

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

MAÍRA SIMÕES DE SOUZA

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: DIREITO FUNDAMENTAL**

Monografia de Conclusão de Curso

São Paulo – SP

2023

Maíra Simões de Souza

**Fundamentação das decisões judiciais: direito fundamental**

Monografia de Conclusão de Curso

Monografia apresentada à Professora Doutora Maria Garcia para a conclusão da Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na área de Direito Constitucional.

São Paulo – SP

2023

## RESUMO

O presente estudo pretende fazer uma abordagem sobre o Direito Constitucional às decisões judiciais fundamentadas, conforme o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para tanto, são analisados diversos elementos do dispositivo, com o intuito de observar a finalidade da obrigação, tendo em vista o sistema constitucional como um todo. Isso porque, embora o dever de fundamentação das decisões judiciais constitua uma garantia contra o arbítrio de juízes e Tribunais, muitas concepções a seu respeito vêm servindo para fortalecer decisionismos e arbitrariedades. Diante desse quadro, a presente monografia de conclusão de curso buscará demonstrar, inclusive a partir de dados históricos, que a fundamentação das decisões judiciais é fundamental ao controle da atividade jurisdicional, reduzindo o arbítrio e o subjetivismo a que todo exercício de poder está sujeito. Para que a fundamentação possa desempenhar tal função, deve-se buscar a sua delimitação no Direito, respeitando-se a sua autonomia e, principalmente, na Constituição e no Estado Democrático que ela impõe seja realizado. Assim, o juiz deverá se esforçar para mostrar que a decisão em questão é a melhor (constitucionalmente adequada) para o caso concreto. Portanto, a decisão fundamentada é o direito fundamental do cidadão frente ao poder público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador e de receber uma resposta adequada à Constituição.

**Palavras-chave:** Dever de fundamentação; Direito fundamental; Jurisdição constitucional; Estado democrático de direito.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	3
1.1. Síntese histórica .....	3
1.2. Direitos fundamentais. Conceito .....	9
1.3. Categorias e funções dos direitos fundamentais .....	12
1.4. Titulares dos direitos fundamentais .....	15
2. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS .....	17
2.1. Terminologia: fundamentação e motivação .....	17
2.2. Requisitos da fundamentação: o art. 489 do CPC/2015 .....	20
2.3. Funções: interna e externa.....	34
2.4. Consequências da falta de fundamentação da decisão .....	37
3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	39
3.1. O art. 1º, <i>caput</i> , da CRFB/88: o Estado Democrático de Direito.....	39
3.2. O art. 93, inciso IX, da CRFB/88.....	41
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	47

## INTRODUÇÃO

O tratamento da fundamentação das decisões judiciais como direito fundamental decorre do reconhecimento de que direitos fundamentais não se restringem aos direitos que compõem o Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), da Constituição, mas estão espalhados em todo o texto constitucional. Com isso, o direito à fundamentação das decisões constitui-se como imperativo constitucional, ao mesmo tempo *implícito*, como decorrência do devido processo legal, e *explícito*, no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

De forma sucinta, o inciso IX, do art. 93, da CRFB/88, assegura que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e todas as suas decisões serão fundamentadas. É verdade que não são apenas decisões dos Tribunais que devem ser fundamentadas, mas também as decisões administrativas (art. 93, X) por versarem sobre direitos e interesses legítimos dos administrados. Também o são, por exemplo, o veto político do Presidente da República, a declaração de estado de sítio, entre outros atos e pronunciamentos.

Nesta pesquisa, optou-se por restringir o tema à *fundamentação das decisões judiciais*, pois no tocante aos Tribunais, há particularidades que demandam uma maior reflexão. Em primeiro lugar, as decisões judiciais – todas, exceto as de simples expediente – devem ser fundamentadas. Em segundo lugar, a fundamentação surge como inerente à própria função jurisdicional: isto é, a de dizer o Direito, declarar a norma aplicável ao caso - atividades que pressupõem a exteriorização do porquê da aplicação da norma em determinado sentido, bem como sua relação com o caso concreto.

Por esse motivo, a fundamentação da decisão é também tratada por alguns autores como condição de possibilidade da decisão judicial. Ou seja, porque o Estado Democrático de Direito tem sua essência extraída da participação popular no exercício dos poderes estatais, bem como pelo fato deste mesmo Estado estar subordinado ao Direito, isso nos leva ao fato de que os agentes do Estado e, portanto, os juízes no exercício de sua função judicante, exercem o poder em nome do povo, o que demanda que tal exercício possa coadunar-se aos preceitos da democracia. Assim, o agente deve agir conforme a lei democraticamente elaborada e essas leis estão submetidas à Constituição. As normas constitucionais, principalmente as de direitos fundamentais, condicionam a atuação do Estado. A fundamentação das decisões enquanto direito fundamental é, assim, um pressuposto do Estado Constitucional, pois resulta de batalhas

históricas em prol da afirmação da dignidade humana, ou seja, do indivíduo como titular de direitos e obrigações.

Com isso, a fundamentação das decisões judiciais, além de ser um direito humano e fundamental, é também uma garantia institucional que tem a função de limitar o poder do Estado, de garantir uma jurisdição imparcial e efetiva, de garantir a tripartição dos poderes e a própria democracia. É um dever fundamental do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, embora as questões ligadas à obrigatoriedade de se fundamentar as decisões judiciais sejam elevadas a nível constitucional, tendo em vista a disposição do art. 93, inciso IX, da CF/88, o tema vem sendo refletido, quase que exclusivamente, na seara processual.

Embora o art. 93, IX, não possa ser interpretado de forma alheia à legislação infraconstitucional que delinea o seu conteúdo, ou seja, tais reflexões, necessariamente, estão inseridas no ordenamento jurídico globalmente considerado, pois a noção de sistema normativo impõe a correlação hermenêutica do tema com outras áreas do Direito; não se deve descuidar para as importantes reflexões constitucionais sobre o tema - que estão relacionadas à proteção dos direitos fundamentais, ao conteúdo da democracia, aos limites do poder estatal e à legitimidade das instituições. Por isso, este estudo tem como objetivo geral demonstrar a perspectiva constitucional da fundamentação judicial, enquanto direito fundamental do cidadão, traduzido no direito de obter uma resposta constitucionalmente adequada.

## 1. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1. Síntese histórica

A *constituição* concebida como a “lei fundamental de um Estado”<sup>1</sup>, uma vez que dispõe sobre a sua estrutura (forma de Estado e de governo), disciplina o exercício dos poderes estatais e dos direitos e garantias fundamentais, a partir do século XVIII, adquire um sentido jurídico ou normativo, como expressão de um poder constituinte formal, o que resultou na atribuição de um caráter normativo às suas disposições<sup>2</sup>. Para que se possa compreender a força normativa da Constituição, é importante algumas notas sobre o denominado *poder constituinte*.

A Constituição brasileira de 1988 é a representação do restabelecimento do Estado democrático no País, após longo período de ditadura militar (1964-1985). Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que a Constituição tem como “causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo”<sup>3</sup>. Assim, pode-se afirmar que o poder constituinte, órgão produtor da Constituição, encontra a sua força de legitimidade no poder do povo – aqui compreendido como o “conjunto de cidadãos do Estado”<sup>4</sup>.

De fato, conforme corroborado por Luis Manuel Fonseca Pires, o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, relaciona os conceitos de soberania e democracia<sup>5</sup>, ao afirmar que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Carlos Ari Sundfeld, por outro lado, afirma que o poder constituinte ao não regular-se por normas jurídicas, consiste em um poder de fato, e não em um poder jurídico<sup>6</sup>.

Para a relação que, aqui, se pretende estabelecer, além do apontamento do poder constituinte como um *poder de fato* (ou seja, poder político), outra característica pertinente é a denominada *inicialidade*. Dizer que o poder constituinte é um poder inicial significa afirmar que a Constituição inaugura uma nova ordem jurídica, de modo que suas normas, além de

---

<sup>1</sup> SILVA, José A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 39.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel.; MARINONI, Luiz G. *Curso de direito constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 48. 9788553619344. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619344/>. Acesso em: 01 fev. 2022.

<sup>3</sup> SILVA, op. cit., p. 41.

<sup>4</sup> Definição de Dalmo Dallari em DALLARI, Dalmo de A. *Elementos de teoria geral do Estado*, 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104.

<sup>5</sup> Para o autor, soberania é “a narrativa sobre a fonte e legitimidade do poder do Estado-nação”. Ao passo que democracia é “a forma sócio-política de governo na qual o povo exerce o poder com liberdade, igualdade perante a lei e a possibilidade de debater e participar da vida pública”. PIRES, Luis M.F. *Estados de exceção: a usurpação da soberania popular*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 59.

<sup>6</sup> SUNDFELD, Carlos A. *Fundamentos de direito público*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 41.

servirem como fundamento de validade das normas legais, conformam, ou seja, determina o agir do Estado, estabelecendo suas prioridades, fins materiais e políticos. Essa determinação ampla do comportamento futuro do Estado é manifestação da chamada *constituição dirigente* – expressão consagrada por Canotilho – que se consolida independentemente do grupo que esteja ocupando o poder<sup>7</sup>, isto é, não está subordinada ao arbítrio da vontade discricionária dos agentes políticos.

No tocante à consolidação do entendimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, esta se encontra na obra de Konrad Hesse – para quem a Constituição “contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”<sup>8</sup>. O jurista alemão fundamenta a sua teoria sobre a força normativa da Constituição, a partir do exame das concepções sustentadas por Ferdinand Lassalle – que afirmava que a Constituição *real* do país era formada pelos fatores reais de poder (representativos do poder militar, do poder econômico, do poder social e do poder intelectual) – e uma vez desvinculada destes fatores, a Constituição *jurídica* não passaria de “um pedaço de papel”, vez que a sua capacidade de regular a vida social estaria limitada à sua correspondência com a Constituição *real*.<sup>9</sup>

Konrad Hesse reconhece que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”. Segundo o autor, devem ser consideradas as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, tendo em vista que a essência da Constituição reside na sua vigência, de modo que as situações por ela disciplinadas pretendem ser concretizadas na realidade. Nesse sentido, aduz o autor que não de ser consideradas, ainda, as concepções sociais concretas de um povo, bem como o conjunto de valores que influenciam “a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”<sup>10</sup>. Isso significa que, embora o autor reconheça o condicionamento recíproco entre as normas constitucionais e a realidade, a pretensão de eficácia da Constituição jurídica faz com que esta tenha um significado próprio, ainda que não de modo absoluto:

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das

---

<sup>7</sup> BARCELLOS, Ana P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 19.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 11.

<sup>9</sup> HESSE, 1991, p. 9.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 14-15.

condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. [...] A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.<sup>11</sup>

Segundo o autor, a força normativa da Constituição advém do êxito em realizar a essa pretensão de eficácia, isto é, na vontade de concretização da ordem por ela estabelecida. É preciso, pois, não só a *vontade de poder* (como afirmava Lassalle), mas também a *vontade de constituição*.

A importância da sistematização do caráter normativo, ou prescritivo, da Constituição se encontra justamente no fato de que ela está para ser realizada, o que significa que o seu cumprimento pode ser exigido judicialmente. A esta característica costuma-se atribuir a denominação de *sindicabilidade*. Para Ana Paula de Barcellos, a lógica de funcionamento de um Estado de Direito impõe que toda norma, ao receber *status* de norma jurídica, seja qual for a sua origem, passa a ser obrigatória para todos, o que demanda todo um aparato jurídico capaz de assegurar, e impor, essa obediência<sup>12</sup>. Assim, conclui que ser norma jurídica em um Estado de Direito significa atribuir a essas normas as características da *imperatividade* e da *sindicabilidade*:

As normas jurídicas não são conselhos, recomendações, indicações ou lembretes: sua observância é obrigatória, imperativa. Mas o Direito não confia apenas na boa disposição dos destinatários de obedecerem suas normas: para garantir a imperatividade, existe a sindicabilidade, isto é, a possibilidade de exigir, por meios violentos, se necessário, o cumprimento das normas. E se a Constituição é uma norma jurídica, imperatividade e sindicabilidade são notas que caracterizam seus dispositivos.<sup>13</sup>

Por tudo isso, conclui-se que a ordem jurídica inaugurada pela Constituição, bem como o seu conteúdo dirigente, são a mais alta expressão da sua força normativa, seja porque a Constituição serve como fundamento de validade das normas legais, seja porque impõe objetivos a serem concretizados pelo Estado. Pois, ainda que a Constituição, por si só, não possa realizar nada, ela impõe objetivos políticos a serem concretizados e impulsionados pelos representantes do povo. O que Konrad Hesse denomina como “vontade de Constituição”<sup>14</sup>.

Reafirmada a força normativa da Constituição, deve-se atentar, conforme afirmado por Pedro Serrano, que qualquer tentativa de compreender a Constituição, seja em uma perspectiva

---

<sup>11</sup> HESSE, 1991, p. 15.

<sup>12</sup> BARCELLOS, 2011, p. 37-41.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>14</sup> HESSE, 1991, p. 19.

sociológica, jurídica ou política, não pode se abster de analisar aquilo que se denominou como *constitucionalismo*. Segundo o autor, o Constitucionalismo surge em um contexto histórico de forte oposição ao Absolutismo monárquico, o que reclamava mecanismos de limitação do poder.<sup>15</sup> Portanto, inicialmente, o constitucionalismo teve como premissas a separação de poderes, a submissão do Estado ao direito – o que se denominou Estado de Direito –, bem como a presença de constituições formais e rígidas.

No contexto da Revolução Francesa, a predominância dos ideais iluministas inspirou significativas transformações sociais e políticas, de modo que, para além da separação de Poderes, portanto, de uma “técnica específica de limitação do poder” (conforme a definição de Canotilho), o Constitucionalismo passou a conter mecanismos de proteção dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

É importante observar que, a Revolução Francesa e a Revolução Norte-americana que marcaram a origem do Constitucionalismo e, no caso da Revolução Francesa, especificamente, que marcou o início da predominância do ideário liberal e seu respectivo modelo de Estado, não restringem a importância de outras revoluções em outros continentes. No entanto, adota-se para a análise uma perspectiva europeia, pois conforme afirmado por Eric Hobsbawm, o mundo, ou grande parte dele, transformou-se a partir de uma base europeia.<sup>17</sup>

Conforme bem sintetizado por Paulo Bonavides, do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções: a da liberdade e a da igualdade<sup>18</sup>. Uma dessas revoluções o autor denomina como “revolução da fraternidade” tendo por objeto, entre outros fenômenos, o reconhecimento do homem concreto. A outra é a revolução do Estado social por meio da concretização constitucional da liberdade e da igualdade.<sup>19</sup>

Referências semelhantes se encontram na obra de Norberto Bobbio, que ao tratar sobre o nascimento dos direitos do homem, afirma que seu reconhecimento e proteção estão na base das Constituições modernas, momento em que a democracia passa a relacionar-se com o reconhecimento de alguns direitos, bem como, a denominar-se “a sociedade dos cidadãos”, de modo que os súditos somente se tornam cidadãos, quando lhes são reconhecidos direitos fundamentais. O autor ressalta que a passagem do homem abstrato ao homem concreto se dá

---

<sup>15</sup> SERRANO, Pedro E. A. P. *Constituição*, 1ª ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 9-10.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 9-10.

<sup>17</sup> HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções, 1789-1848*, 46ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021, p. 15.

<sup>18</sup> Revolução Francesa e Revolução Russa, respectivamente.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29.

por meio do reconhecimento e da diferenciação de seus interesses e necessidades, tendo como plano de fundo a prioridade que se deu aos direitos dos cidadãos sobre os deveres dos súditos e, ainda, do surgimento de um diferente modo de encarar as relações políticas, não mais pelo ângulo do soberano predominantemente, mas do cidadão, sob a teoria individualista da sociedade.<sup>20</sup>

Bobbio reconhece que as exigências sociais que demandam reconhecimento e proteção se dão sempre em relação aos Poderes constituídos: seja para impedir malefícios desses mesmos poderes (isto é, busca a sua autocontenção), seja para obter seus benefícios.<sup>21</sup> No mesmo sentido foi abordado por Paulo Bonavides quando este afirma que as revoluções às quais se reporta intentaram, ou intentam, tornar efetiva uma forma de Estado.<sup>22</sup>

Mencionar o reconhecimento do homem-concreto<sup>23</sup> em abandono à posição de centralidade do soberano, revela a razão pela qual a análise da evolução do Estado Liberal ao Estado Social está vinculada à própria evolução do Estado Direito ao que se denomina, hoje, por Estado Democrático de Direito. Isso porque, o Estado de Direito surge da busca pela contenção do poder dos governantes, fazendo com que a sua atuação estivesse submetida aos impérios da lei – *rule of law, not of man*.

Paulo Bonavides acentua que a passagem do homem-súdito ao homem-cidadão, que se deu em decorrência das ideologias surgidas nos períodos revolucionários, implicava de forma mais profunda na ideia de que o povo, titular da nova legitimidade, não somente representa a vontade dos governados, mas se transforma em “vontade governante”. Nesse sentido, o século XVIII teve como principais marcos a promulgação das Constituições no chamado Estado de Direito, com as revoluções burguesas – a decretação dos Códigos da Sociedade civil -, a Separação de Poderes e as Declarações de Direitos – a todas essas transformações o autor denomina *Estado liberal*.<sup>24</sup>

A essência das características do Estado Liberal e, portanto, do Estado de Direito são aquelas observadas, conforme já se afirmou, quando da eclosão da Revolução Francesa. Eric Hobsbawm afirma que os ideais iluministas em suas formulações francesas ganharam voz

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 7-8.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>22</sup> BONAVIDES, 2007, p. 29.

<sup>23</sup> Segundo Bobbio, “da passagem da consideração do homem abstrato para aquela do homem em suas diversas fases de vida e em seus diversos estágios (...)”. BOBBIO, 2004, p. 10.

<sup>24</sup> BONAVIDES, 2007, p. 30-31.

internacionalmente de forma mais ampla do que as formulações britânicas e, portanto, “[...] Um individualismo secular, racionalista e progressista dominava o pensamento “esclarecido”.<sup>25</sup>

No contexto da Revolução Francesa, embora a centralidade do movimento revolucionário estivesse voltada ao enfrentamento das diversas formas de dominação e, portanto, o problema da liberdade e do Estado era o problema de resistência ao absolutismo, deve-se notar que o *iluminismo*, enquanto ideologia dominante no século XVIII, pressupunha a convicção não somente na liberdade individual, mas no progresso do conhecimento humano, na racionalidade, na riqueza e no controle sobre a natureza, o que resultaria no progresso da produção, do comércio e da racionalidade econômica e científica.<sup>26</sup> É a síntese de Hobsbawm sobre os sentidos produzidos pelo “iluminismo”:

Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, da superstição das Igrejas (distintas da religião “racional” ou “natural”), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus *slogans*.<sup>27</sup>

Paulo Bonavides coloca que, no contexto revolucionário francês, de grande contribuição foi a teoria kantiana sobre liberdade e dignidade humana, em que o respeito mútuo da liberdade de cada um deveria servir a concretização das aptidões individuais, à margem de toda coação estatal. Para tanto, o Estado, como um espaço de defesa e proteção da liberdade, advém de uma manifestação deliberada e consciente dos indivíduos, como resultado das doutrinas contratualistas da época. No entanto, o Estado como detentor do poder e da soberania demandava uma atenção constante a respeito da limitação do poder. Essa teoria abstrata e metafísica, neutra e abstencionista de Kant, levava a um Estado que tinha como papel a defesa da liberdade e do direito, afastado de qualquer iniciativa no domínio social.<sup>28</sup>

A dignidade da pessoa humana constitui-se como princípio fundador do Estado brasileiro e “resulta dos ideais iluministas do indivíduo como o centro e o fim de todas as construções humanas”.<sup>29</sup> Nesse sentido, Kant, ao formular que todo ser humano é um fim em mesmo, dotado de valor absoluto, porque a sua natureza racional existe como fim em si

---

<sup>25</sup> HOBSBAWM, 2021, p. 48.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>27</sup> Idem, p. 48.

<sup>28</sup> BONAVIDES, 2007, p. 40-41.

<sup>29</sup> BARCELLOS, 2011, p. 26.

mesma<sup>30</sup>, comporta a noção de que toda organização política deve existir para seu serviço, de modo que o valor humanista era, ou deveria ser, o fundamento indiscutível do Estado.<sup>31</sup>

Em síntese, tem-se que, historicamente, o surgimento dos direitos fundamentais está vinculado a três elementos: o *Estado* (Moderno) detentor de um poder centralizado que justifica a função exercida pelos direitos fundamentais de proteger o indivíduo contra o arbítrio estatal (limitar o poder); o *indivíduo*, considerado pelas Constituições modernas como um ser autônomo, moral e independente, ou seja, como “sujeito de direito”; e o *texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos* - desempenhado pela Constituição que declara e garante direitos fundamentais, restringe a intervenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos, cuja validade é em todo o território nacional e ocupa posição de supremacia perante as demais normas jurídicas.<sup>32</sup>

Por fim, e como demonstrado historicamente, os direitos fundamentais possuem estreita relação com a política, vez que foram politicamente conquistados por meio de guerras civis, revoluções e acontecimentos de ruptura. Em nome da liberdade e da igualdade, muitas foram as pessoas que morreram lutando e reivindicando direitos<sup>33</sup>, para que pudéssemos, hoje, afirmar que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos<sup>34</sup>.

## 1.2. Direitos fundamentais. Conceito

Conforme esclarece Ingo Sarlet, os direitos fundamentais podem ser estudados sob uma perspectiva *filosófica* (ou jusnaturalista) a qual identifica os direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; uma perspectiva *universalista* (ou internacionalista) que prega tais direitos como direitos de todos os homens, ou categorias de homens, em todos os lugares, num certo tempo; ou numa perspectiva *estatal* (ou constitucional) que identifica os direitos fundamentais como direitos dos homens, num determinado tempo e

---

<sup>30</sup> SILVA, José A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 212, p. 89–94, 1998. DOI: 10.12660/rda.v212.1998.47169. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>. Acesso em: 9 nov. 2022.

<sup>31</sup> BARCELLOS, 2011, p. 27.

<sup>32</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 25-26.

<sup>33</sup> DIMOULIS; MARTINS, 2021, p. 17.

<sup>34</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

lugar. Há, ainda, as perspectivas sociológica, histórica, filosófica (que não se esgota no jusnaturalismo), política, econômica, entre outras.<sup>35</sup>

A despeito do reconhecimento da relevância do estudo do tema em todas estas perspectivas, adota-se, neste trabalho, uma análise sobre a dimensão concreta dos direitos fundamentais localizada na perspectiva do direito constitucional positivo. Com isso, os direitos fundamentais, em nossa Constituição Federal de 1988, localizam-se, primordialmente, no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a partir do art. 5º, embora não se esgotem neste capítulo, vez que estão espalhados em todo o texto constitucional.

No que diz respeito ao conceito de *direito fundamental*, não há uma unidade conceitual e terminológica na doutrina, conquanto seja possível encontrar diversos termos para se referir a tais direitos, como “direitos do homem”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos individuais”, “liberdades públicas”, “direitos humanos”, entre outros. A Constituição Federal de 1988 também se caracteriza por uma diversidade semântica composta de diversos termos ao referir-se aos direitos fundamentais, tais como, “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV), “direitos e garantias fundamentais” (art. 5º), “direitos humanos” (art. 4º, II), entre outros.

A eleição do termo “direitos fundamentais” neste trabalho se justifica pelo reconhecimento, conforme salientado por Ingo Sarlet, de que este termo de cunho genérico, consagrado no Título II, da CF/88, abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais a que a Constituição faz referência. Além de ser o termo elegido pelo Direito Constitucional Positivo, tem-se que a doutrina mais recente tem rechaçado o uso das demais expressões acima referidas (“liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos individuais” etc.), pois, como termos genéricos, induzem a um significado equivocado e divorciado do nosso estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito do Estado (democrático e social) de Direito, e até mesmo no nível do Direito Internacional, que adota uma proteção mais abrangente, considerando o atual estágio dos direitos humanos.<sup>36</sup>

Dito isso, importante é a diferenciação das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, pois de certa forma os direitos fundamentais são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será a pessoa humana, ainda que representada por um

---

<sup>35</sup> SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 22.

<sup>36</sup> SARLET, 2012, p. 28.

coletivo (grupos, povos, nações etc.). Diz-se que a diferença entre ambos reside no seu plano de positivação. Nesse sentido, os direitos fundamentais são aqueles positivados na esfera do Direito Constitucional Positivo de determinado Estado. Ao passo que os direitos humanos guardariam relação com os documentos de Direito Internacional (tratados, convenções etc.), referindo-se às posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que por isso mesmo, teriam um caráter supranacional.<sup>37</sup>

Conforme descrito anteriormente, os direitos fundamentais nascem com as Constituições; no entanto, também os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições, integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de o ser), ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) atingem as pessoas como membros de um entre público concreto.<sup>38</sup>

Com isso se quer dizer que, embora não se tenha uma distinção indissolúvel, ou absoluta, entre direitos fundamentais e direitos humanos, a diferenciação encontrada no plano do Direito positivo é pertinente por duas principais razões: a primeira é que o rol de direitos fundamentais previstos nas Constituições, em muitos casos, fica aquém dos direitos humanos previstos nos documentos internacionais - motivo pelo qual não é possível renunciar a uma categoria de direitos em prol de outra. A segunda razão se justifica quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção dessas normas. Os direitos fundamentais (direito interno) encontram-se, em regra, em melhores condições de efetivação do que os direitos humanos (direito internacional), porquanto podem ser exigidos judicialmente, considerando as instâncias judiciárias de cada país.<sup>39</sup>

Assim, em razão das diferenciações expostas, tem-se como completo conceito de *direito fundamental*, aquele proposto por Dimoulis e Martins (2021), posto que engloba os elementos básicos dos direitos fundamentais, que são: i) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado); ii) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); iii) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional. É a definição proposta pelos autores:

---

<sup>37</sup> SARLET, 2012, p. 29.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 31-32.

<sup>39</sup> Idem, p. 33-34.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado. Sua finalidade essencial é limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.<sup>40</sup>

### 1.3. Categorias e funções dos direitos fundamentais

Antes de adentrar o tema das categorias e funções dos direitos fundamentais, importa ressaltar três particularidades dos direitos fundamentais, na síntese elaborada dos citados Dimoulis e Martins (2021) que perpassam o estudo da matéria e denotam a sua complexidade. A primeira delas consiste no dado de que os direitos fundamentais são caracterizados por sua *abstração* e *generalidade*, isto é, a baixa densidade normativa de alguns direitos permite interpretações conflitantes, de modo que, no caso concreto, doutrina e jurisprudência serão fundamentais na elaboração de critérios concretos e na proposta de soluções que a Constituição não oferece de forma imediata.<sup>41</sup> É dizer, como interpretar o direito à fundamentação da decisão judicial, sem antes responder o que é *fundamentar*. O preenchimento do conteúdo da norma de direito fundamental, no entanto, não deve ser feito à revelia dos demais direitos fundamentais, da tradição e da integridade do direito, conforme se verá no tópico sobre os requisitos da fundamentação.

Uma segunda particularidade diz respeito à *relação entre Direito Constitucional e infraconstitucional*. Em muitos casos, a aplicação de um direito fundamental previsto na Constituição não será possível sem a intervenção do legislador infraconstitucional que disciplinará o conteúdo normativo do direito fundamental previsto.<sup>42</sup> É o que ocorre com o direito fundamental objeto desta pesquisa. No caso do direito à fundamentação da decisão judicial, é o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, §§1º e 2º que estabeleceu o conteúdo da decisão fundamentada, ao dispor sobre as hipóteses em que a decisão será considerada não fundamentada.

Por fim, uma terceira particularidade é a *tensão entre direito, economia e política*. A aplicação dos direitos fundamentais envolve interesses econômicos e políticos, bem como gera controvérsias sociais e jurídicas sobre a resposta correta. Nesta oportunidade, indivíduos e grupos com interesses antagônicos buscam fundamentá-los na Constituição, procurando nela

---

<sup>40</sup> DIMOULIS; MARTINS, 2021, p. 61.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>42</sup> Idem, p. 67.

uma legitimidade de tais interesses como constitucionalmente tutelados.<sup>43</sup> Tais conflitos localizam-se no campo da interpretação do direito, o que enseja, entre outras questões, um debate sobre os limites da atuação do poder judiciário, bem como enseja a noção de que a fundamentação das decisões judiciais não se satisfaz com a mera exteriorização dos motivos, mas impõe um ônus argumentativo ao julgador e uma transparência quanto aos critérios utilizados para decidir.

Dito isso, tem-se que “a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado.”<sup>44</sup> Significa, a função dos direitos fundamentais parte da relação Estado vs. indivíduo, de modo que ora os direitos fundamentais exigirão uma atuação positiva do Estado para a sua concretização, ora exigirão que o Estado se abstenha de atuar.

Ainda neste tópico, Dimoulis e Martins (2021) distinguem três categorias ou espécies de direitos fundamentais: a primeira é a dos direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção estatal. São aqueles direitos que permitem ao indivíduo resistir a uma possível atuação do Estado. Ou seja, destinam-se a proteger a liberdade dos indivíduos, de modo que o ordenamento jurídico oferece meios de resistência legítima contra uma intervenção injustificada do Estado. São os chamados “direitos de liberdade” e foram proclamados nas primeiras Declarações de Direitos do século XVIII.<sup>45</sup>

A segunda categoria engloba os direitos de *status positivus* ou sociais ou a prestações. São os direitos, comumente chamados de “sociais”, e permitem que os indivíduos exijam determinada prestação do Estado, a fim de melhorar suas condições de vida, garantindo os meios necessários ao exercício da sua liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*.<sup>46</sup> É dizer, são aqueles direitos cuja finalidade é propiciar uma existência digna aos seus titulares.

A terceira categoria engloba os direitos de *status activus* ou políticos ou de participação. Trata-se de direitos que permitem uma intervenção dos indivíduos na esfera política, comumente decidida pelas autoridades do Estado. São suas expressões o direito de escolher os representantes políticos (sufrágio), de participar diretamente na formação da vontade política

---

<sup>43</sup> DIMOULIS; MARTINS, 2021, p. 68.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>45</sup> Idem, p. 70-72.

<sup>46</sup> Idem, p. 72.

(referendo, plebiscito, filiação em partidos políticos, leis de iniciativa popular e orçamentos participativos). Tem relação direta com o Estado constitucional e democrático na medida em que o *governo do povo pelo povo*, pressupõe a possibilidade de construção e controle constante nos processos de decisão do Estado.<sup>47</sup>

A tripartição das categorias dos direitos fundamentais tal como proposta por Jellinek, recebe críticas da doutrina mais atual, vez que não abrange todas as formas de direitos fundamentais. Referido autor não admitia, por exemplo, que existissem direitos cuja titularidade fosse coletiva. Portanto, uma quarta categoria possível são os *direitos coletivos*, divididos em outras duas categorias: i) direitos coletivos tradicionais e os ii) *novos direitos coletivos*. A primeira categoria engloba os direitos de resistência, políticos e prestacionais que podem ser exercidos por um grupo, apresentando, em razão disso, uma dimensão coletiva. São exemplos os direitos de reunião e de associação (CF/88, art. 5º, XVI e XVII). Esta primeira categoria, segundo Dimoulis e Morais (2021), se esquadria sem maiores problemas na categoria de direitos de resistência, tal como proposta por Jellinek.<sup>48</sup>

Já no segundo caso, dos chamados “novos direitos coletivos”, em alguns casos chamados “direitos difusos”, tem-se uma titularidade verdadeiramente coletiva ou difusa. É o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito ao desenvolvimento e a paz. Seus titulares continuam sendo as pessoas físicas, mas seu exercício não será individual, ainda que conjunto, como no caso dos direitos coletivos clássicos. Isso significa, ninguém tem uma parcela individual do bem protegido para usufruir. Todos, ao mesmo tempo, têm o direito e a obrigação.<sup>49</sup>

Por fim, é importante tratar sobre as *garantias fundamentais*. As garantias fundamentais são aquelas disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos. Portanto, são tidas como meios de se efetivarem os direitos. Diz-se que há garantias *preventivas*, isto é, normas que dispõem sobre a organização e fiscalização das autoridades estatais; e as garantias *repressivas*, também chamadas de *remédios constitucionais*, destinadas a impedir violações de direitos fundamentais ou sanar lesões decorrentes de tais violações.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> DIMOULIS; MARTINS, 2021, p. 73-74.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>49</sup> Idem, p. 77-78.

<sup>50</sup> Idem, p. 90.

#### 1.4. Titulares dos direitos fundamentais

Conforme destacado por Ingo Sarlet, é importante mencionar que não se deve atribuir a nomenclatura *destinatário* dos direitos fundamentais quando se quer fazer referências aos seus titulares. Diz o autor:

Em apertada síntese, titular do direito é o sujeito do direito, ou seja, é quem figura como sujeito ativo da relação de direito subjetivo, ao passo que destinatário do direito é a pessoa (física ou mesmo jurídica ou ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, a proteção ou a promoção do seu direito.<sup>51</sup>

Feita a ressalva, tem-se como titulares dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a pessoa natural (pessoa física), correspondente a todo brasileiro e estrangeiro residente no país (CF/88, art. 5º, *caput*). Ainda com base na doutrina de Sarlet, a nossa Constituição consagra o princípio da universalidade que compreende a noção de que todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, ainda que distinções possam ser feitas sem, contudo, violar a isonomia. Segundo o autor, não é o fato de que a Constituição expressamente distingue brasileiros natos e naturalizados, bem como distingue demais categorias de pessoas (cônjuges, pais, trabalhadores etc.), que o princípio da universalidade resta descaracterizado. O essencial para a aplicação do princípio “é que toda e qualquer pessoa que se encontre inserida em cada uma dessas categorias seja, em princípio, titular dos respectivos direitos.”<sup>52</sup>

No que se refere aos estrangeiros, a própria Constituição estabeleceu uma diferença entre os estrangeiros não residentes no País e os residentes. Sendo estabelecida pela Constituição, não pode ser ignorada, no entanto, sua interpretação deve guiar-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da isonomia. Os estrangeiros residentes “são considerados todos os que, não sendo brasileiros natos ou naturalizados, se encontram, pelo menos temporariamente, no País, guardando, portanto, algum vínculo com certa duração.” A estes indivíduos, o entendimento que tem sido aplicado é o da plena titularidade dos direitos fundamentais (ressalvadas as restrições dispostas na própria Constituição), inclusive, os direitos fundamentais sociais (por entendimento do STF).<sup>53</sup>

Aos estrangeiros não residentes no País, entende-se que os indivíduos, ainda que em situação de irregularidade, ou em trânsito no país (por exemplo, os turistas), isso por si só não

---

<sup>51</sup> SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2022, p. 160.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 161.

<sup>53</sup> Idem, p. 162.

afasta a titularidade de direitos fundamentais, embora não impeça (resguardados os direitos do devido processo legal, por exemplo) eventuais sanções como a deportação e a extradição. Essa presunção de que a titularidade dos direitos fundamentais alcança todas as pessoas, decorre não somente do princípio da universalidade, mas porque eventual exclusão do estrangeiro não residente, dependeria de norma regulamentadora infraconstitucional.<sup>54</sup> No mesmo sentido, deve-se atentar para o dado de que o Brasil rege-se em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (CF/88, art. 4º, II) - que no atual estágio de evolução da humanidade, não permite que determinados seres humanos sejam subjugados e inferiorizados.

Por fim, discute-se sobre a hipótese de titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas. A Constituição Federal de 1988 não contém disposição expressa assegurando a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas (ou entes coletivos), enquanto pessoas assim determinadas, o que, todavia, não impede a doutrina e jurisprudência de reconhecerem, de forma pacífica, essa possibilidade.<sup>55</sup> Isso se dá no limite da natureza de tais pessoas. Ou seja, as pessoas físicas são titulares apenas dos direitos compatíveis com a sua natureza peculiar. Apesar da ausência de disposição declarando expressamente a titularidade por pessoas jurídicas, há disposições constitucionais esparsas que atribuem direitos fundamentais às pessoas jurídicas (CF/88, arts. 5º, XXI; 8º, III; 17, §§ 1º e 3º; 170, IX; 207, etc.), alusivos ao direito à propriedade, direito de resposta, direito à inviolabilidade da correspondência e das comunicações em geral, à inviolabilidade do domicílio, à propriedade das marcas e patentes, e assim por diante.

---

<sup>54</sup> SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2022, p. 162.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 164.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

### 2.1. Terminologia: fundamentação e motivação

Os termos *fundamentação* e *motivação* não são, de fato, a mesma coisa. No entanto, os operadores do Direito os utilizam como sinônimos. *Fundamento*, segundo o dicionário, tem o sentido de base ou razão em que as coisas se fundam ou se justificam as ações que as legitimam, isto é, mostra-se como a razão de ser das coisas e ações. Já o *motivo* diz respeito à causa, à origem ou ao princípio das coisas e, portanto, a sua razão de ser. Assim, o que faz com tais termos sejam utilizados como sinônimos é justamente essa aptidão para expressar a razão de ser das coisas.<sup>56</sup>

De forma distinta, há quem compreenda que, na linguagem filosófica, as expressões *motivação* e *fundamentação* teriam um significado muito distinto na medida em que, fundamento, ao expressar uma “causa, no sentido de razão de ser”, traduz-se numa escolha ou preferência *justificada*, ou seja, numa alternativa explicável. Já o motivo, ao representar uma “causa ou condição de uma escolha” não teria o sentido de denotar a razão da escolha, não teria o caráter racional da fundamentação. Com isso, o juiz estaria autorizado a decidir em determinado sentido quando encontrasse um ou mais fundamentos, mas não quando estivesse apenas diante de um ou mais motivos. Além disso, menciona-se o fato de que o juiz pode ter motivações de naturezas diversas, tais como, motivações morais, políticas, econômicas, religiosas, entre outras. Ao passo que a fundamentação por ele anunciada deve ser estritamente jurídica - razão pela qual o que legitima a decisão do juiz é o fato de estar ancorada em fundamentos jurídicos, e não em uma motivação de qualquer ordem.<sup>57</sup>

No Direito, entretanto, não vislumbramos tanta distinção entre os termos, pois conforme fora destacado, ambas as expressões têm em comum a aptidão para expressar a razão de ser das coisas e, portanto, da decisão judicial. O fundamento expressa um conjunto de circunstâncias fundadas em regras que autorizam a prática de um ato jurídico ou de direito. Já o motivo é a causa determinante de atos e ações. Ou seja, os motivos servem de fundamento às soluções judiciais dadas aos casos. Em síntese: “O motivo é a razão de ser que serve como fundamento

---

<sup>56</sup> FRANCESCONI, Thaís Regina Henrique. O dever de fundamentação das decisões judiciais. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP - São Paulo, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22157>, p. 10.

<sup>57</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 109-110.

do que é decidido”.<sup>58</sup> Neste trabalho, utilizamos o termo *fundamento*, pois é o termo utilizado na Constituição Federal de 1988 (art. 93, inciso IX), bem como na lei (Código de Processo Civil de 2015, art. 489) o que confere uma maior unidade ao sistema.

Desse modo, a fundamentação se dirige ao ato de dar as razões de fato e direito que levaram o juiz a decidir de uma forma ou de outra o caso concreto. De outra forma, as razões que conduzem o julgador e que servem como base justificadora do seu pronunciamento. Fundamentar também pressupõe um ato expresso, explícito, isto é, deve-se revelar as razões do ato, explicitando-as da forma mais clara possível a seus destinatários.

Referida explicitação, no entanto, não deve ser vista apenas como a demonstração da lei e dos conceitos jurídicos aplicados formalmente ao caso, mas a sua relação lógica, ou conformação, com o caso concreto.<sup>59</sup> Por isso, concordamos com PEREIRA (2019) quando este afirma que o mais importante para o Direito Processual, e aqui acrescentamos para o Direito Constitucional vez que estamos tratando a fundamentação da decisão como um direito fundamental do cidadão, é definir qual é a “instância de controle intersubjetivo da decisão judicial”, pois embora não seja possível controlar o que se passa na cabeça do juiz, é possível controlar aquilo que é reduzido à linguagem escrita na fundamentação da decisão.<sup>60</sup>

Ainda no que se refere ao significado do termo *fundamentação*, PEREIRA (2019), coloca que o dever de fundamentação previsto no inciso IX, do art. 93, da CF/88 veicula um “conceito jurídico indeterminado”. Isso porque, ao analisar o dispositivo, tem-se uma norma primária: “se proferida decisão judicial por qualquer órgão do Poder Judiciário, deve fundamentá-la” e uma norma secundária: “se não fundamentada a decisão judicial pelo Poder Judiciário, deve-se anulá-la”. Temos aí o dever de fundamentação como uma regra, todavia o conceito de “decisão judicial fundamentada”, sob a perspectiva da técnica legislativa, é um termo jurídico indeterminado. Quer dizer, não é possível definir, de antemão, o que significa uma decisão judicial fundamentada, em razão da vagueza do termo que não permite identificar precisamente quais são as situações fáticas que se encaixam na moldura normativa (antecedente fático da estrutura lógica da norma jurídica).<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> FRANCESCONI, 2019, p. 10.

<sup>59</sup> FRANCESCONI, 2019, p. 10.

<sup>60</sup> PEREIRA, 2019, p. 112.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 113-114.

Disso resulta a importância de se observar a regulamentação, ou densificação normativa, do dispositivo constitucional trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 489, de forma mais abrangente do que aquela prevista no CPC de 1973 (que dispunha em seu art. 485, III: “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”). Referida observância, no entanto, não significa o descuido para o comando constitucional, pois em razão da supremacia das normas constitucionais, as leis são interpretadas conforme a Constituição, e não o contrário.

Com isso, deseja-se trazer para o ato de justificação da decisão judicial, elementos hermenêuticos que possam traduzir a postura interpretativa da decisão na escolha das premissas utilizadas, a fim de verificar quais foram os cânones racionais elegidos e, com isso, coibir arbitrariedades.<sup>62</sup> Assim, tal caminho lógico percorrido pelo julgador não pode ser desprezado pelos destinatários da decisão judicial, pois a ausência de fundamentação traduz-se num descompromisso com a realidade dos fatos e, em última análise, com a própria justiça.<sup>63</sup>

Por fim, importante mencionar a aplicação do art. 489, II, §§1º e 2º, do CPC/2015, em todo o direito processual, ou seja, no âmbito do processo civil, eleitoral, penal, trabalhista etc. Isso porque, em razão da inserção do CPC/2015 no contexto do Estado Democrático Constitucional, tem-se que o Código exerce função participativa e transeitoral em todo o Direito Processual. *Transeitoral* “porque funciona como a fonte normativa capaz de reordenar determinando institutos processuais para aplicá-los a toda e qualquer espécie de processo”<sup>64</sup> – conferindo unidade narrativa ao Direito Processual, à luz da Constituição. É dizer, o CPC/2015 ao inserir-se no movimento de (re)codificação do século XII “é responsável por estabelecer diretamente conexões entre a Constituição e as demais legislações processuais infraconstitucionais, tornando o ordenamento jurídico um organismo vivo, dinâmico e adaptável.”<sup>65</sup> Portanto, as hipóteses de decisões judiciais não fundamentadas previstas nos §§1º e 2º do art. 489, do CPC/2015, são aplicáveis a todos os setores do direito processual infraconstitucional.

---

<sup>62</sup> PEREIRA, 2019, p. 112.

<sup>63</sup> FRANCESCONI, 2019, p. 10-11.

<sup>64</sup> PEREIRA, 2019, p. 123.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 122.

## 2.2.Requisitos da fundamentação: o art. 489 do CPC/2015

Conforme colocado por Ronaldo Kochem, a princípio, se se pretendesse justificar a totalidade das decisões judiciais, seriam necessários numerosos instrumentos de controle da fundamentação da decisão judicial. No entanto, objetivamente tais instrumentos não seriam aplicáveis a todos os casos, vez que existem exigências peculiares de cada ordenamento jurídico, bem como há as especificidades de cada caso concreto. Assim, deve ser reconhecida a importância de se estabelecer graduações daquilo que denomina como *fundamentação legal mínima*, “relativa à previsão abstrata de determinados requisitos para uma generalidade de casos”, e de uma *fundamentação legal concreta*, relativa às exigências concretas para determinada decisão.<sup>66</sup>

O autor reconhece que ao estabelecer tais parâmetros não se objetiva “um enrijecimento dos requisitos de um discurso justificativo ou uma gradual diminuição dos instrumentos de controle”. Ao contrário, o que se deseja é evitar um “nível de controle muito alto e pragmaticamente desnecessário, ou muito baixo e pragmaticamente insuficiente”. Portanto, o que se espera é que “seja possível reconhecer critérios com base nos quais apresente-se uma fundamentação juridicamente adequada para o caso e se permita o efetivo controle intersubjetivo das decisões judiciais concretas.”<sup>67</sup>

No mesmo sentido, reconhece que a identificação dos critérios de correção da fundamentação das decisões judiciais se mostra uma tarefa complexa em razão da multiplicidade de espécies de decisões e os modos de fundamentar cada uma delas. Por exemplo, pensando apenas no título da instância tem-se as decisões de Primeira Instância, Segunda Instância e das Instâncias Extraordinárias. Quanto ao objeto, há as decisões de antecipação de tutela, julgamento parcial de mérito ou julgamento total de mérito, de saneamento, de deferimento ou indeferimento de provas, de fixação de ônus probatórios, de julgamento de admissibilidade ou inadmissibilidade de recursos, entre outras. Assim, identifica-se a impossibilidade de tratar dos critérios de correção para todas essas espécies.<sup>68</sup>

Referido autor elege a sentença de Primeira Instância por tratar-se, a seu ver, da mais importante decisão judicial no processo, bem como pelo dado que quase toda a regulamentação

---

<sup>66</sup> KOCHER, Ronaldo Luiz. A fundamentação da decisão judicial: objeto e critérios de controle. 2016. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/148781>, p. 124.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>68</sup> Idem, p. 125-126.

do sistema processual foi estabelecida com base nesse tipo de decisão.<sup>69</sup> O autor parte da premissa de que não existe verdadeira contraposição entre o discurso justificativo lógico e o discurso justificativo argumentativo. O que ressalta é que uma doutrina que defenda que a decisão seja fundamentada apenas com critérios lógicos silogísticos é incompleta, pois deixa de apreciar diversas outras questões que o juiz também deve considerar para que a fundamentação cumpra sua função de legitimação e de controle intersubjetivo da decisão. Em suma, essa doutrina deixa de lado o aspecto argumentativo da fundamentação.<sup>70</sup>

Portanto, o que irá propor é a análise lógica e argumentativa da decisão judicial, considerando respectivamente a estrutura lógica da decisão, que lhe confere racionalidade formal (premissa lógico-dedutiva), e a forma de argumentação, que lhe atribui racionalidade substancial (premissas normativas e factuais). Explica que foi Wróblewski quem cunhou os termos *justificação interna* e *justificação externa*, para diferenciar os dois aspectos de justificação citados, de modo que a justificação interna trataria da validade da inferência da decisão judicial a partir das premissas fixadas, ao passo que a justificação externa iria além para verificar a própria solidez das premissas.<sup>71</sup>

Isso significa, abordam-se tais perspectivas como ponto de partida para análise sobre os problemas da fundamentação das decisões judiciais e da análise da interpretação do direito. A justificação interna (ou estrutura mínima da fundamentação da decisão judicial), conforme já elucidado, é a parte lógica dedutiva da decisão. Surge a partir da norma tida como aplicável ao caso, em razão da ocorrência do fato nela previsto e justifica formalmente a conclusão da decisão. Trata-se, portanto, da estrutura lógica subsuntiva mínima, sem a qual não é possível a decisão. Quer dizer, toda decisão judicial depende dessa estrutura mínima, embora tal estrutura não exauria o conteúdo discursivo justificativo, pois nada diz sobre o conteúdo das premissas fáticas e normativas – razão por que deve ser complementada pela justificação externa.<sup>72</sup>

Em síntese, essa estrutura lógica é composta de nexos de implicação, bem como de tais nexos surgem três principais regras<sup>73</sup> silogísticas que explicam formalmente a fundamentação

---

<sup>69</sup> Idem, p. 126-127.

<sup>70</sup> KOICHEM, 2016, p. 128.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>72</sup> Idem, p. 133.

<sup>73</sup> R.1. Condição geral de racionalidade lógica: a conclusão da justificação deve decorrer das premissas; R.2. Condição geral de racionalidade lógica: a estrutura da justificação da decisão judicial não pode conter contradições internas, mesmo com relação a diferentes assertivas (de fato e de direito) e suas justificativas externa; R.3. Condição geral de racionalidade lógica: a premissa maior do raciocínio justificativo deve ser abstrata e universal e a premissa menor deve ser concreta e particular. KOICHEM, 2016, p. 135-136.

e, portanto, a validam. O autor elabora, ainda, outras duas regras<sup>74</sup> aplicáveis quando há uma pluralidade de pedidos. No que se refere à justificação externa, esta diz respeito à justificativa das premissas da decisão judicial. Explica que, inicialmente, não se deve desprezar todos os silogismos dedutivos, pois “a lógica permite analisar a validade de uma inferência entre uma premissa abstrata e uma premissa concreta, em que partes da argumentação podem ser reconstruídas.”<sup>75</sup> A justificação externa da premissa normativa é aquela que apresenta as razões pelas quais determinada norma foi obtida, bem como apresentar as razões pelas quais determinada qualificação dos fatos (conclusão) foi realizada. Tais operações, segundo o autor, propiciam a identificação de vícios lógicos, a reconstrução dos argumentos e a verificação da sua completude lógica, impedindo que se deem saltos argumentativos desconectados com as premissas expostas.<sup>76</sup>

Os pressupostos utilizados pelo autor para elaborar uma teoria do controle da decisão judicial, foram aqui emprestadas para demonstrar a complexidade do tema, bem como as dificuldades de se estabelecer uma teoria universal sobre a fundamentação da decisão. Por isso, aqui não nos aprofundaremos nas regras propostas pelo autor para a justificação interna e externa da decisão judicial, uma vez que nos interessa examinar a fundamentação da decisão como um direito fundamental do indivíduo, porque traduz-se no próprio direito a uma resposta constitucionalmente adequada. Por ora, interessa apontar, objetivamente, os requisitos que podem ser extraídos do art. 489, §§1º e 2º, do CPC/2015 pois, tidos como a principal regulamentação da norma constitucional sobre o dever de fundamentação, bem como os vícios a tais requisitos, revelam que a ausência de fundamentação se traduz também numa argumentação descompromissada com os direitos fundamentais.

---

<sup>74</sup> R.4. Condição especial de dependência ou de mera compatibilidade entre questões prejudiciais e dependente: em havendo relação de prejudicialidade lógica entre diferentes questões que são decididas, ou a questão prejudicial é julgada procedente e com isso se justifica a qualificação da questão dependente como prejudicada, ou a questão prejudicial é julgada improcedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões das questões. R.5. Condição especial de dependência ou de mera compatibilidade na cumulação de pedidos: (a.) em havendo cumulação simples de pedidos, há, apenas, o dever de compatibilidade entre as justificativas das decisões dos dois pedidos; (b.) em havendo cumulação sucessiva de pedidos, ou o primeiro pedido é julgado improcedente e com isso se justifica a qualificação do segundo pedido como prejudicado, ou o primeiro pedido é julgado procedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos; (c.) em havendo cumulação alternativa de pedidos, ou um dos pedidos é julgado procedente e com isso se justifica a qualificação do outro pedido como prejudicado, ou os dois pedidos são independentemente julgados improcedentes e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos; (d.) em havendo cumulação subsidiária de pedidos, ou o primeiro pedido é julgado procedente e com isso se justifica a qualificação do segundo pedido como prejudicado, ou o primeiro pedido é julgado improcedente e há, apenas, o dever de preservar a compatibilidade entre as justificativas das decisões dos pedidos. KOCHER, 2016, p. 138.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>76</sup> Idem, p. 139-141.

De modo geral, pode-se afirmar que a fundamentação das decisões judiciais, além de expressa, deve ser clara, precisa, coerente e lógica. Isso significa, não se admite a fundamentação dita implícita, pois as razões de decidir devem ser exteriorizadas. Uma fundamentação implícita seria aquela decorrente das demais razões de decidir apresentadas explicitamente. Ou seja, quando há argumentos principais e secundários, ou ainda, quando o juiz se manifesta sobre uma determinada matéria que foi acolhida, poderia se admitir que as demais foram rejeitadas. No entanto, não se admite essa fundamentação implícita como válida, em razão da linha tênue existente entre implicitude e omissão. Assim, a fundamentação implícita é inadequada, pois as razões de decidir não podem ser presumidas ou incertas.

Portanto, se fundamentar é dar as razões de decidir, de fato e de direito (art. 489, II, CPC/2015), tais razões não podem estar implícitas. Pois, conforme reconhece Francesconi (2019): “ainda que as teses vencedora e vencida sejam contrapostas ou incompatíveis, nem sempre as causas de acolhimento da primeira significam a automática rejeição da segunda.”<sup>77</sup> E em razão disso, deve-se ressaltar também que a fundamentação implícita viola o princípio da publicidade, previsto no art. 93, IX, da CF/88.

Ainda no que se refere à exigência de a fundamentação ser expressa, tem-se a discussão sobre a validade de um modelo de fundamentação denominado fundamentação, ou sentença, *per relationem* ou *aliunde*. A fundamentação *per relationem*, segundo Lenio Streck é uma técnica inconstitucional e ilegal aplicada no exercício da função jurisdicional. Isso porque, para este autor, e aqui concordamos, um pressuposto da teoria da decisão deve ser que “a fundamentação das decisões - o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão”. Com isso, a ideia do direito à justificação está fundada no rompimento da concepção hobbesiana de que é a autoridade, e não a verdade que impõe o direito.<sup>78</sup>

A fundamentação, ou sentença, *per relationem* consiste na ideia de que magistrados podem se apropriar da fundamentação de decisões prévias e transpô-las ao caso que têm diante de si para julgamento. Conceitualmente, significa “decisão referencial”, sendo uma técnica decisória utilizada quando o juiz não elabora em um ponto decisório uma justificação autônoma

---

<sup>77</sup> FRANCESCONI, 2019, p. 15.

<sup>78</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Fundamentação” *per relationem* – a “técnica” ilegal e inconstitucional. Consultor jurídico, 16 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional#:~:text=Levada%20C3%A0%20literalidade%2C%20per%20relationem,contida%20em%20otra%20senten%C3%A7a%223>.

para o caso, mas se aproveita da justificação contida em outra sentença<sup>79</sup>, ou seja, a fundamentação se resume a fazer simples remissão às razões expendidas em atos produzidos em outro processo sem, contudo, expor as próprias razões.

Lenio Streck nos informa que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a utilização dessa técnica, afirmando que, para que não haja ilegalidade, o órgão judicial, ao se valer de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, deve adicionar motivação que justifique a sua conclusão, com menção a argumentos próprios. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, tem-se que é válida a motivação *per relationem* nas decisões judiciais, inclusive quando se tratar de remissão a parecer ministerial constante dos autos: “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.”<sup>80</sup>

Para o autor, referida técnica, conforme já dito é ilegal e inconstitucional, pois a condição estabelecida pelo STF para validar a sua utilização (“desde que o julgador se reporte a outra decisão ou manifestação dos autos e as adote como razão de decidir”) é demasiadamente ambígua e vaga. O autor então nos questiona:

O que é "reportar" a outra decisão? Qual "manifestação dos autos"? O que é isto — "adotar como razões de decidir"? O espaço de discricionariedade, aqui, transforma o julgador em legislador intersticial *com poderes de redefinir a própria Constituição*. É mais fácil definir o sentido de injusta agressão do que preencher a abertura semântica dos enunciados do STJ e do STF. O que se pode entender por "ainda que sucintamente"? Quantas linhas? Qual é o limite? Existiria um "sucintômetro" para definir o sentido e o alcance?<sup>81</sup>

Com isso, mostra-nos que esta “definição” de parâmetros que tornaram este tipo de fundamentação aceitável, em verdade, não diz nada. Ao invés, relativiza todos os demais dispositivos legais que exigem a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais. O autor conclui que o entendimento dos Tribunais acerca da fundamentação *per relationem* desconsidera totalmente não somente o art. 93, IX, da Constituição, mas as hipóteses do artigo 489, §2º, do CPC/2015, que dispõem sobre situações em que a sentença não será considerada fundamentada, concluindo:

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Fundamentação” *per relationem* – a “técnica” ilegal e inconstitucional. Consultor jurídico, 16 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional#:~:text=Levada%20C3%A0%20literalidade%2C%20per%20relationem,contida%20em%20o%20senten%C3%A7a%223.>

<sup>81</sup> Ibidem.

Não há esse espaço discricionário para que os tribunais redefinam a Constituição e tampouco desdiguem o que dizem os códigos. Há um estatuto epistemológico mínimo (como diria Otavio Luiz Rodrigues Jr) da legislação processual. Carece de melhor fundamentação a posição das Cortes superiores nesse caso. Basta que se faça uma análise cuidadosa, isolada ou conjuntamente dos seis incisos em questão — análise essa aqui desnecessária, face a sua quase-auto evidência.<sup>82</sup>

Isso porque, segundo o autor, qualquer decisão bem fundamentada, naturalmente se refere a outras decisões para reforçar ou cotejar o entendimento fixado, no entanto, isso não significa cair em nulidades as quais o art. 489 do CPC, busca coibir. Vê-se que o dispositivo sequer permite a simples citação de uma ementa sem contextualização. Mais adiante, ao questionar “para que serve um recurso?”, o constitucionalista nos lembra que os recursos são garantias institucionais de uma nova apreciação da decisão, mas a utilização da fundamentação *per relationem*, o que resume com a expressão “copia e cola” inviabiliza o próprio instrumento processual recursal:

Contudo, ao se permitir que o juiz/tribunal apenas mantenha a decisão por seus próprios fundamentos (ou de parecer do MP ou algo desse jaez), *sem enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, está-se, na prática, suprimindo uma instância*. O recurso não é uma mera formalidade. Ele faz parte da visão substantiva de contraditório como garantia de influência, como diria Dierle Nunes. Aliás, Dierle também defende recursos como espaços discursivos para formação do provimento jurisdicional.<sup>83</sup>

Portanto, superada a inadequação desta técnica de fundamentação, face aos requisitos dispostos no CPC e na Constituição, seguimos com os demais requisitos da fundamentação. Diz-se que a fundamentação da decisão judicial deve ser clara, isto é, inteligível, evitando-se expressões ambíguas, equívocas ou contraditórias, a fim de que o pronunciamento jurisdicional não possa ser ampliado ou restringido indevidamente e para além daquilo necessário à resolução da lide. Para tanto, exige-se uma fundamentação em linguagem acessível, evitando-se palavras ou expressões arcaicas ou raramente utilizadas. Isso se justifica pois o exercício da função jurisdicional, embora se constitua como atividade técnica, não é um fim em si mesmo, mas como uma função de Estado, traduz-se também no direito de receber uma resposta adequada ao caso concreto e passível de ser controlada pela coletividade.

Por objetiva, tem-se que a fundamentação deve focar nas questões trazidas à apreciação judicial, isto é, não indo além ou aquém das questões. Também deve ser precisa no sentido de

---

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> STRECK, 2021.

evitar incertezas ou dúvidas, bem como deve ser coerente e lógica, isto é, apreciar as questões numa ordem de sentido e ser compatível com o entendimento final.

Postas as exigências objetivas da fundamentação, passemos ao que o Código de Processo Civil, que como dito, exerceu função disciplinadora do mandamento constitucional sobre a fundamentação (art. 93, IX, CF) dispôs no art. 489, §§1º e 2º das hipóteses que configuram uma não fundamentação, isto é, vícios objetivos da fundamentação. É disposto na referida norma:

**CPC/2015. Art. 489. São elementos essenciais da sentença:**

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e 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 principais que as partes lhe submeterem.

**§ 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. (g.f.)

A primeira hipótese (inciso I) de não fundamentação refere-se à vedação de “fundamentação abstrata”, isto é, aquela que não expõe a relação do dispositivo normativo (direito) com as circunstâncias concretas da demanda apreciada pelo órgão jurisdicional. Referida vedação, entre outras questões, encontra fundamento no dado de que uma “pseudojustificação” não pode ser considerada como fundamentação. Ou seja, não basta citar doutrina, jurisprudência ou norma, alheia ao caso concreto, ou apontar fundamentos sem pertinência com a questão decidida. Importante notar que o dispositivo veda a *mera indicação*,

*reprodução e paráfrase de ato normativo*. Portanto, tem-se três normas, que se violadas, importam em nulidade da decisão, para não dizer arbítrio do juiz.<sup>84</sup>

A segunda hipótese (inciso II) vedada diz respeito à fundamentação com base em “conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais”. Isso significa, a decisão que se pretende fundamentada não pode se utilizar de tais conceitos ou cláusulas sem enunciar as razões de sua incidência no caso. Conforme PEREIRA (2019), conceitos jurídicos indeterminados são marcados por termos vagos e com acepção aberta justamente no antecedente da norma jurídica, ou seja, no espaço que se propõe a delimitar a hipótese fática de incidência.<sup>85</sup> Ao se levar em conta que o julgador e, diga-se, com base na lei e na Constituição, oferece uma resposta ao caso concreto, se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados, tem a responsabilidade de justificar o seu emprego, sob pena de, ao final, continuar não decidindo a questão, isto é, prolongar a lide.

Já as cláusulas gerais são compostas de indeterminação tanto na hipótese de incidência quanto na consequência jurídica. Assim, cabe ao intérprete interpretar esses termos vagos, considerando os elementos intersubjetivamente controláveis, ou seja, os dados sistemáticos, tais como dispositivos legais correlacionados, princípios e precedentes, e os dados extrassistemáticos, como usos e costumes, *standards*, mas, principalmente, a partir da tradição (art. 926, CPC). Com isso, impõe-se um ônus argumentativo ao julgador, quando este se utiliza de tais termos.<sup>86</sup>

O inciso III, do art. 489, por sua vez, veda a chamada “fundamentação genérica”, compreendida como a fundamentação que despreza a qualificação jurídica dada aos fatos e as circunstâncias fáticas do caso concreto, vez que poderia ser utilizada para justificar qualquer outra decisão. É dizer, o reconhecimento de que há uma sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário e, portanto, certa padronização faz-se necessária, ou ainda, que o órgão judicial não pode aplicar certos padrões de entendimento a questões idênticas, tudo isso, não desincumbe o julgador de apontar, ainda que de forma sintética, os fatos relevantes da causa que autorizam ou não a consequência jurídica prevista na norma legal.<sup>87</sup>

A quarta hipótese (inciso IV) de não fundamentação é aquela que deixa de examinar todos os argumentos deduzidos no processo. Aqui tem-se uma estreita relação do direito ao

---

<sup>84</sup> PEREIRA, 2019, p. 127-128.

<sup>85</sup> PEREIRA, 2019, p. 129.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 130-131.

<sup>87</sup> Idem, p. 131-132.

contraditório e a fundamentação das decisões judiciais. A norma se preocupa em que o ato de julgar seja o mais democrático possível e, para tanto, o juiz não o faz de forma solitária, mas numa construção conjunta com autor e réu. Diante disso também não é possível concordar com a posição do STJ, por exemplo, ao afirmar que o juiz não está obrigado ao exame de todas as questões trazidas pelas partes, mas somente aquelas necessárias à formação do seu convencimento. Ora, um dos critérios para deixar de, em tese, apreciar um argumento das partes não é a presença de um “motivo suficiente para proferir a decisão”, mas justamente a sua capacidade de confirmar a conclusão adotada pelo julgador.<sup>88</sup>

Isso não implica em uma análise minuciosa de cada argumento ou uma fundamentação extensa sobre toda e qualquer questão das partes, mas o direito ao contraditório deve ser sempre preservado. Por esse motivo, PEREIRA (2019) diferencia o conceito de *argumento* e de *fundamentação*, afirmando que o art. 489, IV, exige a manifestação do juiz não sobre qualquer argumento, mas sobre os *argumentos qualificados*. Isto é, sobre aqueles argumentos capazes de influir no resultado da demanda, alterando o entendimento fixado.<sup>89</sup> E se todos tiverem essa qualificação, o juiz não poderá escolher entre um e outro, alegando ter escolhido o que é suficiente à formação do seu convencimento.

O inciso V, do art. 489, §1º, diz respeito à decisão que aplicar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Novamente, a lei processual busca preservar o contraditório, vez que a invocação de precedente ou súmula pelas partes também compõe parte de sua argumentação que, como já visto, não pode ser desprezada pelo juiz.

Portanto, o dispositivo exige duas operações: i) a identificação dos fundamentos determinantes do caso passado e ii) a verificação do seu ajuste ao caso presente.<sup>90</sup> Importante observar que a conceituação do que vem a ser um *precedente*, no Brasil, tem limitações e problemas, que fogem ao objeto da discussão proposta neste trabalho, mas que são igualmente importantes numa discussão sobre filosofia constitucional.

A sexta hipótese (inciso VI), igualmente, considera não fundamentada a decisão que deixa de aplicar precedentes, súmulas e jurisprudência levantada pelas partes sem, contudo, demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

---

<sup>88</sup> PEREIRA, 2019, p. 133-135.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>90</sup> Idem, p. 138.

É dizer, porque o Código exige que a jurisprudência seja estável, íntegra e coerente (art. 927), não se admite que os juízes e tribunais deixem de aplicar o rol de precedentes normativos formalmente vinculantes disposto no art. 927 do CP/2015. Se o deixar de fazer, deverá o julgador demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento contido no precedente.

Por fim, o art. 489, do CPC, dispõe em seu §2º que quando houver colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Trata-se, portanto, de uma preocupação com a aplicação dos princípios no caso concreto. A menção à ponderação nos remete à teoria da ponderação e conceituação dos princípios formulados por Robert Alexy. Segundo o autor, *princípios* são mandados, ou mandamentos, de otimização tendo em vista as circunstâncias fáticas e jurídicas. Como mandados de otimização, os princípios impõem a concretização de uma norma na maior medida possível, por isso são aplicados em maior ou menor medida no caso concreto e são aplicados por ponderação.

Nesse sentido, quer se adote a teoria da ponderação, nos termos formulados por Robert Alexy na obra “Teoria dos direitos fundamentais”<sup>91</sup>, quer se adote outra teoria da ponderação, o juiz deverá, em razão da exigência processual, demonstrar as razões que autorizam a restrição na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a sua conclusão.

Ainda no que se refere aos vícios de fundamentação, importante ressaltar a discussão trazida por Lenio Streck, no verbete “Livre convencimento (motivado)”, em seu Dicionário de Hermenêutica Crítica, que diz respeito à ideia, muito difundida na doutrina jurídica, de que o juiz é livre para formar o seu convencimento, máxima que se espraia para variações como “livre apreciação da prova”, entre outras. O autor, acertadamente, introduz o tema esclarecendo que, no âmbito das práticas jurídicas, a ideia de livre convencimento implica também uma relação pretensamente livre entre juiz e a interpretação do Direito. E isso decorre de uma interpretação

---

<sup>91</sup> O autor, no terceiro capítulo da obra “Teoria dos direitos fundamentais” (1985) propõe uma lei doutrinária para compreender a aplicação do direito integrado por “valores positivados”. A primeira lei é a chamada *Lei da Ponderação* ou *Lei Material da Ponderação*: “Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação de outro”. Disso decorre, o que denominou como *Lei da colisão*: “As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”. Respondendo às críticas formuladas a sua teoria, Alexy formulou, no posfácio da mesma obra, uma segunda *Lei da Ponderação* ou *Lei Epistêmica da Ponderação*: “Quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

equivocada do que é a independência do Poder Judiciário que, na origem, tem relação com o deslocamento da função jurisdicional das prerrogativas do Soberano.<sup>92</sup>

Conforme ressaltado no início deste trabalho, a evolução do Estado Absolutista para o que compreendemos como Estado de Direito, é marcada pela passagem do homem súdito ao homem cidadão, o que pressupõe o enfraquecimento da figura do soberano para dar lugar ao homem cidadão. Nesse sentido, Lenio Streck afirma que diferentemente do soberano absoluto, que ditava o direito pelo simples fato de ser autoridade capaz de fazê-lo, o juiz, no Estado de Direito, retira a legitimidade do seu julgamento pela capacidade de suas decisões demonstrarem aderência ao Direito - à lei - que não foi por ele criada, tampouco deriva da sua vontade.<sup>93</sup>

Daí porque, o livre convencimento (motivado ou não) foi expurgado do CPC de 2015, pelo reconhecimento de que o chamado “privilégio cognitivo do juiz” está atrelado ao sujeito moderno e ao seu autoritarismo. O mesmo autor ressalta que a compreensão do Direito e da Hermenêutica contemporânea parte do pressuposto de que um caráter unitário da verdade não atinge o ponto fulcral da questão no contexto atual, que se situa no campo da linguagem. A verdade, que significa a revelação da coisa mesma, se articula numa pretensão de validade justificável discursivamente.<sup>94</sup>

Para Streck, a concordância com a ideia de que o magistrado é livre para formar o seu convencimento, ainda que suponha uma “discricionariedade racionalizada”, somente teria sentido se o Direito estivesse separado da Filosofia - é dizer, somente se o Direito for visto como uma “racionalidade instrumental”. Ao contrário, se compreendermos o fenômeno jurídico como transformador, como ele é no Estado Democrático de Direito, discricionariedade é apenas arbítrio, porque o juiz decide, nunca escolhe.<sup>95</sup> Em outra ensaio, o autor assevera que:

Decisão não pode ser invenção. Decisão não pode ser uma escolha discricionária. Nem arbitrária. Mas, por que isso é assim? Porque muitas dessas decisões não recebem o necessário constrangimento epistêmico. E muitas decisões são confirmadas por tribunais. Claro: o juiz se sente autorizado a fazer o mesmo. E assim por diante. Por que é tão difícil entender isso? A autoridade para decidir não decorre apenas da *investidura* dos juízes em seus cargos, mas sim *dos argumentos de princípio que estes utilizam para justificar o uso da coerção pública*. Quando o juiz expede uma ordem, em nome do Estado, esta ordem é resultado de um processo *devido*, sem protagonistas,

---

<sup>92</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 212.

<sup>93</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 212.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 215.

sem buracos negros de legitimidade (a minha *consciência*, a minha *íntima convicção* ou coisas desse jaez).<sup>96</sup>

Streck ressalva que a rejeição à tese do livre convencimento não significa a proibição de interpretar, pois se não se reproduz um sentido, também não se o atribui livremente. Em verdade, a vedação ao livre convencimento traz o ônus da responsabilidade política do magistrado e a exigência de suspensão de suas pré-compreensões sobre o mundo e os fatos, pois se todos nós as temos, não significa que sejamos reféns delas. O autor se inspira em Gadamer para quem antes de dizer algo sobre o texto, devemos deixar que o texto nos diga algo. Nesse sentido, também afirma que não é mais possível invocar o princípio da presunção racional, pois o novo CPC não compactua com nenhum tipo de presunção. Mais adiante refere alguns dos elementos essenciais da decisão judicial que exige: exercício prático, senso de dever capacidade de adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público.<sup>97</sup>

Ao afirmar que isso não significa a proibição de interpretar, Streck elucida que o indivíduo, quando busca o Judiciário, quer saber o que o Direito diz sobre seus direitos. E dizer o Direito, nesses termos, não significa ser o “juiz boca da lei” porque o significado do texto normativo não se esgota no texto legal, mas provém de uma tradição institucionalizada, isto é, de princípios da moral institucionalizada - que conduzem a uma resposta constitucionalmente adequada.<sup>98</sup>

Concordamos com o autor, pois como ele mesmo ressalta, pois o magistrado, com base no livre convencimento, pode dizer qualquer coisa. Ou seja, pode afastar-se da lei, da doutrina, da tradição e do constrangimento da linguagem pública. Cabe muita coisa no livre convencimento, mas é certo que esta ideia não pode ser levada adiante em um Estado Democrático de Direito, porque nesse modelo o Direito é o critério interpretativo e é a ele que o magistrado deve recorrer para formar o seu convencimento.<sup>99</sup> Em síntese, conforme afirmado por Zanchet (2020), não é porque o Direito é um fenômeno social que nele cabe qualquer interpretação:

---

<sup>96</sup> STRECK, Lenio Luiz. Todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença?. Consultor jurídico, 04 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais-gemeos-ganharao-180-dias-licenca>.

<sup>97</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 215.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 217.

Mas aí é que está: o fato de o Direito propiciar terreno fértil para todo tipo de emoções — muito mais do que um debate sobre a verdade sobre vida alienígena ou o sentido da vida — não pode servir de desculpa para que desistamos da verdade no Direito. Sempre existirão desacordos sobre os critérios legais aplicáveis ou os critérios dos critérios (metacritérios) no Direito. No entanto, as leis fornecem vetores de sentido para a interpretação, e eles devem ser respeitados. Aliás, interpretação não é sinônimo de subjetividade ou assujeitação das ideias. Na verdade, ela é uma das características fundamentais da compreensão humana. Ela não é um filtro *ad hoc* para que localizemos a resposta que preferirmos.<sup>100</sup>

Por esta mesma razão, uma decisão que se pretende bem fundamentada, isto é, que pretende veicular uma resposta constitucionalmente adequada, requer sejam censuradas posturas *solipsistas* e *voluntaristas*. Ainda nos utilizando do Dicionário de Hermenêutica Crítica de Lenio Streck, por *solipsismo* deve-se compreender “a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele sujeita o mundo conforme seu ponto de vista.”<sup>101</sup>

Streck coloca que o solipsismo é a radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo. Referida concepção parte da noção de subjetividade individual do sujeito na obra de Descartes e na subjetividade transcendental kantiana, o que resulta na concepção de que “esse “eu” transcendental que possibilita todo conhecimento sobre o mundo, independentemente de qualquer tipo de relação ou contexto histórico-social”<sup>102</sup>.

Isso se reflete na fundamentação da decisão na medida em que, na Modernidade, o mundo se torna objeto de instrumentalização do sujeito que molda o pensamento às exigências dos conceitos que melhor servem para controlar os objetos. Nesse sentido, a própria interpretação torna-se uma objetificação<sup>103</sup>.

Para Streck, o sujeito solipsista não inventa uma linguagem própria. É claro que se utiliza da linguagem pública, mas o faz de modo a se recusar a aceitar constrangimentos provenientes da intersubjetividade. Para ele, o Direito é o campo privilegiado desse fenômeno, pois o sujeito se recusa a aceitar que o mundo se dê intersubjetivamente. No plano da interpretação-aplicação do Direito isso se dá quando o juiz não aceita ser constrangido pela linguagem pública que se constrói democraticamente (no âmbito do Estado Democrático de Direito). Esta intersubjetividade que deve constranger o julgador e conter o autoritarismo do

<sup>100</sup> ZANCHET, Guilherme de Oliveira. Busca pela verdade no Direito não deve se basear no consenso, mas no contexto. Consultor jurídico, 30 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-30/diario-classe-contexto-nao-consenso-orientar-busca-verdade-direito#sdfootnote1anc>.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 411.

<sup>102</sup> Idem, p. 411.

<sup>103</sup> Idem, p. 412.

sujeito moderno, não é qualquer intersubjetividade, mas aquela proveniente da tradição e autenticidade.<sup>104</sup>

Novamente, deve-se ressaltar que o rechaço ao solipsismo, que implica na teoria da decisão que não se aceite que esta seja construída por ideologia, subjetividade ou por interesses pessoais e, ainda, por relativismos e subjetivismos, não significa que o juiz esteja proibido de interpretar ou que este seja uma figura inerte e neutra. Significa, pois, a exigência de, ao tentar compreender um texto, deixar que o texto lhe diga algo (Gadamer), ou seja, ter um grau mínimo de objetividade na interpretação-aplicação.<sup>105</sup> A concluir:

Não se pode "assujeitar" as coisas. O solipsismo judicial se coloca na contramão desses constrangimentos cotidianos, do mundo vivido. No Direito, em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que pode - e, ao fim e ao cabo, assim o faz assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal). Por isso o lema hermenêutico é: deixemos que os textos nos digam algo. Deixemos que a Constituição dê o seu recado. Ela é linguagem pública. Que deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz.<sup>106</sup>

Por *voluntarismo*, outra atitude a ser evitada na fundamentação, compreende-se “todas as posturas, teses ou teorias que colocam na vontade de poder do intérprete o polo de tensão para atribuição do sentido”<sup>107</sup>. Historicamente, o voluntarismo surge da superação do positivismo do século XIX (marcado pelo chamado “juiz boca da lei”) em suas três vertentes (alemã, francesa e inglesa).<sup>108</sup>

Tinha-se antes disso aquilo que se compreende como um certo aprisionamento político do sentido dos textos jurídicos, como uma proibição mesmo de interpretar. Diversos movimentos como “Escola Livre do Direito” e o “Realismo Jurídico” notadamente marcaram o rompimento com essa antiga tradição. O ato de julgar, então, se torna um ato de vontade. E, mais, uma vontade discricionária, que não se submete a uma instância de controle.<sup>109</sup>

No Brasil, o *voluntarismo* se manifesta sob diversas formas, todas disfarçadas. Uma delas, quando a comunidade jurídica aceita e defende que o Direito é aquilo que os Tribunais (a decisão judicial) diz que é. Sem amarras (constitucionais) e sob o manto de que as decisões não podem ser controladas. Em decorrência disso, decisões jurídicas podem ser sempre variadas, uma vez que não há resposta correta ou um mínimo alcançável a partir do texto

---

<sup>104</sup> Idem, p. 413.

<sup>105</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 418.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 418.

<sup>107</sup> Idem, p. 451.

<sup>108</sup> Idem, p. 451.

<sup>109</sup> Idem p. 452.

constitucional. O certo e o errado são sempre relativos, pois “(...) Real e existente é aquilo que o agente pode manejar e dispor”<sup>110</sup>.

Reflete-se ainda na ausência de preocupação de que o entendimento fixado em determinada decisão possa ser aplicado aos demais casos semelhantes, bem como baseia-se naquilo que o julgador considera, em seu íntimo, como justo. Na prática, abandonam-se critérios de coerência e integridade no Direito (art. 926, CPC/15<sup>111</sup>). Interessante é a abordagem de Lenio Streck quando enfatiza que o *voluntarismo*, por sua relação íntima com o realismo jurídico, praticamente defende que uma Constituição não tem um sentido próprio, pois é cotidianamente reconstruída pelo juiz. Em outros termos, ao se enfatizar a complexidade das questões humanas e o conteúdo político das normas constitucionais, renuncia-se à força normativa da Constituição em prol das convicções pessoais do julgador.<sup>112</sup> É nesse contexto que se defende o despautério de que o juiz primeiro decide, depois fundamenta. Ou seja, primeiro decide e, somente depois, preocupa-se em selecionar os argumentos para justificar o decidido. Nesses termos, como os fatores são difíceis de se conhecer, nenhuma decisão judicial pode ser previsível.

### **2.3. Funções: interna e externa**

Inicialmente, pode-se afirmar que a fundamentação das decisões judiciais permite, de um lado, a participação do povo no controle dos atos jurisdicionais, coibindo o arbítrio e a irresponsabilidade no exercício da função jurisdicional, bem como demonstra a racionalidade que a fundamentação confere às decisões judiciais.

Dito isso, o dever de fundamentar as decisões judiciais exerce uma função interna (ou endoprocessual) e uma função externa (ou extraprocessual). Sergio Nojiri nos relata que desde as antigas Ordenações reinícolas vige no Brasil a regra de se motivar as decisões judiciais. Tal obrigatoriedade, em um primeiro momento, se devia ao fato de que deve ser conferido às partes o direito de saberem se lhes era conveniente apelar ou agravar das sentenças e, se era possível, aos juízes de maior alçada, entenderem melhor os fundamentos da decisão recorrida. Ou seja,

---

<sup>110</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 453-455.

<sup>111</sup> CPC/2015. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>112</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 453.

a função interna do dever de fundamentar a decisão se prestava, tão somente, a servir como instrumento técnico processual, revelando um critério de delimitação dos recursos e de facilitação do controle do juiz da Instância superior. Como ressaltado pelo autor, apenas muito remotamente se vislumbrava na regra da fundamentação uma limitação ao arbítrio dos juízes.<sup>113</sup>

Ainda na perspectiva *endoprocessual*, introduziu-se mais um aspecto quanto ao papel que a fundamentação da sentença deveria exercer. Como crítica à utilização fundamento apenas como critério de delimitação dos recursos, passou-se a se defender que a fundamentação deveria, antes de tudo, funcionar como uma garantia de justiça. Para tanto, a fundamentação deveria demonstrar o itinerário lógico percorrido pelo juiz para chegar à sua conclusão, vez que isto permitiria que as partes compreendessem melhor as razões de decidir do magistrado e, com isso, pudessem elaborar melhor as suas razões recursais. Ainda, segundo Nojiri, essa função permite não somente uma adequação da sentença ao próprio sistema processual, que exige razões claras para que se utilize do sistema recursal, mas funciona também como uma forma de “otimizar” o trabalho do Judiciário.<sup>114</sup>

No que se refere à demonstração do percurso realizado pelo magistrado como um critério, ou garantia, de Justiça, tem-se aquilo que se denomina como a “legitimidade pelo procedimento”. Ricardo Marcondes ao questionar, em sua obra conjunta a Luis Manuel Fonseca Pires, como chegar a uma decisão justa, nos introduz a resposta da questão, se utilizando das lições de Niklas Luhmann para quem “a ideia de uma decisão justa é obtida por meio da institucionalização de um procedimento”. Parte-se do pressuposto de que todas as pessoas merecem igual respeito e por isso não é possível afastar, de antemão, as concepções de uma pessoa em prol de outra. Assim, somente com a institucionalização de um procedimento é que se venceria o arbítrio e se afirmaria a justiça. Ainda segundo o autor, tal procedimento “deve ser regrado, os partícipes devem, necessariamente, respeitar as regras racionais disciplinadoras do debate.” E dentre essas regras uma é fundamental: a fundamentação da decisão.<sup>115</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, também assim compreende quando afirma que todo discurso racional deve ser passível de fundamentação e essa fundamentação repousa em

---

<sup>113</sup> NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 29-30.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 30-31.

<sup>115</sup> PIRES, Luis Manuel da Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica*. São Paulo: Fórum, 2012, p. 80.

condições estabelecidas pela própria discussão em um mútuo entendimento. Para o autor, a ação linguística deve ser capaz de justificar-se.<sup>116</sup>

Não se deslegitima a importância da compreensão das estruturas dogmáticas, bem como das regras procedimentais a que se sujeita a fundamentação da decisão judicial, até mesmo porque é na fundamentação que se pode averiguar a apreciação que o magistrado faz dos fatos e das provas, permitindo às partes serem ouvidas e influenciar no julgamento. Em última análise, evidencia se houve parcialidade ou arbítrio do magistrado ou se cumpriu a legalidade. No entanto, o que se busca ao afirmar a fundamentação como direito fundamental, é a sua compreensão como conteúdo da democracia constitucional, e não apenas como procedimento. É dizer, a justiça não se alcança sem um procedimento justo, mas não se finda no procedimento, pois ainda que este seja válido, se a fundamentação despreza o conteúdo de direitos fundamentais, ou as demais normas constitucionais, ela não será justa.

Com esta ressalva, foi-se reconhecendo a insuficiência da função endoprocessual em que pese a sua importância já descrita neste trabalho. Passou-se, assim, a reconhecer a função extraprocessual da fundamentação, ou ainda, a sua função externa. Num primeiro momento, tal reconhecimento se deve ao fato de que mesmo que não houvesse a possibilidade de recorrer da decisão, isso não desincumbia o órgão julgante de fundamentar seus atos. Barbosa Moreira assim resume a questão: “Não é a circunstância de estar emitindo a *última palavra* sobre determinado litígio que exige o órgão judicial de justificar-se.”<sup>117</sup>

Em síntese, o que se pode afirmar sobre a função externa da fundamentação é que: "consubstancia-se numa verdadeira garantia constitucional contra perseguições oriundas de caprichos pessoais ou causas outras advindas de finalidades estranhas à consecução de objetivos traçados na lei."<sup>118</sup> Portanto, em última análise, a função externa volta-se ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional e, portanto, ao direito de receber uma resposta constitucionalmente adequada.

---

<sup>116</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 31-32.

<sup>117</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 189-190.

<sup>118</sup> NOJIRI, 1998, p. 72.

#### 2.4. Consequências da falta de fundamentação da decisão

O desatendimento aos requisitos dispostos nos citados §§1º e 2º, do art. 489, do CPC/2015, em razão do disposto no inciso IX, do art. 93, da CF/88, importam em nulidade da decisão judicial. Não apenas esses requisitos objetivos, mas os demais vícios de fundamentação apontados ferem o direito à fundamentação das decisões judiciais, conforme entendimento de Lenio Streck (e aqui adotado), corresponde ao direito a uma resposta adequada ao sistema normativo, a partir da Constituição.

Dito isso, a primeira consequência da falta de fundamentação da decisão judicial é a violação das conquistas cidadãs que estruturam o Estado Democrático Constitucional. Tais conquistas, aqui resumidas a uma resposta constitucionalmente adequada, se desdobram no direito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal, entre outros direitos e garantias constitucionais.

Objetivamente, a Constituição, como dito, dispõe que a ausência de fundamentação, e aqui deve-se compreender também a sua insuficiência ou defeitos, acarretam a nulidade da decisão judicial. A Constituição é apenas descritiva e principiológica, isto é, não dispõe sobre um rol de sanções aplicáveis ao vício de fundamentação. Por isso, é necessário nos reportarmos à *teoria das nulidades*.

Pontes de Miranda, em seu *Tratado de Direito Privado*, ao tratar sobre a teoria do fato jurídico, afirmou que o fenômeno jurídico deve ser analisado a partir de três planos distintos: o plano da *existência*, o plano da *eficácia* e o plano da *validade*. No plano da existência, discute-se se a decisão judicial carente de fundamentação existe no plano jurídico. À nosso ver, embora se possa afirmar que a decisão judicial não fundamentada é autoritária, ilegal e inconstitucional, ela, de fato, existe no plano jurídico, porquanto é uma decisão.

A fundamentação enquanto condição de possibilidade da decisão judicial está muito mais relacionada à sua validade perante o sistema constitucional, do que a sua existência jurídica. Até mesmo porque, a despeito de não fundamentada ou mal fundamentada, é certo que as decisões judiciais produzem efeitos (plano da eficácia), mesmo que sejam catastróficos a depender dos direitos e interesses envolvidos, ou seja, ainda que tais efeitos sejam indesejáveis. Assim, só tem condições de produzir efeitos, aquilo que efetivamente já existiu.

Portanto, a falta de fundamentação gera um problema de invalidade da decisão judicial, e não de inexistência. Para que uma norma seja válida no mundo jurídico, em sentido amplo,

ela deve estar de acordo com uma norma superior (nesse caso, a Constituição, mais especificamente, o citado art. 93, IX).

A invalidade se dá quando há uma norma com vício que, necessariamente, deve ser corrigido tendo em vista a sua especificidade e/ou quando está em dissonância com uma lei superior. A falta de fundamentação da decisão judicial, conforme NOJIRI (1998), gera a anulabilidade do ato. Isso porque, embora indesejáveis, os efeitos da decisão judicial não fundamentada, inegavelmente, operam-se no plano jurídico e, caso decorrido o prazo para interposição de recurso ou propositura de ação rescisória, a decisão transitará em julgado. Ainda que pareça contraditório assumir que a violação a um direito fundamental (nesse caso, a decisão não fundamentada) possa transitar em julgado, em muitos casos, a insegurança jurídica gerada pela possibilidade de não se ter o trânsito em julgado e, portanto, a previsibilidade do comportamento do Estado na esfera de liberdade do cidadão, será mais prejudicial do que o trânsito em julgado da decisão carente de fundamentação.<sup>119</sup>

Dessa forma, é importante se ater ao fato de que a norma inválida pode gerar efeitos e, portanto, a invalidação de uma norma, poderia invalidar (desconstituir), ou não, os efeitos gerados por ela. Como se disse, em muitos casos será necessária a convalidação da norma, isto é, a correção de seus vícios, e não a sua nulidade, tendo em vista os princípios da segurança jurídica, da legalidade, os interesses dos sujeitos, a gravidade do vício, a conservação dos atos, entre outras questões.

Com isso, é importante ressaltar que a invalidade gera o direito de resistir passivamente e não ser sancionado por descumprir a norma inválida. No entanto, gera uma situação de risco, pois se a norma não foi invalidada pelo Estado este, conseqüentemente, aplicará as conseqüências que são decorrentes do descumprimento.

Processualmente falando, cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de violação dos requisitos do §1º do art. 489, do CPC, bem como os Tribunais podem declarar a nulidade da sentença por defeito na fundamentação e, desde logo, julgar a causa quando o processo estiver em condições de imediato julgamento (art. 1.030, §3º, IV, CPC/2015). Por fim, deve-se ressaltar que a nulidade pode ser declarada de ofício pelo juiz ou tribunal, bem como poderá ser reconhecida em sede de recurso ou ação rescisória.

---

<sup>119</sup> NOJIRI, 1998, p. 109.

### 3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

#### 3.1.O art. 1º, *caput*, da CRFB/88: o Estado Democrático de Direito

A obrigatoriedade de se fundamentar as decisões judiciais é um consectário natural do Estado Democrático de Direito. O art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(g.f.)

Por Estado de Direito, conforme visto, tem-se o Estado que se submete ao Direito, aos impérios da lei que ele mesmo cria, assegurando um mínimo de ação estatal e garantia de direitos. Já aquilo que se denomina como Estado Democrático de Direito não é a soma de diferentes modelos, mas deve ser analisado dentro do espectro da evolução do Estado liberal ao Estado social. Segundo José Afonso da Silva, “no Estado Democrático de Direito há um elemento novo que reúne os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático um elemento revolucionário do *status quo*.”<sup>120</sup>

O Estado Democrático de Direito se caracteriza, portanto, como algo além da observância das normas legais, pelos Poderes constituídos. É um Estado que busca a realização de determinados valores previstos no texto constitucional, sem os quais a concretização da dignidade da pessoa humana e outros princípios, não é possível. Além da submissão do Estado à lei, pressupõe, portanto, a participação do povo, de quem emana todo o poder do Estado (CF/88, art. 1º, Parágrafo Único).

---

<sup>120</sup> SILVA, 2020, p. 114.

Barbosa Moreira, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988 e, portanto, de sua menção expressa ao dever de fundamentação (CF/88, art. 93, IX), já afirmava que a motivação da sentença era garantia inerente ao Estado de Direito. Segundo o autor, a exigência de motivação, em primeiro plano, cumpria sua função técnica (conforme explicitado na função endoprocessual da fundamentação), de modo a possibilitar a correta interpretação do julgado, determinando precisamente o seu conteúdo, delimitando o âmbito do recurso e garantindo uma economicidade das impugnações. A motivação das decisões, no entanto, não se esgota em sua função técnica, porquanto o problema deve ser colocado diante dos princípios fundamentais de ordem política, de modo que tais princípios devem presidir a atuação estatal, tem-se, portanto, a compreensão da chamada função extraprocessual. Para o autor, a obrigatoriedade e publicidade da motivação permite averiguar, *in concreto*, a imparcialidade do juiz pelo exame dos motivos que se apoia a sua conclusão.<sup>121</sup>

O mesmo se pode afirmar quanto à legalidade da decisão, isto é, a motivação permite o exame da conformidade do entendimento fixado com a lei. Em síntese, desdobra-se na garantia do direito de as partes terem efetivamente examinadas as questões que suscitaram na ação. Portanto, segundo o autor, “a significação do princípio no quadro do Estado de Direito”, advém da compreensão de que no Estado de Direito todos os Poderes se sujeitam à lei e como tal qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas terá de ser justificada, motivo pelo qual diz-se que o Estado de Direito é o “Estado que se justifica”.<sup>122</sup>

É no Estado de Direito, que se reconhecem direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, com que não basta o reconhecimento, mas cumpre ao Estado a assegurar a possibilidade de obter, *in concreto*, a proteção ou a reintegração dos direitos abstratamente reconhecidos. Com isso, o autor conclui que uma atuação eficaz da garantia jurisdicional exige que os órgãos incumbidos de prestá-la igualmente se submetam ao princípio da motivação, e conclui:

É preciso que o pronunciamento da Justiça, destinado a assegurar a inteireza da ordem jurídica, realmente se funde na lei; e é preciso que esse fundamento se manifeste, para que se possa saber se o império da lei foi na verdade assegurado. A não ser assim, a garantia torna-se ilusória: caso se reconheça ao garante a faculdade de silenciar os motivos por que concede ou rejeita a proteção na forma pleiteada, nenhuma certeza pode haver de que o mecanismo assecuratório está funcionando corretamente, está deveras preenchendo a finalidade para a qual foi criado.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> BARBOSA MOREIRA, 1978, p. 258-286.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 286-287.

<sup>123</sup> Idem, p. 288.

Portanto, no regime democrático, o Estado, enquanto detentor do monopólio da jurisdição, deve procurar solucionar os litígios que lhe são apresentados em estrita sintonia com o devido processo legal, sobretudo o constitucional, ou seja, o que justifica a legitimidade das decisões são as garantias processuais atribuídas às partes, como contraditório e a ampla defesa, bem como a fundamentação das decisões judiciais. É nesse sentido que Filipe Miranda afirma que a fundamentação das decisões judiciais enquanto pressuposto do Estado Constitucional, imprime a ideia de que porque a democracia está ligada à participação da população no exercício do poder, quanto mais o fundamento das decisões judiciais levar em consideração os valores políticos de justiça e razão pública, sempre amparados pela aplicação e sujeição ao direito, endossado pela sociedade, mais legítima será a atuação do juiz.<sup>124</sup>

### 3.2.O art. 93, inciso IX, da CRFB/88

O art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, dispõe:

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

(...)

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

O principal objetivo deste estudo é tratar a fundamentação da decisão judicial como direito fundamental do indivíduo, traduzido no direito a uma resposta constitucionalmente adequada, em razão do disposto no art. 93, inciso IX da CF/88. Os direitos fundamentais, conforme tratado em capítulo próprio, correspondem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados como direitos fundamentais pelo Direito Constitucional de determinado Estado. Já aquilo que se tem como garantias fundamentais são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, de que o indivíduo se vale perante o Estado.

Ao afirmar a diferença entre *garantias fundamentais* e *direitos fundamentais*, questiona-se se a norma contida no art. 93, inciso X, da CF/1988, confere aos indivíduos um direito ou uma garantia fundamental. Ressalvado a importante lição de Celso Bastos de que não se pode

<sup>124</sup> MIRANDA, Filipe A. A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional, 1ª ed. Brasília: IDP, 2014. v. 1. 230 p. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1745/1/A\\_fundamenta%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_decis%C3%B5es\\_judiciais\\_como\\_pressuposto\\_do\\_estado\\_constitucional.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1745/1/A_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_das_decis%C3%B5es_judiciais_como_pressuposto_do_estado_constitucional.pdf), p. 68-69.

incorrer no erro de admitir que as garantias fundamentais não são também direitos, faz-se a distinção com o pressuposto de que ela não é decisiva ou mesmo absoluta, tampouco restringe a eficácia da proteção conferida ao indivíduo diante do Estado.

Boa parte da doutrina considera que a fundamentação da decisão judicial pode ser qualificada tanto como direito, quanto como garantia fundamental da pessoa humana. Luigi Ferrajoli insere o dever de fundamentação como uma garantia de segundo grau, isto é, uma garantia das demais garantias do sistema jurídico.<sup>125</sup> Lenio Streck, ao formular o direito de obter respostas constitucionalmente adequadas<sup>126</sup>, entende a fundamentação da decisão judicial como direito fundamental do indivíduo, necessário, inclusive, à concretização dos direitos humanos no Brasil.

Sustentamos que a fundamentação judicial, e aqui não somente a fundamentação, mas a correta fundamentação, tem natureza jurídica de *direito fundamental*, tendo em vista que em conexão com outros direitos constitucionais (contraditório, ampla defesa etc.), confere ao indivíduo a prerrogativa de influenciar na decisão judicial. Importante ressaltar, conforme o fez Filipe Miranda, o direito à fundamentação implica considerar os resultados do contraditório de modo que na fundamentação deve-se transparecer que a formulação da decisão considerou, de fato, a manifestação do indivíduo, isto é, que tal manifestação foi ponderada na formação da vontade do Estado. Para o autor, o direito à fundamentação da decisão judicial corresponde a um dos mais importantes direitos fundamentais processuais.<sup>127</sup>

Dito isso, também identificamos, com base na obra de Lenio Streck, que o direito à fundamentação das decisões judiciais corresponde ao direito do indivíduo de obter uma resposta constitucionalmente adequada. Em primeiro lugar, deve-se dizer que a teoria da resposta constitucionalmente adequada foi elaborada pelo autor com base na teoria de Ronald

---

<sup>125</sup> “[...] a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada entre convencimento e provas.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 497-498.

<sup>126</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Direito de obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 93-105, ago. 2010. ISSN 2236-6334. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>>.

<sup>127</sup> MIRANDA, 2014, p. 150-151.

Dworkin<sup>128</sup>, do direito como coerência e integridade normativas, bem como no círculo hermenêutico na proposição de Hans-Georg Gadamer<sup>129</sup>.

Streck parte do pressuposto de que o indivíduo tem direito a uma decisão judicial cujo conteúdo não seja a opinião do juiz, mas a resposta do Direito para a situação em conflito. Comentando o art. 489, do CPC/2015, dispositivo analisado no capítulo anterior, o autor conclui:

Simplesmente o legislador quis dizer: o cidadão, quando vai ao Judiciário, não vai pedir a opinião pessoal do juiz sobre determinado assunto; ele quer que o juiz diga o que o Direito tem a dizer para ele. O legislador despersionalizou a aplicação da lei; em outras palavras: em uma democracia, não se pode depender da bondade ou da maldade de quem vai dizer o Direito. Afinal, todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.<sup>130</sup>

No modelo de hermenêutica crítica na qual está inserida a teoria da resposta constitucionalmente adequada de Streck, não se admite que o ato de decidir seja um ato de escolha. O juiz não escolhe, ele decide. Escolher é um ato de razão prática e está no campo da esfera cotidiana, de agir estratégico. Decidir é um ato de responsabilidade política e está no e localiza-se no campo da ação estatal. Para o autor, a decisão judicial não é uma mera opção por uma ou mais teses, do mesmo modo que o ato de decidir não se apresenta em um nível valorativo (se uma decisão é melhor ou pior do que a escolha), mas estrutural.<sup>131</sup>

Lenio Streck, ao criar a tese da resposta correta (ou constitucionalmente adequada), além dos pressupostos gadamerianos e dworkinianos, assentou o seu pensamento sobre os princípios da crítica hermenêutica do Direito, bem como do pressuposto de que o Direito é um fenômeno interpretativo. Isso significa, para o autor, a possibilidade de se obter uma resposta correta não se restringe apenas à vinculação, pura e simples, aos precedentes judiciais, mas na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na interpretação-aplicação do direito.<sup>132</sup> O autor rejeita, portanto, relativismos, discricionariedade, subjetivismos e objetivismos.

Para o autor, os juízes devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da exigência de integridade nas decisões que proferem. Com isso, a partir da exigência de

<sup>128</sup> Na obra *“Levando os direitos a sério”* (2002).

<sup>129</sup> Na obra *“Verdade e método II”* (2002).

<sup>130</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 216.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 387-388.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 388.

integridade do Direito (consagrada no art. 926 do CPC/2015<sup>133</sup>), superam-se as teses convencionalistas e pragmáticas que marcam as teorias da decisão no positivismo moderno.<sup>134</sup>

A partir disso, Lenio Streck afirma que se pode falar em um direito fundamental à obtenção de uma resposta adequada à Constituição<sup>135</sup> e isso só é possível se o intérprete assumir um compromisso com a Constituição e com a legislação. Em outro artigo, o autor detalha:

Há, assim, um direito fundamental ao cumprimento da Constituição. Mais do que isso, trata-se de um *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição* ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*) demandada pela situação que se apresenta. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição e a existência de eventual contradição. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável ao caso. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (*Vor-verständnis*), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário compreender (*verstehen*) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (*ver-stehen*) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.<sup>136</sup>

O autor faz uma ressalva quanto à elaboração da resposta adequada: entende que esse direito fundamental não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas, pois isso representaria um congelamento dos sentidos. Segundo o autor, a hermenêutica praticada no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito depende da temporalidade. Isso significa, respostas adequadas à Constituição não são respostas definitivas, apodíticas, pois não teria, sequer, condições de ser garantida, concluindo:

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação.<sup>137</sup>

Na busca da resposta correta, Streck elabora cinco princípios (padrões) que devem ser obedecidos em cada decisão jurídica e são os seguintes: i) preservar a autonomia do direito; ii) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação

<sup>133</sup> CPC/2015. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>134</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 390-391.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 392.

<sup>136</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica constitucional. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>.

<sup>137</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 392.

constitucional; iii) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; iv) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; v) garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.<sup>138</sup>

A partir de tais princípios, o autor conclui que o julgador estará arriscando o próprio fundamento que o levou a decidir, de modo que, nesse processo decisório, poderá haver diversos fundamentos e decisões até que se chegue à resposta adequada ao caso concreto, a partir da (boa) circularidade hermenêutica.<sup>139</sup> É dizer, não apenas o constrangimento epistêmico, mas o ônus argumentativo que o julgador impõe a si mesmo é que o levarão à concretização do direito à fundamentação da decisão judicial. Lenio Streck assim conclui o seu verbete destinado a tratar da sua teoria da resposta adequada à constituição (resposta correta):

Uma resposta adequada à Constituição - ou resposta correta - rechaça argumentos/fundamentos como o "livre convencimento", "livre apreciação da prova" e o uso de princípios como alibis teóricos. A decisão, embora dada por um juiz (no caso de decisão monocrática) não é um ato individual, porque é (deve ser) o produto de um debate público, elaborado com razões públicas, e que vincula as pessoas em nome da comunidade democrática. Não faz sentido algum escrever tratados a respeito do Direito ao contraditório ou do dever de fundamentar decisões se a decisão é, no final das contas, aquilo que o juiz concluiu, intimamente, que era. O Direito não é aquilo que os juízes dizem que é. Decidir é agir com responsabilidade política. Responsabilidade de meio (não de resultado), de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível do material jurídico básico (leis, códigos, precedentes etc.) e dos princípios que conformam esse empreendimento coletivo (que remetem, por sua vez, a dimensões da dignidade humana). É uma questão de postura, pois, de atitude, diante de um problema jurídico (e não só moral e não só político e não só econômico). Responsabilidade de aplicar o Direito corretamente. Uma questão de princípio: garantir os direitos de quem efetivamente os possui.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica constitucional. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>.

<sup>139</sup> STRECK, Lenio L.; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), v. 15, p. 160, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1400/461>.

<sup>140</sup> STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 405-406.

## CONCLUSÃO

A análise jurídica do surgimento dos direitos fundamentais, sua positivação e universalidade, não pode dispensar a análise histórica sobre os direitos. Isso porque, conforme demonstrado, a História dos Direitos Fundamentais se confunde com o surgimento do Estado constitucional moderno, que tem como essência a proteção da dignidade da pessoa humana, por meio da garantia de direitos fundamentais aos indivíduos. A história dos direitos fundamentais é também a história da limitação do poder.

O direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais tem como razão os princípios estruturantes do Estado de Direito, sendo o primeiro deles referente à exigência de que a atuação do Estado esteja vinculada a uma norma jurídica. No mesmo sentido, o princípio republicano, que traz a noção de “coisa pública” enquanto tudo que diz respeito ao Estado, diz respeito também ao povo e, portanto, os agentes estatais, no exercício dos Poderes constituídos, devem prestar contas ao titular do bem. Por fim, o princípio democrático, cujo sentido é o de governo do povo, além da participação no governo, pressupõe que o povo deve ter a prerrogativa de controlar quem exerce o poder e, para tanto, precisa saber as razões que orientam tal exercício.

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais é uma das facetas da garantia da proteção judicial efetiva, com a finalidade da realização de um processo de controle da decisão e ainda para eventual impugnação da parte prejudicada, ou seja, possibilita que as partes possam analisar se lhes convém recorrer de determinada decisão, bem como, permite que o próximo juiz entenda melhor os fundamentos da decisão recorrida. A isso costuma-se denominar como função *endoprocessual* da fundamentação. Consiste numa visão meramente instrumental da fundamentação, de modo que ela seria uma regra voltada apenas para um melhor funcionamento dos mecanismos processuais.

Ocorre que embora importante, a fundamentação judicial não tem este papel meramente instrumental de “otimizar” o trabalho do Poder Judiciário, mas tem uma função *extraprocessual* de garantia contra arbitrariedades das autoridades, sendo uma das características do Estado Democrático de Direito. É, portanto, o direito fundamental de receber uma resposta constitucionalmente adequada para o seu caso concreto. É a garantia mínima para o desenvolvimento e/ou a manutenção do Estado de Direito quando garantido a cada indivíduo e a toda a coletividade, que se aproveita dessa fundamentação, seja para saber as razões de decidir do julgador, seja para controlar a sua constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BARCELLOS, Ana P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DALLARI, Dalmo de A. *Elementos de teoria geral do Estado*, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FRANCESCONI, Thaís Regina Henrique. *O dever de fundamentação das decisões judiciais*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP - São Paulo, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22157>.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KOCHEM, Ronaldo Luiz. *A fundamentação da decisão judicial: objeto e critérios de controle*. 2016. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/148781>.
- MIRANDA, Filipe A. *A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional*, 1 ed. Brasília: IDP, 2014. v. 1. 230 p. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1745/1/A\\_fundamenta%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_decis%C3%B5es\\_judiciais\\_como\\_pressuposto\\_do\\_estado\\_constitucional.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1745/1/A_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_das_decis%C3%B5es_judiciais_como_pressuposto_do_estado_constitucional.pdf).
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PIRES, Luis Manuel da Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica*. São Paulo: Fórum, 2012.

PIRES, Luis M.F. *Estados de exceção: a usurpação da soberania popular*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel.; MARINONI, Luiz G. *Curso de direito constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 9788553619344. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619344/>. Acesso em: 01 fev. 2022.

SILVA, José A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, José A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 212, p. 89–94, 1998. DOI: 10.12660/rda.v212.1998.47169. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>. Acesso em: 9 nov. 2022.

SERRANO, Pedro E. A. P. *Constituição*, 1 ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O Direito de obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 93-105, ago. 2010. ISSN 2236-6334. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>>.

STRECK, Lenio L.; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), v. 15, p. 160, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/1400/461>.

STRECK, Lenio Luiz. Todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença?. Consultor jurídico, 04 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais-gemeos-ganharao-180-dias-licenca>.

STRECK, Lenio L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. “Fundamentação” *per relationem* – a “técnica” ilegal e inconstitucional. Consultor jurídico, 16 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional#:~:text=Levada%20%20C3%A0%20literalidade%20%20per%20relationem,co ntida%20em%20outra%20senten%C3%A7a%20223>.

STRECK, Lenio. Hermenêutica constitucional. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>.

SUNDFELD, Carlos A. *Fundamentos de direito público*, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZANCHET, Guilherme de Oliveira. Busca pela verdade no Direito não deve se basear no consenso, mas no contexto. Consultor jurídico, 30 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-30/diario-classe-contexto-nao-consenso-orientar-busca-verdade-direito#sdfootnote1anc>.