

(RE)PENSANDO O CONCEITO DE SENTENÇA: A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

RE(THINKING) THE CONCEPT OF SENTENCE: THE JUDICIAL REASONING AND THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Franchesco Maraschin Freitas*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Superando o paradigma positivista pelo constitucionalismo. 2 Do devido processo legal. 3 A fundamentação das decisões judiciais como fator elementar do Estado Democrático de Direito. 4 A fundamentação das decisões judiciais e a abordagem no projeto do Novo Código de Processo Civil. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O devido processo legal é inerente ao Estado Democrático de Direito. A ausência ou até mesmo a deficiência da fundamentação acarreta, ou deveria acarretar, a nulidade do ato jurídico pela ausência do devido processo legal. A sentença é responsável por transcrever aos olhos da sociedade se o processo judicial atendeu aos ditames do *due process of law* e se foi concretizado o direito ao acesso à justiça, ou seja, se o contraditório, a publicidade e a fundamentação foram contemplados pelo julgador, tendo os elementos da decisão paradigmática como referência.

Palavras-chave: Devido processo legal. Fundamentação. Decisão paradigmática. Acesso à justiça. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: *The due process of law is inherent to the Democratic State of Law, being that its creation has come after the overcoming of positivism. The absence or even the lack of the substantiation involves, or should, the nullity of the juridical act by the absence of the due process of law. The sentence is responsible for transcribe to the eyes of society if the judicial process attended the dictates of the due process of law and if has been concretized the right of access to justice, in other words, if the contradictory, the publicity and the substantiation have been contemplated by the judge having the elements of the paradigmatic decision as reference.*

Keywords: *Due process of law. Substantiation. Paradigmatic decisions. Access to justice. Democratic State of Law.*

INTRODUÇÃO

A velha concepção de que o Direito corresponde ao produto da legislação está superada pelo reconhecimento da importância do Poder Judiciário como órgão concretizador e garantidor de direitos.

Por ser o Poder Judiciário o órgão responsável pela aplicação da legislação e instituição indispensável para solidificação do autêntico regime democrático de direito, deve ele agir com total transparência e clareza. Logo, quando o judiciário se manifesta através de suas decisões, entende-se que elas devem explicitar os motivos fáticos e jurídicos que lhe dão suporte, para que não só as partes litigantes, mas sim toda a sociedade possa se valer dos direitos do acesso à justiça.

Não seria justo se um indivíduo tivesse um direito seu restringido e não tivesse acesso ao porquê da restrição. Por isso, a sentença corretamente fundamentada tem a característica de tornar límpido à sociedade o direito que ela pode esperar, sendo a sentença o instrumento legal que o prolator da decisão irá fundamentar tudo que lhe foi evidenciado e provado no decorrer do processo.

Se a sentença não for devidamente fundamentada e o resultado for contrário aos interesses da parte, como poderia ela recorrer sem saber, ao certo, em que razões se fundam a decisão e se elas estão de acordo com o direito.

Desta forma, a fundamentação das sentenças é elemento fundamental para reclamar o direito em instância superior, devendo ser completa, atingindo todos os pontos articulados na lide, para que o recurso seja o mais específico possível, e também, para que não seja violado o princípio do devido processo legal enquadrado no artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988.

* Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito, 2013, Faculdade Meridional - IMED. Advogado.

1 SUPERANDO O PARADIGMA POSITIVISTA PELO CONSTITUCIONALISMO

Para concretizar um modelo efetivamente democrático se faz necessário ultrapassar algumas barreiras impostas pelo positivismo ao constitucionalismo, eis que essa noção jurídica reclama a revisão de elementos jurídicos que poderiam implicar na oposição a um modelo considerado democrático de direito. Streck relaciona, de forma sistemática, os contrapontos existentes (STRECK, 2005):

- a) Norma em vez de valor; b) subsunção em vez de ponderação; c) independência do direito ordinário em vez de onipresença da Constituição; d) autonomia do legislador democrático dentro do marco da Constituição em vez de onipotência judicial apoiada na Constituição.

No campo do direito, atualmente, há uma grande confusão no que diz respeito aos vários tipos de positivismo. Existe, de forma retórica, o positivismo exegético, o qual afirma que há uma proibição de interpretar o texto de lei, que separa direito e moral, texto e norma. De outro lado, há o positivismo normativista, que relega o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor”, afirmando que esse problema é muito mais semântico do que sintático (STRECK, 2010, p.86). Streck, em sua obra, questiona as correntes positivistas existentes (STRECK, 2010, p.86):

Obedecer “à risca o texto da lei democraticamente construída” (já superada – a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária.

A posição positivista exegética deixa a desejar, vez que, para os que defendem essa corrente, uma norma vale mais que um valor constitucional. Apesar de o positivismo ter influenciado e ter sido importante em certo contexto histórico, o seu segmento, que é formalista, seria de nítido caráter retórico. As características de não admitir lacunas, de não reconhecer princípios como normas, de ter dificuldades em explicar os conceitos indeterminados, faz a legalidade ocupar o lugar que deveria ser da legitimidade do direito.

A crítica exposta reside no fato de que o juiz pode decidir por valores éticos e de forma axiológica no que tange o caso fático-temporal, contanto que ele não se “transforme” em legislador, criando novos direitos e decidindo única e exclusivamente por seu senso (STRECK, 2010, p. 94). No passo que as leis deixam brechas e lacunas, em relação aos casos mais complexos, deve o juiz usar da ponderação para decidir, reconhecendo que um interesse pesa mais que o outro, ou seja, “os interesses atuais fossem identificados e balanceados para determinar a verdade” (ESPINDOLA, 2013, pp. 296-297).

A superação das barreiras supracitadas proporcionou o descarte do paradigma positivista, o qual ocorreu em três frentes (STRECK, 2005, p. 279):

Primeiro, pela teoria das fontes, uma vez que a lei já não é única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto aplicativa; a segunda ocorre com a substancial alteração da teoria da norma, em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; a terceira frente dá-se no plano da interpretação.

A teoria das fontes tem o ideal de a Constituição Federal ser a origem de validade de Direito, na qual todas as outras leis são subordinadas a ela, não só as leis, mas também, as decisões judiciais, os atos administrativos, as doutrinas e a jurisprudência.

A teoria da norma diz respeito à confecção das regras, como textos, fundadas em princípio que devem reger o Estado Democrático de Direito. Pode-se entender que os princípios são a base para o legislador criar leis que possam dar diretrizes ao Estado Constitucional.

O plano de interpretação dá-se na reflexão de texto e norma, pois só há norma se interpretado o texto, fundado nos princípios que regem o ordenamento jurídico.

A superação do positivismo parte do surgimento do Estado Constitucional, com o denominado neoconstitucionalismo, ou, constitucionalismo contemporâneo – ambos são sinônimos, mas possuem características um pouco distintas, sendo que o primeiro defende que ocorreu uma superação em sentido tendencialmente jusnaturalista do positivismo jurídico, e o segundo considera o constitucionalismo a expansão e complemento do positivismo jurídico -, instituídos pelas cartas políticas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial. Nesse novo contexto cabe ao Poder Judiciário garantir os direitos fundamentais e preservar o regime democrático, em outras palavras, assegurar o devido processo legal (TRINDADE, 2012, pp. 96-97).

As três frentes estão correlacionadas entre si, visto que uma leva a outra. A teoria das fontes relaciona-se com a teoria das normas frente que as leis são confeccionadas a partir dos princípios que estão intrínsecos na sociedade e a aplicação das mesmas se dá pela teoria da interpretação. Por conseguinte, não existe uma sem a outra, e não existe Estado Constitucional sem as três.

Considera-se um direito fundamental processual o devido processo legal, ponto em que chega a ser inerente ao Estado Constitucional a sua existência. Nesse diapasão, a doutrina faz conexão entre os princípios do contraditório, da fundamentação e o direito ao processo justo. Marinoni, Mitidiero e Sarlet aprofundam essa ideia, pois sem fundamentação a decisão judicial perde duas características centrais: a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais. Perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional (SARLET, 2012, p. 666).

2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Estado Constitucional proporciona que o próprio Estado observe alguns deveres e princípios essenciais para caracterizar um regime democrático de direito. Deveres esses, que nada mais são que a possibilidade de assegurar um governo democrático e controlar a discricionariedade do Poder Público.

A discricionariedade do Poder Público é controlada por um princípio em específico, o princípio do devido processo, estabelecido de modo expresso, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, na Constituição de 1988 no artigo 5º, LIV, que trata que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

O princípio do devido processo legal – que é o princípio base sobre o qual todos os outros se sustentam – é oriundo da expressão inglesa *due process of law*, consagrado no reinado de Eduardo III, em 1354, na lei denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, por meio de um legislador desconhecido (NERY JUNIOR, 2002, p. 33).

No seu sentido genérico, o princípio do devido processo legal caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, correspondendo a tudo o que disser respeito à tutela desse trinômio está sob a proteção do *due process of law*, ou seja, a liberdade de opinião, de imprensa, de religião, a privacidade, a liberdade de escolha, a deliberação dos bens particulares estão relacionados com o princípio em questão (NERY JUNIOR, 2002, p. 35).

Quando instituído no ordenamento inglês, o *due process of law* ressaltava apenas o sentido eminentemente processualístico, sendo, no decorrer dos anos, pela doutrina e jurisprudências, alargado ao âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos, permitindo uma interpretação elástica (NERY JUNIOR, 2002, p. 37). Nas palavras de Nelson Nery Junior (2002, p. 39) “a origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII”.

Por se tratar de um princípio aberto, que cria uma superafetação da nossa Constituição, onde costumeiramente se faz referência direta ao devido processo legal em lugar de se referir a uma das garantias específicas, Gilmar MENDES (2012, p. 385) posiciona que:

O devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair Trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça.

Conforme salienta Paulo BONAVIDES (2000, p. 388), o princípio do devido processo legal faz possibilitar que todo ato injusto e arbitrário poderá ser considerado inconstitucional. Nesse raciocínio também podemos elencar não só o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal como o detentor do princípio do devido processo legal, mas também, o artigo 3º, I, da própria Constituição, que taxa em seu teor uma sociedade justa como objetivo fundamental do nosso país: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;” (BRASIL, 1988).

A conclusão é obtida pela interpretação da palavra “justa”. Se a justiça é um objetivo de toda a República Federativa do Brasil, obrigatoriamente deve ser um objetivo do Poder Público em geral, ou seja, o devido processo legal substantivo deve estar presente em todos os atos do Poder Judicial.

Para tanto, deve-se compreender o sentido de devido processo legal. Ele pode ser considerado em duas percepções: formal e substantivo. A expressão formal, também conhecida como processual, alcança um sentido restrito de *due process of law*, nada mais sendo que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e podendo se defender do modo mais amplo possível (NERY JUNIOR, 2002, p. 42). O formal trata da perspectiva que os direitos fundamentais só podem ser exigidos e respeitados nas vias processuais. J. J. CANOTILHO (1997, p. 494) afirma que o devido processo legal formal:

Limita-se a dizer que uma pessoa “privada” dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei. Consequentemente, o acento tônico deve colocar-se na observância ou não do processo criado por lei para a aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade.

Em contrapartida, o devido processo legal substantivo traz em si o ideal de justiça, não apenas um processo legal, mas, sobretudo um processo legal, justo e adequado, em que, às autoridades judiciais deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente dos direitos fundamentais, ou seja, os juízes poderiam, baseados nos princípios constitucionais de justiça, analisar os requisitos intrínsecos da lei (CANOTILHO, 1997, p. 494/495).

Argumenta MOURA (2000, p. 77) que no ordenamento jurídico brasileiro o devido processo legal substantivo possui o componente material, na medida em que declara que o devido processo legal é assegurado às partes em todos os processos judiciais.

Existe decisão do ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso (1996, ADI – 1511 – MC/DF), que entende existir o conteúdo substantivo no devido processo legal:

Due process f law, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due processo of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.

A fundamentação judicial está intrínseca ao devido processo legal substantivo, visto que se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial (NERY JUNIOR, 2002, p. 38), pois não há devido processo legal se a decisão que estabelece uma obrigação ou priva um cidadão de sua liberdade, ou de algum bem seu, não observar a fundamentação adequada.

Para uma decisão ser adequada, ela necessita ser racionalmente justificada, baseando-se em argumentações racionais e legítimas, sendo essa exigência um dever que deve ser estendido a todos os casos em que os juristas argumentam. Como aduz ALEXY (2005, p. 35) “da possibilidade de uma argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da Ciência do Direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais”. Portanto, não basta que a decisão seja fundamentada, contendo apenas um mérito injustificado ao caso em lide, mas sim, deve conter uma fundamentação amparada de racionalidade com o pleito em tela.

Para dar robustez ao estudo, MITIDIERO e MARINONI (2011, pp 458-459) afirmam que “a fundamentação da sentença tem de apresentar coerência lógica e contextual, importando aí os nexos do direito como um todo e do senso comum articulados no âmbito da motivação”. Para tanto, a coerência lógica é fundamental para validade da decisão proferida.

Assim, o devido processo legal exigiria que a decisão judicial fosse devidamente adequada, o que, pragmaticamente, implicaria na sua fundamentação racional como elemento que lhe emprestaria legitimidade.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO FATOR ELEMENTAR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Parte-se do pressuposto de que a decisão judicial somente atende ao devido processo legal substantivo se adequada ao contexto e à lógica do processo, ou seja, racionalmente fundamentada (ALEXY, 2005, p. 05). Em outras palavras: será racionalmente fundamentada e legítima toda a decisão que contenha a devida e correta fundamentação. Fundamentação, assim, que não tem importância apenas no campo técnico do direito (lei formal), mas possui relevância para obtenção de um ato jurídico válido.

Em um sentido mais desmembrado pode-se dizer que a fundamentação é uma circunstância "em que se procura dar as razões por que se fez ou se determinou a feitura de qualquer coisa. É a apresentação dos motivos, que determinam a medida, que provocaram a solução, ou que possam justificar a pretensão" (SILVA, 2005, p. 547).

Verifica-se que a fundamentação engloba uma série de circunstâncias importantes para validação da sentença, bem como citado supra, a fundamentação é determinante e justificativa dos atos jurídicos.

A evolução da humanidade demonstra várias distorções no que cabe a fundamentação das sentenças, desde a época que não era necessário fundamentar as decisões (final do século XVII) – a fundamentação só se tornou obrigatória com o advento de uma Lei de Organização Judiciária de 1810, na França (PORTANOVA 2003, p. 248) – até os dias de hoje, que na maioria dos casos podem ser consideradas nulas por serem imotivadas sobre os fatos da lide.

O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”. Assim, por exemplo, ao condenar alguém em alguma obrigação o juiz estaria lhe restringindo direitos e para que tal ato fosse justificado na ordem jurídica pátria, deveria conter a devida fundamentação desse ato, por atenção ao direito fundamental ao devido processo legal. Essa concepção foi positivada no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988 dispondo que “ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens sem o devido processo legal.” No momento que restringe algum direito ou impõe alguma obrigação, o magistrado deve fundamentar “como num levantamento topográfico, o itinerante lógico que

percorreu para chegar a sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos em que altura do caminho o Magistrado se desorientou.” (ALEXY, 2005, p. 05).

Além disso, o Direito consiste em harmonizar as desavenças trazidas ao Poder Judiciário, pelo menos naquilo que se refere ao âmbito patrimonial das partes. Parece, portanto, como pensa Baptista da Silva (2006, p. 12), que o Direito não é apenas a dúvida entre o probó e o ímprobo, mas sim, o correto que deve ser feito. Nesse sentido, segue a afirmação do autor:

A contribuição que se espera do Direito é que ele ofereça os instrumentos e as condições concretas que possam contribuir para a realização de uma sociedade que se aproxime do ideal de justiça; não de uma sociedade "certa", como se pudesse haver sociedades "erradas”.

Para tanto, é através da fundamentação que observa o caso concreto, personalíssimo, que cada decisão poderá ser considerada fundamentada. Assim, somente mediante os fundamentos “nela consignados – nas sentenças – que a comunidade jurídica pode (e deve) fazer a devida censura significativa principalmente naquelas decisões de natureza terminativa” (STRECK, 2012, p. 97).

A lei, por muitas vezes, possui um caráter de ambiguidade, que possibilita a interpretação de várias formas. Embora participe da interpretação, o juiz deve apresentar que a sua proposta se ajusta ao Direito vigente. Portanto, quando o magistrado fundamenta a decisão, dá azo para que outros intérpretes possam identificar qual o critério jurídico que dá suporte à decisão proferida. Não basta, apenas, “jogar” um artigo na decisão e não explicar por que foi usado este. Nesse sentido, a decisão deve ser minuciosamente abordada, devendo ser construída a partir do conjunto de fatos juridicamente valorados. Cada lide é uma lide, e cada decisão deve ser fundada de uma forma personalíssima.

Algo que deveria ser considerado errôneo e impertinente à justiça seria o fato das decisões do Tribunal do Júri e as hipóteses de julgamento sem apreciação do mérito (art. 469, segunda parte) dispensarem requisitos de fundamentação lógica.

Em que pese haver dispensa nos casos relatados supra, o magistrado está servido de conceitos indeterminados na lei, conceitos esses que o legislador não especificou de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurimento do comando a ser extraído da lei, cabendo ao julgador o papel de preencher as lacunas deixadas pelo legislador – de forma limitada e discricionária – com certa valoração subjetiva (BARROSO, 2011, p. 336).

Cita Barroso (2011, p. 336), que nossa Constituição está repleta de conceitos indeterminados, sendo eles: “pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva”. Embora seja comum ouvir esse tipo de argumento, o juiz, quando decide em casos considerados indeterminados, não está dispensado de fundamentar o seu posicionamento.

É necessária, também, a explicação que apresenta a relevância às circunstâncias do caso concreto, ou seja, que os fatos sejam devidamente conhecidos e apresentados. Somente dessa maneira a prova dos fatos, considerada hábil a formar o convencimento do juiz, pode ser devidamente justificada. João Batista Lopes (2005, p. 57) também relaciona a fundamentação judicial com o princípio da persuasão racional ou livre convicção motivada, à vista que:

Por esse princípio, o juiz não pode julgar baseado exclusivamente em suas impressões pessoais ou convicções filosóficas, religiosas ou políticas. Conquanto lhe seja permitido certograu de liberdade na apreciação dos fatos e das provas e na interpretação das normas, tem o dever de indicar, na sentença, como formou sua convicção.

Não se pode negar que os fatos também precisam ser interpretados. Ao interpretar um “fato” e decidir por qual caminho irá seguir, o juiz deve tomar para si apenas as questões

abordadas nos autos, não criando fatos novos e nem deixando de examinar os já constantes, conforme artigo 131 do Código de Processo Civil.

Quando tratar de sentença e fundamentação, há duas exigências que são impostas aos julgadores e que devem ser obrigatoriamente obedecidas para se dizer que a sentença está fundamentada por completo. É nesse sentido que Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA (2006, p. 18) apresenta as condições necessárias da sentença, indicando:

A primeira, determinando que ele se "persuada" racionalmente, formando o convencimento a partir dos "fatos e circunstâncias" constantes dos autos; depois, impondo-lhe que explicita seu convencimento, através da análise crítica do conjunto da prova, bem como que justifique também a interpretação do direito aplicável.”.

A fundamentação do juiz não é apenas um fator para validação processual, mas sim, essencial para a prestação de contas para com a sociedade e para garantia política. Saber que o juízo apenas (in)validou o direito pleiteado não basta - por obrigação com o social - citar na decisão, mas deve apresentar, também, o fundamento da validação ou invalidação do julgado, para que a população tenha um controle significativo sobre os próprios. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2010, p. 74) sustentam a função política da fundamentação cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente, para eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e legalidade e justiça das decisões.

Conforme acima exposto, a fundamentação das decisões judiciais é a resposta válida para a concretização do Direito, cujo é uma “resposta culturalmente humana” ao problema também humano “da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social” (ESPINDOLA, 2013, p. 253).

A fundamentação da decisão judicial serve, pelo menos, a dois principais propósitos, quais sejam: um social e outro estritamente jurídico. Ou seja, quando a decisão é fundamentada, ela servirá de expressão à sociedade de como o direito responde a determinado problema. Ela servirá para guiar as condutas futuras na sociedade. Por outro lado, a fundamentação se mostra como uma exigência jurídica para que a decisão esteja de acordo com os ditames requeridos pelo Direito. Assim, por exemplo, uma decisão que não contenha a devida fundamentação, ou, ainda, tenha uma fundamentação deficiente, não pode ser considerada como válida juridicamente.

Não é por menos que a sentença é a parte mais esperada do processo, porquanto é nela que se constitui de fato o que se tem direito. De acordo com José Naúfel (1989, p. 807) “é a decisão que resolve a causa ou questão controvertida sobre a relação de direito litigioso”, na qual considera uma das partes detentora de um título, mas nunca esquecendo que essa sentença deve ter seus fundamentos explicitados.

Ademais, em seu livro de Direito Constitucional, MARINONI, MITIDIERO e SARLET (2012, p. 666), reafirmam um ideal de que a fundamentação não está apenas ligada ao caso concreto, estando, além disso, justificando o exercício do poder e contribuindo para a evolução do direito, sendo necessariamente *ultra partes*. Além disso, os autores traçam uma articulação mínima para validação constitucional da decisão (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2012, p. 668):

(a) enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para; (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequência jurídica decorrente da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta.

Nas palavras de STRECK (2012, p. 128), temos que a noção de Estado Democrático de Direito está, “indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais”, cujo agrega à construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas de Estado anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como a igualdade, a justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

A sentença guarda relação com o princípio do contraditório porque é a partir dela que as partes terão o conhecimento de seus direitos e deveres, sendo que, ao proporcionar o princípio do contraditório, intrinsecamente, deve-se observar a obrigatoriedade do dever de fundamentação das sentenças e acórdão, pelo motivo que as partes têm total direito de obter a devida fundamentação sobre o que foi exaltado no decorrer do processo, ou seja, a ausência de fundamentação acarreta nulidade da sentença.

3.1 Do acesso à justiça: fundamentação, publicidade e contraditório

O reconhecimento das necessidades de cunho social pelo Estado fez refletir uma mudança no conceito de justiça. Anteriormente, a justiça era dotada de cunho formalístico, ou seja, a aplicação das regras corretas de direito aos fatos expostos nos autos. A mudança fundamental foi, de uma forma central, com a “justiça social”, isto é, nas palavras de CAPPELLETTI (2002, p. 93) “com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns”.

Um fator precípuo para compreensão do acesso à justiça se dá pelo surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em seu artigo 21, inciso II, fica concretizado que “toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país”, ou seja, pelo fato de o Poder Judiciário integrar o serviço público o acesso à justiça é direito de todo ser humano.

O princípio em questão, sob o enfoque de que toda lesão e ameaça de lesão deve ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, dirige-se diretamente ao legislador, que não pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, até porque uma ocorrência dessas estaria afrontando o princípio maior da separação dos poderes (TAVARES, 2012, p. 731).

O acesso à justiça tem como base um “tripé”: o dever de fundamentação das decisões judiciais, o princípio da publicidade dos atos judiciais e o princípio do contraditório. A partir do momento que o Estado passa a prestar o serviço jurisdicional, a simples possibilidade de ingressar com uma ação no Judiciário não significa que foi garantido o acesso à justiça.

A efetividade desse direito se dá quando observado os três fatores para a formação do “tripé”. Um está ligado ao outro. Quando ingressado com uma ação no Judiciário espera-se que a lide existente seja solucionada pelo viés da justiça e do direito. Pergunta-se, como se saberá se o que foi decidido pelo juízo está de acordo com os direitos e deveres que se têm garantido?

É aí que toma força o dever de fundamentação das decisões judiciais, do princípio da publicidade e do contraditório.

Um está interligado ao outro, pois, conforme TAVARES (2012, pp. 748-749), a falta de uma completa fundamentação da decisão judicial já é, por si só, uma violação ao princípio da publicidade, tendo em vista que a fundamentação propicia a comunicação ou divulgação do iter seguido pelo magistrado para prolatar sua decisão neste ou naquele sentido.

Portanto, ao lado da fundamentação, a publicidade é a fonte de legitimidade e garantia de controle, pelas partes e pela sociedade, das decisões judiciais.

Ademais, como se poderá fazer jus ao direito do contraditório se a fundamentação é inadequada e o princípio da publicidade não é assistido? Pois bem, o contraditório é dependente da fundamentação e da publicidade dos atos judiciais, haja vista que para contrapor um fato ou ato produzido no processo, de forma congruente e eficaz, a fundamentação deve

estar relacionada com o que foi decidido e o princípio da publicidade deve ser obedecido de forma correta. Todo ato produzido no processo deve ensejar o direito da parte contrária de se opor, de apresentar sua versão sobre o fato, debater e produzir contraprova (TAVARES, 2012, p. 761)

Especialmente, o princípio do contraditório cria vínculo com o devido processo legal, não garantindo apenas um direito subjetivo das partes, mas sim uma garantia objetiva do próprio processo em si. Cogita-se dizer que quando se fala de devido processo legal está se falando de direito ao contraditório e ampla defesa, direito ao juiz natural, direito a não ser processado com base em prova ilícita e direito de não ser preso senão por determinação de autoridade competente (MENDES, 2012, p. 385).

Além disso, para formar o “tripé” do direito ao acesso à justiça, tem-se que a publicidade dos atos processuais é o corolário da proteção judicial efetiva, ou seja, não há como fazer um controle dos atos judiciais sem que os mesmos sejam publicados, sendo que as garantias da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal apenas são eficazes se o processo pode desenvolver-se sob o controle das partes e da opinião pública (MENDES, 2012, p. 299).

O acesso à justiça contempla entre seus deveres o direito de informação, obrigando o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação, o qual assegura ao acusado/defendente a possibilidade de manifestar-se nos autos sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo e; direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas (MENDES, 2012, p. 279).

Tem-se, assim, que Constitucionalismo Contemporâneo reconhece a importância do Poder Judiciário como órgão autônomo que consegue garantir ao cidadão a realização dos seus Direitos Fundamentais, independentemente da existência de acordos políticos consensuais. Garante-se, assim, direitos mínimos aos cidadãos, oferecendo-lhes a proteção necessária que um Estado deve lhes dar.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A ABORDAGEM NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Foi proposta pelo Senador José Sarney, na data de oito de junho de dois mil e dez, Projeto de Lei do Senado, sob o nº 8.046/2010, que reforma o atual Código de Processo Civil com o intuito de agilizar a tramitação dos processos cíveis, incluindo questões de família, consumidor e tributário. O projeto inicial foi amplamente debatido e sofreu diversas alterações até sua aprovação final na data de vinte e seis de março de dois mil e quatorze.

Conforme denomina a própria apresentação do produto final, o Código de Processo Civil é “utilizado para a tutela de praticamente todas as relações jurídicas não criminais [...], é por meio do processo civil que se tem a efetivação do direito material e assim, em última finalidade, a concretização da justiça”¹. Portanto, vê-se que o judiciário, como dito alhures, torna-se o principal instrumento para concretização dos princípios e Direitos Fundamentais escudados pelo Estado Democrático de Direito.

Pontualmente ao núcleo da pesquisa, o Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) em vigor é claro em seu artigo 458, inciso II, quando trata da fundamentação como requisito essencial da sentença. Por ora, como já estudado em tópico específico, foi analisado no campo da doutrina a elementaridade que unge a fundamentação das decisões judiciais, apesar de haver casos na própria legislação – qual é o caso das sentenças no procedimento do Tribunal do Júri – de não cumprimento desse direito fundamental². Conquanto, no Projeto – já aprovado – do

¹Disponível em: <<https://conjur.com.br/dl/redacao-final-aprovada-camara.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2015.

²Apesar de esse tópico analisar o Novo Código de Processo Civil, cumpre salientar a controvérsia constitucional do procedimento do Tribunal do Júri ao fato que dispensa fundamentação para seus julgados, contrariando o artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 467, inciso II, do Código de Processo Civil. A resolução do

Novo Código de Processo Civil, essa essencialidade toma um campo mais abrangente dentro da esfera do Estado Democrático de Direito.

O Código ainda em vigor – apesar de possível análise hermenêutica de seu conteúdo – é sucinto gramaticalmente no trato da fundamentação, contudo, o artigo 486 do Novo Código de Processo Civil, destina, além do único inciso já citado, mais três parágrafos e seis incisos tratando do tema.

Torna-se necessária a reprodução, do novo artigo 486, destinado aos elementos essenciais da sentença:

Art. 486. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé³.

Veja-se que a postura adotada pelo legislador na formulação do presente artigo trouxe à baila termos e indagações que vinham sendo – e até hoje são - debatidos no cenário doutrinário como, por exemplo, o §2º, quando trata da colisão de normas, tema profundamente analisado por (ALEXY, 2005, p. 90-91)⁴.

Uma posição importante adotada no § 1º do referido artigo servirá para ir de encontro às decisões tradicionais de instâncias superiores que fundamentam seus julgados compartilhando o pensamento do ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence (RE 140.370, RTJ 150/269), cujo relato que o que a Constituição exige no artigo 93, IX é que a decisão judicial seja fundamentada, mas não que a fundamentação seja correta na solução das

conflito amparado tão somente na íntima convicção dos jurados, sem que as partes tenham conhecimento de seus motivos, possibilita a discricionariedade – fulcro prejudicial do positivismo. Afinal, a fundamentação tem como objetivo limitar o poder jurisdicional, sendo uma garantia contra o abuso de poder do Estado.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

⁴ Apesar de não o tema do presente trabalho cumpre esclarecer que a distinção existente entre regras e princípio é qualitativa, visto que princípios são normas de possibilidades, são mandados de otimização, ou seja, poderão ser satisfeitos em graus variados dependendo das possibilidades fáticas, já as regras são normas exatas, ou seja, serão ou não cumpridas. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. Quando há colisão entre regras e princípios há um tratamento diferenciado para cada. Isto é, as regras apresentariam um conflito lógico de exclusão, enquanto os princípios uma rota de colisão. Nesse sentido, a realização dos princípios jurídicos não se dariam da mesma forma que as regras. Portanto, a aplicação dos princípios jurídicos deveria considerar os demais princípios jurídicos e regras possivelmente envolvidos na apreciação de um caso concreto.

questões de fato ou de direito da lide, devendo ser apenas, para satisfação da exigência constitucional, ser coerente com o dispositivo do acórdão.

Ora, se não é necessário fundamentar de acordo com o direito que é garantido à parte, por que se busca o Poder Judiciário? A fundamentação é o instrumento que a parte tem para saber se o seu direito foi aplicado ou não, devendo aos julgadores interpretarem a Constituição - visto que a hermenêutica é ontológica e não procedimental – para buscar a melhor resposta possível dentro das normas (leia-se regras e princípios) constitucionais (STRECK, 2003, p. 315). O Supremo Tribunal Federal é o maior responsável pela aplicação da força normativa da Constituição Federal, cabendo aos Ministros julgar de acordo com a lei e fundamentando suas decisões, não apenas na análise processual, mas também com análise material, ou seja, a fundamentação deve estar de acordo o direito que é devido à parte e não apenas com o dispositivo proferido.

Ou seja, a decisão deve ser adequada, de modo que a parte prejudicada possa saber o seu objeto e preparar sua “reação” em tempo hábil e de maneira efetiva (OLIVEIRA, 2013, p. 433).

É visível a preocupação do legislador na formulação do artigo 486, pois tratou a fundamentação das decisões judiciais como necessidades de cunho social pelo Estado. Anteriormente, a justiça era dotada de cunho formalístico, ou seja, a aplicação das regras corretas de direito aos fatos expostos nos autos. A mudança fundamental foi de uma forma central, com a “justiça social”, isto é, nas palavras de Mauro CAPPELLETTI (2002, p. 93) “com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns”.

Tem-se, assim, que Constitucionalismo Contemporâneo reconhece a importância do Poder Judiciário como órgão autônomo que consegue garantir ao cidadão a realização dos seus Direitos Fundamentais, independentemente da existência de acordos políticos consensuais. Garante-se, assim, direitos mínimos aos cidadãos, oferecendo-lhes a proteção necessária que um Estado deve lhes dar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que esse tema é importante porque as decisões judiciais servem como espelho da observância dos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana pelo Estado, haja vista ser a jurisdição órgão essencial para concretização intencional da democracia.

A velha concepção de que o Direito corresponde ao produto da legislação está superada pelo reconhecimento da importância do Poder Judiciário como órgão concretizador e garantidor de direitos.

Reconhecendo a suma importância da jurisdição na concretização da democracia – em sua larga escala e essência – não se pode tolerar que ela, por meio de seus magistrados, suprima a fundamentação e não pratiquem o princípio da publicidade das decisões.

Deve privar a jurisdição - na condição de instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático, fundada em valores e princípio constitucionais, capacitadora da emancipação cultural, política, social e jurídica - a excelência e completude da sustentabilidade.

Entende-se, nesse diapasão, que a jurisdição só é indispensável à democracia quando contemplar os direitos fundamentais e os valores constitucionais, como, por exemplo: a ampla defesa, o contraditório, o verdadeiro acesso à justiça, o devido processo legal, a publicidade dos atos da jurisdição, entre outros. Ou seja, apenas quando devidamente fundamentada as decisões judiciais poderá ser alcançado esses princípios na sua essência.

Ocorre que, atualmente, o sistema jurisdicional, tanto no seu cunho material quanto processual, encontra-se em uma profunda regressão dos direitos sociais e fundamentais, visto que o sistema de justiça está em uma transição paradigmática do positivismo, haja vista não ser mais suficiente para sanar os questionamentos atuais.

A jurisdição, como peça chave da democracia, não pode ser falha muito menos ineficaz, caso seja, (in)diretamente estará afetando negativamente a democracia em seu contexto axiológico, e conseqüentemente não estará consolidando o que se espera do Estado Democrático de Direito, por ser seu elemento principal.

O Juízo (jugador concreto-judicativo) deve usar os valores éticos e axiológicos da época no fato concreto preenchendo a lacuna do legislador, mas também deve fundamentar sua decisão de forma clara e completa, com meios de “responder” e sanar o presente litígio, haja vista que o ser humano tem “direito ao direito” (Hannad Arendt).

É visível a preocupação do legislador na formulação do artigo 486, pois tratou a fundamentação das decisões judiciais como necessidades de cunho social pelo Estado. Anteriormente, a justiça era dotada de cunho formalístico, ou seja, a aplicação das regras corretas de direito aos fatos expostos nos autos. A mudança fundamental foi de uma forma central, com a “justiça social”. Contudo, mesmo com as mudanças no corpo legislativo, devemos nos preocupar para que os Tribunais Superiores não supram, de uma forma paternalista, um dever que deve ser de todos julgadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2.ed.São Paulo: Landy, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988, Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de jul. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça** – Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Uma resposta culturalmente humana a um problema também humano: a crise da jurisdição e emergência do direito como plataforma civilizacional. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; BOFF, S. O (orgs.). **Direito, Democracia e Sustentabilidade: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional**. Passo Fundo: Editora IMED, 2013, p. 247-280.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOURA, Elisabeth Maria de. **O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

NAÚFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Comentário ao artigo 5º, LV. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PORTANOVA, Rui, **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. v. 1. in: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, jan. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica filosófica de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.