição, isto é, a sua atividade subjetiva, que faz com que o mundo ou as coisas sejam como elas são” (STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, 2009a, p. 173-174).

¹⁴⁶ Conforme pondera Streck: “Uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade. E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem conseqüências drásticas para a concepção do direito como um todo!” (STRECK. **O que é isto: decido conforme minha consciência**, 2010, p. 81).

¹⁴⁷ Segundo Marrafon, a discricionariedade judicial é compreendida “como liberdade de incremento de um dever jurídico na aplicação do direito através de uma opção entre várias decisões igualmente válidas. Trata-se de uma liberdade de escolha entre soluções admitidas em princípio, tendo como critério negativo a noção de subsunção” (MARRAFON. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional, 2010, p. 135, nota de rodapé nº 67).

¹⁴⁸ KELSEN. **Teoria pura do direito**, 1999, p. 390

Em crítica a Hart, tem-se Dworkin que defende a integridade do direito, não coadunando com a ideia de que o juiz possa preencher as lacunas da lei.

Para os fins deste trabalho, cumpre destacar apenas que a divergência entre a tese de Hart e a de Dworkin está na concepção relativa à discricionariedade judicial, conforme explicitado pelo próprio autor positivista:

O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, a lei não pode fundamentar uma decisão em qualquer sentido, mostrando-se esta, portanto, parcialmente imprecisa ou incompleta. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se carente de jurisdição ou remeter os pontos não regulamentados pela lei existente ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer seu próprio arbítrio e criar uma lei para regulamentar o caso, ao invés de simplesmente aplicar a lei consolidada já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito consolidado, que simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe este poder.

Dworkin rejeita essa imagem do direito como parcialmente impreciso ou incompleto, e aquela do juiz como alguém que preenche as lacunas da lei ao exercer um arbítrio legislativo limitado, afirmando ser uma descrição enganosa tanto do direito como da argumentação judicial. Com efeito, ele argumenta que não é o direito que é incompleto, mas a imagem que dele faz o positivista, e que isto ficará demonstrado por sua própria descrição “interpretativa” da ciência jurídica como algo que inclui, além da lei consolidada *explícita* — identificada por referência a suas fontes sociais — princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles que melhor se adaptam à lei explícita, oferecendo ao mesmo tempo a melhor justificativa moral para esta. De acordo com essa visão interpretativa, o direito jamais é incompleto ou indeterminado, de modo que o juiz nunca tem a oportunidade de sair do âmbito da lei e exercer um poder de criar leis para proferir uma decisão. Os tribunais deveriam, portanto, apelar a esses princípios implícitos, com suas dimensões morais, naqueles “casos difíceis” nos quais as fontes sociais do direito não determinam uma decisão sobre algum aspecto específico deste.¹⁴⁹

Dessa forma, tem-se que a discricionariedade positivista é decorrente da indeterminação do enunciado normativo e da incapacidade do direito de regular todas as situações presentes na sociedade.

Nas hipóteses, acima conferem ao agente público julgador — juiz —, a liberdade de resolução do caso concreto com fundamento em escolhas subjetivas.

Sendo assim, a discricionariedade judicial possibilita ao juiz quando do ato de interpretação e aplicação do Direito, preencher lacunas com suas pré-compreensões.

¹⁴⁹ HART. **O conceito de direito**, 2009, p. 272.

Eros Roberto Grau, conceitua interpretação e aplicação como sendo um ato “consubstanciando prudência, que não conhece o exato, porém apenas o correto, supõe a faculdade, do intérprete, de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada — sempre, em cada caso, inexistente uma interpretação verdadeira (única correta)”.¹⁵⁰

Depreende-se da definição dada pelo referido autor que a discricionariedade equivale à interpretação do Direito.

Fundamenta o referido autor que:

O que se tem erroneamente denominado de discricionariedade judicial é poder de definição de normas de decisão, posterior à produção das normas jurídicas, que o juiz exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos — repito-o, ainda — encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido ao texto.¹⁵¹

Sendo assim, deflui-se que os positivistas têm a discricionariedade judicial como o caminho para a interpretação e aplicação do direito, o que retrata a adoção da filosofia da consciência, ou seja, que no ato de interpretação e aplicação, o agente público julgador entende ser o Direito aquilo que ele quer que seja.

Conforme Streck, não se pode permitir, nesta quadra da história, que o Direito seja aquilo que o intérprete-aplicador — *in casu* o agente público julgador — quer.

A Atividade de interpretação e aplicação do Direito pelo agente público julgador deve se afastar ao máximo de suas convicções e valores pessoais.

Apenas a título de informação, tem-se que alguns doutrinadores, como Mauro Cappelletti,¹⁵² encampa o posicionamento de que a discricionariedade judicial existe e é inevitável e, que o que deve ser procurar fazer é delimitar o ato interpretativo para que as decisões sejam legítimas.

Lado outro, tem-se doutrinadores, como Teresa Arruda Alvim Wambier, a afirmar que não há espaço em nosso ordenamento jurídico para atividade discricionária do juiz na atividade interpretativa. A referida autora diz que gerar uma margem de liberdade dentro da qual o agente público julgador — agente estatal — possa utilizar-se de escolhas conforme

¹⁵⁰ GRAU. **O direito posto e o direito pressuposto**, 2008, p. 211-212.

¹⁵¹ GRAU. **O direito posto e o direito pressuposto**, 2008, p. 209-210.

¹⁵² CAPPELLETTI. **Juízes legisladores?**, 1993.

suas convicções e pré-compreensões equivale a deixá-lo fora do controle dos atingidos pela decisão, o que acarretaria, conseqüentemente, numa atuação discricionária.

Feitas as breves considerações acima sobre a discricionariedade judicial no ato de interpretação e aplicação do Direito, mister se faz dizer que a hermenêutica jurídica como uma forma de aplicação do direito deve superar o esquema sujeito-objeto, o modelo solipsista, a filosofia da consciência para se buscar como Streck defende a concretização da metáfora da resposta correta.¹⁵³

Streck (2003, p. 106) diz que a hermenêutica enquanto método de interpretação é influenciada pela hermenêutica de cunho objetivista.¹⁵⁴

A hermenêutica clássica no Direito é representada pelo pensamento de Francesco Ferrara, segundo o qual “a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica” (FERRARA, 2003, p. 24).

O pensamento hermenêutico normativo no Brasil teve como precursor Carlos Maximiliano.¹⁵⁵

A partir de Heidegger,¹⁵⁶ a hermenêutica não pode ser mais vista como uma instrumentalidade passiva, ou seja, capaz de tornar compreensível o objeto de estudo.

Com base nos estudos de Heidegger, Hans-George Gadamer consubstancia um tratamento paradigmático capaz de radicar em novas bases a questão hermenêutica. Com Gadamer, a tarefa hermenêutica não é mais desenvolver um procedimento para a compreensão, mas “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão” (GADAMER, 1997, p. 442).

¹⁵³ “Parece despidendo referir que a resposta correta não é, jamais uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de obedecer a coerência e a integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já apresenta o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada a Constituição” (STRECK, 2011, p. 107).

¹⁵⁴ Streck diz que seria derivado o cunho objetivista de Emílio Betti que se baseia numa forma metódica e disciplinada da compreensão do Direito, e que para o qual a interpretação seria um processo reprodutivo no qual o intérprete traduz para sua linguagem as objetivações da mente de outro por meio de uma realidade análoga à que originou as objetivações interpretadas. Portanto, interpretar seria o reconhecimento do significado que o autor foi capaz de elaborar (STRECK, 2003, 107)

¹⁵⁵ Segundo Carlos Maximiliano, a hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (...) Para aplicar o Direito se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em suma, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar (MAXIMILIANO, 1999, p. 1).

¹⁵⁶ Heidegger reivindica a hermenêutica em seu sentido mais original e, assim, a hermenêutica permite revelar, descobrir qual o significado mais profundo daquilo que está na realidade manifesta.

Sendo assim, tem-se uma nova e definitiva lição: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra, bem diferente, é investigar as categorias a partir das quais passa a se dar a compreensão.

Ernildo Stein diz que Gadamer insere a interpretação “num contexto — ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser — em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta” (STEIN, 2002, p. 3).

Para Gadamer, interpretar não é mais uma instância científica e sim uma experiência humana de mundo.

Gadamer esclarece que as consequências práticas das investigações por ele apresentadas “não ocorrem em todo caso para um engajamento não científico, mas para probidade científica de reconhecer, em todo compreender um engajamento real e efetivo” (GADAMER, 1997, p. 14).

O referido autor apresenta elementos fundamentais para a compreensão de sua obra, quais sejam, a noção de horizonte,¹⁵⁷ a fusão de horizontes¹⁵⁸ e a história efetual.¹⁵⁹

Para Gadamer, a hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o “modo de ser do homem”, o seu modo de “compreender”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista.

Dessa forma, a partir de Gadamer, a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como este sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende este sentido.

Mostra-se relevante destacar que o juiz não pode, nesta quadra da história, decidir conforme sua consciência, e sim decidir conforme a Constituição, demonstrando aos cidadãos os critérios por ele utilizados para decidir desta e não de outra forma.

¹⁵⁷ Para Gadamer, o “horizonte próprio do intérprete é determinante, mas não como um ponto de vista ao qual a pessoa se apegue ou pelo qual se impõe, senão como uma opinião e uma possibilidade posta em jogo e que lhe ajuda a apropriar-se daquilo que vem dito no texto” (GADAMER, 1997, p. 404). Para Rodolfo Viana Pereira, o horizonte histórico “demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua situação hermenêutica, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos” e, (...) que “vincula-se ao conjunto de experiências trazidas na História que formam indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que se nos postam à frente” (PEREIRA, 2001, p. 27).

¹⁵⁸ Para Gadamer, a fusão de horizontes permite que se dê “a plenitude da conversa, na qual ganha expressão uma coisa que não é só de interesse meu ou do meu autor, mas de interesse geral” (GADAMER, 1997, p. 404).

¹⁵⁹ [...] “cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico” (GADAMER, 1997, p. 366).

Streck faz importante distinção entre escolha e decisão,¹⁶⁰ dizendo que aquela é a maneira prática como fazemos nossas escolhas no dia a dia, e esta é o comprometimento de algo que se antecipa.

Toda decisão deve ser prolatada em consonância com o ordenamento jurídico democraticamente construído, ou seja, com a Constituição, a qual é resultante da delegação do exercício do poder, o qual emana do povo e em nome dele deve ser exercido.

Mostra-se relevante destacar que se assim não for tem-se que o poder, delegado pelo povo, está sendo utilizado de forma inconstitucional pelo juiz ao prolatar decisão em desconformidade com a Constituição.

A hermenêutica jurídica não se resume na compreensão solitária do juiz, ou seja, as partes no processo jurisdicional (autor, réu) devem se manifestar em simétrica paridade na interpretação-aplicação da lei expressa no provimento final.

Não há outro caminho para se construir uma decisão judicial fundamentada que não seja por intermédio da teoria do discurso, ou seja, não há como se construir o provimento final fundamentado sem a participação de todos os envolvidos, para que seja concretizada a democracia¹⁶¹ por excelência.

O agente público julgador não pode ter posturas *ad hoc*, ou seja, ele não pode ser ora escravo da lei, ora dono da vontade da lei, como aconteceu com Ângelo, no Medida por Medida¹⁶² de William Shakespeare.

A hermenêutica jurídica garante ao cidadão a integridade e coerência do direito, atrelando o juiz, na qualidade de intérprete da lei a obedecer a Constituição, preservando assim o processo democrático, afastando-se de decisões discricionárias e arbitrárias.

¹⁶⁰ “Existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quer dizer que a decisão, no caso a decisão jurídica — não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução do caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolha. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que simples ato presentificado em uma dada circunstância” (STRECK. **O que é isto**: decido conforme minha consciência, 2010, p. 89).

¹⁶¹ Cf. Francis Wolf (1996, p. 73-76) “a democracia é, por excelência, o regime do discurso, isto é, da palavra pública, pois ‘toda decisão (política, jurídica ou judiciária) supõe a discussão aberta, a confrontação explícita das posições das partes presentes, a exposição a todos de razões válidas para todos, o estabelecimento em comum dos valores comuns’. O ‘direito de falar’ é o direito de julgar se o que é dito é verdadeiro ou não e mostra-se como critério fundamental na democracia para que a isocrítica (como a capacidade de julgar por si mesmo o verdadeiro e o falso), se faça presente na garantia de opinar nas decisões políticas ou jurídicas”.

¹⁶² Medida por Medida é uma peça que trata do abuso do poder na Administração Pública, traição, moral e aplicação da lei positiva. Em referida peça, tem-se os seguintes personagens, Duque, Ângelo, Isabela, Cláudio (irmão de Isabela), Éscalo (uma espécie de conselheiro do Duque); Mariana (esposa prometida de Ângelo), Lúcio (um rufião amigo de Cláudio) e Julieta (noiva de Cláudio).

Neste sentido tem-se André Cordeiro Leal que:

o juiz, por maior que seja sua experiência de vida, por mais bem intencionado que possa demonstrar, ele nunca saberá o que é melhor para as partes. Seu julgamento pessoal nunca será suficientemente bom. (...) ele deve se atentar às leis e aos princípios constitucionais para proferir sua decisão.¹⁶³

Desta forma, o agente público julgador está subordinado aos ditames do devido processo legal, não lhe sendo permitido, de forma solitária, proferir juízos pautados em escopos metajurídicos e em suas pré-compreensões.

A fundamentação da decisão judicial tem o escopo de coibir a interferência de ideologias e subjetividades do agente público julgador no ato estatal de julgar,¹⁶⁴ justamente para evitar a discricionariedade judicial como acima explicitado.

Sendo assim, deve-se repudiar provimentos judiciais que coadunem com ideologias, subjetividades e autoritarismos do julgador,¹⁶⁵ levando-se em consideração que se trata de decisões ilegítimas, discricionárias, autoritárias e inconstitucionais.

5.2.1 *Interpretação do Direito – a distinção entre Easy Case e Hard Case*

A distinção entre *easy cases* (casos fáceis) e *hard cases* (casos difíceis) significa no entendimento de Streck cindir aquilo que não pode ser cindido, isto é, cindir o compreender,¹⁶⁶ o qual é condição para interpretar.

Os *hard cases* seriam aqueles que, segundo Hart, não sofrem a aplicação direta de uma norma para a solução do caso concreto e, por conta disso, terão uma decisão que o juiz escolherá de acordo com sua discricionariedade.

Hart identifica dois casos de aplicação de interpretação: os casos em que a linguagem é cristalina e, conseqüentemente, facilmente aplicável e os casos em que a linguagem está numa zona de penumbra e, por isso, de difícil aplicação.

¹⁶³ LEAL. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, 2002, p. 52.

¹⁶⁴ Cf. DIAS. **Processo constitucional e o Estado Democrático de Direito**, p. 132.

¹⁶⁵ Vide RE nº 319.997-SC – Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Data do Julgamento: 14.08.2002, Data da Publicação: **DJ**, 07.04.2003.

¹⁶⁶ “a compreensão, que faz parte do modo de ser-no-mundo, antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal, cronológico, porque estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isto, sempre interpretamos. O horizonte do sentido é-nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade, a compreensão são alguns desses existenciais. O fundamento do compreender é o próprio homem” (STRECK. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma explanação hermenêutica da construção do direito**, 2004, p. 195).

A solução nos casos fáceis se dá por intermédio de operação lógica, e nos casos difíceis se dá a partir do poder discricionário dos juízes, que devem fazer uma analogia com os casos de fácil aplicação.

Nos casos difíceis, a discricionariedade do julgador impera, criando¹⁶⁷ o Direito para o caso.¹⁶⁸

Hart defende o poder criativo do juiz, o que é rebatido por Dworkin, o qual diz ser este poder criativo, um poder legislativo, tendo em vista que “cria” nova regra em face do julgamento do caso concreto.

Entretanto, Hart discorda de que tal poder discricionário seja legislativo, afirmando que a decisão deverá ser fundamentada e que tal criação aplica-se somente no caso concreto.

Por sua vez, Lenio Streck diz que não existem distinção entre *hard cases* e *easy cases*.¹⁶⁹

A existência de decisões similares não são evidências a toda prova de se tratar de um *easy case*, e muito menos possibilita o afastamento do cumprimento da Constituição.

Somente se determinará tratar-se de um *hard case* ou *easy case* quando da análise do caso concreto.

Segundo Lenio Streck, os casos simples concordam as teorias da argumentação e são os que se resolvem de forma dedutivista, ao passo que os *hard cases* necessitam de fundamentação.

Toda decisão judicial deve ter em vista o previsto no inc. IX do art. 93 da Constituição.

O princípio da fundamentação deve ser aplicado em qualquer decisão e interpretação, seja caso simples ou caso difícil.

Não se pode refutar a fundamentação, pois independente de ser um *easy case* ou um *hard case*, ela deve ser a mais completa possível.

¹⁶⁷ “O positivismo legal embasa a teoria dos casos difíceis. Quando determinado caso não pode ser julgado claramente por uma lei previamente estabelecida, o juiz tem, de acordo com esta teoria, a discricionariedade para decidir pró ou contra. (...) Na realidade, ele legisla uma nova diretriz e os aplica de maneira retrospectiva ao caso concreto”.

¹⁶⁸ HART. **The concept of Law**, 1997, p. 137.

¹⁶⁹ Explicando: na hermenêutica, essa distinção entre *easy e hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Aqui se encaixa a discussão acerca da inadequada, porque metafísica, distinção entre casos simples (fáceis) e casos difíceis (complexos). Essa distinção não leva em conta a existência de um acontecer no pré-compreender, no qual o caso simples e o caso difícil se enraízam. Existe, assim, uma unidade que os institui (STRECK. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, p. 257-290, 2006.

5.3 Critérios de fundamentação decisão judicial

Os critérios de fundamentação da decisão judicial têm por escopo o de revelar exatamente o *iter* intelectual que levou à conclusão última do raciocínio do Juiz. Nas palavras de Barbosa Moreira, a fundamentação é uma justificação seletiva. E se isto é válido para o Juiz singular de 1º grau, muito mais o é para o Colegiado de 2º grau, quando os magistrados, mesmo compartilhando das mesmas razões, certamente as terão adquirido por intermédio de operações mentais próprias e pessoais.

Desta forma, na esteira de Barbosa Moreira, Arruda Alvim, dentre outros, passa-se a tratar dos principais critérios sob a ótica desta dissertação, que devem integrar a fundamentação da decisão judicial para que ela seja, válida conforme o preceito constitucional vazado no inc. IX do art. 93.

5.3.1 *Leitura dos autos*

A leitura dos autos é o primeiro passo para que o Magistrado tenha um contato com os argumentos, os contra-argumentos, os fatos e fundamentos alegados pelas partes.

Reveste-se a leitura dos autos de importância fundamental para o conhecimento dos autos do processo. As partes quando decidem ingressar em Juízo depositam no Judiciário toda a confiança de que sua pretensão será analisada de forma imparcial e atenta aos seus argumentos.

Sendo assim, a leitura dos autos faz-se primordial para que as partes tenham segurança jurídica na análise dos argumentos levados ao Judiciário.

5.3.2 *Relatório detalhado da sentença judicial*

A sentença no Brasil, conforme o art. 162 §1º do Código de Processo Civil Brasileiro,¹⁷⁰ é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

A redação do Código de Processo Civil de 1939 afirmava que a sentença era o ato do juiz que punha término ao processo, decidindo ou não o mérito da causa; mas no atual Código

¹⁷⁰ “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. (...)

não é mais assim, pois se entende que mesmo após a sentença o processo continua, vez que em muitas ocasiões se faz necessária a liquidação da sentença e/ou sua execução. Após a sentença, temos inaugurada a fase de cumprimento do julgado, evidenciando a sobrevida do processo. Desta forma, afirmar que a sentença era o ato do Juízo que dava fim à causa não era correto.

Este julgamento pressupõe o conhecimento da causa. Não se julga sem o amplo conhecimento. Referido conhecimento não pode ficar restrito à afirmação judicial que manuseou os autos. Deve restar registrado, possibilitando o controle de relevante função pelos demais atores processuais.

Em função disso, nossa legislação trouxe os requisitos para a validade do ato judicial, os quais estão expressos no art. 458 do Código de Processo Civil¹⁷¹ e são essenciais, dentre eles destacamos o relatório dos autos do processo.

O relatório é o resumo do que contém os autos, como a qualificação das partes, quais as pretensões do autor, as razões que fundaram seu pedido, a resposta do requerido/réu, as razões jurídicas da resistência do réu, além do registro de tudo que ocorreu no transcorrer do processo, descrevendo-o em seus termos essenciais, até o momento da sentença.

Salienta-se que o relatório, peça autônoma, deve ser apartado dos fundamentos. O nome das partes e sua qualificação já se encontram nos autos e devem ser relatados, sob pena de não ser aferida a conexão do caderno documental com o ato judicial. Deve-se indicar a posição processual dos litigantes. Se houver terceiros, o nome e a qualificação se impõem. No resumo do pedido e da resposta, deve cuidar o juiz para não se antecipar no julgamento da causa, sem deixar de destacar as razões jurídicas dos litigantes.

Sem dúvida, o relatório se traduz na primeira parte da estrutura das sentenças e dos acórdãos, na qual deverá o juiz fazer um resumo dos principais sucessos do processo, aí incluídos não apenas os fatos alegados pelas partes, as razões jurídicas apresentadas, as provas produzidas, as propostas conciliatórias e as razões finais, mas os eventuais incidentes verificados. Isso em função das razões jurídicas apresentadas representarem desdobramentos do direito à ampla defesa, constitucionalmente previstos.

¹⁷¹ “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

- I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

A exigência do relatório pelo art. 458 do CPC além de ordem jurídica é também política, pois, com ele, o juiz demonstra às partes que compulsou, minuciosamente os autos, antes de proferir a sentença; que proferiu a sentença com pleno conhecimento dos fatos principais da causa.

O relatório poderá ser sucinto, sem que essa brevidade constitua pretexto para omissões ou atrofias deliberadas dos fatos principais do litígio. Será bastante que o juiz aluda, resumidamente, aos fatos alegados pelo autor, aos fundamentos jurídicos apresentados e aos pedidos formulados, ao valor da causa, à resposta do réu, às provas produzidas, aos eventuais incidentes, às propostas de conciliação e às razões finais.

Um relatório detalhado evidencia, sem sombra de dúvidas, que o juízo mostrou-se atento a causa. Caso o relatório seja sucinto, mas incompleto, denotará a falta de zelo do julgador para com as partes e, como consequência, uma decisão judicial viciada. A ausência do relatório acarreta nulidade da sentença.

Um relatório que não seja compatível com a causa também nulifica a sentença, uma vez que desconectados com os fatos e fundamentos jurídicos levados ao Judiciário. Aceitar tal vício, sem receio de errar, seria considerar o relatório dispensável, como o faz a Lei nº 9.099/95, em seu art. 58.

Desta forma, neste tempo de crise na resposta judicial¹⁷² como nos encontramos, abrir mão de um relatório detalhado é extremamente incompatível com a causa, mostra-se uma violação ao Estado Democrático de Direito, aos princípios da ampla defesa, ao direito de petição.

5.3.3 Racionalidade jurídica

¹⁷² No decorrer dos anos, o Judiciário perdeu autoridade perante os demais Poderes da República. (...) “O Poder Executivo e o Poder Legislativo não confiam no Poder Judiciário e, por isso, não reconhecem autoridade às suas decisões. São os primeiros a desafiar-las abertamente. O Poder Judiciário está em crise. Está em crise moral, por falta de confiança, o que conduz à crise política e, sucessivamente, à crise econômica”. (...) “As restrições ao devido processo legal e ao princípio da legalidade levam ao aprofundamento e não à solução da crise em que se debate o Poder Judiciário. O de que o Poder Judiciário carece urgentemente é de recursos materiais e humanos para atender devidamente à demanda de seus serviços. E só irá obtê-los quando conseguir ampliar a margem de confiabilidade nos seus juízos, o que depende, isso sim, de um processo que assegure, antes que tudo, a certeza da fidelidade de suas decisões ao direito posto e à verdade dos fatos” (MESQUITA. A crise do Poder Judiciário e o processo. *In*: MESQUITA. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**, 2005, v. 1, p. 257-258, 261-262).

A racionalidade jurídica é exteriorizada na decisão judicial sob a forma de uma argumentação devidamente justificada.¹⁷³

A decisão judicial depende de uma justificação para ser considerada racional,¹⁷⁴ justamente pelo fato de que a justificação possibilita às partes conhecerem o *iter* desenvolvido pelo agente julgador para a construção do provimento final.

A decisão judicial pode sofrer dois tipos de controle, um controle interno, qual seja, a interposição de recurso, e um controle externo realizado pela própria Sociedade.

A fundamentação da decisão judicial como exigência constitucional reveste-se de condição necessária ao processo democrático.

Se determinada decisão está internamente justificada, significa que ela explicitou todas as razões de fato e de direito.

A decisão judicial que desrespeita aos requisitos essenciais previstos nos arts. 458¹⁷⁵ e 165, ambos do Código de Processo Civil, é nula, pois somente por intermédio da fundamentação é que será possível conhecer as razões que levaram o agente público julgador a decidir de uma forma e não de outra.

O ato de julgar não pode ser realizado discricionariamente pelo magistrado, pois este deve obedecer aos ditames legais, sob pena de afronta ao devido processo legal. O juiz ao decidir não pode deixar de fundamentar, tendo em vista que este ato (fundamentar) possibilitar às partes conhecerem as razões de fato e de direito, as quais influenciaram no provimento final.

Taruffo adverte que a fundamentação deve assegurar o respeito ao princípio da legalidade, estando vinculada à lei.¹⁷⁶ A decisão judicial num Estado de Direito deve estar

¹⁷³ É a fundamentação-argumentação, acompanhada da justificação que conferem legitimidade ao provimento jurisdicional ao oportunizar às partes a participação na construção conjunta de referido provimento jurisdicional, o qual deixa de ser ato isolado do juiz. A argumentação jurídica, seja fundada no discurso de fundamentação (*Begrundungsdiskurs*), seja no discurso de aplicação (*Anwendungsdiskurs*), as normas válidas são aplicáveis, num primeiro momento, ou seja, nas circunstâncias descritas pela legislação, mas em certas situações, elas (normas jurídicas válidas) terão que ser adequadas levando-se em consideração o contexto do caso concreto.

¹⁷⁴ Neste sentido, Carreira Alvim diz que “sem o elemento razão, [o ato jurisdicional decisório] seria fruto do puro arbítrio, que é a negação do direito” (ALVIM. **Elementos de teoria geral do processo**, 1997, p. 311).

¹⁷⁵ Moacyr Amaral Santos, ao comentar o art. 458 do Código de Processo Civil, afirma que: “O art. 458 trata dos requisitos essenciais da sentença. Essenciais e, portanto, indispensáveis, sob pena de nulidade. Os requisitos essenciais dizem respeito à *estrutura* da sentença. Nesta se contém a síntese do processo, o trabalho lógico feito pelo juiz no exame da causa e a decisão. Assim, a sentença, na sua estrutura, como ato escrito e solene, deverá compor-se de três partes: a) o *relatório*; b) a *motivação*; c) o *dispositivo, conclusão ou decisão*” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, 1986. v. 4, n. 322, p. 404).

¹⁷⁶ TARUFFO. Note sulla granzia costituzionale della motivazione. **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 34-35.

submetida à lei. A ideia de Estado de Direito carrega a supremacia da lei sobre a autoridade pública¹⁷⁷.

É do conjunto de todos os elementos que formam o processo donde irá encontrar o “juiz os *fundamentos de fato*, tais como a reflexão lhos forneceu no último estado de sua convicção. Depois, usualmente, os *fundamentos de direito*, sendo de todo ponto indispensável que ponha claro o que pertence às partes e o que constitui convicção do juiz”.

Pode-se dizer que a fundamentação exercida pelo magistrado na construção do provimento final não é um ato superior de vontade entre o que foi argumentado por uma parte e contra-argumentado pela outra, como se ele (magistrado) pudesse fazer opção e aderir ao argumento de um detrimento do outro, porque fundamentar significa a uma proposição dos fundamentos em que se apoia a decisão, ofertando o resultado da análise das questões de fato e de direito.

Neste quadrante, se faz necessária a abordagem sobre o que se entende por questão de fato e questão de direito.

A distinção entre questão de fato e questão de direito não é tarefa difícil.

Neste sentido, Castanheira Neves:

[...] o “facto” (*sic*) oferece no caso concreto e para o problema todas as notas metodológicas do *objecto* (*sic*) da investigação (*objectum*), embora seja o jurídico o *objectivo* (*objectivo* (*sic*) cujo resultado virá a precipitar o noemático constitutivo do *objciendum*), e por isso o problema, enquanto problema, seja também jurídico. Se, pelo contrário, o problema se dirige ao direito (ao jurídico) como *objecto* (*sic*) e com a pretensão de o definir, apreender ou conceitualizar, já estaremos em face de um problema de *conhecimento* do direito, de um problema que, enquanto problema, é cognitivo — o problema tem o direito como *objecto*, mas tem no conhecimento o seu *objectivo*, e é de conhecimento a própria intenção noética que o define. (NEVES, 1967, p. 51)

Por sua vez, Lenio Luiz Streck critica a metodologia ainda adotada de separação entre fato e direito, assim se manifestando:

(...) ainda vivemos em um mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum. (STRECK, 2007, p. 9)

¹⁷⁷ STRECK; BOLZAN DE MORAIS. *Ciência política e teoria geral do Estado.*, 2006b, p. 92.

Antônio Castanheira Neves afirma ser impossível a compreensão estanque dos fatos em relação ao direito, tendo em vista que o fato é que delimita metodologicamente o objeto do problema jurídico.

Sendo assim, problema jurídico, não recai sobre o conceito de direito, mas sobre a análise jurídica de um direito através de fatos.

O conceito de “questão de direito” se fundado em juízos de exclusão não é adequado.

Castanheira Neves citando Rickert assim se manifesta:

“A não é B” é o mesmo que dizer “A não é -A”, pois que como não -A é (para A) apenas o “não” ou nada de A - é, portanto, o mesmo que dizer “A é A”. E outro tanto acontece a B, relativamente a A. Afirmar “A é A” e “B é B” não é, de modo algum, distingui-los. Só virão a distinguir-se como relata de uma determinada relação, de modo que A e B estejam entre si como “um” para “outro”, de tal modo, portanto, que dizer que A implique dizer, embora por determinação negativa, algo positivo de B. Mas para isso — é evidente — tem de pressupor-se uma qualquer unidade entre A e B, aquela unidade que A de certa maneira e B de outra maneira analisam, e na qual, por isso mesmo, eles (A e B) mútuas e simultaneamente (*sic*) se determinam. (NEVES, 1967, p. 98)

Feitas as considerações sobre questões de fato e de direito, tem-se que não há como as partes não as conhecerem, pois elas alicerçam a decisão proferida pelo juiz,¹⁷⁸ evitando-se assim, a arbitrariedade.

Neste sentido, Arruda Alvim afirma que

É preciso que o juiz, decidindo a controvérsia, justifique porque acolheu a posição do autor ou do réu. Justamente porque o juiz não decide arbitrariamente — em função de sua mera vontade — é que deve constar expressa e explicitamente da sentença a sua fundamentação, que é pressuposto do seu controle jurisdicional. A

¹⁷⁸ Michele Taruffo observa que “os mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comuns a todos, se em algum tempo tiveram um sentido uma correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar pós-moderna. Por muitas razões, está hoje em crise o arquétipo do Estado-nacional, que por muito tempo representou a moldura tradicional (geralmente não-conscientizada) das usuais idéias de sociedade e de cultura, e a múltipla fragmentação social e cultural tomou o lugar das velhas imagens totalizantes e coerentes da sociedade e da cultura (...) Além disso, neste mundo globalizado é inevitável que o juiz se veja ao centro de muitos problemas novos e no ponto de encontro de tendências diferentes e conflitantes: cabe por isso às cortes a tarefa de resolver os conflitos entre valores universais e regras cada vez mais gerais, de um lado, e, de outro, situações cada vez mais particulares e culturalmente individualizadas. Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca inanimada da lei, teorizada por Montesquieu, nem um passivo aplicador de norma simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no depósito constituído pelo senso comum” (**Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**: aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 5 de março de 2001, 2001, p. 39).

parte que sofre prejuízo se insurge contra os mesmos; recorrendo, tentará comprometer a fundamentação, pois, logrando fazê-lo, *ipso facto*, seu recurso será provido, e *modificada a sentença*. Conquanto não se recorra de fundamentos, mas da conclusão, os fundamentos hão de ser atacados também, e como premissas do pedido de reforma da decisão. (p. 593, 2007)

O princípio do livre convencimento motivado obriga o magistrado a explicitar as razões da conclusão adotada, com a adequada motivação da decisão proferida, porque se assim não for ela estará com nulidade, por isso a motivação representa os elementos de convicção valorados pelo juiz. E essa motivação deve ser de tal maneira explicitada que tenha adequada coerência e conclusão lógica apontando o dispositivo decisório de cada pretensão.

A decisão proferida com clareza, precisão e inteira fundamentação, com adequada análise das provas, dos fatos e questões de direito, não representa, por si só, deva ser longa e até prolixa. Necessita ela é atender a esses elementos para a sua correta lavratura, cumprindo o magistrado seu devido mister. Por isso não se pode confundir fundamentação da decisão com a sua extensão, uma vez que o art. 165 do Código de Processo Civil permite que a decisão seja fundamentada de maneira concisa,¹⁷⁹ sem que com isso haja ofensa ao princípio constitucional.

“O que a Constituição exige no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgamento as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional” (RE nº 140.370-5, MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, *RTJ* 150/269).

Embora a Constituição Federal não exija que o juiz profira decisão com fundamentação correta, parece evidente que tal é a necessidade da própria profissão do magistrado, pois a ele compete encontrar a verdade contida nos autos, entregando o direito a quem de fato merece, não havendo razão para se exigir expressa menção dessa obrigação por

¹⁷⁹ “CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NULIDADE DA SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – DELEGADO DE POLÍCIA – USO INDEVIDO DE VIATURA POLICIAL E DE ARMA QUE LHES FORAM CONFIADAS – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA FINALIDADE – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA – ART. 11 DA LEI Nº 8.429/1992 – CONFIRMAÇÃO DO ‘DECISUM’. 1 – luz do art. 245 do CPC, a falta de arguição do vício de nulidade de intimação para audiência no primeiro momento em que cabia ao interessado falar nos autos torna precluso o seu direito de rediscutir a matéria em sede de apelação. 2 – *A concisão da sentença não implica ausência de fundamentação, se o magistrado abordou a matéria posta em julgamento e expôs as razões de seu convencimento.* 3 – Nos termos do art. 11, inc. I, da Lei nº 8.429/1992, pratica ato de improbidade administrativa o delegado de polícia que se serve de viatura policial durante várias horas para tratar de assuntos de interesse alheios ao serviço, bem como se vale indevidamente da arma que porta para causar intimidação, assim configurando violação aos princípios da legalidade, da moralidade e da finalidade. 4 – Preliminares rejeitadas e recurso não-provido” (PROC. 1.0024.03.043747-9/001(1), Relator: Dês. Edgard Penna Amorim, Julg. 27.09.2007, 8ª Câm. Cível, TJMG, grifo nosso).

parte do julgador na lei; portanto, se a fundamentação da decisão existe, mas não está correta, deverá ser esse erro corrigido pela instância superior, encontrando-se então o verdadeiro significado da existência dos recursos, os quais não foram instituídos para prolongar a vida do processo, impedindo várias vezes que se dê o trânsito em julgado da sentença e os efeitos dela. A motivação contida na decisão, concisa ou não, deve apresentar adequada justificação para permitir a demonstração da justiça e a racionalidade dessa conclusão, porque a justificação referida representa a ideia de uma escolha, a qual, naquele momento, com o exame das questões de fato e de direito e as provas coligidas para os autos, deverá representar a escolha correta, justificável, entregando e empregando o direito a quem merece e não a quem engana, mente, esconde, etc.

A fundamentação serve, portanto, como controle de arbitrariedade nas sentenças, uma vez que apresenta o caminho lógico que levou o magistrado a decidir. Este controle é permitido, desta forma, às partes do processo judicial, que acompanham atentamente o *iter* processual.

O arbítrio judicial¹⁸⁰ não tem mais espaço no Estado Democrático de Direito, como já frisado em capítulo anterior nesta dissertação.

5.3.4 *Publicidade e Transparência*

A publicidade¹⁸¹ dos atos processuais está prevista nos art. 5º, inc. LX, *caput* do art. 37 e art. 93, inc. IX, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁸⁰ A tomada de decisões segundo o “prudente arbítrio do juiz”, conquanto ainda frequente (entre inúmeros outros casos, pode-se citar o RESP 200401011514), não se enquadra no contexto do Estado Democrático de Direito, como visto (veja-se a respeito, DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, 2004, p. 146-153). Sendo assim diante do devido processo constitucional, que abrange os princípios da reserva legal, da fundamentação das decisões jurisdicionais e do contraditório, na atualidade não podem mais ser aceitas concepções que autorizam o “livre arbítrio judicial”, a “livre convicção” do juiz para o exame do acervo probatório e muito menos aquelas que defendem a possibilidade de um “julgamento intuitivo” do magistrado, que se prestaria em algumas circunstâncias ao papel de criador do direito, muito em voga nas primeiras décadas do séc. XX (ver, neste último sentido, a posição de MAXIMILIANO. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo, 1947. p. 70). Nesta senda, confira-se ainda pequeno excerto colhido por Liebman, da lavra de Calamandrei, sintomático: “a motivação, na grande maioria dos casos, espelha, mais do que um estudo feito pelo juiz, com o fito de chegar a uma boa forma de julgar, um exame de consciência sucessivo, realizado pelo juiz para que ele próprio se convença de haver bem julgado. A motivação é uma prova lógica para controlar, à luz da Razão, a bondade de uma decisão, fruto do sentimento” (*apud* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença*. Tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983. p. 80).

¹⁸¹ Tão caro é o princípio da publicidade que vem ele sendo observado nos julgamentos da Corte Constitucional Europeia, prestigiando o controle público e evitando julgamentos secretos, como noticia Giuseppe Tarzia, em “Lárd. 111 Cos. E Le Geranzie Europee del Prcesso Civile”, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 103, p. 156-

Não havia essa previsão na Constituição anterior. Ante a previsão constitucional, a publicidade foi elevada então à categoria de princípio. Referido princípio tem por finalidade dar publicidade do processo e não apenas no processo, porque não só o ato praticado em público permite o alcance de mais confiança do que aquele praticado de forma oculta, possibilitando a fiscalização social da atividade judicial.

Arruda Alvim diz que a publicidade é “garantia para o povo de uma justiça ‘justa’, que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria magistratura diante do mesmo povo, pois agindo publicamente permite a verificação de seus atos” (2007, p. 183).

O princípio da publicidade dos atos processuais no Direito brasileiro reveste-se de garantia constitucional prevista nos art. 5º, inc. LX, *caput* do art. 37 e inc. IX, do art. 93 da CRFB/88 e se consubstancia em regra, somente sofrendo restrições nos casos em que há defesa da intimidade e do interesse social.

O referido princípio permite que os atos processuais sejam suscetíveis de conhecimento pelos atores processuais, bem como por qualquer pessoa, exceto na exceção prevista na segunda parte do art. 93 inc. IX da CRFB/88, quando afirma poder a lei¹⁸² limitar a presença das pessoas, em determinados atos, às partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público¹⁸³ à informação.

A relação¹⁸⁴ entre a fundamentação da decisão judicial e o princípio da publicidade é estreita, vez que sem o princípio da publicidade é classificada como uma garantia de segundo

17, jul./set. 2011. p. 169. Com a consagração constitucional do princípio da publicidade, em 1988, não há mais espaço para julgamentos secretos no Brasil, como aqueles que eram realizados no Supremo Tribunal Federal para a apreciação de arguição de relevância de questão federal, no juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, sob a égide da ordem constitucional anterior, conforme já mencionado no item 4.2.

¹⁸² “Em face da circunstância de a Constituição Federal, hoje, tratar da publicidade dos processos, abrindo exceção, quando permite à lei que crie casos excepcionais em que o princípio da publicidade não seja obedecido, só pode a lei ordinária limitar a aplicação do princípio a casos de interesse público, segundo a dicção do texto constitucional (art. 93, IX). Mas, mesmo nestes casos, se a ausência de publicidade prejudicar o interesse público à informação, por força da nova regra constitucional, publicidade aos atos há de ser dada” (ALVIM. **Manual de direito processual civil**, 2007, p. 46).

¹⁸³ Aqui tem-se um caso de interpretação de conceito vago, devendo o juiz avaliar caso a caso, concretamente considerado.

¹⁸⁴ A respeito do princípio da publicidade e da legalidade em conexão com o da fundamentação, ensina a Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier que “o art. 93, IX, da CF vigente deu *status* de garantia constitucional à regra de que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. O inciso subsequente (art. 93, X) determina, outrossim, que todas as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas. O art. 5º, II, da CF consagrou expressamente o princípio da legalidade: ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Estes três dispositivos da Constituição Federal consagram e viabilizam o princípio da legalidade no direito brasileiro vigente. O juiz está, portanto, vinculado à lei. E há de fundamentar, portanto, todas as suas decisões, na lei, embora não exclusivamente. Com esta exigência, têm-se: (a) uma garantia contra o arbítrio; (b) uma garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (= subjetivismo); (c) controle de raciocínio do juiz; (d) possibilidade (técnica) de impugnação (pois, na verdade, quando se impugna uma decisão judicial, se atacam diretamente

grau, tendo em vista que ela confere validade às garantias de primeiro grau ou primárias, como a ampla defesa, o contraditório.

A publicidade guarda estreita relação com o princípio da fundamentação da decisão judicial, eis que uma decisão judicial fundamentada somente pode passar pelo controle das partes se estas tiverem conhecimento do seu conteúdo, isto é, uma decisão judicial fundamentada possibilita que seus fundamentos sejam públicos e, assim, controlados pelas partes e também pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia superior.

O entrelaçamento existente entre a publicidade é notório, tendo em vista que implica em transparência dos atos processuais com a motivação das decisões judiciais, uma vez que ambas desempenham papel de suma importância num Estado que se diz Democrático de Direito.

5.4 A fundamentação válida à luz do art. 93 inc. IX da Constituição Federal

A fundamentação da decisão para ser válida, conforme o inc. IX do art. 93 da CRFB/88, deve esboçar um discurso racional sobre o acontecimento fático que se encontra em julgamento.

A racionalidade encontra-se ligada à cognição fática sobre todos os aspectos desenvolvidos a partir da propositura da ação. Dessa forma, será racional a fundamentação que demonstrar a análise da integridade dos argumentos das partes, bem como de todas as provas produzidas a partir do contraditório.

A decisão racional assegura às partes que o provimento final foi construído sob reflexão de todos os pontos debatidos e produzidos nos autos do processo, e não se limitando a ser um ato de puro subjetivismo do julgador, o que oportuniza um controle objetivo sobre a atividade jurisdicional. A decisão fundamentada de forma válida e racional é a que se apresenta vinculada ao caso *sub judicis*, ou seja, trata-se de um discurso justificativo que se coloca de todo casuístico, entrelaçando as questões de fato e de direito discutidas nos autos.

seus fundamentos para, indiretamente, atingir-se a decisão, *i. e.*, a decisão propriamente dita); (e) maior grau de previsibilidade; (f) aumento da repercussão das normas de direito. Esta atitude do nosso legislador constitucional evidencia de modo inequívoco que, ainda que se admita tenha o juiz padrões mais flexíveis, quer-se a continuidade do método de que haja padrões para decidir, porque se valoriza a segurança e a previsibilidade, apesar de todas as dificuldades decorrentes da inegável flexibilização dos padrões que hoje se constata em toda parte” (**Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**, 2002, p. 20-22).

Não se pode permitir “fórmulas prontas” ou discursos amoldáveis a inúmeras decisões, pois nesses casos têm-se ausência de fundamentação. De igual sorte, colocam-se como inválidas constitucionalmente as motivações contraditórias, implícitas e *per relationem*, as quais não são explícitas e não representam uma fundamentação de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, a decisão judicial racionalmente fundamentada permite que as partes analisem seu conteúdo, ou seja, analisem o *iter* percorrido pelo agente público julgador na construção do provimento final e exerçam controle sobre a atividade judicial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É chegado o momento de apresentar as considerações finais do presente estudo sem ter, contudo, qualquer pretensão de exaurimento do tema, até porque, seguindo a proposta da hermenêutica filosófica aqui apresentada, o conhecimento é sempre provisório e inacabado, posto que construído e aperfeiçoado ao longo da história.

No Estado Democrático de Direito a fundamentação da decisão judicial deve possibilitar às partes conhecer o iter percorrido pelo agente público julgador — juiz —, quando da prolação da decisão.

Sendo assim, somente será legítima a decisão jurisdicional que estiver balizada na ampla participação, por intermédio do contraditório, dos que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais convertem o processo, e devidamente fundamentada.

O direito à fundamentação é assegurado aos cidadãos e à coletividade (sociedade) que dela se vale, seja para conhecer as razões de decidir do julgador, seja para controlar a constitucionalidade.

A fundamentação da decisão judicial reveste-se de instrumento de controle social dos jurisdicionados, evitando à concretização de arbítrio e discricionariedade judicial.

Ao se falar de fundamentação das decisões judiciais, necessariamente se lembra das inúmeras decisões judiciais que são proferidas pelo Judiciário sem justificação. O Judiciário quando assim age, está se afastando da Constituição Federal, pois a ausência de fundamentação não permite ao jurisdicionado ou ao cidadão conhecer as razões que levaram o agente público julgador a decidir de tal ou qual maneira, além de gerar insegurança jurídica, maculando garantias processuais do cidadão, como a garantia da isonomia, do contraditório e do devido processo legal.

Nesta dissertação utiliza-se da análise do recurso de Embargos Declaratórios e do instituto da repercussão geral da questão constitucional e da relação destes com a fundamentação da decisão judicial.

Hodiernamente, as partes se deparam com decisões judiciais nas quais os agentes públicos julgadores — juízes —, ao se manifestarem sobre a oposição de Embargos Declaratórios, limitam-se a dizer que não estão presentes os requisitos elencados no art. 535 do Código de Processo Civil, quais sejam, contradição, obscuridade ou omissão.

O instituto da repercussão geral da questão constitucional não é compatível com o princípio da fundamentação da decisão judicial, tendo em vista que obstaculariza o julgamento do mérito do recurso, impedindo o acesso à justiça, conforme explicitado alhures nesta dissertação.

Num Estado de Direito, há a submissão do poder à lei, o que equivale afirmar que as decisões judiciais devem demonstrar que foram construídas com base nas regras jurídicas vigentes.

A fundamentação da decisão judicial deve ser um arazoamento justificativo por intermédio do qual o agente público julgador — juiz —, demonstra os alicerces racionais idôneos no qual se baseou para decidir num sentido e não em outro.

Uma decisão judicial que for ausente de fundamentação, ou seja, o agente público julgador não indicar os critérios nos quais se baseou para exarar a decisão é nula, pois impede o controle pelas partes. A ausência de fundamentação impede o exercício da fiscalidade pelo jurisdicionado — cidadão.

Para a validade constitucional de uma decisão judicial, ela deve demonstrar o discurso justificativo e ser exarada sob a lente da Constituição.

A fundamentação válida e racional é aquela que se apresenta vinculada ao caso concreto, ou seja, que entrelaça as questões de fato e de direito.

Frisa-se que a fundamentação (versada sobre a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto) deve observar necessariamente a Constituição, a fim de coibir decisões pautadas em subjetivismos e pré-compreensões do agente público julgador, o que revestiria a decisão judicial de discricionariedade.

Para se construir uma decisão válida à luz do art. 93 inc. IX da CRFB/88, deve-se permitir ao jurisdicionado o direito de ver todos os argumentos contemplados pelo órgão julgador.

O agente público julgador deve conferir atenção, tomar conhecimento, consideração e apresentar uma resposta satisfatória sobre as razões apresentadas. Isso exigirá capacidade, apreensão e isenção de ânimo, independentemente da prévia formação de convencimento. O foco da decisão deve ser responder os argumentos e teses trazidos pelas partes para a plena satisfação do direito de petição, da ampla defesa e do contraditório, como única forma de viabilizar a fiscalização do exercício objetivo da atividade jurisdicional.

Assim, tem-se que o dever de fundamentar está vazado de forma expressa na Constituição Federal de 1988 e deve ser observado pelos agentes públicos julgadores — juízes — e pelos Tribunais, sob pena de nulidade.

As contribuições singelas aqui analisadas terão uma maior aplicabilidade à medida que os intérpretes conseguirem superar a baixa constitucionalidade que ainda impera em nosso País e dificulta a delimitação do que se entende por tradição constitucional.

A dificuldade de concretização não nos impede, porém, de acreditar que, quiçá, um dia seja possível vislumbrar em nossa “prática” jurídica a existência de repostas adequadas à Constituição e despida de juízos de pré-compreensão e subjetivismos do agente público julgador — juízes e Tribunais.

Ainda que se reconheça tal dificuldade, tal obstáculo não pode servir de respaldo à aposta na discricionariedade que expresse a vontade solitária do agente público julgador sem a participação de todas as partes na construção do provimento final.

O texto constitucional impõe limites ao intérprete e tem o condão de atuar como barreiras à discricionariedade, desde que observados e concretizados seus princípios constitucionais, como o ora em destaque nesta dissertação, qual seja, o da fundamentação da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio. **Princípios de direito processual do trabalho**. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 02, p. 169-178, fev. 2009.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Da fundamentação das decisões judiciais**. Revista de Processo, ano 17, n. 67, p. 194-211, jul./set. 1992.
- ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro, 2000. p. 61.
- ANDOLINA, Italo. **Il tempo e il processo**. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, p. 259-274, out. 2009.
- ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Revista de Processo, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 63-69, jul. 1997.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**: Il modelo costituzionale del processo civile italiano. Seconda edizione ampliata eg aggiornata. Torino: Giappichele Editore, 1979.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modelo costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezione. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ASSIS, Zamira de. A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela e processo cautelar e tutela antecipada**: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito. Curitiba: Juruá, 2008. p. 179-188.
- AUDARD, Catherine. Direito e legitimidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2000.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A motivação dos atos da Administração Pública como princípio fundamental do Estado de Direito**. Revista de Direito Tributário, n. 87, p. 11-21, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: 2007. p. 92.

BARACHO, Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 345-364.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Cidadania e dignidade humana: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais: proteção constitucional e proteção internacional dos direitos do homem: concorrente ou complementar Constituição e direito internacional**. In: BARACHO, José de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008a. p. 213- 250.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: conceito, natureza e objeto: ação e legitimação**. In: BARACHO, José de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008c. p. 45-52.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3/4, p. 89-154, jan./dez. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane Magalhães. **O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Interesse Público – IP, Porto Alegre, ano 7, n. 33, set./out. 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **Começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **Devido processo legal, sociedade em massa e demandas repetitivas.** In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais.** Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 201-236.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional nº 45.** Rio de Janeiro, Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 8. ed. Brasília: Ed. UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** Coordenação de Theotônio Negrão. 29. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. MS nº 24.268/MG – Minas Gerais, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 05.05.2004, órgão Julgador: Tribunal Pleno. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>.

BÜLLOW, Oscar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Contencioso comunitário.** Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição.** 7. ed. 6. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?.** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal brasileira**: comentários. Brasília: Senado Federal, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 3.

CHRISTENSEN, Ralf. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann; revisão da tradução Fábio Konder Comparato. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CIPRIANI, Franco. **Il processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. (Saggi Collana: Biblioteca di diritto processuale, 16).

CITTADINO, Giselle. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. Revista dos Tribunais, v. 691, p. 34-44, maio 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e “giusto processo”** (modelli a confronto). Revista de Processo, São Paulo, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **A oralidade processual**. Revista dos Tribunais, v. 126, p. 56, jul. 1940.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTO, Renato Lacerda do. **A fundamentação jurídica das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito**. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (Coord.). **Direito processual**, [S.l.: s.n.], 2011.

COUTURE, Eduardo *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais de direito processual civil**. Revista de Processo, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 182, 1981.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. t. I.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 220.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio**. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/Revista/Volume25_2/Vol25_2_10.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DELGADO, José Augusto. **A sentença judicial e a Constituição de 1988**. *Revista de Processo*, n. 61, v. 16. São Paulo, p.57-62, jan./mar. 1991.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoria general del proceso**. 3. ed. 1. reimpressão. Buenos Aires: Universidad, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito**. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A garantia da fundamentação das decisões jurídicas no Estado Democrático de Direito**. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, jul./dez., 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo**. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 457-486.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Direto à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito**. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006. p. 653-663.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Fundamentos do Estado Democrático de Direito**. *Revista Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 150-163, jan./dez. 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Bahia: JusPodivm, 2010. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Mandamentos, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica**. México, 1974. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/672/9.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

FIX-ZAMUDIO, Héctor; OVALLE FAVELA, José. **Derecho procesal**. México, 1991. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/283/4.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

FREITAS, Marcello Cinelli de. **Nulidades da sentença cível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Organização de Pierce Fruchon; tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-209, set. 1999.

GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. **Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo: profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo**. Milano: Giuffrè, 2008.

GODINHO, Robson Renaut. **Direito constitucional do recurso**. In: THEORORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 501-540.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto e Ensaio sobre interpretação e aplicação**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação e reclamação aos tribunais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HABERMAS, Jürgen, **Técnica e ciência como “ideologia”**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1968.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebenechler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1993.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Pós-escrito.

HART, Herbert L.A. **The concept of Law**. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

HEGEL, G. W. Friedrich. **A fenomenologia do espírito**. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino e Antônio Pinto de Carvalho. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).

HEIDEGGER, Martin. **Ser y tiempo**. Tradução de Jorge Eduardo Rivera Cruchaga. Santiago: Editorial Universitária, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

ITÁLIA. **Codice Di Procedura Civile**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33738>>. Acesso em: 17 jan. 2011.

ITÁLIA. Constituição (1948). Constituição de 1948.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos; Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Garantismo processual e direitos líquidos e certos**. In: LEAL: Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Del Rey: Belo Horizonte, 2005a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9. ed. Forense, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Corso di diritto processuale civile: nozione introduttive, parte generale e il processo di cognizione**. Milano: Giuffrè, 1952.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença**. Revista de Processo, São Paulo, n. 29, jan./mar. 1983.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**. São Paulo: LTr, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo. **A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação: STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a ele dirigidos**. In: FUX, Luiz; NERY, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 37, p. 37-64, jan. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 556.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral do recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A eficácia das decisões de inconstitucionalidade: 15 anos de experiência**, In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 203-209.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A crise do Poder Judiciário e o processo**. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. t. IV.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 197.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões Judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. Saraiva. São Paulo, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. In: MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão**. Revista de Processo, São Paulo, ano 28, n. 111, p. 103-112, jul./set. 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade do processo e técnica processual**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **La igualdad de las partes en el proceso civil**. Revista de Processo, São Paulo, ano 11, n. 44, p. 178, 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004a. p. 15-28.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformas do CPC em matéria de recurso**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004b. p. 143-156.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann; revisão da tradução Fábio Konder Comparato. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los Límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particular e la buena Fe**. Boletín Oficial del Estado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 29, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman).

NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-facto ou questão-de-direito: o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967.

NOJIRI, Sergio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional do recurso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 73-85, maio./jun. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Politização do judiciário no direito comparado**. In: **CONGRESSO CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA**. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010a.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2010b.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. **Processo constitucional contemporâneo**. In: THEORORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 1-32.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 4, n. 7-8, p. 106-117, jan./dez. 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5/6, p. 161-170, jan./dez. 2000.

PASSOS, J. J. Calmon de. **A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2000.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Cidadania e efetividade do processo**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Da argüição de relevância no recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1977.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PASSOS, J. J. Calmon de. **O direito de recorrer à justiça**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v. 26.

PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil anotado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.]. v. 2, p. 1715, verbete n. 14.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias de processo**. Virtua Jus – Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRINI, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998. 3. v.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 4.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohlen. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohlen. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. **Dos recursos em primeiro grau de jurisdição**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Patrus Ananias de. **Processo constitucional e devido processo legal**. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Estudos continuados de teoria do processo. Porto Alegre: Síntese, 2000.

SOUZA, Humberto Leandro de Melo e. **Fundamentação, contraditório e polifonia: a sentença penal no Estado Democrático de Direito**. In: LEAL, Rosemiro Pereira. Estudos continuados de teoria do processo. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 4.

STEIN, Ernildo. **A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica**. Folha de S.Paulo, São Paulo, 24 mar. 2002. Caderno Mais, p. 3.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**. Porto Alegre: Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006a.

STRECK, Lenio Luiz. **A repercussão geral das questões constitucionais e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as causas irrelevantes.** In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). **Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito objeto.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma explanação hermenêutica da construção do direito.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta.** In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. p. 3-28.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas das possibilidades à necessidade de respostas corretas em direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 08, de 07 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/17559>>. Acesso em: 07 jun. 2010.
TARUFFO, Mcihele. Note sulla granzia costituzionale della motivazione. **Boletim da Faculdade de Direito**, V, LV, Coimbra, p. 34-35

TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz: aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 5 de março de 2001**. Tradução do Prof. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 36, p. 27-48, jul. 2001.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil (versión abreviada). *In*: COLOQUIO DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSITAT INTERNACIONAL DE GANDÍA, España, 7 nov. 2008. <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, Fernando Horta, DUTRA, Élder Gomes. **Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitorio**. Revista do Processo – RePro, São Paulo, ano 35, n. 181, p. 59-89, mar. 2010.

TAVARES, Fernando Horta. **A ação de incumprimento no processo comunitário e sua exequibilidade no espaço supranacional**. 218f. Tese (Doutorado) – PUC Minas, Belo Horizonte, 2002.

TAVARES, Fernando Horta. **Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo**. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição de processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 265-282.

TAVARES, Fernando Horta. História do direito brasileiro: apontamentos. **Virtuajus**, ano 6, n. 1, p. 1-22, jul. 2007. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Docentes/hora-tavares.doc>. Acesso em: 10 out. 2011.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta. **Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada**. 1. ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 145-162.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático**. Revista do Processo – RePro, São Paulo, ano 36, n. 195, p. 131-132, maio 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Primeiras observações sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, ano 9, n. 66, p. 7-12, jul./ago. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário**. Revista do Processo, São Paulo, ano 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). **Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

TOLENTINO, Fernando Lage. **Ampla defesa e direito ao advogado: da necessidade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa**. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 177-190.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Teoria geral da efetividade do processo**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 90-107, jan./jul. 1998.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire**. Milano: Giufrè, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial**. Revista de Processo, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 52-70, out. 1998.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WOLF, Francis. **Nascimentos da razão, origem da crise**. In: NOVAES, Adauto (Coord.). **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 67-82.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millenium, 2004.