

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO

JULIANA MATOS MARTINS

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PODER JURISDICIONAL:

a fundamentação jurídica como forma de efetivação do devido processo legal e
democratização do processo judicial

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2016

JULIANA MATOS MARTINS

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PODER JURISDICIONAL:

a fundamentação jurídica como forma de efetivação do devido processo legal e
democratização do processo judicial

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo.

São Paulo

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA MATOS MARTINS

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PODER JURISDICIONAL:
a fundamentação jurídica como forma de efetivação do devido processo legal e
democratização do processo judicial

Dissertação apresentada à banca examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como
exigência parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito.

Aprovada em: ____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo – PUCSP – Orientador

Professor Doutor Jorge Radi Junior – PUCSP

Professor Doutor Cláudio José Amaral Bahia – ITE

Dedico este trabalho a meus pais Carlos e Walda
Martins, que em todos os momentos me apoiaram e
igualaram seus corações ao meu.

A autora desta dissertação foi pesquisadora da CAPES, tendo recebido apoio dessa instituição por meio de bolsa integral.

AGRADECIMENTOS

Todas as minhas conquistas só foram possíveis graças ao apoio incondicional e inspiração que meus pais, *Carlos* e *Walda*, sempre me deram, seguido da companhia e da certeza de sempre ter um porto seguro que meus irmãos, *Marina* e *Carlos*, que também já saíram de casa para estudar, me proporcionaram. O apoio da minha família em sair de Santarém-PA para fazer faculdade, em Belém, e seguir para São Paulo para me dedicar aos estudos da pós-graduação é indescritível. Sei que, se meus pais pudessem escolher, jamais escolheriam viver longe de seus filhos, mas o amor que sentem por nós e o comprometimento com nosso crescimento sempre foram mais fortes e, agora, cá estou, completando mais uma etapa importante e tão almejada por mim, um sonho. Amo muito vocês!

Aos “tios” *Tereza Paixão* e *Luiz Antonio Candido*, que foram meus pais em São Paulo e, desde meu nascimento, fazem parte das minhas melhores lembranças.

Porém, não só de força se vive (tão longe), em meus momentos de fraqueza pude contar com palavras de apoio daquele a quem agradeço nesse momento, *Bruno Lasas*, que me ensinou que são nos momentos de mais fragilidade que realmente nos reconhecemos fortes, que ganhamos fôlego para continuar e que tudo é passageiro.

Ao meu orientador Prof. Dr. *Luiz Alberto David Araujo* agradeço por ter sempre me exigido a melhor atitude, a melhor postura, o melhor comprometimento. Suas lições, desde a época da especialização, e, agora, no Mestrado, são para se levar para a vida em todos os seus aspectos.

À professora e, posso dizer, amiga Profa. Dra. *Julcira Maria de Mello Vianna*, que, desde minha chegada a São Paulo, me aceitando como sua assistente da graduação na PUC e me ensinando o que era ter uma vida dedicada à academia, me guiou e serviu de inspiração em todas as escolhas que fiz nesses anos de pós-graduação.

Ao professor da especialização, *Renato Mehanna*, que, com sua paixão pelo debate, se tornou um amigo e incentivador dos meus estudos.

Às amigas de sempre *Muriel*, *Carol* e *Lee*, às que me “adotaram” em Belém, *Karol* e *Gracinha* e às “melhores aquisições” que a PUC poderia me dar, *Rô*, *Bia*, *Lúcia* e *Dri*.

RESUMO

A pergunta ao redor da qual gira em torno esse estudo é a seguinte: o dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais é consequência da evolução do princípio do devido processo legal no contexto do Estado Constitucional?

Partindo dessa premissa, esta dissertação tem como principal objetivo o estudo sobre o devido processo legal no Estado Democrático de Direito, demonstrando como a fundamentação adequada das decisões judiciais se tornou importante para a legitimidade e democratização do processo justo.

A primeira parte do estudo é destinada à análise da relação entre juiz e Estado Democrático de Direito, onde estudaremos o papel que a figura do intérprete-aplicador do direito conquistou a partir do constitucionalismo.

A segunda parte dedica-se a estudar o princípio do devido processo legal e sua aplicação no Estado Constitucional, atrelando-o ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

Nesse íterim, expomos o dever de fundamentação como uma garantia constitucional no direito brasileiro, prevista no artigo 93, inciso IX, atrelando-a ao Estado Democrático de Direito e revelando-a consequência do devido processo legal.

Finalizando, trabalhamos com a renovação do instituto da fundamentação trazida no novo Código de Processo Civil, artigo 489 e parágrafos, comentando cada hipótese trazida no bojo do dispositivo, concluindo com a relação fundamentação-demais garantias do devido processo legal.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito – devido processo legal – fundamentação adequada – decisão judicial

ABSTRACT

The question beyond this study is: is the obligation of grounds every decision consequence of due process in the context of a Constitutional State?

On the way of this premise, this master degree dissertation end is the study about due process of law in a Democratic State of Law, showing how a suitable grounding have become important to the democratization of a righteous process.

The first part of the study is destined to the analysis of the relation between the Democratic State of Law and the judge, when we will study the role of law interpreter-applicator conquered from constitutionalism.

The second part leads the study to the due process of law itself and your application in a Constitutional State, remembering the obligation of a suitable grounds in judicial decisions.

Meanwhile, we expose the obligation ground like a constitutional right, foresee on article 93, IX, merging it in a Democratic State of Law, revealing in a consequence of the due process of law.

The last part, shows a new concept of the institute of grounding on the new legislation, explaining how it will work on this new scenario.

Keywords: Democratic State of Law – due process of law – suitable grounding – judicial decision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O JUIZ E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
1.1. A democratização do Estado de Direito	16
1.2. O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro.....	27
1.3. O constitucionalismo contemporâneo.....	31
1.4. Poder jurisdicional e o juiz no Estado Democrático de Direito	41
2. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	53
2.1. As origens do devido processo legal	54
2.2. Devido processo legal formal e material.....	63
2.3. Evolução da compreensão de devido processo legal	70
2.4. A efetivação do devido processo legal no Estado Democrático de Direito.....	76
3. A GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	81
3.1. A fundamentação jurídica como consequência do devido processo legal	84
3.2. A fundamentação jurídica e sua atuação na democratização do processo judicial.....	92
4. A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	100
4.1. A renovação da fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil como meio para concretização do devido processo legal	101
4.2. A fundamentação adequada como forma de legitimação da subjetividade do magistrado	109
4.3. A garantia de fundamentação e sua relação direta com outras garantias processuais constitucionalizadas	119
CONCLUSÃO	125
BIBLIOGRAFIA.....	127

INTRODUÇÃO

É certo que a história jurídica brasileira deu seus primeiros passos sob um contexto em que prevalecia a dominação de uma elite patrimonialista que era mantida pelos privilégios concedidos pelo Poder Central, focada na aquisição de terras, despreocupada com os direitos sociais, o meio ambiente e fechando os olhos diante da possibilidade de concretização de uma vida digna ao povo (aqueles que não compunham sua classe social). Povo que, por sua vez, levava os dias acompanhados pela falta de comida, de saneamento, de educação, de saúde e da possibilidade de um desenvolvimento baseado na igualdade.

Esse contexto permanece por uma boa parte da história, acompanhando o nascimento do Estado Republicano e de suas Constituições.

Entretanto, apesar de o Brasil ter cravado em sua história sucessivas Constituições, as normas contidas em seus textos não passavam de normas programáticas. Ou seja, o fato de existir, à época, a impossibilidade de efetividade dos direitos nelas previstos, bem como o desinteresse em concretizá-los, tornava o texto constitucional mero programa de ação, prevendo direitos que poderiam (não deveriam) ser efetivados, sem prever garantias a serem utilizadas como instrumento para realização dos mesmos. Eram direitos que viviam no mundo das ideias, como o de Platão.

Após o período ditatorial, de 1964, a sociedade sentiu a necessidade de mudança. Deixado para trás aquele panorama, a postura do Estado se modifica ao ser promulgada a Constituição de 1988, a chamada Constituição Democrática ou Constituição Cidadã, fruto da redemocratização no Brasil.

No entanto, o quadro não se modifica por completo, nem de forma automática. Apesar disso, é inegável que tem início uma nova forma de compreensão do significado de Constituição, que conquista um novo papel para o Direito.

O Poder Constituinte instituiu, de forma expressa, uma extensa relação de direitos fundamentais, além de trazer no corpo constitucional regras de organização ou estrutura, algumas regras de conduta e os chamados princípios (implícitos ou explícitos). A Constituição é o fundamento de validade para outras normas, irradiando

efeitos nas relações horizontais (de direito privado) e verticais (de direito público), sendo uma norma inicial e básica, fonte formal primária por excelência.

No Estado Democrático de Direito em que nos encontramos, pós-1988, fazemos uma reflexão acerca do caminho percorrido pelo Poder Judiciário e seu papel na democratização do processo.

Com a evolução social, a hipercomplexificação das relações humanas e a mudança de paradigmas trazida pela Constituição de 1988, a imperatividade de suas normas transforma a postura da sociedade, dando origem a novas pretensões judiciais.

O Poder Judiciário passa a se deparar com novos tipos de lides e, por vezes, não encontra resposta apenas na interpretação do texto da lei. Isso exige uma participação diferenciada do intérprete-aplicador, mais ativa, que foi chamada, por alguns estudiosos, como, por exemplo, Luiz Lenio Streck, de *protagonismo judicial*¹.

Esse protagonismo em muito se alia à judicialização da política, quando juízes se encontram na situação a eles imposta de escolher implementar políticas que deveriam ser implementadas por outros Poderes, atuação esta que será tratada ao longo da dissertação.

Com essa atuação, a responsabilidade política do juiz foi ampliada, dando azo a novos estudos de hermenêutica e fundamentação dos atos decisórios do magistrado tanto na esfera da graduação como da pós-graduação.

Nesse contexto, a fundamentação jurídica alcança um novo patamar, agindo como forma de *accountability* do Judiciário e instrumento para efetivação do devido processo legal. Cada vez mais se exige uma maior qualidade das decisões e completude de sua motivação, que operará, também, como forma de garantir aquilo que Streck batizou de “direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição”², ideia que concordamos e que serve como norte para muitos posicionamentos trazidos nesse estudo.

É para esse estudo que esta dissertação se volta. Os questionamentos que precisam ser rebatidos são: qual o cerne do conceito de Estado Constitucional?; em que consiste a evolução do devido processo legal no Estado Democrático de Direito? Qual

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 614

² Idem 1.

a importância da fundamentação das decisões judiciais para a concretização do devido processo legal?

Tais questionamentos podem ser reunidos em uma frase, que será o epicentro da dissertação e ao redor do qual irá traslar toda a pesquisa apresentada. Qual seja: **o dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais é consequência da evolução do princípio do devido processo legal no contexto do Estado Constitucional?**

A reflexão sobre uma das questões mais estudadas no cenário jurídico atual – o papel da fundamentação na democratização do processo e sua atuação na efetivação do devido processo legal – é fundamental para se moldar o Estado que buscamos e o Poder Judiciário que a Constituição de 1988 buscou implementar.

É um questionamento que surgiu ao longo da implementação dos direitos trazidos na Carta brasileira de 1988 e aumento de poderes do Judiciário, que passou a atuar desde o controle de constitucionalidade das leis até a implementação de uma política pública a determinado caso concreto.

A legitimidade do juiz para atuar nesse campo ficou condicionada ao processo justo, que, atualmente, tem sua essência atrelada à realização do devido processo legal formal e material, que será confirmado, por sua vez, na fundamentação adequada das decisões tomadas ao longo do procedimento.

Cada fase da pesquisa é dedicada a um ponto importante para a inteireza do quadro que tentamos pintar, do surgimento do Estado Democrático de Direito ao constitucionalismo contemporâneo; o devido processo legal em seus dois aspectos e sua relação com o Estado Democrático de Direito; a fundamentação como consequência do devido processo e forma de *accountability* no Poder Judiciário, que é função primordial para a efetividade do Estado Constitucional que a Constituição de 1988 instituiu.

É um trabalho que se pretende objetivo e claro, sem adentrar em profundezas filosóficas ou processuais, trazendo a visão constitucional acerca do tema e partindo de premissas também constitucionais para se chegar ao fim pretendido.

Com esse intuito, a foz da pesquisa tem início, no Capítulo 1, com a pintura de um plano de fundo, indicando o contexto em que nos encontramos, conceituando e refletindo acerca do Estado Democrático de Direito e o constitucionalismo

contemporâneo e a função do juiz neste panorama. Vamos nos familiarizar com o momento histórico em que vivemos para, a partir daí, conseguirmos compreender como a fundamentação das decisões judiciais atua na democracia.

Esse quadro nos leva, naturalmente, para a concepção da importância que o devido processo legal possui para o presente estudo, que será desenvolvido e demonstrado no Capítulo 2. É para essa garantia constitucional que a bússola do processo deverá apontar em todos os momentos para que, ao final, tenha percorrido a rota correta.

Partindo dessas premissas, o estudo da fundamentação das decisões judiciais se ilumina, e nossa percepção do quão grande é sua relevância para o Estado Democrático de Direito se torna evidente. São esses os ventos que nos deslocam nos Capítulos 3 e 4.

Aquele capítulo, tratará da rigorosa relação entre Estado Democrático de Direito e fundamentação, bem como da fundamentação enquanto corolário do devido processo legal e forma de confirmação de que a cláusula foi devidamente respeitada. O Capítulo 4, avançará nos estudos da renovação do instituto da fundamentação no Código de Processo Civil de 2015, que tornou expresso o papel da motivação como forma de qualificação do processo, no art. 489, incisos e parágrafos, sendo uma veia que se alimenta constantemente do art. 93, inc. IX, da Constituição de 1988.

Percebe-se, assim, que o foco do trabalho não é a fundamentação da decisão judicial em si, mas seu papel primordial para o devido processo legal, que é princípio basilar do Estado Constitucional que buscamos concretizar. Dizer secamente o que é ou não é fundamentação e como reconhecê-la é assunto de utilidade para a doutrina processual e que, aqui, fará as vezes de manifestação exemplificativa, para a concepção do pensamento de que a fundamentação deve sim ser adequada, ser completa e ser para o processo. Porém, a razão principal dessa consequência processual tem natureza puramente constitucional e, portanto, está coberta por todas as consequências possíveis que uma regra constitucional pode ter, dentre elas: hierarquia, obrigatoriedade de aplicação e caráter fundamental.

Assim que, aqui, não nos cabe criar uma Teoria da Decisão ou conceituar a fundamentação jurídica. O que nos interessa é a abordagem constitucional sobre o tema, enquanto garantia fundamental para o Estado Constitucional por meio dos atos do Poder Judiciário e daquele que o representa: o juiz.

O percurso escolhido no presente estudo nos revela que a compreensão de devido processo legal evoluiu ao longo da história constitucional e que a fundamentação jurídica adequada agirá como âncora na sua realização, mantendo a legitimidade de outras garantias processuais constitucionalizadas e democratizando o processo judicial, tornando-o adequado e condizente com os princípios do Estado Constitucional.

Faz-se esclarecer que, para o presente estudo, utilizaremos os termos “fundamentação” e “motivação” das decisões judiciais como sinônimos, cuja diferenciação não nos revela nenhuma forma importante de tratamento acerca do instituto na prática do dever pelo magistrado, visto que todas as suas decisões deverão ser fundamentadas/motivadas sob o prisma da Constituição da República de 1988 e do Estado Democrático de Direito, podendo, caso contrário, sofrer pena de nulidade ou inexistência.

1. O JUIZ E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O constitucionalismo, como estudamos e vivemos atualmente, cursou um longo caminho para se desenvolver, caminho que ainda não está encerrado, o que podemos afirmar especialmente quando nosso objeto de estudo é o Estado brasileiro, que possui uma democracia tardia³ e que ainda está em formação.

A interação entre constitucionalismo e Estado possui inúmeras formas de realização, que se distinguirão a depender da relação que o Estado escolhe ter com a sociedade e com seu próprio Poder.

No Brasil, a Constituição de 1988 prevê o Estado como um Estado Democrático de Direito, o que provoca a compreensão de inúmeras entrelinhas normativas indispensáveis para que essa previsão não seja letra morta.

Dentre algumas cláusulas indispensáveis para a concretização do Estado Democrático de Direito, podemos citar o respeito ao princípio democrático, ao devido processo legal e à hierarquia da norma constitucional, todos expressos na Constituição da República de 1988.

Isso significa que, para que um Estado reconhecido como Constitucional, é necessária, de forma exemplificativa, a existência da possibilidade de controle dos atos de Poder de forma a legitimá-los por meio da *accountability* e da *responsiviness*; a imposição de responsabilidade por atos arbitrários e inconstitucionais por autoridades; a aplicação de garantias processuais; a possibilidade de correção de decisões incorretas e a realização de um controle de constitucionalidade, afim de evitar a perpetuação de atos ilegítimos.

A efetivação do Estado Democrático de Direito percorre um trajeto muito particular ao discorrermos sobre a relação do Poder Judiciário com a sociedade.

Como se pode reconhecer um Estado como Democrático de Direito e qual a função do juiz nessa materialização é o que estudaremos nesse capítulo, que é premissa essencial para apontarmos a importância crescente da figura do aplicador da norma para a democracia e para a efetivação do processo justo.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

1.1. A democratização do Estado de Direito

A história da mudança estrutural das teorias políticas e jurídicas se inicia com as revoltas liberais do século XVIII, quando, com intuito de acabar com o Regime Absolutista, foram desenvolvidos e implementados na doutrina jurídica e política a racionalização daquilo que era compreendido como poder Real e a modificação do tratamento dado às leis e à sua aplicação. Demais, o quadro da mínima intervenção estatal na economia privada foi desenhado. A exigência de limitação do poder estatal pelas leis e por um documento hierarquicamente superior a qualquer outro passou a dominar o pensamento dos intelectuais.

Esse documento era a Constituição e o Estado era o de Direito.

No alto absolutismo, o governante era a fonte do poder. O Estado e, conseqüentemente, o direito confundiam-se com sua pessoa.

Apenas após as revoluções americana e francesa (com seus ideais baseados na Revolução Gloriosa) que a ordem jurídica passou a ser embasada no indivíduo, quando a teoria dos direitos naturais pôde ser politicamente concretizada. O texto presente no Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁴, demonstra muito bem as conquistas de então.

De qualquer maneira, dependendo do contexto analisado, a queda do absolutismo pode ter originado diferentes conseqüências. Em determinados casos, por exemplo, a monarquia foi completamente extinta, dando lugar ao regime republicano (foi o que ocorreu nos EUA) e, em outros, ela permaneceu uma “monarquia constitucional”, sendo preservada de forma simbólica, porém esvaziada de seus aspectos autocráticos⁵ (é o caso da Inglaterra). Ou seja, o constitucionalismo se desenvolveu de forma distinta

⁴ Diz o preâmbulo: *Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.*

⁵ CAENAGEM, R. C. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbekian, 2009, p.139

pela Europa e América, gerando características particulares nos países que influenciaram.

De forma geral, a fundação do Estado Liberal trouxe várias consequências à visão que a Administração Pública adotava acerca da relação que deveria existir entre Estado e sociedade. Uma das principais mudanças adotadas nesse novo modelo estatal foi a extinção do poder pertencente a uma pessoa só, renunciando-se à natureza divina e transcendental do governante do Estado, descentralizando seu poder de modo a distribuí-lo entre pessoas distintas.

Adotou-se, nesse ínterim, o constitucionalismo e o Estado de Direito como uma forma de preservar a manutenção das garantias conquistadas até então, para a sua aplicação material e conseqüente legitimação dos atos de poder estatal. Sendo assim, afirma-se que o Estado de Direito é aquele Estado ideal pelo qual se procura conter a tirania daquele que ascende ao poder, obrigando-o a obedecer aos limites estabelecidos de forma prévia pelo Direito, podendo tal modelo ser implementado em qualquer configuração política, seja ela democrática, liberal, socialista ou autocrático⁶. No contexto analisado, foi adotado o modelo Liberal de Estado para sua implementação.

Com o objetivo de salvaguardar a integridade de direitos dos cidadãos e não mais retornar ao modelo absolutista, foi no constitucionalismo que os detentores de poder encontraram limitações, tomando lugar a proibição de atos arbitrários em substituição ao modelo de irresponsabilidade do rei.

Essas restrições e formas de controle estavam contidas tanto na Constituição escrita quanto nas leis aprovadas pelo Parlamento⁷. É nisso que se resume o conceito de constitucionalismo.

Nesse sentido ecoam as palavras de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano:

Constitucionalismo é o movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico

⁶ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: Necessária proteção da segurança jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 25.

⁷ Foi nesse contexto que documentos importantes para o constitucionalismo inglês foram assinados, como a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; a *Bill of Rights*, de 1689 e o *Act of Settlement*, texto constitucional de 1701; nos EUA, foi a Constituição de 1787, influenciada pela *Bill of Rights*, que oficializou a independência, a federalização e a constitucionalização do país; na França, foi a Constituição de 1791, guiada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (inspirada, também, pela *Bill of Rights*), que textualizou o lema de sua revolução (liberdade, igualdade e fraternidade).

segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações⁸.

Até então se acreditava que o poder era dado por Deus ao chefe do governo⁹. A partir do constitucionalismo e da adoção do Estado de Direito, passou-se à compreensão de que o conceito de Estado penetraria no conceito de Comunidade (como *res publica*), estando, portanto, a serviço do interesse comum de todos os indivíduos.

Nessa conjuntura, o Estado deixa de ser um fim em si mesmo para ser encarado sob um prisma puramente teleológico: sua razão de ser era a promoção do homem-indivíduo, que representava, também, a fonte primária de sua existência e sua permanência no tempo. Por isso, o Estado de Direito¹⁰ era uma necessidade. O Estado devia ser regido por leis limitadoras do Poder e impeditivas de atos arbitrários.

É nesse diapasão, entre o fim do absolutismo na Europa e as novas ideias em prol de limitar o poder do governante que o constitucionalismo como se conhece se desenvolveu.

Esse movimento aspirou recompor aos seus devidos lugares as coisas políticas, afastando reis que se posicionavam como absolutos e acima do Direito. Para o alcance dessa finalidade, limitaram-lhes o poder, sobretudo pela separação de poderes e pela doutrina dos direitos fundamentais (que àquele tempo – dos séculos XVII e XVIII – ainda se referiam apenas aos direitos individuais).

⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 24.

⁹ Que o *Ancien Régime* teve como maior representação o Rei Sol, Louis XIV, que proferiu a célebre frase: *L'État c'est moi*.

¹⁰ *Le terme « Etat de droit » est la traduction littérale du mot Rechtsstaat, qui devient d'usage courant dans la doctrine juridique allemande dans la seconde moitié du XIXe siècle: les premiers théoriciens en seront le libéral R. Von Mohl et le conservateur F.J. Stahl; la doctrine s'affirmera à la fin du XIXe siècle, avec les écrits de Gerber, Ihering, Laband, Jellinek, avant d'être développée en France, notamment par R. Carré de Malberg puis par ses disciples strasbourgeoise. L'objectif poursuivi est d'encadrer et de limiter la puissance de l'État par le droit; par-là, la théorie de l'État de droit exprime une volonté de renforcement de la juridicité d'un Etat entièrement coulé de dans le moule du droit. [...] L'État de droit c'est, tantôt l'État qui agit au moyen du droit, en la forme juridique, tantôt l'État qui est assujéti au droit, tantôt encore l'État dont le droit comporte certains attributs intrinsèques.* (CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 2e éd. Paris: Montchestien, 1994, p.11).

Esse é um momento culminante de criatividade e de proliferação das ideias e soluções constitucionais. Momento principiado com a Revolução Gloriosa, de 1688-1689, que prossegue com a Revolução Americana, de 1776, e deságua na Revolução Francesa, de 1789. Esses são os principais marcos históricos para o surgimento do Estado Moderno e para o Estado de Direito. Após isso, teremos apenas uma reprodução desses grandes modelos ou simples mutações de temas que têm o seu tratamento doutrinário e formalizado em leis bem consolidadas.

Como resultado, a organização e os limites da atuação do Estado passaram a ser regidos pela razão, dando azo ao reconhecimento de direitos individuais, como, por exemplo, liberdade civil, propriedade privada, segurança do indivíduo, igualdade jurídica, independência dos juízes e, também, a implementação da separação de poderes.

Todos esses fundamentos passaram a integrar o corpo da Constituição, obtendo, dessa forma, hierarquia em relação às outras normas, exigindo que leis infraconstitucionais respeitem seu conteúdo material e a forma prevista no dispositivo constitucional respectivo.

Nesse sentido, José Palomino Manchego, professor de Direito Constitucional e Teoria do Direito da *Universidad Nacional Mayor* de San Marcos, de Lima¹¹:

[...] en la medida en que la Constitución, no obstante habilitar la creación del Derecho en todas las direcciones, representa a su vez el parámetro de validez jurídica del resto de normas integrantes del ordenamiento, de modo tal que ninguna otra expresión normativa, ninguna otra manifestación jurídica, podrá sustraerse del contexto marcado por la norma fundamental y, por el contrario sólo será válida una norma o cualquier otra expresión del Derecho en la medida en que no se saga los cauces marcados por la Constitución.

Cruzando o Atlântico, a teoria da separação de poderes, presentes em Locke e em Montesquieu, viajou da Europa aos Estados Unidos, sendo consagrada em várias Constituições estaduais americanas.

¹¹ MANCHEGO, José F. Palomino. **¿Refoma, Mutación o Enmienda Constitucional?** In CHÁVEZ, Iván Rodríguez (comp.). **La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma.** Lima – Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2013, p. 60.

A Constituição de Massachusetts, de 1780, foi a primeira a dedicar texto à separação de poderes, bem como a Constituição da Virgínia, de 1786. A partir de então, os novos Estados americanos passaram a adotá-la.

Porém, como dissemos anteriormente, o constitucionalismo de desenvolveu de forma diferenciada na Europa e na América, e a aplicação do princípio da separação de poderes é um dos maiores exemplos disso. Nos Estados Unidos, esse princípio tomou formato um pouco diferente daquele concretizado pelo Estado inglês e francês. Isso porque os Estados Unidos possuem uma história política muito diferente dos países europeus. Introduziram, assim, algumas formas de práticas de manutenção do equilíbrio entre os Poderes do Estado, adotando a teoria dos *checks and balances*¹² (freios e contrapesos – também adotada no Brasil).

Com esse intuito, foram criados mecanismos para aplicação da teoria da separação dos poderes, adaptando-a às necessidades do Estado Federal que surgia. Foi nesse ponto que os EUA inovaram. Essa inovação influenciou a Carta Democrática brasileira de 1988, como será visto mais para frente.

O Estado de Direito e o constitucionalismo foram ocasionados como uma resposta natural e direta do extremo arbítrio presente no período absolutista, que não encontrava limites explícitos na ordem jurídica. Porém, é nesse contexto que surge, no Direito, o positivismo jurídico, privilegiando de maneira extrema a forma de Estado. Isso fez com que, pouco a pouco, os direitos naturais fossem formalizados em leis aprovadas pelo Parlamento, sem a previsão de qualquer critério específico para sua real concretização. Não havia diálogo entre o mundo do *ser* e o mundo do *dever-ser*.

O fracasso das Revoluções burguesas de 1848 fez essa classe negligenciar a política, voltando suas atenções para o cenário econômico. A preocupação do Estado Liberal assume uma conotação negativa, no sentido de proteger a esfera privada contra o Poder público a qualquer custo. Tal pensamento irradiou efeitos para a forma de gestão do Estado e seu papel para com a sociedade.

É com essa visão superprotetora dos direitos individuais e da manutenção do Estado de Direito que o papel do juiz foi sendo modificado. Para proteger a segurança jurídica e a igualdade (formal) dos indivíduos, influenciados pela “superlegiferação” dos direitos, que transformou-os em texto a fim de que fossem reconhecidos como legítimos

¹² Segundo essa teoria, cada Poder realizaria suas funções típicas, porém, a eles também era possível uma ação fiscalizatória entre si com objetivo de garantir a democracia, o equilíbrio e a harmonia entre eles.

e passíveis de reconhecimento pelo judiciário (primazia do direito objetivo), acreditou-se que as razões necessárias para a tomada de qualquer decisão judicial apareceriam naturalmente dos dispositivos legais, a partir de uma simples leitura feita pelo seu aplicador (ou seja, *le juge était la bouche de la loi*).

Esses conceitos caminham pelo século XIX até o estopim da Primeira-Guerra Mundial, quando a Europa foi palco dos conflitos entre a democracia liberal e as ditaduras de esquerda e de direita. Tais lutas pelo poder político emanaram efeitos nos regimes adotado pelos países envolvidos.

Ao final da guerra, cartas fundamentais e pactos internacionais foram assinados em prol de preservar a paz que se instaurara e o debate sobre a importância do direito constitucional conquista mais espaço, quando o Estado de Direito finca suas raízes de forma pura e profunda.

Com a hecatombe da Segunda Guerra Mundial, o Estado de Direito formal, que se encontrava em seu ápice de concretização, volta a ter cunho substancial. Houve um resgate do *Rechtsstaat* como Estado de Direito Democrático (*Demokratischer Rechtsstaat*) ou *Verfassungsstaat* (Estado Constitucional), provocando um intenso debate doutrinário entre os defensores do “relativismo ético” e os adeptos de uma “filosofia de valores”.

A imagem de um juiz passivo e a primazia do direito objetivo cooperaram para a realização de verdadeiros absurdos pautados pela lei formal daquele Estado de Direito. A impossibilidade de interpretação da lei por meio dos direitos naturais corroborou o caos e possibilitou a realização de verdadeiros crimes contra a humanidade durante a Segunda Guerra.

Ao final da Grande Guerra, evidenciou-se a incapacidade de garantia dos direitos fundamentais do homem no contexto de um Estado de Direito formal, a necessidade de transformá-lo em um Estado Democrático de Direito, preocupado com forma e conteúdo da lei, era gritante. Esse pensamento reestruturou vários conceitos, dentre eles o de devido processo legal, como veremos mais adiante.

Nesse contexto, vários pensadores manifestam-se sobre a necessidade de implementação do Estado-Social. Esse tipo de Estado, por sua própria natureza, é intervencionista, requerendo, de forma constante, a presença do poder político nas esferas sociais, o que ocasionou um crescimento da dependência do indivíduo em relação à atuação provedora do Estado, isso devido à impossibilidade que ele próprio encontra de trazer para sua realidade, perante fatores alheios à sua vontade, suas

necessidades existenciais mínimas (ou devido à baixa força executória de várias normas constitucionais para promoverem os direitos sociais).

Sobre isso, Juan Carlos Bayón relaciona de forma objetiva aquilo que chama, junto de Ernesto Garzón, de “coto vedado” (enquanto uma limitação à limitação dos direitos fundamentais). Seria como o “núcleo duro” presente na teoria dos direitos humanos, que seriam as garantias constitucionais internas e internacionais inatingíveis e impossíveis de cortar ou diminuir que foram reconhecidas com o constitucionalismo, a partir da democratização do Estado de Direito. Para o constitucionalismo ser reconhecido, é necessário, nas palavras do autor:

Hay, por supuesto, muchas formas diferentes de <<constitucionalismo>>, dependiendo de cómo queden configuradas ciertas variables fundamentales. Pero por lo general suele pensarse que el diseño institucional requerido por la tesis del coto vedado es el que resulta de la combinación de dos piezas maestras: la primacía de la Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control de jurisdiccional de la constitucionalidad de la legislación ordinaria. En cuanto a la primera, la idea aparentemente obvia consiste en que la traducción en términos de técnica jurídica del ideal del coto vedado no podría ser sino el emplazamiento de los derechos básicos en una Constitución rígida, ya que es la previsión de un procedimiento legislativo ordinario la que determina su superioridad jerárquica respecto a la ley y por tanto la indisponibilidad de los derechos básicos para el legislador. En cuanto al segundo de los ingredientes mencionados, aunque la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria, suele darse por sentado que éste es, en la práctica, el instrumento necesario sin el cual aquélla carecería de garantías efectivas.¹³

Com isso, o direito cruza o caminho da ética, da moral e corre em busca da realização da justiça, flertando com conceitos alheios à ciência jurídica, tais como conceitos econômicos, assistenciais, políticos e de administração. É a substancialização

¹³ BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, Democracia y Constitución**. In CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 212.

de vários conceitos legais e a valorização de princípios tradutores de uma vida digna e protegida de arbítrios travestidos de legalidade.

Porém, com essa reforma estatal, o relativismo embebedada cada vez mais o jurídico, pois a noção de justiça de um não é semelhante à justiça do outro, pelo contrário, vários aspectos sociais (e pessoais) são relevantes para a formação da compreensão que cada um possui de justiça, e esse relativismo não adota critérios, causando sequelas no positivismo.

Atinente às diferenças entre o *Rechtsstaat*¹⁴ formal e material, esclarece de forma objetiva Caenagem:

[...] *Rechtsstaat* e *Verfassungsstaat* (“Estado de Direito” e “Estado Constitucional”). O último refere-se às liberdades específicas asseguradas pela Constituição, o primeiro ao dever que os governantes têm de actuar em constante observação da legalidade. Como isto implica que devem respeitar os direitos e liberdades individuais, pode-se afirmar que o *Verfassungsstaat* se encontra já compreendido na noção mais geral de *Rechtsstaat*.

[...] *Rechtsstaat* formal e material. No primeiro, as autoridades estão sujeitas as regras do direito positivo, no segundo estão limitadas (e isso é válido também para o poder legislativo) pelas injunções da justiça. Num *Rechtsstaat* material, os governantes não devem somente actuar em conformidade com o direito; é o próprio direito que se deve sujeitar às regras da justiça. A atracção é óbvia: numerosas normas jurídicas da Alemanha nazi, por exemplo, pertenciam formalmente ao direito positivo do Terceiro Reich, mas ofendiam a justiça e mesmo a humanidade¹⁵.

Assim, ao final da Segunda Guerra, retomou-se a caminhada em direcção a um Estado que promovesse o ser humano e todos os direitos que o acompanhasse, textualizados ou não. Foi um verdadeiro divisor de águas nas teorias de interpretação e

¹⁴ A palavra *Rechtsstaat* surgiu nos anos mil e oitocentos na Alemanha. Foi adotada após os trabalhos de Otto Bähr. Abraçado pela doutrina holandesa nos anos 1870, com os estudos de Thorbecke. Na França, a expressão *État de Droit* é recente, tendo surgido pouco antes da Segunda Guerra Mundial. Já o *rule of law* inglês foi adotado por Dicey em meados dos anos 1880.

¹⁵ CAENAGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009, p. 34.

aplicação do direito e, por consequência, do papel do juiz na manutenção dos direitos fundamentais. Na Alemanha, por exemplo, verificamos essa grande mudança nessa passagem de Thales Morais da Costa:

[...] a Lei Fundamental de 1949 criou o *Bundesverfassungsgericht* (a Corte constitucional federal) e um proeminente sistema de proteção dos direitos fundamentais. Tais instituições beneficiavam-se de um amplo consenso na sociedade alemã, o que era acompanhado da evolução da legitimidade do juiz na concretização do direito. De “autômatos da subsunção” (*Subsumtionsautomaten*) eles passaram a ser vistos como “guardiões dos valores jurídicos supremos” (*Bewahrer oberster rechtlicher Werte*).

Com base nesta legitimidade, a *BVerfG* realizou dois movimentos para consolidar sua autoridade. De um lado, colocou em xeque a competência do legislador na interpretação das regras constitucionais e afirmou, em seu próprio favor, um verdadeiro monopólio nesta tarefa. De outro lado, valendo-se de disposições constitucionais extremamente elásticas, o juiz pôde, em nome da proteção dos direitos fundamentais, conferir *status* constitucional a toda uma série de regras e princípios não previstos na Lei Fundamental. Foi assim, notadamente que a *BVerfG* anunciou que, no exercício de seu controle, asseguraria o respeito de uma série de princípios não escritos, como a “ordem objetiva de valores dos direitos fundamentais” (*objektive Wertordnung der Grundrechte*), o “princípio da proporcionalidade” (*Prinzip der Verhältnismässigkeit*) e a “efetivação dos direitos fundamentais” (*Grundrechtseffektuiierung*). Esta evolução do ofício jurisdicional na Alemanha é vista por alguns autores como representando a passagem “do Estado baseado na lei para o Estado dos juízes”.¹⁶

Como consequência, o homem-indivíduo perdeu espaço, cedendo-o para uma nova leitura: a compreensão do homem-pessoa. E o Estado, não mais um Estado

¹⁶ In FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 482-483.

Liberal, repensa seu papel enquanto promotor de direitos sociais e políticos, atuando de forma mais ativa, comportamento adotado em todas as esferas de Poder.

Dessa forma, a simples existência de leis não era mais eficaz para o alcance dos objetivos do Estado-Providência, que era a promoção dos direitos sociais de forma efetiva. As leis deveriam ser justas para que o Estado fosse realmente justo. Aplica-se o direito posto e aplicam-se os princípios como forma de melhor realizar a justiça, é o pós-positivismo e o constitucionalismo se desenvolvendo de forma uníssona. É o abandono do Estado de Direito puro e a adoção de limites interpretativos da legislação por meio de princípios promotores dos direitos fundamentais.

Essa é a postura que deveria ser adotada pelo Judiciário, e o juiz não mais teria uma não atuação (pois tinha postura passiva e presa à letra da lei), sua margem de discricionariedade se manifesta, podendo tomar posições mais ativas quando se tratar de casos difíceis.

A democratização do Estado de Direito foi passo inevitável para a efetivação dos direitos fundamentais, estando presente nas lições de Chevallier. O autor esclarece em seu livro que a própria formação do Estado de Direito traz em sua essência os conceitos democráticos em consonância com os princípios liberais. No mais, é claro o pensamento de que um Estado de Direito necessita do elemento democrático para que seja efetivo e condizente com o caráter substancial exigido pelas democracias contemporâneas.

*La théorie de l'État de droit implique une certaine conception de la démocratie, dans laquelle la volonté que la Nation exprime par l'intermédiaire de ses représentants se trouve contrebalancée par d'autres exigences: à ses titre, elle apparaît comme un compromis entre l'idéologie démocratique et les valeurs libérales; tout en enregistrant la poussée démocratique, elle entend l'encadrer et la canaliser par le droit. L'exemple allemand illustre bien ce caractère ambivalent: la substitution du Rechtsstaat au Politzeisstaat recouvre un processus de **démocratisation des institutions**; mais la puissance du Landtag reste limitée par la conception matérielle de la loi et la hiérarchie des normes¹⁷.*

Por tudo o que foi dito, e acerca do Estado Constitucional, as lições de Canotilho ressoam no sentido de que:

¹⁷ CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 2e éd. Paris: Montchestien, 1994, p. 59.

O **Estado constitucional** é “mais” do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check te power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político*. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.¹⁸

Sobre os três principais constitucionalismos ocidentais, citados por José Levi Mello do Amaral Júnior, em referência a Biscaretti du Ruffia, os principais legados que se pode enumerar, de forma breve, são:

Inglês: 1) monarquia constitucionalmente limitada; 2) irresponsabilidade do Chefe de Estado em novas bases, ou seja, segundo o Direito Constitucional, não segundo o Direito Divino; 3) parlamento bicameral; 4) tutela jurisdicional eficaz em favor das liberdades civis.

Francês: 1) elaboração dogmática e com dimensão universal da separação dos poderes; 2) elaboração doutrinária dos direitos públicos subjetivos; 3) princípio da soberania nacional; 4) “exportação” da ideia de cristalizar em um novo texto constitucional cada momento revolucionário atingido.

Americano: 1) estrutura federal de Estado; 2) aplicação particularmente rígida da separação dos poderes; 3) controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; 4) Constituição tratada com a reverência que há muito não se dava à palavra Deus (“uma Bíblia política”); 5) mas isso sem prejuízo de revisão

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. – São Paulo: Ed. Almedina, 2003, p. 100.

por meio de Emenda, para evitar a “tirania dos mortos sobre os vivos”¹⁹.

1.2. O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro

Dissemos que o Estado Democrático de Direito possui o princípio da separação de poderes como uma das suas principais características. Porém, ele é apenas um dos pilares nos quais o Estado Constitucional se apoia.

No Brasil, desde a primeira Constituição, o princípio da separação de poderes foi consagrado. Paulo Bonavides²⁰ aborda, em suas lições, que, no Brasil, o constitucionalismo e o Estado Democrático de Direito sempre caminharam juntos, sendo suas evoluções diretamente interligadas.

Aponta o autor para três fases constitucionais no país:

A **primeira fase** corresponderia àquela em que a Constituição do *Império do Brasil* e as formas por ela adotadas de repartição de competências são semelhantes ou diretamente influenciadas por aquelas adotadas pelos constitucionalismos francês e inglês. Isso é verificado a partir do momento em que, na Constituição, há a previsão de uma carta de direitos individuais e políticos, tal qual a Carta francesa, conservando, simultaneamente, um regime de separação de poderes inspirado pelas ideias de Montesquieu.

Nesse sentido, de forma breve, vejamos:

Na Constituição do Império, de 1824, era proclamada a divisão e harmonia dos Poderes Políticos como conservador dos direitos dos cidadãos. Tal Constituição adotava a forma quadripartida de separação do poder, havendo, além dos três clássicos, o Poder Moderador, que era delegado ao Imperador. Possivelmente, essa Constituição foi a única a adotar o quarto poder no mundo ocidental, sendo muito combatido por Frei Caneca desde sua vigência.

Já a tríade dos órgãos veio com os Decretos nº 5, de 22 de junho e nº 914-A, de 23 de outubro de 1890, e falavam acerca de “órgãos da soberania nacional, harmônicos e independentes entre si”.

¹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, **O Constitucionalismo**. in FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 8.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. – São Paulo, 2011, p 362-365.

Em resumo, ao ser aprovada a Constituição de 1824, vislumbrou-se a adoção do sistema Parlamentarista de governo, assemelhando-se ao modelo inglês. Com a diferença de que se adotou o sistema tetradimensional de poderes, tendo, além do Legislativo, Judiciário e Executivo, o poder Moderador (os dois últimos concentrados na pessoa do Rei).

Ou seja, o fato de haver uma descentralização do Poder real entre os Poderes do Estado demonstra que a constituição abrangia características liberais.

Com relação aos direitos e garantias fundamentais, essa Constituição trazia previsões em seu Título 8º, que nomeava tais direitos como “civis e políticos”, a partir do artigo 173 e abrangia desde o cumprimento das normas constitucionais até a inviolabilidade dos direitos ali previstos, relacionados à liberdade, à propriedade e à vida dos brasileiros, havia um dispositivo especial que previa o direito ao juiz natural.

A **segunda fase** do constitucionalismo brasileiro se inicia com a Constituição de 1891, chamada de “parnasiana” por Miguel Reale, na qual foi adotada a forma tripartida pensada por Montesquieu. Foi abolida não apenas a monarquia e o regime parlamentar de governo, como o decorrente poder moderador. Tal supressão não foi pacificamente aceita pela doutrina de então. Além disso, com inspiração no modelo estadunidense, adotou-se o modelo federativo de Estado e o sistema presidencialista de governo.

Dessa forma, nesse período, foi adotado o sistema liberal e vários aspectos da Constituição americana, influenciadas pelo entusiasmo com o qual Ruy Barbosa enxergava a organização política daquele país. Incorporou-se o sistema republicano, a forma presidencialista de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma Suprema Corte com competência para o controle de constitucionalidade dos atos do poder. Até o nome do país teve influência direta d’aqueloutro, passando a se chamar *Estados Unidos do Brasil*.

A primeira República durou desde a promulgação da Constituição de 1891 até o Decreto n. 19.398/1930, que consagrou o Governo Provisório e a ditadura foi implementada no país por quatro anos, quando, após a Revolução de 1932, outra Assembleia Constituinte foi eleita, retomando a democracia.

Para Paulo Bonavides, a partir daqui adentramos na **terceira fase** do constitucionalismo, que é a inspirada pelo Estado Social alemão, do século XX, influenciado pelas Constituições de Weimar e de Bonn. Essa fase está presente nas Constituições de 1934, de 1946 e a de 1988.

A tripartição dos poderes também foi adotada pela Constituição de 1934, que promoveu o federalismo cooperativo. Nela, houve, também, a previsão da vedação de delegação de atribuições dos poderes. Além disso, o poder legislativo acabou por obter certa hegemonia perante os outros, visto possuir a função de “coordená-los”. Ou seja, nessa Constituição foi essa a forma que adotaram como tentativa de equilibrar os Poderes, porém, ao analisarmos na prática, essa hegemonia não era plenamente realizada.

Do mesmo modo, inaugurou-se a era dos direitos sociais, inserindo-se no ordenamento jurídico uma nova onda de princípios. Tais direitos estavam atados politicamente às formas democráticas. Houve a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo; a ordem econômica e social; a instituição da Justiça do Trabalho; o salário mínimo; férias anuais remuneradas; etc. Tais elementos também estão presentes nas Cartas de 1946 e de 1988.

Na Constituição de 1937, do Estado Novo, não houve a definição expressa da separação de poderes de forma tripartida, ao contrário, essa Constituição trouxe um “superpoder” ao Presidente da República, em verdadeira ditadura, podendo ele: dissolver a Câmara dos Deputados, caso não aprovasse as medidas do Estado de Sítio; sustar o andamento de projeto de lei sob a justificativa de que havia outro em estudo; tornar sem efeito decisões do Poder Judiciário, por intermédio do Parlamento; e, praticar atos durante o estado de emergência ou guerra dos quais o Judiciário não poderia conhecer.

Em 1946, ao se retomar a democracia no país, foi reestabelecida a tripartição dos Poderes, de forma harmônica e independente. Tal tripartição foi mantida pela Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, apesar de ser apenas uma separação formal dos poderes, sem efeito prático, visto ser a Constituição aplicada durante o Golpe de 1964, quando o país viveu um período negro de supressão dos direitos fundamentais e políticos mais básicos.

Com a Constituição de 1988, há uma retomada do princípio da separação de Poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, em seu artigo 2º. Nela, procura-se evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, prevendo a independência dos poderes, bem como prerrogativas e imunidades aos seus membros para que possam exercer suas funções.

Nessa Constituição, porém, os Poderes, apesar de separados, controlam um ao outro como forma de manter a paz e a legitimidade de suas ações. É o sistema de freios e contrapesos importados do sistema norte-americano, como, por exemplo, no artigo

49, X: ao invés de confiarem cada função por inteiro a um órgão especializado, há um fracionamento dessas funções, estabelecendo-se a colaboração, ainda que forçada, no exercício de cada uma.

Sabemos que uma das funções da Constituição é direcionar o Direito, o ordenamento jurídico. É esse efeito que dá força vinculante às suas normas.

A constitucionalização dos outros ramos do direito, a partir da Constituição de 1988, era uma consequência natural a ser implementada, sua concretização demorou um pouco para ocorrer, mas, atualmente, é inegável e pacífico que todos os ramos do direito, tenham caráter público ou privado, devem respeito às normas constitucionais e devem ser lidos a partir de suas previsões principiológicas. Tanto as relações entre Estado-particular, quanto as relações entre particular-particular se submetem à Constituição (esta última hipótese é a chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”).

Dessa forma, as relações de direito privado passam a ter uma releitura em parte semelhante ao direito público, devendo estar consoantes com os princípios constitucionais. Exemplos claros da constitucionalização do direito privado é a inserção da função social da propriedade à propriedade privada e pública; a adequação do direito penal às garantias previstas na Carta Maior; a função social ajustada às empresas privadas; a proteção da livre iniciativa em consonância com a proteção constitucional das micro e pequenas empresas; a proteção constitucional do consumidor, dentre outros.

Com a constitucionalização e em relação ao processo civil, afirma Dinamarco:

Direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. O *método constitucionalista* inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo – relações que se expressam na *tutela constitucional do processo* e inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem; inclui também o exame do arsenal de medidas

integrantes da chamada *jurisdição constitucional das liberdades* [...] ²¹

Assim que, no Brasil, além das regras previstas na Constituição para a realização dos direitos fundamentais, que percorreram várias constituições, nos deparamos com a obrigatoriedade de compreensão do direito privado aos olhos da Constituição da República de 1988. Uma das primeiras jurisprudências nesse sentido foi o RE 158215-4²², de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

1.3. O constitucionalismo contemporâneo

Vimos anteriormente que constitucionalismo foi o fenômeno ocorrido durante a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, que consistiu na possibilidade de realização de um controle dos atos do Poder Público por meio da leitura da norma constitucional aprovada. A atuação do governante deveria estar em consonância com essas normas constitucionais para que fosse considerada legítima. O constitucionalismo pode tomar para si diferentes características a depender da forma de Estado e de governo que se encontre.

No Brasil, ele se desenvolveu a partir da Constituição de 1824 e seu auge ocorreu com a Constituição de 1988, que adotou o Estado Democrático de Direito e

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1.7ª ed. – São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 194.

²² RE 158215-4 Rel.: Min. Marco Aurélio

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. **Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa** (*grifo nosso*). Simple desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa (Informativo n. 34, STF, 1996). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo34.htm>

seus princípios como norte para validação da atuação do chefe de governo, no caso, o Presidente da República, bem como para a legitimação de qualquer ato de Poder perpetrado por autoridade pública ligada ao Estado.

Com a evolução do Estado Democrático de Direito, houve uma potencialização da subjetividade de atuação do judiciário. O alcance da criatividade se ampliou. Na prática, o juiz se tornou um partícipe ativo de criação do direito. Parte disso se deve à complexidade da vida moderna, marcada pelo pluralismo e diversidade.

No quadro que visualizamos nos dias atuais, vemos que há uma grande quantidade de matérias e situações que acontecem que não estão abarcadas pela Constituição ou pela lei de forma objetiva ou de forma alguma, consequência que acompanha a hipercomplexificação das relações sociais.

Assim, ao se deparar com uma dessas situações em que não se encontra de forma tranquila uma resposta à luz da Constituição ou da lei, o, juiz, que não pode se esquivar do dever de resolver o caso concreto irá construir argumentativamente uma solução para os casos que lhe demandarem resposta. Isso vai exigir dele uma capacidade de demonstração lógica e racional gigantesca, no sentido de que a solução escolhida pelo aplicador do direito é a melhor para o caso concreto, sendo adequada constitucionalmente e, portanto, justa.

Sendo assim, percebemos que o quadro em que vivemos aponta a uma época em que a argumentação jurídica foi resgatada, pois é por meio dela, enquanto componente essencial da função jurisdicional, que será demonstrado à sociedade e às partes o porquê de a solução escolhida ser a mais adequada. Não que seja a única solução, mas a que poderia ter a adesão de todos, ser a justa.

Dissemos que, como resposta ao Estado de Direito formal e consequência da Segunda Guerra Mundial, o direito passou a exigir a adoção de uma nova conduta.

A partir desses marcos, os princípios passam a possuir importância jamais vista e os direitos fundamentais, previstos nas Constituições, tomam para si força normativa e hierarquia ímpar, a ser temperada pela interpretação daquele que lhe vai aplicar, cruzando sua responsabilidade política com seu papel enquanto promotor da paz social, armado com as regras e com os princípios jurídicos.

Com semente germinada ao final da Segunda Guerra em alguns países da Europa (sobretudo na Espanha e na Itália) e do continente americano (como Argentina,

Colômbia, México e Brasil), conquistando destaque no início do século XXI, o constitucionalismo contemporâneo carrega diversos sentidos.

Essa heterogeneidade de conceitos existe devido à associação dessa expressão a distintos contextos históricos, conectando, dessa forma, diversas ideias em sua essência, como a aplicação direta dos princípios constitucionais aos casos concretos, o fortalecimento do controle de constitucionalidade por uma Corte Constitucional, a busca de justiça por meio da aplicação do direito, as novas afinidades entre o direito positivo e a moral (que nunca é apenas uma), o pós-positivismo, a técnica da ponderação dos princípios como forma de resolução de casos difíceis e a teoria da argumentação.

Porém, cabe aqui destacar a premissa considerada neste estudo, que parte do pressuposto de que o Brasil não se encontra em um contexto evolutivo avançado a ponto de considerarmos o constitucionalismo contemporâneo como um “novo” constitucionalismo.

Isso porque, ao analisarmos a essência do conceito de constitucionalismo, verificamos que, em verdade, não houve nenhuma mudança substancial no fenômeno que nos aponte a uma novidade de tal grandeza que se tenha inaugurado um período “neoconstitucional” no país.

Nesse sentido, o objetivo do constitucionalismo de manter uma constituição como norma de validade superior para o sistema e garantir a possibilidade de controle dos atos de Poder permanece. Porém, a forma como isso se realizará é que mudará, a considerar o tipo de Estado no qual nos encontramos e que tipo de positivismo analisamos.

Loewenstein²³ ensina que é no constitucionalismo que surgem as constituições nacionais, estabelecendo normas jurídicas fundamentais, que atuarão como fundamento de validade de todas as outras normas, localizando-se, portanto, no topo da pirâmide de normas jurídicas aprovadas pelo Parlamento, atuando, assim, como forma de limitação ao Poder.

O *neoconstitucionalismo* seria, de forma simples, como explica Georges Abboud:

[...]o *neoconstitucionalismo* pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem após a segunda guerra. Trata-se de expressão oriunda do direito constitucional espanhol que importamos como um novo paradigma científico para estudarmos o direito constitucional. Essas novas Constituições

²³ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais estabelecendo, assim, novos limites para a atuação do Poder Público²⁴.

Percebe-se, com esses ensinamentos, que, na realidade, não há uma diferença essencial entre os fenômenos do constitucionalismo e do “neoconstitucionalismo”, mas na forma como se exteriorizará esses fenômenos, que são os modelos de constitucionalismo. O modo de consolidar a hermenêutica e as garantias fundamentais pelo Judiciário serão distintas – e isso não se refere ao constitucionalismo *per se*, mas ao pós-positivismo e ao Estado Democrático de Direito analisado (por exemplo, o Estado inglês, o americano e o francês terão formas de exteriorização do fenômeno distintas).

O constitucionalismo positivista e o pós-positivista vão se diferenciar naquilo que concerne à evolução hermenêutica de suas normas, a teoria geral do direito e da política e a teoria do Estado e da Constituição. O constitucionalismo pós-positivista atrai para sua essência conceitos da ética e da política, da relação cada vez mais estreita entre as nações. Fatores que se unirão aos conceitos jurídicos.

Nesse sentido, Renato Mehanna conceitua constitucionalismo como:

[...] o processo dialético de natureza ética, política e jurídica, que se desenrola no curso da história a partir de premissas emancipatórias, cuja finalidade é a criação e a manutenção de uma constituição, a qual deverá figurar como instrumento de contenção do exercício do poder pelo próprio poder, e como fonte garantidora da fruição e do exercício dos direitos fundamentais em sua plenitude²⁵.

São nomes diferentes para o mesmo fenômeno, o *constitucionalismo* em um Estado de Direito (positivista) e em um Estado Democrático de Direito (pós-positivista),

²⁴ ABOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 76-77.

²⁵ TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Ética, dialética e constitucionalismo: por uma hermenêutica constitucional orientada a valores**. São Paulo: PUC-SP, 2006, p. 77.

que abordarão o fenômeno de forma distinta, mas não serão essencialmente diferentes, um não se confundindo com outro²⁶.

É o que ensina Karl Loewenstein²⁷:

El <<constitucionalismo>> es igualmente um concepto genérico [...]. Como sistema político, el constitucionalismo abarca diversos detentadores del poder entre los cuales a constitución ha distribuido el ejercicio del poder político, estando obligados a cooperar en la formación de la voluntad estatal bajo la observancia de determinados procedimientos preceptuados por la constitución.

[...] Históricamente, el concepto de <<constitucionalismo>> tiene una doble significación; hace referencia tanto al orden político constitucional como al orden político democrático constitucional. [...] Para que un Estado sea <<constitucional>>, tiene que tener una <<Constitución>> que puede estar formulada por escrito en un documento, o bien estar cristalizadas en las costumbres y en las convicciones del pueblo.

O mesmo autor afirma que o constitucionalismo se caracteriza precipuamente pelo princípio da separação de poderes, baseando a sociedade na liberdade e igualdade dentro do Estado de Direito²⁸.

Ambos terão uma constituição como fundamento de validade de outras normas, com limitação ao poder estatal, e buscarão concretizar os direitos fundamentais. A forma de concretização desses direitos e a maneira de interpretar as normas é que se modificarão. O que importa é o tipo de Estado e seu modelo jurídico adotado.

De qualquer maneira, independentemente da nomenclatura, o constitucionalismo, como compreendemos hoje, é um fenômeno que depende de um sistema normativo aberto para sua efetivação (diferente da primeira fase do constitucionalismo liberal), no qual os princípios são normas que podem dar origem a

²⁶ Esclarece Abboud: “O *neoconstitucionalismo* reside em um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra, já o pós-positivismo consiste num paradigma filosófico que se originou a partir do giro-linguístico e do giro ontológico-linguístico” (para um estudo mais aprofundado da ideia que o autor quis expor: ABOUD, Georges. **Discrecionalidade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013).

²⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 89.

²⁸ Op. Cit., p. 51.

regras distintas, cuja aplicação ocorre por meio de uma técnica chamada ponderação ou proporcionalidade.

Ele possibilita o desenvolvimento de teorias contemporâneas de argumentação material e procedimental, que exigem do intérprete-aplicador um maior trabalho racional e de atenção na busca da efetivação da justiça, observando as vicissitudes de cada caso concreto trazido ao Judiciário, de forma tal que sua decisão final resulte numa releitura das funções dos Poderes Executivo e Legislativo, fruto de uma posição mais ativa do Poder Judiciário na realização do ordenamento jurídico (o que alguns autores chamam de “criar o direito”²⁹).

Nesse sentido, ainda que a decisão seja formulada de forma casuística, sua fundamentação deve ser consistente e direta, de modo que se evitem superficialidades ou restrições importantes. Isso porque o juiz passa a possuir responsabilidade política, pois atuará de forma ativa, ocupando um espaço que pertence de forma primária ao legislador.

Isso significa que o trabalho do protagonista deve manter coerência no que concerne aos parâmetros utilizados por ele tanto *intra* quanto *extra* decisão. Além de expor suas decisões com uma fundamentação sólida, as soluções levadas a cabo devem ser elaboradas utilizando-se os mesmos métodos e critérios de trabalho, evitando-se, assim, casuísmos, permitindo a previsibilidade de sua escolha e uma maior segurança jurídica.

Para alguns autores, como Aldo Achiavello, o constitucionalismo atual (o “neoconstitucionalismo”) não trouxe nenhuma novidade para o ordenamento em comparação ao constitucionalismo *per se*, sendo apenas a efetivação plena do constitucionalismo clássico, presente nos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito. Podemos constatar esse posicionamento a partir do trecho citado por José Carlos Francisco³⁰:

²⁹ Também estabelecido em França como “gouvernement des juges”, em sua origem era reconhecido como a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo judiciário utilizando princípios gerais do direito, ou, quando ao significado da lei fossem acrescentadas situações não imagináveis pelo legislador. (COSTA, Thales Moreira da. **O ativismo judicial na Europa**. in FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 434.

³⁰ FRANCISCO, José Carlos. **(Neo)constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto**. in FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 55.

O neoconstitucionalismo, mais que uma concepção unitária, coerente e bem estruturada, denota uma “atmosfera”, de tal modo que as teorias de direito diversas e contrapostas no passado, são agora etiquetadas de neoconstitucionalistas, tais como as teorias de Direito neo ou pós-positivistas de Carlos Nino, Wilfid Waluchoe e Luigi Ferrajoli, além das teorias de direito de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky. Longe de defender o surgimento de um improvável pensamento único (devido à natureza altamente pluralista da sociedade contemporânea), esta aparente convergência de diferentes perspectivas jusfilosóficas revela a incapacidade (ou prudência) do pensamento jurídico contemporâneo de utilizar velhas ferramentas e conceitos teóricos para lidar com o atual modelo de lei que está sempre se afastando do paradigma de Estado de Direito do século XIX.

Em outra perspectiva, numa tentativa de resumir o fenômeno do “neoconstitucionalismo”, diferenciando-o do constitucionalismo clássico, e de forma evidentemente crítica, caracteriza-o Luis Prieto Sanchís como uma teoria do direito ligada a pressupostos que valorizam, de forma exacerbada, a aplicação dos princípios em detrimento das regras, exigindo, dessa forma, um maior trabalho de ponderação.

Para o autor, essa preponderância da forma de decisão jurídica demonstraria uma onipotência constitucional em relação a todas as outras áreas jurídicas, de tal forma que os espaços de opção legislativa ou regulamentar se esvaziaram, o que teria resultado na ampliação das atribuições judiciais (em prejuízo da autonomia do legislador ordinário, originariamente competente para efetivar direitos sociais), concluindo pela existência de uma quantidade plural de valores (por vezes tendencialmente contraditórios) em lugar da homogeneidade ideológica³¹.

Daniel Sarmiento reflete acerca do surgimento e desenvolvimento do “neoconstitucionalismo” considerando-o como fruto da baixa força normativa da Constituição. Isso porque suas normas, apesar de previstas como fundamento de validade de outras normas, pouco tinham de concreto e não eram cumpridas no mundo real, pelo contrário, os (muitos) direitos previstos no texto constitucional eram considerados como normas programáticas inseridas em uma Constituição puramente

³¹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

dirigente e sem real força para surtir efeitos. Longe estariam de serem efetivados. Assim, o autor compreende o movimento da seguinte maneira:

O neoconstitucionalismo deriva do abandono da cultura legicêntrica (vivido desde o final da Segunda Guerra Mundial), na qual a lei era tida como fonte principal do direito, quando então a pouca força normativa da Constituição se resumia a programas políticos que inspiravam o Legislativo e que sequer podiam ser invocados perante o Judiciário. O fortalecimento das Constituições e da jurisdição constitucional, bem como o surgimento de mecanismos de proteção de direitos fundamentais mesmo em face do legislador, cujo primeiro movimento no Brasil foi a Constituição de 1988, positivando vários princípios e fortalecendo direitos e garantias e ampliando o controle de constitucionalidade e viabilizando a “Judicialização da Política” e o constitucionalismo de eficácia direta, seguido por um movimento marcado pela chegada das teorias ditas pós-positivistas, viabilizando análises sobre direito, moral e política (Rawls e Habermas), o aprofundamento da hermenêutica jurídica e crítica à análise cartesiana da separação sujeito-objeto, e a ampliação da análise constitucional para outras áreas do direito³².

Ao lado do constitucionalismo contemporâneo e do desenvolvimento de um relativismo maior do direito, a abertura do sistema e a nova concepção de democracia implementam princípios democráticos e de justiça ao modo de interpretação e aplicação das normas jurídicas e à forma de Estado.

Streck, acerca do constitucionalismo contemporâneo, segue o mesmo caminho:

[...] a ideia de um *neoconstitucionalismo* pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade. Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que

³² FRANCISCO, José Carlos, **(Neo)constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto** in FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 55.

passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial.

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o neoconstitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania³³.

O Estado de Direito é enriquecido com a fórmula democrática e as consequências judiciais são palpáveis, cuja maior representação textual encontra-se na Constituição brasileira de 1988, logo em seu artigo 1º.

Paulo Bonavides descreve bem essa nova fase do constitucionalismo, que deve permear os direitos fundamentais de forma efetiva e ser sincronizado aos novos conceitos do homem-massa e da hipermodernidade contemporânea:

Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia [...] Depois, o equilíbrio se rompe com a pugna ideológica, que reprimiu e desacreditou o antigo princípio liberal, fazendo que a ideia democrática (igualdade) viesse a preponderar, de modo já inequívoco, como acontece em nossos dias, com a chamada democracia de massas, democracia igualitária, ou, para

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

empregamos a justa expressão de Burdeau, democracia governante, que se distingue da democracia governada, do liberalismo.³⁴

Voltando os olhos para a América Latina, sobre o contexto contemporâneo, aponta Gerardo Cruz, Professor de Direito Constitucional na *Universidad de Trujillo*:

América Latina hoy no es lo que en los 60 el boom de la literatura latino-americana identificaba a esta parte de la región como un realismo mágico, en la versión macondiana del célebre escritor Gabriel García Márquez. Hoy el realismo de los regímenes políticos contemporáneos funcionan ya no sólo con los clásicos sistemas de impartición de justicia de un poder judicial; sino que sus sistemas políticos se han visto copernicanamente influidos con la presencia de tribunales, salas o cortes constitucionales, como los Tribunales Constitucionales de Chile, Perú, Ecuador, Bolivia; o cortes constitucionales como el de Guatemala, Colombia; o salas constitucionales como las de Honduras, Nicaragua; o cortes supremas que hacen rol de Tribunal Constitucional como México, Argentina, Brasil, entre otros. Con todo, la realidad latino-americana sigue superando la ficción e incluso el mundo jurídico y ello obliga a que los actuales tribunales constitucionales enfrenten complejos retos para seguir afirmando real vigencia efectiva de os derechos fundamentales, así como el control constitucional del poder político³⁵.

Ao concretizar, no Brasil, o constitucionalismo de forma plena, encontramos um papel de destaque ao judiciário. Aqui, o juiz tem um desempenho diferenciado, que percorreremos melhor a seguir.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Social**. 10ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 55.

³⁵ CRUZ, Gerardo Eto. **Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, palestra apresentada no Seminario Internacional “La protección constitucional e internacional de los derechos humanos”, no Hotel Plaza del Bosque de la ciudad de Lima, 19 a 21 de abril de 2010. Artigo disponível em CHÁVEZ, Iván Rodríguez (comp.). **La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma**. Lima – Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2013, p. 552.

1.4. Poder jurisdicional e o juiz no Estado Democrático de Direito

Convém, sempre, lembrar que a ideia de um poder político limitado, presente na teoria política ocidental, deve inegavelmente sua origem à *Magna Carta*. Apesar de não ser norma presente no mundo do *ser* (apenas no *dever-ser*), sua previsão foi deveras importante para o desenvolvimento da teoria do Estado de Direito e, por conseguinte, do acréscimo dos princípios democráticos ao conceito.

Várias foram as construções teóricas relevantes para o aperfeiçoamento desse modelo de Estado. Dentre as mais importantes mudanças está a normatização do princípio da separação de poderes, idealizado por Montesquieu a partir dos seus estudos sobre o modelo inglês, pensado por Locke.

Esse modelo foi como um escudo protetor dos direitos de liberdade em prol de combater os sistemas tradicionais de opressão política, sendo fruto, juntamente da ideia de liberdade individual e de proteção contra atos arbitrários de poder, do liberalismo e, por conseguinte, do constitucionalismo, como forma de organizar a monarquia constitucional.

Loewenstein novamente, é espetacular em suas lições:

El mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales. [...]

*En la época de formación del constitucionalismo, estos controles fueron sólo eficaces entre el gobierno – la corona – y el parlamento. Posteriormente, este dualismo originario se transformó en la conocida conformación triangular del poder [...]*³⁶

Assim, é bem sabido que a França, ao lado da Alemanha e dos Estados Unidos, é o berço moderno das principais teorias aplicadas atualmente no Brasil.

Inspirados pela Grécia e por Roma, apesar de já ser aplicada na Inglaterra, foi do solo francês que a teoria da separação de poderes irradiou efeitos para o mundo ocidental, sendo princípio obrigatoriamente observado em qualquer país democrático.

³⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 71.

A imagem atual e ocidental da separação de poderes é atribuída à Montesquieu, inspirado por Locke. Pensamento presente na obra *De L'esprit des Lois*, publicada em 1748. Impressionado com o sucesso do modelo político inglês e a descrença na natureza humana, Montesquieu sistematiza suas impressões acerca do modelo inglês de separação funcional do Poder, bem como defende sua aplicação para que se alcance a liberdade.

De forma concisa, para o autor, o homem investido de poder tende a abusar dele, sendo parte da natureza humana, daí a necessidade de que a ele se imponham limites. Defendia que um Estado não poderia ser imaginado a partir da concentração de funções. Dessa maneira, os limites ao próprio poder advêm de outros Poderes (*le pouvoir arrête le pouvoir*).

A ideia de separação de poderes enquanto liberdade perante o Estado pode ser identificada na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, que consagra: *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*³⁷.

Muito caminho foi percorrido pelo princípio da separação dos poderes para que fosse aperfeiçoado às democracias modernas. Dentre suas correções, o sistema de freios e contrapesos é a primeira essencial, decorrente da prática constitucional e caracterizada como uma forma de equilíbrio ou interferência entre os poderes do Estado, permitindo a realização de suas funções atípicas.

A. B. Rubin, juiz na *Cour Fédérale d'Appeal de la 5e circonscription*, de Louisiana:

Si le contrôle judiciaire n'implique pas la suprématie judiciaire, il n'en reste pas moins qu'il sous-entend une méfiance à l'égard du système majoritaire dans sa forme pure – une méfiance tout à fait réfléchie de surcroît. La Constitution crée un gouvernement à trois branches; elle ne donne la supériorité à aucune. Elle impose un système assez compliqué de « freins et contrepoids » (checks and balances) destiné à empêcher qu'une branche du gouvernement ne s'approprie de l'autorité absolue. La séparation de pouvoirs est une caractéristique propre de la Constitution. Elle répond aux aspirations d'une société qui se veut démocratique, mais pas absolument démocratique, en

³⁷ Tradução da autora: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.

imposant limites aux rôles des différentes branches du gouvernement, et en protégeant le citoyen lui-même, ainsi que les branches du gouvernement contre toute usurpation illégale d'où qu'elle vienne. « L'idée maitresse de la Constitution est que l'homme peut être libre parce que l'état ne l'est pas »³⁸

O raciocínio que devemos ter ao nos referirmos ao Estado Democrático de Direito é que, este, é o Estado promotor de justiça social, justiça material e fundamenta-se em uma sociedade democrática, instauradora de um processo de efetiva incorporação do povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

O princípio democrático³⁹ é pilar dessa forma Estado, trazendo para si vários outros princípios inerentes à sua essência, e se caracteriza tanto pela participação do povo nas escolhas fundamentais do Estado, de forma direta (por meio do projeto de lei de iniciativa popular; do referendo ou plebiscito) ou indireta (por meio dos representantes eleitos em escrutínio direto, secreto e periódico), quanto na possibilidade de controlar tais decisões estatais.

Dentro dessa conjuntura, marcada pela introdução de princípios democráticos ao Estado de Direito, algumas consequências surgem de forma natural, originando implicações em todos os ramos do direito e, principalmente, na forma de atuação dos atores institucionais detentores de poder estatal.

Com relação ao Poder Executivo e Legislativo, a valorização do princípio democrático ocasiona uma exigência daquilo que a doutrina americana chama de *responsiviness*. Isso porque, o fato de o chefe desse Poder ser escolhido por meio da eleição direta, de acordo com o previsto constitucionalmente, e, por conseguinte, possuir

³⁸ Travaux de L'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. **L'interprétation par le juge des règles écrites** (Journées Louisianaises de la Nouvelle-Orléans et Baton Rouge). Tome XXIX, 1978: Economica, 1980, p. 209.

³⁹ Para alguns teóricos, a democracia é materializada em Estados nos quais existe a eleição direta com possibilidade real de alternância de poder. A previsão de princípios democráticos na Constituição por si só não garante a real democracia do Estado. Dessa forma, democracia não é, de forma seca, a alternância de poder, mas a **possibilidade** de alternância de poder. Os competidores aos cargos eletivos devem ter confiança plena de que há chances reais de serem eleitos. Um dos maiores valores de uma democracia, para essa teoria, é que ela produz resultados incertos, nunca podendo responder à certeza ou trabalhar com ela. Isso porque a democracia deve trabalhar com a lógica de que a disputa entre grupos é aberta. Se alguém passa a fundar princípios que limitam essa ideia, estabelecem-se critérios que limitam a capacidade de competição desses indivíduos e, por conseguinte, colocam em xeque a democracia.

representatividade, recai sobre seus ombros a imprescindibilidade de atuar conforme as necessidades e anseios do povo que representa, direcionando sua atuação em prol da manutenção dos princípios fundamentais da República, da realização dos objetivos previstos na Constituição e proteção dos direitos fundamentais.

Para o cumprimento da *responsiviness*, o chefe do executivo deverá trabalhar de forma conjunta com os parlamentares, aprovando leis e promovendo políticas públicas nacionais e regionais no sentido de materializar os direitos fundamentais do homem.

Ao lado da *responsiviness*, que concerne apenas àqueles que possuem representatividade democrática, outra característica dominante do Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional) é a *accountability*, pertencente a todos aqueles detentores de poder.

Esse último elemento democrático pretende responsabilizar a autoridade por sua atuação. É a exigência de que o ator estatal preste contas e justifique seus atos à sociedade. Essa pressão pela prestação de contas geralmente é exigida por grupos sociais, que promove debates e diálogos com líderes sociais, comunitários ou da mídia.

A *accountability* é uma das maiores conquistas da democracia e sua garantia é possibilitada por diversos instrumentos constitucionais.

Com relação ao Poder Judiciário, a maior forma de proceder à justificação das ações de poder inerentes às decisões judiciais é a sua adequada **fundamentação jurídica**, ou, simplesmente, justificativa

Ao exercício da jurisdição, no Estado Democrático de Direito é exigido do juiz uma reflexão muito mais sofisticada e ativa ao se tratar da aplicação do direito ao caso concreto, visto que os membros do Judiciário não possuem a obrigatoriedade de *responsiviness*.

Da mesma forma, com o conteúdo extremamente político da Carta Magna de 1988 e a abertura do sistema alargando-se cada vez mais, uma maior responsabilidade política é adquirida pelo magistrado.

Vivemos um momento de “alta voltagem” da jurisdição, que vai substituindo o espaço da política, enquanto objeto de reflexão, ocasionado pela perda de certo tônus legislativo, ora com a inércia excessiva, ora com a hemorragia legislativa. É por isso que, muitas vezes, o tribunal é chamado para fazer uma “decupagem” da atuação da casa legislativa e proceder a uma adequação constitucional.

Nessa linha de pensamento, o Poder Judiciário age em prol da efetivação do princípio democrático por meio de: 1) sua função contramajoritária⁴⁰; 2) do atendimento de garantias fundamentais do cidadão quando o legislativo paralisa (enquanto função representativa⁴¹); e, 3) sua função de diálogo entre os poderes (ao tratar de determinada matéria até que seja aprovada lei)⁴².

Para que se verifique a justiça (enquanto efetividade dos princípios democráticos e constitucionais de processo), dentre outras características, são imprescindíveis a participação, no processo, das partes e interessados, a transparência (regras previsíveis e cognoscíveis para evitar as fraudes), a responsabilidade dos órgãos decidentes (onde embarca a imprescindibilidade do dever de motivar) e a corretibilidade (possibilidade de recorrer e corrigir – que tem relação direta com o dever de fundamentação das decisões). Todas essas exigências demandam uma atitude do juiz que conduz o processo.

Nesse contexto, o crescimento da discricionariedade do juiz e sua maior participação na concretização da democracia demandarão um maior trabalho de justificação do aplicador, de forma a demonstrar claramente o caminho percorrido por ele para se chegar à decisão final proferida no processo.

Essa justificativa é inerente ao Estado Constitucional, pois é através dela que será possível consolidar o controle dos atos judiciais (por meio da *accountability*) e evitar ações de poder arbitrárias, para a conservação dos direitos fundamentais do homem.

No Estado Democrático de Direito, no qual o poder se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel às regras procedimentais adequadas, é natural que

40 Aquela na qual invalida-se atos do legislativo ou executivo que atentem contra os princípios e regras que trazem garantias constitucionais. Diz-se contramajoritário por serem situações resolvidas pelo STF e não por aqueles que possuem representação democrática. Ex. julgamento da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, da lei que prevê cota para negros, a decisão que manteve a demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol.

41 É um papel pelo qual o STF se dispõe a atender a determinadas demandas sociais nos casos em que o processo político majoritário emperra, não entregando à sociedade algo que se necessita e se está cobrando. Geralmente, trata-se de pauta sem consenso no legislativo. Ex. no caso do nepotismo não havia uma lei infraconstitucional que proibisse, mas o STF se posicionou, decisão que correspondeu ao sentimento nacional.

42 Por exemplo, a votação que reconheceu a união estável de casais homoafetivos, cuja lacuna legislativa levou o Judiciário a dar uma resposta constitucional à essa situação, que necessitava com urgência de tratamento normativo.

à liberdade do juiz de formar seu convencimento no processo corresponda o dever de fundamentar suas decisões. Essa é uma exigência inerente à democracia.

Essa imprescindibilidade de fundamentação adequada das decisões judiciais existe como instrumento para evitar a surpresa do cidadão, mantendo a estabilidade e previsibilidade da Corte, assegurando a segurança jurídica e a confiança na atuação do juiz. A justificativa trabalha para legitimar a atividade jurisdicional.

Dessa forma, a partir do momento em que ao Poder Judiciário é conferida a função típica de aplicar o ordenamento jurídico quando lhe for solicitado, proferindo decisão dotada de obrigatoriedade comportamental às partes na lide envolvida, cabe a ele o exercício do poder de jurisdição.

Esse poder de jurisdição dentro do Estado Democrático de Direito é inebriado por várias responsabilidades jurídicas e políticas do magistrado. Ao mesmo tempo em que o juiz deve decidir o modo como o Estado intervirá na vida particular do indivíduo, ele deve se utilizar das normas e princípios constitucionais (e infraconstitucionais) na construção de seu raciocínio jurídico, demonstrando-o, de forma completa, na fundamentação de suas decisões, expondo-o de modo que seja possível a *accountability* e a efetivação da prestação jurisdicional.

As ferramentas utilizadas pelo juiz não podem ser retiradas de sua mente como um coelho é tirado da cartola do mágico. Ao revés, é pela fundamentação que as partes, a sociedade e o próprio magistrado compreenderão os passos dados para a decisão final proferida naquele processo específico; quais dispositivos e princípios jurídicos foram considerados pertinentes para solucionar o caso concreto; como foram analisadas as provas e as alegações de fato e de direito trazidos aos autos pelas partes interessadas, demonstrando o diálogo e a real promoção dos princípios de processo constitucionalizados.

Por outro lado, o poder Judiciário tem ingerência nos outros dois Poderes, assim como também sofre ingerências. Como função atípica, pode-se exemplificar sua função legiferante ao elaborar o Regimento Interno dos Tribunais; ou, quando administra seu orçamento, fazendo uso da função Executiva, bem como ao promover concurso para cargos públicos.

Atualmente, outra forma de ingerência nas funções dos outros Poderes pode ser percebida. São as decisões proferidas em assuntos de políticas públicas, que possuem um mandamento para concretizar direitos sociais ou individuais por meio ou de tutela individual ou de tutela coletiva.

Essa forma de atuação do Judiciário, na maioria das vezes exige do Executivo um remanejamento de verbas orçamentárias para o cumprimento de decisões reconhecedoras de direitos fundamentais. Isso acarreta numa remodelagem dos planos de orçamentos públicos e, por vezes, podem não ser possíveis de serem realizadas devido à chamada *reserva do possível*.

Além do juiz promotor de políticas, temos as decisões concernentes às omissões inconstitucionais do Legislativo, quando este Poder deveria ter atuado e não o fez, mantendo a lacuna legal e impossibilitando o comportamento de determinado grupo social.

Por esse motivo é que tal atuação do Judiciário como nova instituição promotora de políticas públicas, sendo uma decorrência do auge do Estado-Social, dentro do Estado Constitucional, foi chamada de *judicialização da política*. Pois, o juiz, manejando instrumentos jurídicos, toma decisões com marcantes consequências políticas.

A partir da evolução das relações sociais, a abertura do mercado e o crescimento populacional, novas demandas judiciais surgiram e uma nova postura foi exigida do magistrado. A lei não consegue albergar todas as situações postas a julgamento e várias lacunas passaram a ser verificadas. Essas lacunas legais devem ser preenchidas por alguém competente: o juiz.

Com isso, ele passou a ter uma postura mais ativa nos julgamentos em que atua, por meio da interpretação e da fundamentação de suas decisões, o juiz passa a decidir questões políticas e alcança um protagonismo muito maior no palco da democracia, chamado por muitos estudiosos de “ativismo judicial”.

Esse protagonismo, como foi dito, possui várias causas, desde a omissão legislativa à impossibilidade de realização de algum direito de forma individualizada devido à posição hipossuficiente do cidadão frente ao Estado. Mas o que se chama de “ativismo” não é um fenômeno fácil de detectar. O protagonismo judicial não é ruim para a democracia, desde que seja acompanhado da devida justificativa, exigida em um Estado Constitucional, o ativismo, por outro lado, existe quando um juiz, aproveitando-se da discricionariedade inerente à sua atuação, aproveita-se para decidir conforme sua própria consciência, e não de acordo com a lei e os princípios jurídicos. Esse ativismo é ruim para a democracia e não condiz com o Estado Constitucional.

Com relação a esse comportamento político do Judiciário, foram vários ápices históricos⁴³ nos quais o protagonismo dividiu-se entre os Poderes.

Com relação à atuação, por vezes, legiferante do Poder Judiciário, os próprios atores do Poder Legislativo podem cooperar para a judicialização. O sistema eleitoral adotado pelo Brasil em 1988 e o pluralismo político levado às últimas consequências nas últimas décadas, impedem uma maior autonomia e uma verdadeira representação política dos eleitos para o Congresso Nacional.

Quis-se dizer que a excessiva fragmentação partidária, a excessiva pluralidade de ideologias e a dependência dos parlamentares aos acordos políticos em troca de apoio e formação de bancada na Casa Legislativa impedem a atuação desse Poder no que se refere à implementação de políticas ou a aprovação de leis referentes a setores minoritários da sociedade.

Uma resposta encontrada pelo Legislativo para lidar com essa pluralidade de ideologias e falta de representatividade política foi a aprovação de leis com conteúdo ambíguo ou a não legislação concernente a determinados assuntos polêmicos. Tal atitude, logo se vê, representa uma raízes mais profundas da judicialização da política.

Demais disso, o Supremo Tribunal Federal exerce um papel “político” fundamental no arranjo institucional das políticas públicas a partir do quadro conflituoso encontrado no Congresso Nacional. Inserindo-se como instituição autônoma no ciclo contemporâneo de implementação das políticas, o STF atua com decisões capazes de interferir diretamente no orçamento público, sendo considerado uma variável fundamental em todas as equações do ciclo de políticas públicas estudadas atualmente.

⁴³ Sobre isso, pontua o Ministro Ricardo Lewandowski: *O século XIX foi o século do Poder Legislativo, o século do Estado mínimo, do Estado não intervencionista, Estado que presidia uma sociedade predominantemente rural. Claro que existiam cidades, mas a vida era praticamente uma vida rural, uma vida onde o tempo transcorria de forma muito lenta; então, era perfeitamente possível que a tomada de decisão se desse num fórum relativamente grande, complexo, no que diz respeito à tomada de decisão, que era o Poder Legislativo, e que, por sinal, naquele momento histórico concentrava, aqueles que empolgavam o poder político em suas mãos, que era a burguesia triunfante, que vinha das revoluções liberais burguesas do século imediatamente antecedente, como grande parcela da sociedade vencedora, seja no âmbito econômico, seja no âmbito político. O século XX foi o século em que o grande protagonista foi o Poder Executivo, o século que exigia do Estado respostas rápidas, imediatas aos estímulos. O século da Revolução Russa de 1917, o século da Primeira Guerra Mundial de 1914 a 1918, o século da Segunda Grande Guerra, que terminou em 1945, o século da globalização econômica, em que o Estado, por meio de seu órgão mais ativo, mais avançado, exercia um protagonismo maior.* (Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529/6043>. Acessado em 27 de julho de 2015).

A partir do momento em que a Constituição de 1988 previu direitos fundamentais voltados ao direito de prestação jurisdicional, universalizando sua concretização e permitindo sua realização por meio de outras garantias processuais, abriram-se as portas do Judiciário para que todos pudessem buscar a concretização de direitos previsto na Carta Maior.

Essas várias garantias constitucionais de processo judicial vão desde o direito à razoável duração do processo, passando pelo princípio do devido processo legal, alcançando os Remédios Constitucionais e continuando até a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis. Tudo para que a solidificação dos direitos fundamentais, sociais, políticos, culturais e econômicos sejam plenamente realizados de acordo com o que é previsto constitucionalmente.

Demais delas, a previsão do pluripartidarismo enquanto garantia constitucional do processo político e a adoção do sistema proporcional para a Câmara dos Deputados resultam numa dificuldade maior em formar maiorias ideológicas e representantes de grupos da sociedade para feitura das leis, o que procede numa maior ambiguidade textual e lacunas atinentes a determinados assuntos, isso em prol de manter satisfeito o sentimento de representação política dos próprios parlamentares.

Nesse quadro, surge o juiz. É ele que deverá partir de um trabalho intelectual profundo e essencial em busca da paz social por intermédio da solução dos conflitos judiciais levados a ele pelas partes interessadas.

Com isso, evidencia-se uma redistribuição das funções no princípio da separação dos poderes, retirando a neutralidade política do Judiciário.

Porém, juntamente dos poderes do juiz, vêm as responsabilidades, tão grandiosas quanto. É por respeito a elas que o juiz deverá proferir suas decisões o mais fundamentadas quanto puder. Elas que legitimarão sua atuação como real detentor de poder.

A explosão da litigiosidade e os mecanismos garantidores dos direitos constitucionais dos cidadãos são alguns dos responsáveis pelo protagonismo do Poder Judiciário e na maior responsabilidade do juiz, que teve engrandecido seu papel político e social ao tornar-se verdadeira instituição de implementação de políticas públicas.

Esse aumento dos litígios nos quais a(s) parte(s) protesta(m) pela realização de algum direito fundamental fez com que o Judiciário passasse a se ingerir na área da

saúde; do meio ambiente, do consumo, do direito penal⁴⁴, da proteção da criança, do adolescente, dos portadores de necessidades especiais, da previdência social, dos direitos trabalhistas⁴⁵, dos direitos das consideradas minorias sociais⁴⁶, dos direitos indígenas⁴⁷, no preenchimento de lacunas legislativas com relação à área de pesquisas científicas⁴⁸, da união homoafetiva⁴⁹, da situação carcerária⁵⁰, isso para nomear uns poucos.

A sociedade se ramifica cada vez mais, como uma teia de aranha, e, com isso, o Estado não tem mais que lidar com o homem-indivíduo, aquele do liberalismo inicial, fruto das ideias iluministas e da autonomia da razão, num contexto em que preponderava a igualdade formal. Também não se reporta mais ao homem-pessoa, proveniente do reconhecimento da necessidade de liberdade material, como um ser pertencente à comunidade. Ultrapassou-se, da mesma forma, o homem-coletivo, sujeito pertencente a uma sociedade que começa a se complexificar, sendo integrante do Estado Social em sua primeira fase.

O homem contemporâneo é compreendido como o *homem-massa*. E o Estado Social da democracia deve garantir e tutelar seus direitos fundamentais, que, para a doutrina jurídica moderna, engloba tanto os direitos individuais, coletivos, sociais e culturais, quanto os direitos políticos previstos na Constituição Federal.

Assim, com a complexificação da sociedade, assuntos com uma conotação mais política que jurídica e que, por vezes, requerem um trabalho intelectual muito mais sofisticado de interpretação e hermenêutica e, conseqüentemente, uma atuação maior daquele que interpretará e aplicará a norma ao caso concreto, são trazidos ao Judiciário cada vez mais e mais.

Esse fenômeno nos leva a outro fator de extrema importância para o protagonismo do Poder Judiciário nessa era pós-positivista.

Surge uma Nova Hermenêutica Constitucional em contraposição às formas tradicionais de interpretação da norma constitucional; o desenvolvimento ampliativo da ideia de princípio; sua gradativa “axiologização” e confusão com valores morais e éticos;

⁴⁴ V.g. Mensalão (AP 470) como um dos julgamentos mais importantes do STF.

⁴⁵ MI 670, 708 e 712

⁴⁶ ADPF 186

⁴⁷ PET 3388

⁴⁸ ADI 3510

⁴⁹ ADPF 132-RJ

⁵⁰ RE 592581

a possibilidade de criação exacerbada e sua utilização quase “acriteriosa”, chamada por Luiz Lenio Streck de “pamprincipiologismo”⁵¹, que, em seu livro, enumera mais de quarenta princípios constitucionais criados de forma pragmática, utilizando-se de discricionariedade e levando a uma fragilização do direito visto que, assim, qualquer resposta poderia ser correta (e, quando tudo é certo, também tudo é errado).

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da “afetividade”, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pamprincipiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou o século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de equação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de “densa principiologia” e “textura aberta”, tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto “programa normativo-vinculante”, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos princípios gerais do direito – que teriam sido “constitucionalizados” – são incompatíveis com a Constituição.⁵²

Essa (re)abertura de sistema resultou num espaço muito maior de atuação do juiz, interferindo diretamente no sistema de *checks and balances* da separação de poderes. Esse campo, com amplas possibilidades de interpretação, presenteou o magistrado com uma discricionariedade muito maior. E quanto maior esse campo, maior será a responsabilidade do juiz em demonstrar o caminho escolhido por ele para se

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4^o ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 524

⁵² Op. Cit., p. 544.

chegar no resultado que chegou. E, ao mesmo tempo, mais limitada é a sua discricionariedade, que jamais poderá ser utilizada como disfarce para a arbitrariedade.

É partindo dessas premissas que o devido processo legal, no Brasil, deve ser revisto, não sendo aplicado apenas com relação à sua face procedimental, mas, sim, com relação ao seu aspecto substantivo (mais amplo), que estudaremos a seguir.

2. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A Constituição brasileira de 1988 consagra em seu artigo 5º, inciso LIV, o princípio do devido processo legal como um princípio a ser perseguido no direito e nas ações de poder do Estado, referindo-se aos direitos de liberdade e de propriedade de modo expresso, englobando tudo o que pode ser utilizado para assegurar sua efetiva realização.

Sobre os princípios constitucionais, utilizamos as lições de Doria como norte, quando diz que eles compreendem a essência do Estado:

[...] genericamente, principios se entendem por normas geraes e fundamentaes que inferem leis. E, em direito constitucional, principios são as bases organicas do Estado, aquellas generalidades do direito publico, que, como naus da civilização, devem sobrenadar ás tempestades politica, e ás paixões dos homens os principios constitucionais da União brasileira são aquelles canones, sem os quaes não existiria esta União tal qual é nas suas características essenciaes⁵³.

O devido processo legal é um dos princípios mais antigos e de maior evolução nos últimos séculos, tornando-se integrante do núcleo duro do conceito de Estado Democrático de Direito, possuindo várias raízes apontadas para a realização da efetivação da justiça. E esse Estado é o adotado pela Constituição brasileira de 1988, sendo, portanto, a premissa de onde todas as interpretações e ações do Estado devem partir.

Sendo assim, comecemos com o esclarecimento de que o devido processo legal possui uma estrutura conceitual bipartite. De tal modo aponta Nelson Nery Junior: o *procedural due process* e o *substantive due process*⁵⁴.

Num primeiro momento, de forma simples e objetiva, Paulo Fernando Silveira complementa a superfície dessa dicotomia mencionada por Nelson Nery Junior e define os dois conceitos:

⁵³ DORIA, Antônio de Sampaio. **Princípios constitucionaes**. São Paulo: S. Paulo Editora, 1926, p. 17-18.

⁵⁴ NERY, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p 83.

Basicamente, pela dimensão processual, afere-se a aplicação do princípio da igualdade dentro de uma ação em curso, notadamente pela garantia da prévia defesa, com iguais oportunidades para a prática de todos os atos processuais, que inclui o contraditório, falando o réu por último.

Já no que tange à dimensão substantiva, o Judiciário, no exercício de seu poder político constitucional, controla a própria essência da lei, ou seja, a sua justiça, pois a Constituição é ontologicamente justa (logo, a lei injusta é inconstitucional), basicamente tomando por critério a razoabilidade do senso comum e sua necessidade, esta quando agride direitos individuais fundamentais, aferível por escrutínio estrito nos casos de restrições às liberdades civis, exigindo-se do governo, então, ampla justificação dos imperiosos motivos ensejadores da lei, devidamente comprovados de modo concreto, caso a caso, repudiando-se fórmulas genéricas, vagas, imprecisas e nebulosas, tais como “a soberania do interesse público sobre o particular”, ou “o interesse nacional”, ou, simplesmente, “o interesse público”⁵⁵.

Conforme veremos à frente, as dimensões formal e material são muito mais extensas do que a simples ideia de garantia processual de tomar ciência dos atos praticados, deles podendo se defender e a busca pelo justo natural num juízo de equidade, no qual o paradigma da justiça seja a própria Constituição Federal.

2.1. As origens do devido processo legal

A imagem de devido processo legal germinou no sistema *common law* e teve forma textualizada primeiramente na já citada Magna Carta, no século XIII (em 1215, com destaque para o artigo 39) e destinava-se a limitar algumas ações do rei João “Sem Terra”, extinguindo os privilégios feudais.

A *Magna Charta Libertatum* (“Grande Carta das Liberdades”) foi confirmada em 1297 por Eduardo I (*Confirmatio Chartarum*).

Instituída para acalmar a revolta dos barões saxões – vassalos dos nobres, a Magna Carta de João Sem Terra possuía inspiração jusnaturalista e trazia o devido

⁵⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – due process of law**. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 241.

processo legal sob outra alcunha, a expressão *law of the land*, assegurando que o direito à propriedade, à vida e à liberdade seriam invioláveis pelo Estado. Sua única limitação e modificação possível ocorreriam caso os costumes sociais e jurídicos mudassem (*common law*).

Ela foi concedida e selada pelo rei sob pressão militar daqueles que se revoltaram contra a forma de governar, visto que rei e seus agentes eram acusados de tratar seus súditos (os chamados “homens-livres”) de forma arbitrária e contra o direito, causando danos às pessoas e aos seus bens, acabando, inclusive, com a possibilidade de exigência, por parte do Rei, de quantias exorbitantes e arbitrárias que costumava ordenar.

Paulo Fernando Silveira, membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro, leciona⁵⁶:

Em sua gênese, o devido processo legal confundiu-se com a própria *common Law*, ou seja, o direito decorrente dos costumes ingleses. Mesmo na colônia americana, os termos *due process of law* e *law of the land* se equivaliam. A princípio, parecia que cuidava, apenas, de meras garantias processuais asseguradas ao acusado, como o julgamento pelo júri e o igual tratamento processual. Mas mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava a limitação do poder governamental, o que só foi percebido com clareza mais tarde⁵⁷.

Essa garantia, conquistada principalmente por influência da revolta dos vassalos contra os nobres normandos e reis, representou um dos primeiros passos contra a arbitrariedade dos governantes e os primeiros resquícios da soberania popular. Pela primeira vez, o princípio da supremacia de uma lei é oposto ao monarca, e apenas a ele, Antônio Roberto Sampaio Doria deixa claro, em suas lições, que a cláusula não valia para o Parlamento, limitando apenas as ações do Rei⁵⁸.

As primeiras gotas de constitucionalismo são observadas.

⁵⁶ A obra original do autor é intitulada *Due Process of Law*, que foi originalmente publicada no ano de 1998 na cidade de Portland, no estado do Oregon, nos Estados Unidos. A versão em português do estudo foi traduzida pelo próprio autor, que lhe deu o título Devido Processo Legal.

⁵⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – *due process of law***. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 235 e 236.

⁵⁸ DORIA, Antônio de Sampaio. **Direito constitucional tributário e *due process of law*: ensaios sobre o controle judicial da razoabilidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 10.

Dizia o artigo 39: *No free man shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgement of his peers or by the law of the land.*⁵⁹⁶⁰

Felizes as lições de Carlos Roberto Siqueira de Castro:

Na tradução original a cláusula assegurava aos homens livres, notadamente aos barões vitoriosos e aos proprietários da terra (*estate holder*) a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da “lei da terra” (*per legem terrae* ou *law of the land*). Tal significa dizer que esses direitos naturais assim elencados somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pelo *common law*.⁶¹

O texto da *Magna Charta* fora escrito em latim, a língua culta naquele contexto, monopólio de uma significativa minoria da população e determinante da classe social de quem a falava, dominadora das artes. A maioria da população falava o inglês, reconhecidamente a língua da plebe. O francês era falado pelos nobres, que governavam o país. Isso simboliza o fato de que o diploma legal, em realidade, não servia para a maioria da população, que ficava inabilitada de invoca-la em sua defesa.

Foi sob o reinado de Eduardo III que a expressão *due processo of law* foi usada pela primeira vez, no Estatuto de 1354 (*Statute of Westminster of the Liberties of London*), sob cunho de “*some unknown draftsman*”:

None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put out of the land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to

59 O artigo original foi escrito em latim, e previa: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libere tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, Nec super eum mittlemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”.

60 Tradução livre: “Nenhum homem livre será detido, ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou reconhecido como fora da lei, ou exilado, ou de qualquer forma molestado, nem nós agiremos contra ele, exceto pelo julgamento legítimo de seus pares ou em respeito à lei do país. ”.

61 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 7.

*death, without being brought to answer by due process of law.*⁶²

As revoltas da segunda metade do século XVII ampliaram as garantias processuais, trazidas no conceito de devido processo legal. Foram formulados diversos documentos, como o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* dos Oranges (1689), o *Act of Settlement* (1701)⁶³ dentre outros. Com isso, essa cláusula transformou-se em uma garantia fundamental do processo inglês.

Voltando os olhos para o continente norte-americano, mais precisamente nos EUA, a revolta se dava por questões tributárias e por falta de confiança no poder. O pagamento de tributos absurdos cobrados pelo Parlamento inglês e o desrespeito aos

⁶² Tradução livre: “Ninguém será condenado sem julgamento. Assim como, nenhum homem, independentemente de estado ou condição que estiver, será expulso do país ou de seu lar, nem detido ou sujeito à prisão, nem deserdado, ou condenado à morte, sem ser levado a responder ao devido processo legal.”.

⁶³ Outros documentos foram importantes para a evolução do *due process of law*,

A *Petition of Rights*, por exemplo, nasceu no terceiro parlamento de Carlos I. Tratava-se de um acordo no qual o rei reconhecia uma série de direitos individuais dos seus súditos como invioláveis. Representava uma trégua temporária entre coroa e oposição e referia-se expressamente à Magna Carta, além disso, previa a proibição da prisão *without any cause showed* (sem justa causa).

Já o *Habeas Corpus Act* representa uma das grandes conquistas em termos de garantias individuais de processo, evoluindo de forma esplêndida e existente até os dias atuais. Trata-se de um mandato escrito, dirigido a um oficial de justiça, no qual exigia-se a transferência de determinado preso para um tribunal específico que procederia ao seu julgamento.

A *Bill of Rights* foi uma lei originada a partir de uma petição de direitos, que era um antigo mecanismo processual que servia para questionar alguns atos da coroa e, conforme previsão da época, o consentimento do rei a tornaria lei, em suas palavras “que se torne lei, conforme foi solicitado” (*soit droit fait, comme il est désiré*). A petição de direito servia, também, para que aqueles que acreditassem ter direito a algo, pedissem ao rei que lhes concedesse o que lhes era devido, visto que juízes não poderiam proferir sentenças contra o rei. A coroa, enquanto fonte de justiça poderia prover o que lhe pedissem ou não. Na *Bill of Rights* haviam solicitações riquíssimas materialmente falando, por exemplo, em seu artigo 3, há uma reiteração dos princípios presentes na Magna Carta e o que mais nos interessa é o pedido de reafirmação do direito a um julgamento imparcial e, no artigo 4, a reiteração do princípio do *due process of law*.

O *Act of Settlement* era um texto constitucional de 1701 que dizia respeito à sucessão do trono nos últimos anos de domínio dos Stuart. Para o Direito, o interessante é que esse *act* previa regras concernentes à independência da magistratura, na qual os juízes não poderiam ser depostos pelo governo, aplicando-se tal garantia somente aos altos escalões da carreira (que corresponderiam aos juízes do *Hight Court* e *da Court of Appeals*, além dos chamados *Law Lords*), já os demais juízes permaneciam sob a disciplina do Lorde Chanceler, membro do governo (CAENAGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009).

direitos individuais fez com que a população se reunisse para conseguir uma mudança: a formação de uma Confederação.

É bem sabido que os Estados americanos eram fortes, com uma autonomia forte, com isso, duas correntes se formaram: a) a que defendia que as competências estaduais deveriam permanecer as mesmas, deixando para a União apenas o que era dispensável; e, b) outra que acreditava estar a solução na concentração de apenas algumas competências para os Estados, deixando a maior parte delas para a União, centralizando o poder.

Um problema surgiu num detalhe não atinado quando da criação da confederação norte americana: o documento instituidor dessa forma de Estado não foi ratificado pelo povo, ou seja, era uma Constituição não apoiada legitimamente, não refletindo a vontade do povo estadunidense.

As Constituições estaduais, por sua vez, o eram. E esse foi o argumento utilizado para justificar a sobreposição de uma Constituição estadual perante o documento instituidor da Confederação. Esse argumento, inclusive, foi utilizado em jurisprudência da Suprema Corte para defender a máxima efetividade e perduração no tempo da Constituição americana atual, que reflete a vontade popular.

No corpo da Constituição norte-americana não foi previsto explicitamente o *due process of law*. Primeiramente, havia dez emendas, chamadas de Cartas de Direitos, que previam liberdades individuais perante o poder central. Após, foram incluídas emendas impondo a mesma proteção individual perante o poder dos Estados. Nessas emendas limitadoras do poder estadual que surgiu a garantia do *due process*.

Assim, nos EUA, a cláusula *law of the land* foi adotada desde o início como sinônima de *due process of law*. Nos primeiros julgados da Suprema Corte verifica-se essa leitura. Isso ajudou de forma decisiva na evolução do princípio como garantia de liberdade e de justiça, vinculante aos Poderes do Estado.

Por razões históricas, enquanto nos EUA o devido processo legal, assegurado constitucionalmente, servia como uma forma de limitação do Poder Executivo e do Legislativo por meio do Judiciário (triunfo da sociedade sobre o Estado), na Europa serviu para fortalecer o Parlamento e seus atos (triunfo do Parlamento sobre a monarquia).

Na Constituição dos EUA, a proteção dos direitos individuais foi incorporada por emenda, em 1791. A garantia do devido processo legal veio com a V Emenda: *No*

*person shall be [...] deprived of life, liberty or property without due process of law*⁶⁴. Porém referia-se apenas à limitação ao governo central.

Atualmente, é a Emenda XIV, incorporada em 1868, após a abolição da escravidão, que representa um dos seus elementos fundamentais, trazendo em seu bojo o direito ao *due process of law*, como limitação tanto ao governo central, como aos Estados, e ao tratamento isonômico (*equal protection of the laws*).

A garantia do devido processo legal estava atrelada primeiramente ao processo penal (por exemplo, na Declaração de Direitos de Virgínia), e trazia em seu conteúdo várias garantias explícitas e implícitas. Tratava-se do direito a um processo ordenado (*orderly proceeding*)⁶⁵.

Como garantias *explícitas*, a Emenda trazia para a esfera penal o direito à ampla defesa (*notice and hearing*); à vedação dos atos legislativos que consideram alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento regular, assegurado-lhe a ampla defesa (*bills of attainder*) e leis retroativas (*ex post facto law*), em respeito ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido; direito a julgamento por júri; proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato; a proibição de autoincriminação forçada (*privilege against self-incrimination*), entre outras.

Com relação às garantias *implícitas*, estariam os direitos individuais submersos na ideia de jusnaturalismo, nesse sentido encontra-se o direito ao Juiz natural e ao Defensor (*right to counsel*) nomeado pela Justiça, caso a pessoa não possua dinheiro para financiar advogado particular.

Os primeiros julgados da Corte norte-americana deram ao *due process* um enfoque puramente processualístico, de legalidade, limitando o poder discricionário do Congresso com relação à mudança das estruturas processuais.

Explica Paulo Fernando Silveira que o devido processo serviu como base para várias formas possíveis de decisões judiciais devido ao seu conceito aberto, dado-lhe forma o juiz ao julgar o caso concreto:

Em virtude de a conceituação da cláusula ser, basicamente, filosófica, sob o manto da política, que rege governantes e governados e, ontologicamente, a liberdade humana, apesar

⁶⁴ Tradução livre: "Ninguém será ... privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. ".

⁶⁵ DORIA, Antônio de Sampaio. **Direito constitucional tributário e *due process of law*: ensaios sobre o controle judicial da razoabilidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1986 p. 13.

dos séculos decorridos, não se conseguiu precisar exatamente sua dimensão jurídica, de tal modo que, presentemente, a verificação da aplicação e observância do devido processo se faz pelo Judiciário, obviamente, caso a caso.

Diante da insuperável dificuldade na definição do princípio do devido processo legal, extremamente vago, impreciso e dinâmico – pois acompanha os valores culturais de cada geração humana –, a Suprema Corte dos Estados Unidos não hesitou em deixar aberto o conceito para, apenas, distingui-lo no caso *sub judice*, fazendo generalizações largas e declarações, emoldurando o arco compreensivo do princípio⁶⁶.

Foi o Juiz Waite, em 1886, quem primeiro declarou, no Supremo, o devido processo como norma geral obrigatória a todos os órgãos, no julgamento *Stone vs. Farmers Loan and Trust*⁶⁷.

Porém, a Suprema Corte não tardou em interpretar e aplicar essa garantia de forma ampla e elástica, adotando-o como instrumento de controle do mérito dos atos normativos e garantia de direitos fundamentais, controlando o Legislativo e acompanhando a evolução do pensamento jurídico.

A evolução da ideia de devido processo legal de garantia processual penal a princípio substantivo e limitador de decisões estatais percorreu um longo caminho, aparecendo primeiramente em Massachusetts, acompanhando as mudanças sociais, legislativas e jurisprudenciais, englobando o direito de propriedade, sendo seguida por várias outras Declarações, como Nova Iorque, Pensilvânia, Maryland, etc.

Caminhando ao lado do princípio da isonomia, o devido processo legal se tornou instrumento de fundamentação e decisão no processo constitucional dos EUA,.

Nesse sentido, *due process of law* enquanto direito meramente processual do acusado se modificou, ampliando-se e equiparando os conceitos de *substance* e *procedure*. É a garantia do processo legislativo e da lei razoável e justa, dentro dos limites constitucionais.

⁶⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – due process of law**. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 239.

⁶⁷ *Stone v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 116 U.S. 307 (1886)

Assim que, ao lado de *substantive due process* está o *procedural due process*, ambos em harmonia, representando o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e propriedade.

O direito processual, além do seu perfil técnico, inserido no plano constitucional, molda-se pelas exigências de precisão formal e justiça substancial. As garantias constitucionais do processo nos ordenamentos do Estado Democrático moderno estão inseridas no que Tucci chama de “conflito dialético entre exigências contrapostas⁶⁸”.

Esse conflito dialético entre exigências contrapostas significa que a efetiva aplicação do direito nas demandas jurídicas surgidas na sociedade deve estar acompanhada pela edição de boas leis processuais, obedientes a preceitos da Constituição.

Em dissertação de mestrado⁶⁹, Danielle Pamplona afirma que o princípio do devido processo legal em sua face material (ou substantiva) possui três momentos de evolução:

O primeiro período seria o de proteção aos *direitos econômicos*: aqui é resguardada a liberdade contratual (relacionada aos direitos fundamentais ou naturais de liberdade e propriedade), oposta à tentativa de interferência do Estado nas obrigações contratuais. Qualquer ato normativo que fosse de encontro a esses direitos seria inconstitucional devido à cláusula *due process*. Além disso, a teoria econômica do *laissez-faire* exercia forte influência na economia norte americana do pós-guerra civil, trazendo a ideia de crescimento industrial e bem-estar social, com diminuição da intervenção estatal na economia⁷⁰;

⁶⁸ TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo: regimentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 3.

⁶⁹ PAMPLONA, Daniele Anne. **O Aspecto Material do Devido Processo Legal**. Dissertação de Mestrado, São Paulo, 2000, p. 44-67.

⁷⁰ Um exemplo de jurisprudência da Suprema Corte dos EUA para essa primeira fase é o famoso caso *Lochner vs. New York*, de 1905, um dos mais famosos. A questão suscitava em torno da constitucionalidade de uma lei que limitava a jornada de trabalho de padeiros a dez horas por dia e sessenta por semana. Decidido por 5 votos contra 4, a lei foi declarada inconstitucional por não representar o Poder de polícia do Estado de forma legítima, não podendo interferir na liberdade de contratar: *Section 110 of the labor law of the State of New York, providing that no employes shall be required or permitted to work in bakeries more than sixty hours in a week, or ten hours a day, is not a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to labor, and, as such, it is in conflict with, and void under, the Federal Constitution*. Julgado disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>

O segundo período seria o da Grande Depressão (1929-1933): com a taxa de desemprego elevada e o salário cada vez menor daqueles que conseguiam emprego, a liberdade contratual passou a prejudicar a parte mais fraca da relação. Isso fez com que a Suprema Corte abdicasse de seu anterior entendimento, abandonando a aplicação do devido processo em seu aspecto material e declarando inconstitucionais as leis que tratassem de liberdade contratual, que, por sua vez, deixou de ser um direito fundamental⁷¹;

O terceiro período da cláusula, que é o que assistimos atualmente na jurisprudência norte-americana, se caracteriza pela dominação da aplicação do *due process* e da *equal protection clause* no direito à privacidade (que nos EUA engloba direitos fundamentais relacionados a sexo, casamento, direito de nascença, etc).

No Brasil, o *due process* se relaciona com os direitos fundamentais (vida-liberdade-propriedade)⁷² e não mais se decide acerca de liberdade contratual e assuntos econômicos estaduais com base nele, esses assuntos são decididos com base na “cláusula contratual” (art. I, §10) e na “cláusula de desapropriação” (V Emenda)⁷³.

⁷¹ No caso *West Coast Hotel vs. Parrish*, em 1937, a Corte reconheceu a constitucionalidade de uma lei estadual que estabelecia um salário-mínimo diferente para mulheres, limitando de forma legítima a liberdade de contratar. Esse caso representou o fim do entendimento jurisprudencial do caso *Lochner*, tirando a liberdade de contratar do rol de direitos fundamentais e abandonando o aspecto material do *due process*. Aqui, a Corte passou a utilizar o princípio apenas de seu aspecto processual.

⁷² No caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*, de 1992, a questão girou em torno do direito de liberdade da mulher para abortar. Relembrando casos clássicos e decisivos para o entendimento da Corte quando do aspecto material do devido processo, os Juízes trouxeram para sua fundamentação a liberdade da mulher interligada ao princípio aqui tratado: ... *a woman's decision to terminate her pregnancy is a "liberty" protected against state interference by the substantive component of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Neither the Bill of Rights nor the specific practices of States at the time of the Fourteenth Amendment's adoption mark the outer limits of the substantive sphere of such "liberty." Rather, the adjudication of substantive due process claims may require this Court to exercise its reasoned judgment in determining the boundaries between the individual's liberty and the demands of organized society. The Court's decisions have afforded constitutional protection to personal decisions relating to marriage (Loving v. Virginia), procreation (Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson), family relationships (Prince v. Massachusetts), child rearing and education (Pierce v. Society of Sisters), and contraception (Griswold v. Connecticut)...*

Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>

⁷³ Art. I, §10: *No State shall... pass any... law impairing the obligation of contracts* (nenhum Estado editará lei restringindo a obrigação dos contratos). E a V Emenda: ... *nor shall private property be taken for public use without just compensation* (a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa compensação).

Percebe-se que o princípio do devido processo legal em suas duas faces (material e formal) muito evoluiu, surgindo textualmente em 1215, com a Magna Carta, passando pela XIV Emenda, da Constituição norte-americana. A cláusula foi engrandecida e densificada por vários outros princípios e garantias fundamentais, ampliando-se por meio da jurisprudência e da doutrina.

2.2. Devido processo legal formal e material

A compreensão de devido processo legal formal e material é importante para a visualização de suas consequências em todas as esferas de Poder, de sua relevância para o Estado Democrático de Direito e para a atuação harmônica do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Procedural due process carrega o sentido de proteção dos direitos em processo judicial ou administrativo, possuindo caráter estritamente processual, relativo à forma e aos atos concretizados em um processo. Atua, portanto, como um requisito de validade da atividade jurisdicional.

Tucci⁷⁴ afirma que o devido processo em seu aspecto formal aponta à aplicação judicial da lei por meio do processo (*judicial process*) e à proteção da paridade de armas no processo, visando à igualdade substancial das partes.

Paulo Fernando Silveira⁷⁵, por sua vez, elucida que o devido processo legal procedimental se refere à maneira pela qual a lei é aplicada ao caso concreto, verificando-se apenas a subsunção do fato à norma de direito positivo, sem se cogitar a substância do ato.

Em outras palavras, refere-se ao conjunto de procedimentos que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica (como, por exemplo, informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar advogado, ou, ainda, de negar-lhe direito de defesa).

Assim, a fórmula do devido processo legal procedimental é descrita por Cândido Rangel Dinamarco como:

[...] um rico leque de garantias específicas, a saber: a) antes de mais nada, na dúplice garantia do juiz natural, não mais restrito

⁷⁴ TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo: regimentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 15-16

⁷⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – due process of law**. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 242.

a proibição de *bills of attainder* e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do *juiz competente* (art. 5º, XXXVII e LIII); e, b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional.

Assim o *contraditório* e a *ampla defesa* vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativos, desde que nele haja *litigantes* ou *acusado* (art. 5º, LV)⁷⁶.

O conceito engloba, também, o conjunto de elementos indispensáveis para que o processo judicial atinja sua finalidade compositiva de litígios (no âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal).

Desse contorno, do aspecto formal ou procedimental, o devido processo traz em seu bojo que o exercício da jurisdição deve obedecer a valores e normas processuais consagrados pelo direito, pautados no próprio direito. Possui caráter mais restrito, em comparação ao devido processo substancial.

Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz⁷⁷ esclarece que o *procedural due process* no direito norte-americano possui alguns elementos essenciais que o Estado deve propiciar ao litigante. São eles: a) a notificação adequada acerca da recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) oportunidade de defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e do contraditório; f) o direito a um defensor público no processo; g) uma decisão fundamentada, baseada no que trazem os autos.

Além desses elementos essenciais, o sentido procedimental de devido processo legal abrange: a) o direito a um processo com provas; b) o direito à transcrição dos atos processuais; c) o direito a uma audiência pública; d) julgamento pelo tribunal do júri; e) o ônus da prova, que o governo deve suportar mais intensamente quando comparado ao litigante individual; f) o direito a publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas.

Ainda, nesse sentido, conclui Cândido Rangel Dinamarco:

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 27ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 89.

⁷⁷ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal. Direito fundamental do cidadão**. São Paulo: Ed. Almedina, 2009, p. 183.

[...] pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrado no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, como garantias do *devido processo legal*. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado-se todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, para produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional⁷⁸.

É nessa acepção procedimental que a doutrina e a jurisprudência brasileira geralmente tratam do devido processo legal, ainda que seja possível a interpretação de ambos os aspectos da cláusula no corpo da Constituição de 1988.

Em geral, o devido processo legal constitui-se na garantia de um julgamento justo e limpo para qualquer parte do processo. As garantias introduzidas no conceito do princípio têm a função de assegurar a realização da paz social por meio do processo judicial, pelo processo justo, dando a resposta correta ao caso apresentado ao Judiciário.

É com essa finalidade que o *substantive due process* vem atuar, apontando ao **sentido material** do princípio, podendo percorrer todos os campos do direito (p.ex. o princípio da legalidade em direito administrativo, o princípio da autonomia da vontade no direito privado, etc).

Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo Gama, de forma não isolada na doutrina, associa o devido processo legal material a conceitos metajurídicos, demonstrando sua dialeticidade com outras áreas e a permanência daquela essência filosófica que as Cortes dos EUA sempre interpretaram. Explica a autora:

O princípio do devido processo legal também deve ser tomado como direito que a lei seja razoável, justa e contida nos limites da Constituição.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 27ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 82.

Diversos autores, conforme sejam também diversas as fontes pesquisadas para auferir os seus conhecimentos, adotam posicionamentos ideológicos e filosóficos diversos e, com base nesses e noutros dados, nos proporcionam definições sobre o princípio do devido processo legal⁷⁹.

Esse sentido de adaptação do conteúdo do princípio do devido processo legal é esclarecido por Doria⁸⁰ que assim clama pelas ideias oferecidas por *Justice Frankfurter* em voto:

Due process não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.

Tucci⁸¹, aponta o devido processo legal material como um conceito que abrange a imperiosidade de elaboração correta da lei, juntamente da sua razoabilidade e enquadramento nos preceitos constitucionais previstos – seguindo, portanto, a concepção norte-americana.

Nesse sentido, o STF já decidiu, na ADI 2.667-MC/DF, com Relatoria do Ministro Celso de Mello:

(...)

TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões

⁷⁹ GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. **O Devido Processo Legal**. São Paulo: Ed. De Direito, 2005, p. 22.

⁸⁰ DORIA, Antônio de Sampaio. **Direito constitucional tributário e *due process of law*: ensaios sobre o controle judicial da razoabilidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 33.

⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 15-16.

fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law". Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade.

(ADI 2667 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 12-03-2004 PP-00036 EMENT VOL-02143-02 PP-00275)

Fabiana Regina Siviero, em dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresenta a seguinte ideia acerca da revelação da materialidade do princípio no direito americano:

O sentido procedimental estrito prevaleceria no entendimento da Suprema Corte como o único proveniente da *due process clause* até o julgamento do caso Dred Scott v. Sandford quando pela primeira vez se anteviu expressamente uma garantia substantiva na cláusula. Ironicamente, a natureza famigerada do direito discutido no caso (o direito à propriedade de escravos e a afirmação judicial de que o escravo Dred Scott não era cidadão dos Estados Unidos) fez com que a decisão fosse considerada desastrosa, repercutindo negativamente na imagem da Corte e contribuindo, ainda que de modo involuntário, para a retração na compreensão mais extensiva do conteúdo da *due process clause*.

[...]

Era o reconhecimento de que o Judiciário poderia negar a validade a atos do Estado com base na razoabilidade se violassem certos direitos individuais (ideia que teve inspiração na filosofia dos direitos naturais de John Locke, de forte influência da cultura norte-americana)⁸².

Nos Estados Unidos, o devido processo legal substancial ou material é aplicado para analisar a produção legislativa e concluir se determinado ato governamental está fundamentado por um motivo razoável. Verifica-se a constitucionalidade dos atos do

⁸² SIVIERO, Fabiana Regina. **Devido processo legal e proporcionalidade: aplicações ao direito processual civil**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006, p. 74.

Executivo e Legislativo. Esse entendimento firmou-se no caso *Calder v. Bull*⁸³, no qual decidiu a Suprema Corte americana que atos normativos de natureza legislativa ou administrativa que ferissem direitos fundamentais estariam ferindo, conseqüentemente, o devido processo legal.

Comenta Paulo Fernando Silveira:

No atual direito americano, o princípio do devido processo legal é aplicado, diuturnamente, tanto na sua dimensão processual, quanto na substantiva, essa, sobretudo, sem nenhum inconformismo dos outros atores governamentais (Poderes Legislativo e Executivo), ou do próprio povo, que, ao contrário, nisso vê não só a legitimidade do Poder Judiciário de controlar aqueles dois ramos dos governos, mas, ainda, a salvaguarda da própria garantia individual contra a opressão dos poderes eleitos, através de leis ou atos administrativos⁸⁴.

Atualmente, pode-se afirmar que o princípio está intimamente relacionado à eficácia processual dos direitos fundamentais e à razoabilidade das leis e proporcionalidade na sua aplicação. Isso porque existe submissão dos direitos infraconstitucionais à Constituição Federal e seus princípios norteadores, advindos do espírito do Estado Democrático de Direito.

A avaliação amarga da validade da lei é a sua compatibilidade com a Constituição, realizada pelo Judiciário, baseada no devido processo legal em sua face ampla (tanto processual quanto substancial).

No aspecto material, incorporam-se os princípios e normas que regem fatos da própria vida, revelando-se como uma garantia constitucional que exige razoabilidade e proporcionalidade das normas. Esta última que permite o controle judicial dos atos dos outros Poderes, a fim de evitar a arbitrariedade das ações de Poder.

É nesse sentido que se afirma que a cláusula do devido processo, no direito estadunidense, aponta ao trinômio “vida-liberdade-propriedade”, tutelando bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico.

Com relação ao direito de liberdade, engloba tanto a liberdade física individual, quanto a privacidade (inclusive utilizando direitos relacionados a sexo, casamento e

⁸³ CALDER v. BULL, (1798)

⁸⁴ SILVEIRA. Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – due process of law**. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 240.

direito de nascença – abordando temas mais amplos que os analisados no direito brasileiro), a liberdade de imprensa ou de religião. É aquela liberdade mencionada na Declaração de Independência de Thomas Jefferson, como direito inalienável.

Não se trata de liberdade concedida por lei a particulares, mas da liberdade necessária quando da persecução da felicidade pelo homem.

Com relação ao direito de propriedade, apontada no trinômio, abrange tanto a propriedade de direito do particular, quanto a posse de qualquer imóvel. A Suprema Corte norte-americana reconhece a invocação da cláusula para proteção da titularidade de um benefício, quando em oposição a uma necessidade abstrata ou a uma expectativa unilateral. No Brasil, o direito de propriedade conecta-se com a existência ou não da função social, quer se trate de propriedade pública, quer se trate de propriedade privada.

Isso significa dizer que, sempre que o governo empregar seu poder no sentido de retirar do particular algum interesse proveniente de posse mansa e pacífica, ou o uso de uma propriedade real ou pessoal, em prol de verificar se a propriedade está atendendo ao seu fim social, deve ser utilizada a cláusula do devido processo legal. É a segurança dos interesses que a pessoa possuiu anteriormente, do direito adquirido, incorporado à esfera de disponibilidade do indivíduo.

Nesse sentido, a Constituição brasileira, ao definir o devido processo legal em seu art. 5^a, LIV, dedicou-se à cláusula apontando os direitos de liberdade e propriedade. Porém, apesar de não estar referido no artigo em comento, a disposição também protege o direito à vida, por interpretação histórica e por estar assegurada no *caput* do artigo. Por exemplo, é proibida a aplicação da pena de morte, exceto em casos de guerra e, ainda assim, deve ser seguido o devido processo legal (tanto procedimental, quanto substantivo).

Canotilho, ao falar da evolução da cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial, afirma que:

O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (“privado da vida, da liberdade e da propriedade”) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a “injustiça” privando uma pessoa de direitos fundamentais. Às autoridades legiferantes deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da

propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem. Radica aqui também argumentos invocados para, posteriormente, se defender a *judicial review of legislation*. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei.⁸⁵

De qualquer modo, tanto na *common law* quanto no *civil law*, esse princípio deságua no conceito de cláusula constitucional garantidora de justiça e de um processo justo em âmbito judicial e legislativo, é o devido processo legal em sua face formal e material.

Esse processo justo poderá ser reconhecido, segundo Humberto Theodoro Júnior⁸⁶, no plano procedimental, quando observar: o direito de acesso à justiça; o direito de defesa; contraditório e paridade de armas entre as partes; independência e parcialidade do juiz; obrigatoriedade de motivação dos provimentos judiciais decisórios e a garantia à razoável duração do processo.

Demais disso, identifica, o autor, que, no plano processual, será justo o processo quando *proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito, aplicado à base de critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo à luz das garantias e dos princípios constitucionais*.

2.3. Evolução da compreensão de devido processo legal

No direito constitucional brasileiro, o devido processo legal é aplicado desde a Constituição de 1891, porém de forma restrita. Era ligado à ampla defesa apenas em processos de direito penal. A previsão atual desse princípio no artigo 5º, inc. LV da Carta de 1988 foi uma inovação ao prever o devido processo em processos judiciais e administrativos.

Por conseguinte, devido processo legal é uma garantia processual essencial para a democracia. Ele atua como forma de controle da qualidade do processo e na sua legitimidade, bem como forma de evitar atos arbitrários dentro da atuação jurisdicional e administrativa, podendo aplica-lo inclusive aos atos legislativos.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. – São Paulo: Ed. Almedina, 2003, p. 495.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p. 51.

No Brasil, o olhar constitucional de devido processo legal encontra-se no art. 5º, inciso LIV. Perceber que se pode conceber as garantias constitucionais a partir da ideia de que vários enunciados são parte de princípios elementares do devido processo é importante para o modo como se aplicará tais previsões.

O devido processo é uma síntese fragmentada em vários dispositivos constitucionais, sendo uma consequência das interpretações desses dispositivos. Eles podem ser lidos como garantias-meio e não garantias-fim, ou seja, são instrumentos de um modelo processual capazes de produzir uma decisão constitucionalmente adequada, e, por conseguinte, justa.

Ao trabalharmos com a ideia de devido processo legal no direito brasileiro, nos remetemos ao direito que o indivíduo possui de ter acesso à justiça, um direito fundamental. Isso implica que a leitura dessa garantia traz consigo vários outros princípios dela corolários.

Sobre esse contexto, Ada Pellegrini aponta que:

No Brasil, desde cedo houve clima para os estudos constitucionais do processo. E isso porque a Constituição Republicana de 1891 trasladou para o sistema jurídico muitos institutos do direito norte-americano, desde o princípio da unidade da jurisdição e da *judicial review* dos atos administrativos e legislativos, passando pelas garantias do *due process of law* e culminando com os instrumentos processuais constitucionais em defesa das liberdades⁸⁷.

A mesma autora, no livro “Das Garantias Constitucionais do Direito de Ação⁸⁸”, sua tese de livre-docência, já afirmava que, diversamente do que ocorre com a jurisprudência estadunidense, no Brasil, o judiciário tende a interpretar e aplicar o *due process* como um direito genérico e abstrato, o de postular em juízo, simplesmente.

Corroborando o entendimento esposado acima, Nelson Nery⁸⁹ esclarece que os Tribunais brasileiros ainda têm adotado o conceito do princípio apenas no sentido

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 6.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 176.

⁸⁹ NERY, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p.86.

processual, atrelando-o ao direito público subjetivo correspondente à obrigação de prestação jurisdicional.

Nesse sentido, uma das consequências do aspecto formal do devido processo legal pode ser sua subdivisão em algumas “espécies”, como por exemplo, o chamado “devido processo legislativo”⁹⁰, ou, ainda, o “devido processo orçamentário”⁹¹.

Em ambos, tem-se compreendido que, na cláusula do devido processo legal, está o direito ao procedimento adequado. De tal modo que o procedimento deve ser conduzido sob o manto do contraditório, seguindo as previsões procedimentais previstas em leis infraconstitucionais e há de ser condizente à realidade social e à relação material controvertida. A própria tradução de *due process of law* para “devido processo legal” já remete o leitor ao caráter meramente processual do conceito.

Em termos gerais, devido processo legal, no Brasil, é o direito que o indivíduo possui de ter acesso à justiça, assegurados, constitucionalmente, o direito ao juiz natural

⁹⁰ Nesse sentido: [...] a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.

⁹¹ Por exemplo, em artigo publicado no site do Senado, há a menção expressa à essa “espécie” de devido processo legal: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182753/Em_Pauta_126.pdf?sequence=1 Acessado em: 21 de maio de 2015.

(art. 5º, inciso LIII), ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). O princípio é densificado por outros constitucionais de processo, em seu aspecto formal.

Os instrumentos trazidos no bojo da cláusula para a garantia da justiça no processo são: a) garantia do acesso à Justiça; b) princípio da isonomia; c) princípio do Juiz e do Promotor natural; d) princípio do contraditório e da amplitude de produção probatória (ampla defesa); e) princípio da proibição de prova ilícita (legitimidade das provas); f) princípio da publicidade; g) princípio do duplo grau de jurisdição; h) princípio da assistência judiciária; i) princípio da garantia do processo sem dilações indevidas (prazo razoável) e; j) garantia da fundamentação das decisões.

Porém, percebe-se, ainda que de forma tímida, a menção do devido processo legal substancial em algumas decisões do STF⁹².

Malgrado a escassa aplicação do devido processo legal material na jurisprudência brasileira, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 trouxe o devido processo legal tanto em sua forma processual como material.

Isso pode ser verificado ao decompor os destinatários desse princípio, que envolvem agentes das 3 esferas de Poder: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Com relação ao Poder Executivo, a aplicação do devido processo legal encontra um vasto campo de possibilidades. Por exemplo, ao verificarmos a legitimidade dos atos administrativos discricionários; ou, então, ao analisarmos a legalidade, a moralidade e a obediência aos princípios constitucionais dos seus atos; ou, ainda, ao se considerarmos a atuação do agente administrativo.

O *due process* deve ser aplicado, também, aos procedimentos e processos administrativos. Materialmente, refere-se à observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Processualmente, ele representa a garantia do administrado em ser ouvido, podendo apresentar ampla defesa; em produzir provas; em ser a decisão da Administração pronunciada por órgão que atenda ao princípio do juiz natural; a não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; à paridade de armas entre a Administração e o administrado; direito à assistência judiciária, etc.

Quanto ao Poder Legislativo, é clara a presença do devido processo legal formal e material. Bem sabemos que sua função primária é a de promulgação das leis. Nesse diapasão, os Parlamentares são obrigados a seguir determinado rito processual

⁹² *V.g.*, AP 470, no voto do Ministro Relator Celso de Mello.

legislativo, o chamado de devido processo legislativo (devido processo legal formal), não podendo aprovar Projeto de Lei materialmente inconstitucional (devido processo legal material).

Nos utilizamos das lições de Carlos Roberto Siqueira de Castro quando afirma que a cláusula do devido processo legal impede o abuso do poder normativo governamental:

Nessa visão limitadora do arbítrio legislativo, a cláusula do *devido processo legal* erige-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas *irrazoáveis ou irracionais*. Afasta-se assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social. Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo nas decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada.⁹³

O poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo é dado ao Poder Judiciário, e nessa fase também poderá ser aplicado o devido processo legal material. Porém, a maioria da jurisprudência do STF concernente à inconstitucionalidade dos atos normativos do Poder Legislativo tem sua fundamentação jurídica centrada no princípio da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade, dispensando motivação objetiva no devido processo legal material, concentrando sua atenção apenas no aspecto processual.

Ainda no que concerne ao Poder Judiciário enquanto destinatário do princípio do devido processo legal, além da identificação da face material do devido processo legal quando da constitucionalidade das leis, é em sua função de aplicar o direito ao caso concreto onde mais se evidenciará o princípio.

Por ser termo amplo e aberto, permite-se ao intérprete-aplicador (Judiciário) o preenchimento de seu significado. Ao analisar as situações e soluções, deve atentar-se à sua razoabilidade, respeitando os princípios constitucionais e considerando o direito, a realidade social e as peculiaridades do caso.

⁹³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 137-138.

De tempos em tempos, o Judiciário se depara com o choque de direitos fundamentais. Quando isso ocorre, ele se vale do chamado “princípio da proporcionalidade”⁹⁴, que nada mais é que uma *técnica de decisão*, na qual o julgador considerará a necessidade da atuação, na qual a ação restritiva de direitos deve ser indispensável para garantia do direito a ser protegido ou qualquer que dele decorrer; a adequação ou utilidade da ação realizada para o alcance do fim desejado; e a proporcionalidade em sentido estrito, implementadora do caráter valorativo na decisão, ou seja, as vantagens provenientes do ato jurisdicional devem ser universalmente superiores às desvantagens.

Por conseguinte, deve haver correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, sendo o melhor possível juridicamente, respeitando, por conseguinte, o conteúdo essencial do direito fundamental⁹⁵.

Dessa forma, a cláusula é diretamente ligada ao sentido de justiça que o magistrado possui, que, como dissemos anteriormente, é relativo e amplo demais, não produzindo segurança jurídica e, muito menos, conteúdo jurídico decisório.

Além disso, o juiz poderá, também, proceder a uma ponderação de ambos os princípios integrantes dos direitos fundamentais em discussão e a respectiva aplicação de um deles, em busca da melhor justiça.

Ao se exigir do Judiciário atenção à razoabilidade e à proporcionalidade em seus julgamentos, estamos diante da aplicação do devido processo legal material, ainda que não seja mencionado expressamente na decisão e a essencialidade da fundamentação adequada é ainda maior ao nos depararmos com decisões tão passíveis de relativização.

Assim que, nesse contexto de decisão, quando falamos de devido processo legal material, o exercício de fundamentação a ser exposta pelo magistrado em sua decisão será duplamente importante. É por meio dela que será verificada a correta aplicação do devido processo legal em suas duas faces.

⁹⁴ Para maiores clarificações acerca da técnica da proporcionalidade, recomendamos GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 77 e ss. Nesse trabalho, o professor explica um pouco mais sobre esses “subprincípios” do “princípio da proporcionalidade”, nomeando-os como “princípio da proporcionalidade em sentido estrito”, ou “máxima do sopesamento”, o “princípio da adequação” e o “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave”.

⁹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 88.

Demais disso, é por meio da motivação que a sociedade poderá controlar a discricionariedade do magistrado, ao concluir que a argumentação escolhida como objeto do *decisum* está de acordo com as normas previstas na Constituição da República.

O juiz deverá, sempre, apontar as normas aplicáveis ao caso concreto, manifestando-se, na justificativa, o caráter de legitimidade na intervenção à esfera privada do indivíduo, respeitando os limites trazidos pelo Estado Democrático de Direito.

De todo modo, o devido processo legal, no tocante ao Poder Judiciário, se manifestará, procedimentalmente, por intermédio das garantias processuais trazidas no corpo da Constituição Federal, com a participação das partes, verificável ao longo do procedimento, confirmando-se na motivação da decisão judicial (que exporá todas a argumentação relevante para o convencimento do magistrado) e, materialmente, ao analisar-se, na fundamentação jurídica da decisão, a razoabilidade e proporcionalidade trabalhadas pelo juiz.

2.4. A efetivação do devido processo legal no Estado Democrático de Direito

Vimos que, originalmente, a cláusula do devido processo legal foi estudada sob a perspectiva de pertencer às garantias fundamentais para a realização de um processo formalmente justo, que deve ser observado pelo Poder Judiciário, atuando como um requisito a ser ressalvado na esfera penal, aplicando-se, em seguida, ao processo civil e, por último, ao processo administrativo.

Porém, para que o devido processo legal seja concretizado em vistas do Estado Democrático de Direito, devemos rever esse conceito que abrange apenas o aspecto formal do princípio, resguardando, do mesmo modo, as garantias constitucionais relativas ao processo.

Isso significa que, assim como aplicamos as garantias explícitas previstas no princípio, devemos reconhecer algumas garantias implícitas essenciais à sua realização, que poderão se evidenciar ao longo do processo judicial. Essa, aliás, é uma afirmação que pode ser lida na própria Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, §2º que assim prevê:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem** outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa previsão deixa claro que a aplicação do devido processo legal processual e substancial, em todas as esferas de Poder, e a constitucionalização de direitos infraconstitucionais seriam consequências naturais a serem observadas em um Estado Democrático de Direito. Elas agem em prol de evitar a concentração de poder e, por conseguinte, para a efetivação da justiça, por meio de uma resposta resguardada constitucionalmente, sendo adequada e completa, assecuratória de direitos fundamentais.

A aplicação do devido processo legal substancial está presente no direito brasileiro em todas as atuações do Poder Judiciário e em várias outras do Poder Legislativo e Executivo, em todas as suas funções. Porém, não carimbamos, de forma explícita, o selo do “devido processo legal substancial”, ao revés, as vemos como consequências de uma simples performance “proporcional e razoável” daquele que profere o ato de Poder – ocorre que, essa atuação proporcional e razoável nada mais é que a própria aplicação material da cláusula em estudo. Como exemplo, o controle de constitucionalidade de lei; a verificação de razoabilidade do conteúdo do projeto de emenda constitucional e a moralidade que deve existir nos atos da Administração Pública são atuações da concretização do devido processo legal material.

No julgado ARE 848401 AgR temos um exemplo de concretização do devido processo legal material para controle dos atos administrativos pelo Judiciário, performance que foi chamada apenas de “controle da proporcionalidade e razoabilidade do ato”, segue ementa:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Militar. Promoção por antiguidade e por bravura. Prequestionamento. Ausência. Princípio da prestação jurisdicional. Violação. Não ocorrência. Legislação local. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. 1. O dispositivo constitucional tido como violado não foi examinado pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 da Corte. 2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida

como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos e a análise da legislação local. Incidência das Súmulas nºs 279 e 280/STF. 4. O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo ele atuar, inclusive, em questões atinentes à **proporcionalidade e à razoabilidade** do ato. 5. Agravo regimental não provido.

(ARE 848401 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-097 DIVULG 22-05-2015 PUBLIC 25-05-2015) (*grifo nosso*)

Um exemplo de jurisprudência que cita a razoabilidade e a proporcionalidade atreladas ao devido processo legal substancial é a do ARE 915424 Agr/SP, que diz:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO – INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF) – RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA **RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE** EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA – LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO “**SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW**” – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807-808 – RTJ 178/22-24) – O PODER DE TRIBUTAR – QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE – “NÃO PODE CHEGAR À

DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR” (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132) – A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE – A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO “ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE” – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(ARE 915424 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 27-11-2015 PUBLIC 30-11-2015) (*grifo nosso*)

Dessa forma, podemos afirmar que as garantias explícitas e implícitas, presentes no princípio do devido processo legal, serão verificadas a partir da leitura da fundamentação da decisão judicial no caso concreto (se analisarmos a cláusula no âmbito do Poder Judiciário); na fundamentação da justificativa para a aprovação de uma emenda constitucional (no Legislativo) e na motivação apresentada na realização dos atos discricionários pela Administração. E é dessa função que extraímos a importância que a fundamentação adequada possui para a legitimação dos atos de Poder enquanto observadores da Constituição e do Estado Democrático de Direito, retirando do ordenamento a legitimidade de tais atos.

A fundamentação adequada nos trará a certeza da existência de uma resposta constitucionalmente apropriada para o caso, quando se verificará a obediência ao devido processo legal formal, servindo, da mesma forma, para verificar a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso Nacional ou atos do Poder Executivo, ao analisarmos como a motivação foi utilizada quando da justificativa dos atos emanados pelo Executivo.

A presente dissertação se volta para a motivação dos atos judiciais e à imprescindibilidade de sua fundamentação jurídica, que atuará como forma de controle político e jurídico do processo, de forma endo e extraprocessual, confirmando que o devido processo legal foi respeitado e sendo, portanto, adequado para o Estado Democrático de Direito.

Para esse estudo, analisaremos, nos capítulos seguintes, o conteúdo do instituto da fundamentação jurídica das decisões judiciais como legitimador dos atos decisórios do Poder Judiciário, efetivando garantias extraídas do Estado Democrático de Direito e, especialmente, do devido processo legal. Isso porque o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal são as duas principais garantias constitucionais do processo brasileiro⁹⁶ e elas implicam muito mais do que apenas a ratificação do princípio dispositivo e a realização do contraditório e da ampla defesa, trazendo em sua essência, e como finalidade primordial, a necessidade de uma resposta constitucionalmente adequada a ser proferida pelo juiz.

⁹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 31.

3. A GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Vimos que a classificação de um sistema político como democrático constitucional dependerá da:

[...] existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder⁹⁷.

Dessa forma, e enquanto constitucionalistas, devemos encarar que o dever de fundamentação das decisões judiciais revela-se na forma de *garantias constitucionais*.

A compreensão de Ruy Barbosa é atual. Para o autor uma coisa seriam os direitos fundamentais previstos na Constituição, outra coisa seriam as garantias constitucionais. Estas, são as disposições assecuratórias contidas na Constituição brasileira, que limitam o poder. Boa parte das disposições do artigo 5º, por exemplo, são assecuratórias.

A partir da premissa de que garantias são imposições positivas ou negativas aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, inseridas no mecanismo de freios e contrapesos, podendo se concretizar como instrumentos e técnicas para obtenção e exigibilidade dos direitos fundamentais a elas correspondentes, podemos afirmar, com total confiança, que o dever de fundamentação das decisões judiciais trata-se de uma garantia.

No Brasil, a Constituição de 1988 previu, em seu art. 93, inc. IX que todas as decisões judiciais *devem* ser seguidas da adequada fundamentação jurídica, prevendo a nulidade da decisão que assim não o fizer.

Com isso, as garantias constitucionais podem ser verificadas em preceitos dotados de sanção⁹⁸, algo incomum no texto constitucional brasileiro. Sua inobservância

⁹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 149.

⁹⁸ Para um estudo mais aprofundado: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. – São Paulo: Ed. Almedina, 2003.

afetar, de algum modo, a validade ou eficácia do ato transgressor, que não poderá prevalecer sobre os imperativos constitucionais. Por isso os grandes dispositivos constitucionais reveladores dos grandes princípios são encarados como garantias, a ponto de ser habitual o uso indiferente dos vocábulos princípio e garantia para designar a mesma ideia.

Essa sanção, como dito anteriormente, é expressa ao lermos o artigo 93, inc. IX da Constituição da República. Nesse dispositivo está expressa a sanção de nulidade da decisão judicial que não for adequadamente fundamentada. Sendo parte do mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, impedindo o arbítrio no judiciário.

A fundamentação, como vimos, é consequência direta do devido processo legal, presente na essência do Estado Democrático de Direito, e é devido a essa importância democrática que sua previsão constitucional (bem como a sanção pelo seu descumprimento) é justificada. Nesse sentido, Rodrigo Ramina de Lucca:

Existem várias razões que justificam a natureza constitucional do dever de motivação. Dentre elas podem ser citadas: (a) racionalização da atividade jurisdicional; (b) controle da juridicidade da decisão; (c) legitimação do exercício do poder jurisdicional; (d) proteção do devido processo legal e promoção de várias de suas garantias; (e) melhora da qualidade das decisões ao forçar o efetivo exame da causa e aumentar o tempo de meditação sobre ela; (f) redução do número de recursos; e (g) promoção da segurança jurídica ao definir a interpretação dos dispositivos normativos e tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos Tribunais Superiores⁹⁹.

Tomando como base as lições de José Afonso da Silva¹⁰⁰, podemos concluir sem maiores problemas que a fundamentação das decisões judiciais é uma garantia constitucional pois, além de ser uma forma de autolimitação imposta pelo Estado ao seu poder jurisdicional (que é a dimensão subjetiva das garantias), ela atua como um instrumento para proteger direitos e faculdades do indivíduo (representando a dimensão objetiva das garantias).

⁹⁹ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: Necessária proteção da segurança jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 63.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

Além de garantia, o dever de motivar as decisões judiciais é uma regra jurídica processual constitucionalizada, integrante da essência do princípio do devido processo legal e dele garantidora, impondo a todo aquele que exerce o poder jurisdicional o dever fundamental de expor de forma adequada e formal as razões de suas decisões.

A importância do dever de motivação das decisões judiciais é reconhecida constitucionalmente por vários países e infraconstitucionalmente por tantos outros, sendo, portanto, textualizada de várias formas, demonstrando sua imprescindibilidade no Direito Comparado.

Temos como exemplo de país cuja obrigatoriedade da motivação dos atos judiciais por norma processual infraconstitucional a Espanha, cuja *Ley de Enjuiciamiento Civil* previu em seu art. 218 a obrigatoriedade de congruência das sentenças judiciais, em especial, seu item 2:

*Artículo 218 Exhaustividad y congruencia de las sentencias.
Motivación*

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

Por norma constitucional expressa, a Itália instituiu no artigo 111 de sua Constituição (além da previsão do artigo 132 do Código de Processo Civil italiano) o seguinte:

Art. 111. [...] Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati

A motivação pode, ainda, ser reconhecida como dever jurídico por costume e jurisprudência, como é o caso da Inglaterra e a necessidade de aplicação daquilo que chamam de “fair trial”, sendo conectada diretamente aos ordenamentos da *common law*.

Importante é a observação de que o dever de fundamentação da decisão judicial encontra-se previsto, também, no Capítulo VIII, Seção 3, artigo 66.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de novembro de 1992,

que assim dispõe acerca dos processos instaurados na Corte Interamericana de Direito Humanos: “Artigo 66 - 1. A sentença da Corte deve ser fundamentada”.

3.1. A fundamentação jurídica como consequência do devido processo legal

A partir do reconhecimento da necessidade da efetivação do Estado Democrático de Direito, a relação Estado-sociedade sofreu profunda modificação. O Estado passou a agir de forma mais intervencionista para a realização dos direitos fundamentais. Uma das posições inovadoras tomadas a cabo pelos juízes foi o reconhecimento de princípios essenciais para a interpretação de normas definidoras de casos concretos, devendo atuar com razoabilidade de proporcionalidade na tomada de suas decisões. Essa atuação é, como vimos, a tradução daquilo que quer concretizar o devido processo legal substancial.

Nesse sentido, podemos ler as lições de Carlos Roberto Siqueira de Castro:

[...] não pode ser considerada uma “*law of the land*”, ou consentânea com o *due processo of law*, quando [uma decisão] incorrer na falta de “razoabilidade” ou “racionalidade”, ou seja, em suma, quando for arbitrária. Assim é que, antes mesmo do fim do Século XIX, teve início a grande série de pronunciamentos judiciais que, a pretexto de se preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa, invalidaram os primeiros exemplares da legislação intervencionista do Estado contemporâneo. Inaugurava-se, aí, a era do “*governo dos Juízes*”, com os Tribunais assumindo um papel de censor da vida social, política e econômica da nação. O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase “substantiva” na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente “substantivo” no seio das instituições governativas.¹⁰¹

¹⁰¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 45.

Essa nova forma de desempenho do Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo, sendo promotor de políticas públicas, trouxe algumas consequências definitivas para a cláusula do devido processo legal.

Nesse quadro, o devido processo legal trará racionalidade à coisa julgada, e essa racionalidade deve ser demonstrada na fundamentação da decisão judicial. Essa fundamentação deverá proporcionar uma retrospectiva histórica dos fatos pertinentes ao processo e a apropriada análise das provas trazidas aos autos, limitando-se a estes. Ela é o espelho que refletirá o respeito ao devido processo legal formal e material.

Nesse contexto, a fundamentação revela quais normas jurídicas foram consideradas pelo magistrado para justificar sua escolha como a melhor para a solução do conflito, atuando tanto como justificativa, quanto como demonstração de que todas as questões foram analisadas, dando sentimento de justiça a todas as partes envolvidas. Demais disso, promove a confiança de que é a resposta correta que será proferida pelo Judiciário nos casos que lhe forem apresentados.

Isso permite que a parte insatisfeita com o resultado recorra da sentença ou decisão interlocutória de forma apropriada, uma possibilidade protegida constitucionalmente e umbilicalmente ligada à garantia do acesso à justiça. Ou, então, pode revelar o desinteresse em recorrer, visto que a fundamentação convenceu a todos os interessados na causa.

Após a constitucionalização do(s) Direito(s) e o reconhecimento da função teleológica do processo, as garantias individuais passaram a ser instrumentos para a realização dos direitos fundamentais previstos no texto da Constituição.

Scarpinella¹⁰² ilustra de forma objetiva esse contexto ao falar sobre o contraditório no novo Código de Processo Civil. Afirma o autor que: *o contraditório deriva diretamente do “modelo constitucional do direito processual civil”*.

Dessa forma, apenas com a existência de uma fundamentação jurídica completa é que as garantias provenientes da própria essência do princípio do devido processo legal ganharão substancialidade.

Como vimos, o devido processo legal ou processo justo é um princípio diretriz, direcionando a todos os atores do Estado, sejam do Poder Legislativo ou Executivo, sejam do Poder Judiciário.

¹⁰² BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

Com relação ao direito processual, ele aponta diretrizes e ações que devem ser realizadas por todas as partes do processo, especialmente pelo juiz, de modo a efetivar garantias e faculdades aos interessados, visando a cooperação e participação de todos em prol de solidificar o convencimento do magistrado que aplicará o direito.

Dentre essas garantias processuais que o devido processo legal pretende realizar, todas terão completude e legitimidade se forem seguidas (necessariamente) por uma decisão judicial adequadamente fundamentada.

No sentido processual de direito e para as garantias das partes no processo, a fundamentação exerce papel deveras importante para a segurança e para a legitimidade dos atos jurisdicionais.

A isso se refere Ada Pellegrini quando observa que:

É evidente que a motivação tem íntima relação com o direito que as partes têm de influir concretamente sobre a formação do convencimento do juiz. Deixando de lado os aspectos políticos, extraprocessuais, da motivação, como forma de controle popular da legalidade e da justiça da decisão, pode-se dizer que, com relação às partes, a motivação constitui exatamente o ponto pelo qual se pode aferir se o juiz apreciou, como é de seu dever, todos os elementos de argumentação e todas as provas produzidas pelas partes. De nada valeria o direito à prova, de nada valeria o direito ao contraditório, se o juiz não tivesse a obrigação de apreciar com cuidado as alegações e as provas produzidas¹⁰³.

Com relação à garantia do contraditório, é na análise da fundamentação da decisão judicial que ela se revelará. Isso porque existe um dever constitucional do juiz expor em seu *decisum* todos os motivos que o fizeram chegar a determinada conclusão. Esse pronunciamento, feito por escrito na sentença (ou decisão liminar), nada mais é do que a tradução dessa análise judicial manifestada no contraditório proferido pelas partes.

Ainda, Ada Pellegrini ensina que o dever de fundamentação condiz com as garantias conquistadas pelo *due process* ao tratar sobre a garantia do contraditório e seu conteúdo.

[...] acompanhando a mudança de enfoque das garantias do “devido processo legal”, que se transmudou do individual para o

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 41.

social, a obrigação de motivar passou de garantia exclusiva das partes a garantia do exercício de jurisdição, assumindo, assim, dimensão política, que transcende o âmbito tecnicista do processo¹⁰⁴.

Nesse diapasão, possui, o contraditório, dupla destinação.

Primeiramente, ao juiz, que deve cooperar para a qualidade da decisão que tomará por meio da condução do processo, de modo a dar mais segurança para seu julgado.

Por segundo, é por intermédio da participação das partes na lide que o contraditório se manifestará, sendo suas atitudes essenciais para a concretização do devido processo legal. Essa participação é representada pelo contraditório efetivo.

O contraditório efetivo está previsto no Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 7º, que demanda a cooperação do juiz e a participação das partes na contribuição da efetividade da prestação jurisdicional. Assim, o juiz deve, enquanto dirigente do processo, fazer e observar ele próprio o princípio do contraditório.

Essa responsabilidade recai ao juiz como decorrência do Estado Constitucional, que exige a justificação dos atos de poder para a realização plena da *accountability*. Por isso o juiz deve demonstrar, por meio da fundamentação, que as alegações aduzidas pelas partes, juntamente das provas produzidas nos autos efetivamente interferiram no seu convencimento.

De outra forma, o direito ao duplo grau previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição só será possível se houver a motivação adequada. A fundamentação, nesse sentido, se presta para que se delimite de forma clara e precisa os contornos do julgado publicado e apenas a partir do que foi exposto nas razões do decisório é que a parte poderá recorrer de forma eficaz.

É contra o que o juiz escreveu em seu julgamento que a parte interessada poderá solicitar nova análise de sua demanda. Uma decisão mal fundamentada não é uma decisão útil ao processo e não é condizente com o direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada, previsto no art. 93, IX da Constituição de 1988.

Claro é o pensamento de Ruy Coppola Junior acerca dessa última função da motivação:

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 34.

Estando as decisões, em regra, sujeitas a recursos, e sendo o mesmo um direito constitucionalmente assegurado, a parte sucumbente deve saber quais foram as razões pelas quais o juiz decidiu de determinada maneira, de forma que permita a correta e adequada impugnação recursal. Dessa forma, não basta que o juiz acolha ou rejeite uma pretensão deduzida em juízo, ou mesmo que o dispositivo seja acompanhado de motivação lacônica ou meramente referida a dispositivos legais pertinentes, vez que agir de tal forma, além de violar o dever de motivação, implica a inviabilização do direito de recorrer daquele que sucumbe. Recorrer é, *grosso modo*, impugnar; e por mais que se diga que se recorre do dispositivo, o fato é que este decorre da motivação anterior (do ponto de vista formal), e torna-se inviável a demonstração das razões pelas quais o magistrado equivocou-se (*error in procedendo* ou *error in iudicando*) sem que a decisão esteja por ele adequadamente fundamentada.¹⁰⁵

A constitucionalização do direito tratou de tornar a fundamentação uma garantia constitucional a ser utilizada no âmbito, tanto da jurisdição, quanto da administração.

É no art. 93, inc. IX da Constituição de 1988 que essa garantia está expressa, acompanhada de sanção pelo seu não cumprimento (prática incomum à estrutura constitucional).

A fundamentação age como um instrumento para a concretização do devido processo legal e transparece vários níveis de poder, das mais variadas espécies.

E isso que afirma Michel Troper, da *Université de Rouen*:

*[...] une décision particulière n'est pas le produit pur d'une volonté libre, mais qu'elle est déduite d'une norme juridique supérieure, la motivation masque plusieurs types ou plusieurs niveaux de pouvoir*¹⁰⁶.

Relembrando o que foi dito no segundo capítulo, devido processo legal é princípio fundamental do qual revelam-se os demais princípios direcionados ao

¹⁰⁵ COPPOLA JUNIOR, Ruy. **A motivação das decisões judiciais como fator de legitimação do processo em sua feição constitucional**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 94-95.

¹⁰⁶ TROPER, Michel. **Décisions Constitutionnelles**, in *Travaux du Centre Nationale de Recherches de Logique*. **La Motivation des décisions de Justice**. Bruxelles, 1978, p. 296.

processo e é a base na qual todos os outros princípios e garantias processuais se sustentam.

O dever de fundamentação dos atos judiciais é um exemplo dessas garantias. Emanam efeitos tanto em seu aspecto substancial, atingindo o direito material, quanto em seu aspecto processual. Abarca, portanto, direitos concernentes ao trinômio vida-liberdade-propriedade.

Nesse conjunto, a partir do momento em que compreendemos o processo como instrumento de racionalização do poder e uma forma de evitar o arbítrio, devem existir garantias essenciais para o alcance desse fim. Essa é a característica básica das garantias constitucionais de processo.

Aliás, é a esse ideal de processo que a expressão “devido processo legal” ou “processo justo” se refere, e a fundamentação das decisões judiciais, como será melhor analisado adiante, possui exatamente essa natureza: é uma regra que expressa uma garantia de processo constitucionalizada.

Devido a essas características, alguns autores consideram que a norma que trata da indispensabilidade da fundamentação das decisões judiciais, presente no artigo 93, inciso IX da Constituição de 1988, em realidade, não precisaria estar prevista qualquer documento, pois faz parte da própria essência do Estado Democrático de Direito.

Com uma visão parecida, Juan Bautista Lartirigoyen, da *Universidad San Martín de Porres e Inca Garcilaso de la Vega*, defende que as garantias processuais, mesmo que não previstas textualmente na Constituição, devem ser asseguradas pelo Estado devido ao princípio relacionado ao direito internacional *pro homine*.

Para o professor, todos possuem direito à tutela jurisdicional efetiva e tudo o que for possível para sua efetivação deve ser promovido pelo Estado Democrático de Direito. É uma das facetas presentes na concepção teleológica do processo. Nas palavras do autor:

[...] el principio pro actione constituye una manifestación, en el ámbito procesal del principio pro homine. “En efecto, si este último favorece a la persona y sus derechos tanto como al sistema de derechos en sentido y con alcance institucional, el principio pro actione se le adhiere para facilitar, hacer accesible y no obstruir el derecho a la tutela judicial efectiva. Todo ello en la medida en que el sistema de derechos demanda un adecuado

*y recíproco sistema garantista, más la legitimación holgada de quien a él acude en procura de justicia*¹⁰⁷.

No mesmo sentido Gerardo Cruz, ao tratar do entendimento presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional peruano, que reconheceu algumas garantias processuais em caso concreto, ainda que não presentes textualmente em sua Constituição, e as considerou uma consequência natural do devido processo legal:

*El TC también ha desarrollado, los derechos procesales implícitos, los cuales forman parte del debido proceso como son: El derecho al juez natural, al plazo razonable, al Ne bis in ídem, a la prueba y otros. Así ha establecido: “Ciertamente, el derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución*¹⁰⁸.

Acredita-se que o contexto político no qual a Constituição brasileira de 1988 foi promulgada exigiu excesso de zelo no que concerne às garantias fundamentais, daí o porquê de a nossa Constituição ser analítica.

Porém, em pensamento deveras especial, Karl Larenz¹⁰⁹ trabalha que o direito, além de expressar normas de comportamento, com a pretensão de ser válido e eficaz, é formado pelo conjunto de *momentos históricos* pelo qual passou a sociedade, que não deve jamais ser desconectado da *memória* e das *normas*, adaptando-se às necessidades do contexto em que se encontra.

¹⁰⁷ LARTIRIGOYEN, Juan Bautista Bardelli. **Los criterios de Interpretación de los Derechos Fundamentales previstos en la Constitución de 1993.** In CHÁVEZ, Iván Rodríguez (comp.). **La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma.** Lima – Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2013, p. 644.

¹⁰⁸ CRUZ, Gerardo Eto. **Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** In CHÁVEZ, Iván Rodríguez (comp.). **La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma.** Lima – Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2013, p. 569.

¹⁰⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 262-263.

Diz o autor que “quem quiser compreender o direito do presente no seu estágio atual, também tem que ter em vista seu devir histórico, bem como sua abertura face ao futuro”.

Partindo da premissa de Larenz, acreditamos que é imperiosa a previsão de todas as garantias inerentes ao devido processo legal no corpo constitucional, pois, ainda que tais garantias façam parte da essência do Estado Democrático de Direito, ao nos depararmos com a história do país e o contexto em que a Constituição vigente foi escrita, a previsão expressa dessa garantia jamais seria extraordinária.

Assim que, na transição de um Estado de Exceção para o Democrático, há uma necessidade histórica de se prever expressamente, no texto da norma fundamental, os direitos do homem e suas formas de garantia, isso para que se previna a insuficiente realização de tais direitos ou a não efetivação deles justificado pela falta de previsão constitucional.

A normatividade do texto constitucional, no sentido de se exigir sua concretização não pode encontrar mais obstáculos do que aqueles já existentes na máquina estatal atual.

O tema da fundamentação das decisões judiciais se reveste de magnitude ímpar, gerando diversos trabalhos doutrinários e artigos científicos.

Sua importância se dá, evidentemente, tanto de forma jurídica, quanto política, atrelando os princípios do devido processo legal e o democrático ao mesmo caminho.

Isso porque a fundamentação importa, de forma *extraprocessual*, por ter nítida ligação com os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, expressando a ampla exigência de controlabilidade da atividade dos órgãos do Estado.

E, de forma *endoprocessual*, visto seu desempenho no sentido de mostrar às partes a delimitação exata da coisa julgada e os pontos de sua preclusão.

Nesse sentido, quando se fala que o discurso jurídico é racional, dizemos que o discurso deve ser fundamentado de forma racional e clara, pois o juiz do Estado Constitucional é aquele que “presta contas”, característica surgida quando do rompimento com o Estado Absolutista e a evolução o Estado Liberal.

Para que se cumpra o objetivo político e atender às exigências da CF e da lei, a motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, mas decidiria diferentemente se outros fundamentos houvessem prevalecido – seja no exame das provas, seja na interpretação do sistema jurídico. Assim, demonstrará, de forma eficaz,

que a decisão tomada ao caso em questão era a melhor que juridicamente poderia prevalecer e não a que ele simplesmente quis. Era a decisão correta.

Com isso, é a obrigatoriedade e a publicidade de motivação que possibilitará o exercício eficaz do controle extraprocessual (*accountability*) da decisão e, por conseguinte, do processo.

A partir disso, podemos concluir que a violação da obrigatória fundamentação jurídica das decisões judiciais representará não apenas o desrespeito a uma regra constitucional, mas o próprio ideal de Estado Democrático de Direito, daí o porquê da necessidade de fundamentação adequada e completa de todos os atos judiciais, sendo vedado seu afastamento.

Nesse diapasão, a regra implícita de fundamentação já existia, assim como todos os outros princípios e garantias de direito processual provenientes do princípio do devido processo legal, pois é uma das manifestações do Estado Democrático de Direito, que é o Estado que se justifica à sociedade, sendo balizado por uma ordem jurídica a qual ele próprio se submete.

Consequente a isso, o Estado deve demonstrar as razões que considerou pertinentes ao intervir na vida das pessoas, explicando sua intromissão materialmente e fundamentadamente, sendo que este fundamento deve estar exposto e demonstrado de forma clara¹¹⁰.

O processo, enquanto destinatário dos atos e provas, deve ser resguardado e realizado de forma plena e racional para que os ideais constitucionais sejam concretizados.

3.2. A fundamentação jurídica e sua atuação na democratização do processo judicial

Expusemos o pensamento de Loewenstein no sentido de que a separação dos poderes e a possibilidade de controle dos atos de Poder, com limites previstos na norma constitucional, é característica impar para a configuração de um Estado Constitucional.

¹¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Em um sistema democrático, a possibilidade de controle dos atos de poder é essencial para a sua formação, impedindo que atores institucionais perpetuem atos arbitrários e sem possibilidade de correção.

Essa correção poderá ser feita, em relação aos atos do Parlamento e do Poder Executivo, por meio da condenação daquele que atuou de forma ilegítima, após o devido processo legal, com a possibilidade de sua retirada do cargo e pela troca de representantes em novas eleições. Em relação aos atos do Poder Judiciário, controla-se a atuação democrática do jurisdicionado por meio da análise da fundamentação jurídica do ato judicial que se quer anular, corrigindo-a, e pela possibilidade de representação contra o juiz que o proferiu, a depender do caso, para que lhes sejam aplicadas as devidas consequências.

O Poder jurisdicional é um dos poderes estatais decorrentes da soberania popular, presente nas Constituições. Por isso, o ato de fundamentar suas decisões proferidas uma das formas de *justificação* de seus atos de Poder e legitimação democrática dos mesmos, devido à possibilidade de controlabilidade e corretibilidade deles.

A fundamentação da decisão judicial é o ponto de maior importância para as partes, por ser referência para verificar se seus atos defensivos foram, de fato, respeitados, e para o próprio tribunal, ao trabalhar a uniformização de sua jurisprudência. Afinal, a causa de pedir qualifica o pedido e a *ratio decidendi* qualifica o *decisum*¹¹¹.

Convém, sempre, advertir acerca de sua importância no contexto do Estado Democrático de Direito, quando pensamos na fundamentação das decisões judiciais como forma de *contraprestação* ou *controle* social das decisões do juiz. É essa a principal função do instituto para o direito constitucional, por isso a importância de sua previsão expressa no texto da Carta Maior.

Porém, a forma como esse controle é exercido no Judiciário se difere do modo como ele opera dentro dos outros Poderes.

É bem sabido que, no Brasil, os juízes e os Ministros do Supremo Tribunal Federal não possuem *representatividade* democrática, visto não terem sido eleitos pelo povo em escrutínio, tal como o são os parlamentares e os chefes do Poder Executivo,

¹¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.238.

o que não significa não serem detentores de Poder, com subordinação aos princípios democráticos ou cobertos pela responsabilidade política.

Assim, a previsão da adequada fundamentação das decisões judiciais e a pena de nulidade das decisões que não a oferecerem foram as formas com as quais a Constituição se municiou para que fossem concretizados os princípios democráticos na esfera do processo judicial, e, por conseguinte, a *accountability* do jurisdicionado, momento em que a sociedade poderá verificar a legitimidade do processo judicial.

Ou seja, sem a característica da representatividade (tal qual aqueles que possuem cargo com mandato eletivo), e com a detenção de Poder jurisdicional (que é pertencente ao Estado), é a *accountability* atua como elemento democratizante do processo judicial em todos os graus de jurisdição.

Novamente, a fundamentação possui esta característica extraprocessual, a de atuar como forma de realização de *accountability* do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes e à sociedade.

A atividade jurisdicional não extrai a sua legitimidade da escolha popular. A atividade jurisdicional extrai sua legitimidade de seu exercício *procedimentalizado*, da participação efetiva das partes no processo, e da juridicidade e *racionalidade* das decisões ao final proferidas. Racionalidade depende *sempre*, da demonstração de que as decisões estão fundadas nas normas jurídicas que regem a sociedade e nos fatos devidamente provados pelas partes mediante o exercício do contraditório e da ampla defesa. A motivação das decisões judiciais, destarte, é elemento indispensável para a legitimação da atividade jurisdicional¹¹².

No mesmo sentido, se sobressai o pensamento esboçado por Pedro Castro, da *Universidad Nacional Mayor de San Marcos* e da *Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, ao refletir acerca das lições de Rousseau sobre a existência de mandato aos detentores do poder jurisdicional.

O pensamento é o seguinte:

¹¹² DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: Necessária proteção da segurança jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 108.

[...] un mandato corto podría hacer depender a los jueces de la evaluación del juego electoral y propiciar una composición de los Tribunales similar a la de los órganos titulares del poder de nominación; los cambios frecuentes de jueces tienden a frenar la construcción y la gestión de las jurisprudencias, y en consecuencia menoscabar la autoridad de los jueces. Por otro lado, un mandato demasiado largo y más aún si es vitalicio puede conducir a los Tribunales a distanciarse de la evolución seguida por la sociedad¹¹³.

De tal modo, é a fundamentação que permitirá um controle em relação aos fatos, em relação ao Direito e o controle interno e externo da decisão judicial, fórmula inerente ao princípio aqui estudado.

Os valores presentes no Estado Democrático de Direito devem acompanhar toda e qualquer decisão judicial no processo, estando presentes na demonstração de seu convencimento de forma racional, fundado nos elementos constantes dos autos e motivado de forma completa. E é a fundamentação que dará a racionalidade à decisão, tornando-a passível de controle, legitimando o convencimento do juiz e sua escolha na aplicação das normas ao caso concreto.

Deve-se ter em mente que a decisão judicial é fruto de um raciocínio lógico e jurídico feito pelo magistrado. Serão considerados os fatos trazidos nos autos e o direito correspondente à situação, com a apresentação das normas que serão aplicadas, considerando os argumentos jurídicos levantados pelas partes e as questões (pontos controvertidos) elevadas a debate.

Dessa forma, na decisão devem constar o relatório e a motivação em sentido estrito (sem contar o dispositivo, quando se tratar de decisão definitiva), sendo considerados elementos essenciais da sentença, cuja ausência resultará na nulidade do ato, que está prevista na própria Constituição da República.

Assim, é necessário estar expresso no relatório a síntese do processo, devendo constar os fatos e todas as razões de direito alegados pelas partes nos autos. É a chamada “história relevante do processo”. Ou seja, são as referências às partes, às causas de pedir, ao pedido e às razões de defesa. Em outras palavras, é por meio do

¹¹³ CASTRO, Pedro P. Grández. **La Configuración Orgánica del Tribunal Constitucional..** In CHÁVEZ, Iván Rodríguez (comp.). **La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma.** Lima – Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2013, p. 201.

relatório que o juiz demonstra que de fato apreciou o processo em sua integridade da forma como lhe foi apresentado.

Na motivação estará a análise das questões suscitadas (de fato e de direito, apresentadas por *ambas* as partes, detalhe de suma importância), referindo-se ao material de conhecimento trazido no relatório. Aqui, o juiz deverá apontar todos os motivos que o levou a decidir de determinada forma, o porquê de ter considerado determinado argumento e não outro, justificando seu convencimento perante as partes, perante o Tribunal e perante a sociedade.

A justificação racional torna a sentença compreensível para tantos quanto a lerem.

A motivação da sentença tem, por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que legitimou o decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição; mostra à parte sucumbente que a decisão não é fruto da sorte ou acaso, mas de atuação da lei; permite o controle crítico da sentença, possibilitando o dimensionamento da vontade do juiz e a verificação dos limites objetivos do julgado.¹¹⁴

Esses elementos da decisão (relatório e fundamentação em sentido estrito) são necessários pois a motivação só alcançará sua finalidade de controle democrático do exercício da jurisdição se fornecer *todos* os meios para que, de forma extraprocessual, haja compreensão das razões da decisão por todos que a lerem.

Dá a necessidade de que seja completa, de forma a abordar todos os fatos e direitos relativos às questões trazidas no processo.

A garantia de *controle* e de *previsibilidade* das decisões judiciais nos tribunais e na justiça de primeiro grau estão estritamente associadas à motivação coerente do *decisum*, que deverá ser embasado no tripé há muito reconhecido no Brasil, que é construído pelas *normas jurídicas* (que, para a doutrina atual, englobam as leis – regras – e os princípios jurídicos), *doutrina* e *jurisprudência*. Nesse tripé o julgador encontra os parâmetros a serem utilizados quando da utilização de sua criatividade (enquanto discricionariedade limitada).

Portanto, o raciocínio do juiz partirá do fato que lhe é apresentado enquanto problema a ser solucionado, devendo ele construir uma solução normativa a partir de

¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 13ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 799.

elementos do sistema jurídico. Essa atitude de *criar o direito*¹¹⁵ (bem entre aspas) é solicitada ao magistrado ao se deparar com casos de resolução difícil, cuja resposta não se encontra clara na simples aplicação da lei, não é uma “simples” subsunção que trará a resposta correta ao caso.

Esse pensamento é compartilhado por Rodrigo Ramina de Lucca:

É sabido que ao juiz não compete simplesmente *declarar a lei*. Antes, de tudo, o juiz *interpreta* o Direito e, então, extrai a solução do caso concreto. Isso não significa que a jurisprudência desenvolva um papel de *criação* jurídica, mas sim que: (a) toda produção linguística está sujeita à interpretação de seu destinatário, (b) o Direito é um fenômeno social e, como tal, acompanha as transformações e evoluções da sociedade, levando a interpretações diversas do mesmo texto normativo em diferentes contextos temporais ou espaciais, e (c) o Direito não é formado apenas pelas leis¹¹⁶.

A razão para papel tão importante do Judiciário é justamente o fato de que esses casos difíceis estão cada vez mais presentes na sociedade a partir da evolução dos direitos fundamentais, englobando os direitos sociais, que não estavam presentes nas Constituições do século XIX. É aquela “hipercomplexificação” da qual já falamos anteriormente.

O que não se pode admitir, contudo, é que, sob pretexto de que uma questão tenha configuração política, seja o Poder Judiciário impedido de conhecê-la por ato legislativo ou executivo. Tal constituiria, por certo, quebra da independência e da autonomia entre os poderes estatais, além de afrontosa violação da intocável prerrogativa constitucional da Justiça para declarar o direito aplicável, ou seja, para dizer em cada caso concreto o

¹¹⁵ A expressão *criar o direito* está em itálico, pois, como será exposto ao longo do estudo, não acreditamos que o juiz tem o poder de criar o direito, mas apenas interpretará as normas existentes no ordenamento jurídico, dando a elas sentido concreto de forma adequada à lide a ele posta a desafio.

Não é que ele *crie o direito*, pois seria tirar algo do nada, o juiz, ao contrário, tem uma função muito mais nobre que essa, ele aplicará o direito, dando-lhe sentido e possibilitando a efetivação da paz social. Portanto, o juiz possui um papel fundamental no Estado contemporâneo: efetivar direitos fundamentais de alguma forma negados aos indivíduos.

¹¹⁶ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: Necessária proteção da segurança jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 47

que é uma “questão política”, e, de conseguinte, afirmar a sua própria competência cognitiva acerca dos dissídios individuais e coletivos com vistas à prestação da tutela jurisdicional. Qualquer tentativa por parte do Legislativo ou do Executivo de excluir ou dificultar a oferta da jurisdição constitui, a um só tempo, violência contra um dos Poderes orgânicos do Estado e a vulneração do direito constitucional de se postular em juízo, ou seja, do direito de ação e ao devido processo legal.¹¹⁷

Streck aponta que esse dever de fundamentação atua em conjunto do princípio democrático na direção da concretização da Constituição na medida em que:

[...] é possível discutir a aplicação do direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico-interpretativo, isto porque o dever de fundamentar significa uma blindagem contra historicismos e a-historicidades. Com efeito, a historicidade da compreensão se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões e, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.¹¹⁸

De forma oportuna, Tiago Figueiredo Gonçalves expõe, com louvor, o posicionamento aqui estudado quando conclui:

Observa-se, pois, que a obrigatoriedade da motivação das decisões se consubstancia ao mesmo tempo em instrumento garantidor da legalidade e da legitimidade da decisão. Assim, o juiz que motiva as decisões que profere vela pela preservação e assegurar de valores supremos da ordem jurídica, pois, se de um lado a motivação, ao servir de instrumento garantidor da legalidade, preserva o valor *segurança jurídica*, de outro lado, ao engendrar legitimidade à decisão, [...] preserva o valor *justiça*¹¹⁹.

Por todo o exposto, ficou elucidado que apenas com a possibilidade de controle (*accountability*) dos atos decisórios judiciais, por meio da análise da fundamentação do

¹¹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 270-271.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 614.

¹¹⁹ GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003, *, 75,

decisum é que se estará respeitando o Estado Constitucional, que tem como pilar o respeito às normas constitucionais.

É o que afirma Loewenstein:

[...] el constitucionalismo no es solamente un gobierno con una base de estado de derecho, sino que significa un gobierno responsable. Un gobierno se puede considerar como responsable cuando el ejercicio del poder político está distribuido y controlado entre diversos detentadores del poder. Las técnicas del control en su totalidad están ancladas en la constitución. La supremacía de la constitución es el remate de un sistema integral de controles políticos¹²⁰.

Dentre as normas fundamentais da Constituição de 1988, citamos o artigo 93, inc. IX, que expõe o dever de fundamentação adequada das decisões judiciais. Logo, a efetivação dessa regra é basilar para a concretização do devido processo legal, de acordo com o conteúdo do conceito de Estado Democrático de Direito. Sendo essencial, portanto, para a legitimação do ato judicial e, por conseguinte, o reconhecimento do princípio democrático no processo judicial, a realização de uma motivação racional e completa.

Não se pode mais aceitar que um magistrado não justifique seus atos de maneira adequada e nem que sua atuação não contenha parâmetros legais reais e claros. A construção de uma teoria da decisão se tornou imprescindível para o direito atual, de forma a adequar-se às necessidades do Judiciário brasileiro, estudo que cabe aos processualistas, que deverão observar o espírito constitucional presente no país. A decisão deve ter fundamentação ancorada no direito e não nas nuvens.

¹²⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 71.

4. A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O instituto da fundamentação das decisões judiciais, como foi dito, é uma garantia prevista na Constituição brasileira de 1988, no artigo 93, inc. IX, e, portanto, deve ser lida pelos olhos desse documento.

Porém, uma abordagem processual se faz útil para a demonstração de que, com a constitucionalização dos ramos do direito, o processo passou a ser interpretado a partir dessas garantias, que estão contidas no conceito de devido processo legal, abrangendo tanto o modo de atuação das partes no processo, quanto do juiz, que deverão agir em *cooperação* (prevista no Novo Código de Processo Civil) para a efetividade do acesso ao Judiciário e a realização de um processo justo, com ampla participação no feito.

Com a promulgação do Código de Processo Civil, em 2015, a fundamentação das decisões judiciais recebeu um tratamento especial, com previsão específica de sua realização no artigo 11 e, especialmente, no artigo 489 e seus parágrafos. É uma análise deste dispositivo, relacionado à Constituição, que versa esse capítulo.

Para esclarecer a relação entre nosso objeto de estudo (a fundamentação jurídica) e o meio pelo qual ela é demonstrada (decisão judicial), utilizamo-nos das lições de Ovídio Baptista¹²¹ sobre a principal forma de ato judicial: a sentença, afim de ilustrar como a fundamentação jurídica atuará.

O autor esclarece que apenas haverá *sentença* quando o juiz se pronunciar sobre o mérito da causa, encerrando controvérsia, acolhendo ou rejeitando o pedido da exordial, podendo ser parcial e produzindo coisa julgada. Após a sentença, aquela questão levantada não poderá mais ser objeto de discussão na mesma relação processual.

Assim, a sentença é marcada pela definitividade (caso contrário, será decisão interlocutória ou despacho) e, por isso, a fundamentação adequada atuará de forma urgente, tendo imprescindibilidade ímpar, podendo causar a nulidade, caso não corrigida (quando houver omissão, obscuridade, contradição ou, como trazido no

¹²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 20-24.

Código de 2015¹²², erro material, podendo ser sanados por Embargos de Declaração) ou a própria inexistência do ato (quando não tiver relação alguma a decisão com o que foi trazido pelos autos). Apenas com a sentença adequadamente fundamentada (idônea a produzir coisa julgada) é que se poderá afirmar que o direito foi plenamente satisfeito.

O novo código, em seu art. 11¹²³, traz a exigência de fundamentação adequada tanto para sentenças, quanto para decisões interlocutórias – que são espécies do gênero “decisão judicial”.

4.1. A renovação da fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil como meio para concretização do devido processo legal

Quando a Constituição vigente traz um dispositivo específico sobre algum assunto, tal qual o que foi feito no artigo 93, inc. IX, a mensagem passada é que tal norma não deve ser desrespeitada, pelo contrário, deve-se zelar pela sua efetivação sob pena de omissão inconstitucional ou ilegitimidade do ato.

Pela importância da norma constitucional, o novo código de processo civil trouxe o artigo 489 e seus parágrafos como forma de demonstrar a imprescindibilidade de seu respeito.

Os dois dispositivos relacionam-se pelo cordão do devido processo legal, trazendo uma maior responsabilidade ao tratarmos de jurisprudência dos tribunais superiores em relação às instâncias primárias e secundárias do Judiciário. Há uma maior responsabilidade política na utilização da fundamentação (completa) de seus Acórdãos devido à definitividade em sentido estrito de suas decisões. Resguardando a segurança jurídica e efetivando normas de outros dispositivos do novo código.

Utilizamo-nos do posicionamento exposto por Georges Abboud para corroborar o entendimento d’acima:

¹²² Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

¹²³ Art. 11. **Todos** os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

[...] as sentenças devem conter uma completa fundamentação; um *déficit* de fundamentação é, na realidade, um *déficit* de legitimação da atividade do Judiciário. No caso de decisões dos Tribunais Superiores, a obrigatoriedade de motivação adquire maior relevância, porquanto as cortes superiores, mormente a de índole constitucional, são os órgãos de fechamento do sistema jurídico, o Tribunal Constitucional é o porta-voz do pacto constitucional. Nas democracias pluralistas, a interpretação do texto constitucional significa, essencialmente, a exata determinação e declaração dos valores fundados no pluralismo, assim, entre eles ponderados e balanceados em juízo da Corte. Desse modo, a motivação é constitucionalmente obrigatória, porque é por meio dela que o balanceamento e a evolução histórica da interpretação constitucional podem ser compreendidos¹²⁴.

Os estudos que abordam a motivação das decisões judiciais, nos últimos anos, têm se proliferado pelas universidades e tribunais brasileiros.

Isso porque, desde a proposição do Projeto de Lei 8.046/10 (que trazia em seu bojo o projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro), o tratamento legal e doutrinário dado a esse instituto evoluiu e se aperfeiçoou.

A proposta delimitava, no artigo 476, do Projeto de Lei 8.046/10, alguns critérios e apontava situações fáticas nas quais uma sentença poderia ou não ser reconhecida como fundamentada.

Após algumas mudanças de numeração devido às tramitações no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, esse artigo não sofreu veto¹²⁵ e, após a sanção presidencial, em 16 de março de 2015, foi atualizada sua numeração, correspondendo, atualmente, ao artigo 489 do novo Código.

Atualmente nos parece perfeitamente claro adotar o conceito de motivação da decisão judicial como uma garantia, da forma como foi trabalhada nos capítulos acima.

¹²⁴ ABOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 379.

¹²⁵ Apesar do pedido formal feito pelas Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) no sentido de que a Presidente Dilma vetasse os parágrafos 1º, 2º e 3º do referido artigo 489. Ler matéria em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>

O Novo Código de Processo Civil nos demonstra expressamente sua importância ao clarificar alguns critérios para que se considere adequada a fundamentação – tratamento que no artigo 458 do Código de Processo Civil de 1973 era menos elucidativo, dando azo a situações absurdas e sentenças teratológicas, fantasiadas de legítimas por meio do discurso erístico de “discricionariedade” ou do “livre convencimento” do magistrado.

Como dito no item anterior, o Novo Código de Processo Civil inovou, e muito, o instituto da fundamentação das decisões judiciais que, no código de 1973, é tratado no artigo 458¹²⁶.

Em primeiro lugar, tornou a fundamentação **elemento** essencial da sentença, mudando a redação do Código de 1973, que a chamava de “requisito” e modificando, por conseguinte, o que se entendia por motivação completa e motivação deficiente.

A diferença entre os dois termos (elemento e requisito) é a sua localização em relação ao instituto de que tratam.

Assim, “requisitos” são características presentes em momento anterior à própria análise do objeto (ou seja, a sentença), já “elementos” é tudo o que o integra. A partir disso, requisito é tudo o que deve estar presente nos elementos da decisão, por exemplo, na fundamentação (elemento), deve estar inserida a análise acerca das questões de fato e de direito que integraram os autos (requisitos da fundamentação).

Por segundo, no parágrafo 1º, acrescentou um rol de situações nas quais uma decisão judicial não será considerada fundamentada.

Por terceiro, no parágrafo 2º, esclareceu (pois, ao que parece, não era sabido) que o juiz, ao se deparar com uma colisão entre normas jurídicas, deverá justificar de forma expressa os critérios gerais utilizados para a ponderação utilizada na solução do conflito.

Por fim, no parágrafo 3º, expressou-se a necessidade de uma interpretação conjugada da decisão, considerando todos seus elementos (o relatório, os fundamentos e o dispositivo) sendo considerado, nesse contexto, o princípio da boa-fé.

Assim, vejamos a redação do dispositivo em comento, com grifos nossos:

¹²⁶ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà 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.

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

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

É oportuno ressaltar que o rol trazido no §1º, do artigo 489, é exemplificativo, posição textualizada no Enunciado n. 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹²⁷.

¹²⁷ Enunciado n. 303: As hipóteses descritas nos incisos do §1º do artigo 499 [489] são exemplificativos.

Da mesma forma, a palavra “sentença”, que compõe o *caput* do artigo é empregada como sinônimo de *decisão*, sendo aplicável tanto a sentenças, quanto a decisões interlocutórias, decisões monocráticas proferidas no âmbito do Tribunal ou acórdãos.

Destrinchando o parágrafo 1º do artigo ora examinado, nos deparamos com situações práticas que o legislador decidiu por esclarecer não estarem de acordo com a fundamentação exigida pela Constituição da República e pela lei processual civil.

A primeira situação, do inciso I, trata da indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo sem correlacioná-lo à causa posta a julgamento ou à sua decisão. Trata-se de uma extensão do princípio da legalidade, previsto na Constituição da República.

Ela quer dizer que, sim, o juiz deve seguir a lei e decidir de acordo com os princípios jurídicos, porém, ao fazê-lo, deve demonstrar explicitamente a ligação existente entre o dispositivo citado e o caso que julga.

Dessa forma, a demonstração expressa dos argumentos fáticos coligados aos argumentos de direito no esclarecimento do convencimento do jurisdicionado é imprescindível para que se considere adequada a fundamentação.

A simples menção dos requisitos legais que se prestariam a fundamentar a sentença, sem, porém, iluminar o caminho percorrido pelo juiz até a conclusão que apresentou, não é eficaz e passível de reconhecimento constitucional. Isso porque tal caminho deve ser de conhecimento das partes e de qualquer um que ler a decisão, pois a lógica considerada e a justiça são relativas para cada pessoa. Cada um pode chegar a uma conclusão diferente. Essa atuação judicial não é justificar.

No inciso II, o legislador aponta à utilização de conceitos jurídicos indeterminados sem a devida explicação de sua incidência ao caso concreto.

Essa decisão (e as outras hipóteses trazidas no artigo 489) não é passível de controle, visto que o juiz utiliza como “manobra”, ou “estratégia”, municiar-se de conceitos de interpretação aberta para encaixar qualquer decisão que prefere tomar, fantasiando uma decisão arbitrária com uma fundamentação inadequada, pelo escudo da lacuna semântica. É a arbitrariedade travestida de discricionariedade. É uma afronta ao princípio democrático e debocha do Estado Constitucional.

Nesses casos, o juiz terá um encargo político muito maior de fundamentação da sua decisão, com a finalidade de que satisfaça as exigências do Estado Democrático de Direito. Assim, da mesma forma que a deficiência de fundamentação deslegitima a

decisão, a argumentação estratégica, sem significado, não esclarecedora, também incorrem para sua nulidade.

A utilização de conceitos indeterminados, como falamos anteriormente, é fruto da complexa representatividade existente no país. O pluralismo político levado às últimas consequências vai de encontro à possibilidade de atuação dos representantes no Congresso. Muitas ideologias, muitos interesses políticos, muitas barganhas a se fazer, muitos grupos querendo ser representados... A soma de tudo isso leva o Congresso Nacional e o Executivo a criar leis com conteúdo ambíguo ou omissivo, dando para o Judiciário a resolução do conflito que porventura surja.

Assim, tal “luxo” não é dado ao Judiciário. Não deve o juiz se utilizar desse tipo de conteúdo em sua decisão.

O que foi dito para o inciso anterior, em muito se relaciona com a limitação contida no inciso III. Prevê que a utilização de justificativas universais, que se encaixariam a qualquer outra decisão (o famoso “*control C-control V*”) não se encaixa no conceito de fundamentação. Pelo contrário, o que há é uma simulação de fundamentação, e isso é suficiente para que seja desconsiderada por inteiro.

A simulação de fundamentação é tão grave quanto a sua falta, porém, a depender do caso, sua corrigibilidade é possível, o que na falta não é possível, visto se tratar de inexistência de ato decisório.

O inciso IV, proíbe o não pronunciamento sobre todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Assim, a previsão do artigo 515, §§ 1º e 2º, do atual CPC¹²⁸ cai por terra, tornando-se prática ilegal e inconstitucional, exigindo dos magistrados o pronunciamento sobre todos os argumentos trazidos nos autos, tanto do autor, quanto do réu, de modo que sua fundamentação jurídica seja completa.

Esse dispositivo em tudo concerne ao contraditório efetivo, visto que, apenas com o pronunciamento acerca de todos os argumentos trazidos pelas partes é que aquele que sucumbir poderá recorrer de forma completa. Por isso deverá o juiz se pronunciar sobre os argumentos trazidos por ambas as partes, seja tratar-se de uma sentença denegatória, seja de procedência, isso clarificará a compreensão do direito

¹²⁸ Art. 515 [...] § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

pelas partes e permitirá a correta realização do acesso à justiça. Os argumentos da parte vencedora e da parte sucumbente possuem a mesma importância para o processo, destinatário das provas e objeto de proteção das garantias constitucionais.

Porém, e de novo, dizer que o juiz deve se pronunciar sobre todos os argumentos trazidos nos autos não significa que ele deve se pronunciar sobre toda a *argumentação* apresentada pelas partes. Significa, sim, que deve se pronunciar sobre todas as questões (que são os pontos controvertidos) que as partes trouxeram aos autos.

Ou seja, aqueles pontos relevantes e essenciais para que a decisão seja adotada pelo juiz, não importando se a é proferida por juiz de primeira ou segunda instância de julgamento, a qualidade e sofisticação da fundamentação deve ser a mesma para todas as instâncias.

O inciso V, prevê que a inadequação da indicação de precedentes ou enunciado de súmula sem a devida demonstração de adequação ao que consta nos autos. Tais hipóteses tratam da chamada “fundamentação *per relationem*”, há muito rejeitada pela doutrina como legítima por não satisfazer a finalidade do processo, apagando a qualidade da decisão.

A fundamentação que se quer evitar com essas previsões é a fundamentação aparente ou implícita, que não dá integridade e coerência ao Direito.

Faz-se, portanto, necessária, além da demonstração, na decisão, da relação existente entre a súmula e/ou o precedente invocado com os fatos e argumentos que foram apresentados ao juiz nos autos pelas partes, a demonstração de porquê se acolheu um argumento e não o outro, a justifica de ter tomado tal decisão, e não outra.

O sentido disso é que a decisão deve valer e ser útil tanto para a parte vencedora quanto para a parte sucumbente (possibilitando, por conseguinte, o controle e revisão da decisão – que é a característica da recorribilidade).

Por último, o inciso VI veda a injustificada inaplicação de precedente, súmula ou jurisprudência sem que se demonstre a distinguibilidade do caso ao enunciado ou a superação do entendimento outrora adotado.

Acerca da importância do respeito aos precedentes judiciais, A. B. Rubin afirma:

Les précédents (la jurisprudence) constituent, bien sûr, une importante garantie; ils favorisent la continuité et stimule la confiance. [...] Bien que les précédents ne soient pas revêtus d'une autorité absolue, les autres branches du gouvernement et la masse des citoyens doivent pouvoir vivre sans avoir à craindre

*chaque jour que le droit fasse comme le mercure ou que les jugements individuels soient aussi peut susceptible d'être prédits qu'un coup de dés ou que les caprices du juge de demain. A travers les précédents, le tribunaux bénéficient les leçons de l'expérience d'hier.*¹²⁹

Com a análise de cada uma das hipóteses trazidas no artigo 489 do novo código, podemos afirmar, com segurança e legitimidade, que o legislador quis proteger o efetivo contraditório¹³⁰¹³¹, derivado da constitucionalização do processo civil, relacionando-o diretamente à fundamentação como garantia processual. Sendo, com isso, efetivado o *due process*.

Foi evidenciado que a revelação, na decisão, de que o juiz participou efetivamente da troca de argumentos e analisou de forma legítima cada uma das questões, relacionando-as com os fatos concretos, configura a realização da verdadeira prestação jurisdicional, permitindo o real acesso à justiça, ao devido processo legal, e promovendo a *accountability* exigida no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Dimitri Dimoulis:

Ora, se não há dúvida que o julgador pode examinar a legalidade/constitucionalidade de um fato/norma, é também evidente que possui o ônus de fundamentar sua decisão mediante argumentação específica e exaustiva, não sendo suficientes as remissões genéricas a argumentos morais, de cunho subjetivo. O mesmo vale para argumento que têm como único fundamento princípios de direito que, por serem excessivamente genéricos, abrangem uma ampla gama de possibilidades decisórias e necessariamente colidem com outros

¹²⁹ Travaux de L'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. **L'interprétation par le juge des règles écrites** (Journées Louisianaises de la Nouvelle-Orléans et Baton Rouge). Tome XXIX, 1978: Economica, 1980, p. 216.

¹³⁰ O efetivo contraditório é a participação e cooperação no processo de modo a contribuir para a satisfação do direito e demonstrando, pela fundamentação, as razões que levaram o intérprete para o resultado escolhido.

¹³¹ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar **pelo efetivo contraditório**.

princípios, de forma que raramente oferecem uma base suficientemente sólida para a decisão¹³².

Ora, se a cisão dos fundamentos da sentença em tópicos correspondentes à solução dada a cada questão pertinente ao julgamento é reconhecidamente aceita na doutrina brasileira¹³³, cada um desses capítulos de sentença seriam soluções dadas às questões originadas ao longo do processo. Por isso a fundamentação adequada da decisão judicial é necessária para a efetivação do devido processo legal, evitando-se omissões ilegítimas e possibilitando o contraditório efetivo.

4.2. A fundamentação adequada como forma de legitimação da subjetividade do magistrado

Com o engrandecimento da subjetividade do magistrado, fruto de lacuna ou ambiguidade legislativa, uma imprevisibilidade e dificuldade de controle das decisões judiciais surgiu, a ponto de se afirmar que o Brasil não possui precedentes, e, sim, jurisprudência¹³⁴.

Machado de Assis já trazia em uma crônica¹³⁵ que um discurso que cabe a todas as situações é sempre a melhor retórica para uma vida socialmente popular. É

¹³² DIMOULIS, Dimitri, **Além do ativismo e do minimalismo judicial**. In FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 266.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. 5ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 23. Nele, o autor transcreve trechos de Carnelutti, nos quais defende que capítulo de sentença é a resolução de uma questão referente a uma lide.

¹³⁴ Streck, por exemplo, em palestra apresentada em 05 de outubro de 2015 no auditório do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sobre o tema “Recursos repetitivos e o novo CPC”, afirma categoricamente que além de o Brasil possuir apenas jurisprudência, há uma gama de provimentos vinculantes, como, por exemplo, as Súmulas Vinculantes. O instituto de precedentes vinculantes, para o professor, seria pura lenda em *terrae brasilis*.

¹³⁵ Faz-se uma lei, executa-se, não produz efeito, subsiste o mal. Eis aí uma questão que pode aguçar as curiosidades vadias, dar ensejo a um inquérito pedantesco, a uma coleta fastidiosa de documentos e observações, análise das causas prováveis, causas certas, causas possíveis, um estudo infinito das aptidões do sujeito reformado, da natureza do mal, da manipulação do remédio, das circunstâncias da aplicação; matéria, enfim, para todo um andaime de palavras, conceitos e desvarios. Tu poupas aos teus semelhantes todo esse imenso aranzel, tu dizes simplesmente: *Antes das leis, reformemos os costumes!* - E esta frase sintética, transparente, límpida, tirada ao pecúlio comum, resolve mais depressa o problema, entra pelos espíritos como um jorro súbito de sol. (Machado de Assis, **A Teoria do Medalhão**).

semelhante àquele discurso erístico, também ensinado por Shopenhauer¹³⁶, no qual vence-se um debate por artifícios psicológicos e belicosos e não necessariamente pelos melhores argumentos.

O direito não funciona dessa forma, a fundamentação a ser utilizada nas decisões judiciais deve conter os correspondentes regramentos para os princípios que mais lhe representem, acompanhados de uma jurisprudência que condiga com o caso concreto sobre o qual o debate é realizado. Isso porque seu destinatário primário são as partes do processo.

Nelson Nery¹³⁷ sustenta que fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. Tendo uma implicação substancial (não apenas formal) no processo, sendo, portanto, exigida em toda e qualquer decisão do Poder Judiciário.

O dever de motivação das decisões judiciais é fundamental no Estado Democrático de Direito, isso porque ele é o Estado que exige a justificação expressa das condutas de Poder, *accountability*, evidenciando sua racionalidade e legitimidade. Essa justificação expressa é o meio pelo qual a responsabilidade política dos juízes é praticada.

Assim, é apenas a fundamentação completa que tornará legítimos os atos decisórios dentro do processo, havendo uma linha vital entre os capítulos da decisão e as questões discutidas nos autos. Ela dará legitimação à subjetividade do juiz, objetivando seu pensamento, e democratizará a atuação do Judiciário, em todos os seus graus, permitindo a *accountability* de seus atos.

É nessa perspectiva que a Constituição de 1988, no art. 93, inc. IX, previu, para as decisões inadequadamente fundamentadas a pena de nulidade. Ou seja, a falta de motivação é um ato tão grave e incongruente com o Estado Democrático de Direito que, apesar de a Constituição brasileira dificilmente conter, de forma geral, norma sancionadora, nesse caso, a sanção é expressa e evidente¹³⁸.

¹³⁶ SHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem ter razão**. Rio de Janeiro: Top Books, 1997.

¹³⁷ NERY, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10ª ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 291.

¹³⁸ Nesse sentido, NERY, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10ª ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 297.

Dáí decorre o problema da coletivização das decisões jurídicas e políticas: o surgimento de segmentos sociais tornou a sociedade dinâmica e instável, fazendo desaparecer aos poucos o interesse individual, dando lugar ao interesse de grupos integrantes da mesma sociedade, que são, por vezes, conflitantes. A esquemática jurídica, aqui, não é silogística.

É nesse contexto de incapacidade das leis que os princípios se tornam elemento importante para a decisão dos casos difíceis, ocasionando o reconhecimento da discricionariedade judicial como forma de realização de direitos fundamentais em situações não abrangidas legalmente, o que levou a um alto grau de autonomia do Direito, conquistado ao longo do Estado Democrático de Direito.

É isso que Lenio Streck¹³⁹ e Gerardo Cruz¹⁴⁰ chamam de *revolução copernicana* da ciência jurídica.

Essa supervalorização dos princípios fez com que a motivação das decisões judiciais adquirisse importância jamais vista em qualquer momento histórico do Direito. Isso é plenamente visível ao lermos as previsões referentes à matéria na Constituição da República de 1988 e no Código de Processo Civil recém aprovado (de 2015).

Quando a sentença for desprovida de fundamentação, a nosso ver, e concordando com o posicionamento de Taruffo, esboçado no Brasil por Lenio Streck, uma decisão não fundamentada equivale à *negativa de prestação jurisdicional* e não é possível ser convalidada.

Sua correção é impossível, visto se tratar de inexistência de ato jurisdicional. Assim, sendo considerado verdadeiro cerceamento de defesa, uma vez não fundamentada a decisão judicial, seja ela interlocutória ou definitiva, fica a parte concretamente obstada de discutir a justiça ou legalidade da decisão, suprimindo seu direito ao duplo grau, e isso fere de morte o princípio do devido processo legal e todas as garantias dele supervenientes. Faltaria a ela o *conteúdo mínimo de legitimidade*:

[...] la misma [a sentença] no sólo debe tomar en consideración los requisitos necesarios para que la motivación sea idónea para

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

¹⁴⁰ CRUZ, Gerardo Eto. **Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, palestra apresentada no Seminario Internacional “La protección constitucional e internacional de los derechos humanos”, no Hotel Plaza del Bosque de la ciudad de Lima, 19 a 21 de abril de 2010. Artigo disponível em CHÁVEZ, Iván Rodríguez (comp.). **La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma**. Lima – Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2013, p. 552.

explicar la función que le otorgan las normas ordinarias, sino también las condiciones que deben satisfacerse para que la motivación responda a las exigencias en las que se inspira la norma constitucional. Ello equivale a afirmar que debemos tener esto en consideración al definir el “contenido mínimo” necesario para que la motivación pueda considerarse adecuada.¹⁴¹

A partir da interpretação sistemática das garantias de processo constitucionalizadas e a leitura do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, a fundamentação apenas poderá ser considerada existente caso seja completa, só assim ela será uma decisão adequada.

Essa conclusão condiz com o direito fundamental de se obter uma resposta constitucionalmente adequada, como muito bem apontou Streck¹⁴².

Essa é a tendência do constitucionalismo contemporâneo, as meias respostas não são mais aceitas como constitucionais e a necessidade de efetivação da *accountability* das decisões do Poder Judiciário é mais imperativa do que nunca.

Taruffo afirma que a falta de motivação gera duas consequências, além de evidente incoerência com o sistema democrático contemporâneo.

Primeiramente, a falta de motivação levaria à possibilidade de haver casos em que não se possa nem mesmo determinar o *quantum iudicatum*¹⁴³.

Além disso, a falta de fundamentação levaria à inexistência de contagem de prazo, pelo fato de a própria sentença ser inexistente. Assim, o prazo da ação autônoma de impugnação da sentença é inatingível. Demais, tornar-se-ia imutável, pelo esvaziamento da possibilidade de correção

Em suma, a fundamentação é um dever fundamental do Juiz e uma garantia fundamental do postulante. Ela atende ao interesse público, atuando como uma forma de limitação dos atos judiciais e de democratização das decisões. Ou seja, é uma ferramenta surgida no Estado Democrático de Direito e um dos seus pilares. Quando o juiz decide (judicialmente falando), deve fazê-lo a partir do Direito.

¹⁴¹ TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 361.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 615.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 390.

Evidentemente a decisão não é um ato puramente subsuntivo, como pretendiam no Estado de Direito puro, fazendo do juiz mero robô repetidor de textos jurídicos ou famoso carimbador maluco. Porém, da mesma forma, a decisão tampouco pode ser um ato arbitrário.

Congruente com essa premissa estão Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci para quem o dever de motivação está inserido na órbita dos direitos fundamentais, sendo pressuposto do direito de defesa e da imparcialidade e independência do juiz. Os autores concluem que a previsão de motivação dos atos judiciais encontra-se inserida no rol de cláusulas pétreas.

Como foi dito, o dever de fundamentação tem seu pilar no art. 93, IX da CF e dispõe que é imprescindível que toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, ou seja, justificada e explicada pela autoridade judicial que a proferiu a fim de que sejam inteligíveis as suas razões de decidir e que se realize a transparência da atividade judiciária por meio de sua publicação.

A partir do exposto, podemos afirmar que a motivação deve ser clara, completa e linear¹⁴⁴.

A fundamentação deficiente equivale à falta de fundamentação, acarretando a inexistência da decisão judicial. Dessa forma, nela devem estar inseridas as indicações dos elementos de fato, suas valorações, a apreciação da aplicação das normas de direito material que compreendem a pretensão levada a juízo ou a determinação de medida antecipatória. Sendo concernente a qualquer tipo de decisão, seja definitiva ou interlocutória, e em qualquer grau de jurisdição.

A boa fundamentação é necessária pois os atos do juiz são atos contentores de responsabilidade política, responsabilidade fruto das vicissitudes do Estado Democrático de Direito e da efetivação dos princípios democráticos.

Pensando nisso é que o bom fundamentador não deve decidir conforme seus humores, pendores, desejos, crenças, etc, ele não deve ancorar seus fundamentos nas nuvens.

Isso porque a fundamentação deve ser a ligação entre a função do juiz e a adequada prestação jurisdicional, apenas com ela poderemos concluir que o acesso à justiça foi concretizado.

¹⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 335.

Afinal, apenas possibilitar o ajuizamento de ação não é a realização da justiça e nem da inafastabilidade do judiciário, mas, sim, a conclusão, ao final do processo, de que ele foi adequadamente acompanhado e analisado pelo julgador.

Isso só é possível pela completa fundamentação. Dessa forma, o fundamentador coerente decide por princípios jurídicos e com base no texto legal e não por políticas, por sentimentos, por ética ou por moral(ismos).

Tucci ressalta que, com a elevação da necessidade de motivação das decisões judiciais a garantia constitucional, observar-se-ão duas questões: a) quais pronunciamentos devem ser motivados; b) qual a natureza da nulidade expressamente cominada em caso de infringência.

Todos os pronunciamentos jurisdicionais de caráter decisório devem ser devidamente fundamentados sob pena de nulidade, ou, pior, sob pena de inexistência. Sendo essa nulidade de natureza absoluta.

Streck afirma que a adequada fundamentação é a que atua como justificativa verdadeira no Estado Constitucional:

[...] as possibilidades de controlar democraticamente as decisões dos juízes (que transitam no terreno do contramajoritarismo) residem precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. E esse dever de fundamentar as decisões não é meramente teleológico; é, também e fundamentalmente, um dever de esclarecimento acerca do estado do estado da arte do processo sob apreciação; é uma *accountability* permanente. Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão, como, aliás, é posição assumida pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos. Afinal, se o Estado Democrático de Direito representa a conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, a detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de *accountability*.¹⁴⁵

A nosso ver, como dissemos, todos os pronunciamentos judiciais devem ser adequadamente fundamentados sob pena de lhes faltar o requisito mínimo de existência.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 615.

O entendimento de que a fundamentação pode ser concisa ou versar apenas sobre os fundamentos da parte vencedora há muito não condiz com os princípios inerentes ao constitucionalismo.

A nulidade é compatível apenas com relação aos vícios sanáveis do processo, no caso, a *falta* de fundamentação é um vício insanável por inexistência do objeto.

Michele Taruffo¹⁴⁶ ensina que a motivação dos atos judiciais, para ser adequada, deve abranger: a) uma interpretação das normas a serem aplicadas ao caso em análise; b) a evidenciação dos fatos trazidos nos autos; c) a qualificação jurídica desses fatos analisados, com as normas que o abrangem; e, d) a declaração das consequências jurídicas que decorrerão da decisão. Caso contrário, carece de plenitude, sendo, portanto, insuficiente.

De qualquer forma, não se deve confundir a obrigatoriedade de o juiz pronunciar-se sobre todos os fundamentos de fato e de direito com toda a argumentação trazida na sentença.

Assim, dispensando-se miudezas e recusando-se digressões sobre pontos marginais e irrelevantes para a resolução mais correta, é necessário que o essencial seja objeto tratado na motivação.

Não motivada será a decisão que se omita sobre pontos de fato ou de direito cujo exame poderia conduzir a julgamento diferente daquele pelo qual houver optado pelo juiz.

Logo, a inteireza da fundamentação da decisão será um requisito verificável durante a análise do caso concreto, podendo sofrer variação a depender das consequências e pormenoridades enfrentadas em cada ação.

Wambier expõe o entendimento que possuem alguns autores de que a fundamentação da sentença deve abranger todas as alegações feitas pelas partes no curso do feito para que elas sejam expressamente acolhidas ou repelidas. Para esses autores, os critérios utilizados para se considerar fundamentada uma sentença de primeiro grau não seriam os mesmos que consideram como fundamentada um acórdão, devido à sua recorribilidade. Isso porque os acórdãos estão sujeitos a recursos excepcionais, cujo efeito devolutivo é desprovido de dimensão vertical. Assim sendo, existiriam diferenças entre a decisão com fundamentação *completa* e a decisão *suficientemente fundamentada*. Uma decisão, para ser completa deve necessariamente

¹⁴⁶ TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 381.

ser fundamentada, porém uma decisão suficientemente fundamentada não precisaria ser completa.

Com relação à possibilidade de fundamentar-se a decisão de forma concisa (a nosso ver, incompleta), que é (era) prevista no artigo 515 do Código de Processo Civil de 1973, permitindo-se a manifestação exclusivamente sobre uma das causas de pedir ao julgar a ação procedente, e a manifestar-se sobre apenas uma das razões de defesa, ao julgar a ação improcedente, podemos rechaçar sua aplicabilidade por inconstitucionalidade gritante.

Tanto absurdo que era, que sua previsão foi retirada do Código de Processo Civil de 2015.

O seu reconhecimento fere de morte toda a lógica jurídica do sistema democrático e desqualifica todas as garantias processuais inerentes ao devido processo legal.

Nesse sentido, questiona Leonard Schmitz, em dissertação de Mestrado

Se a parte sucumbente deve recorrer da decisão, isto é, apontar seus equívocos, como isso pode ser feito adequadamente se nem mesmo a decisão refutou expressamente os argumentos de quem tem interesse recursal? Essa situação redundante em uma prática muito comum no cotidiano forense: os recursos cujo conteúdo é praticamente a transcrição de uma peça processual já apresentada anteriormente: no caso do autor, a petição inicial, no do réu, a contestação. Isso impede que exista um verdadeiro diálogo entre as partes do processo. O tribunal que recebe um recurso nestes moldes não tem condições de julgá-lo em contraste com a decisão judicial, pois uma peça não fará verdadeira referência à outra. [...] A decisão judicial precisa ser uma resposta àquilo que foi apresentado pelas partes, e essa resposta sequer chega a existir, se a racionalidade da decisão for meramente uma exaltação dos motivos pelos quais a decisão foi tomada, sem menção àqueles pelos quais não foi outra a conclusão do julgador. Isso não é fundamentar, mas sim é explicar a decisão¹⁴⁷.

¹⁴⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **A (crise de) fundamentação das decisões judiciais e a construção da resposta ao caso concreto**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 253-254.

Fundamentar tem implicação substancial e não meramente formal. Como explica Wambier, o poder que possui o juiz deve ser exercido de forma “correta” e de modo adequado para que seja aceito pela sociedade (e não a esta imposto, como antes era feito). Deve ser exercido de modo racional, prático e efetivo.

Sendo assim, com relação à fundamentação é possível a distinção de dois aspectos: um substancial e outro formal.

O substancial tem relação com o conteúdo das decisões judiciais, analisa-se materialmente os fundamentos expostos pelo juiz.

O formal aponta para o caminho percorrido por ele, do qual a decisão foi concebida (é o *iter*). Seria o equivalente à *motivação concretamente considerada* e os *caminhos percorridos pela mente do julgador para chegar até o decisório* de que fala Taruffo¹⁴⁸, apontando à imprescindibilidade de haver uma coincidência entre os “motivos expressos” e as “razões reais” utilizadas pelo juiz como formas de documentação desse caminho por ele escolhido.

Dissemos que tal é a exigência da coerência da motivação, que sua inexistência a macula, tornando-a inexistente. Ademais, exige-se que a motivação seja completa, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferente.

Após o exposto, e para conferir racionalidade e legitimidade à essa independência e discricionariedade que é inerente à autonomia do Poder Judiciário, a fundamentação é essencial para que se possa exigir a contraprestação democrática da decisão, essencial ao Estado Constitucional.

É explicitando as razões pelas quais se chegou às conclusões adotadas pela decisão que o magistrado atuará de forma condizente com a Constituição. Daí a exigência de fundamentação adequada, que versará sobre todas as questões de fato e de direito presentes nos autos e baseará sua análise nas normas constitucionais, leis, jurisprudência e princípios jurídicos.

Concluindo, a motivação trará uma série de desdobramentos, quais sejam:

- a) Oferece elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz;
- b) Revela a legitimidade da decisão; e,

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 385.

c) Garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes.

Para Dimoulis, do ponto de vista da técnica decisória, as decisões do Poder Judiciário devem ser examinadas e avaliadas, em sua consistência e imparcialidade, com base em cinco critérios:

1) *Competência*: o Poder Judiciário possui a competência para realizar certa forma de controle ou intervenção? Para responder é necessário examinar tanto as normas que estabelecem a competência formal para certa decisão como os elementos normativos sob os quais o Judiciário pode contrariar atos e omissões dos demais poderes. 2) *Utilização das fontes*: a decisão cita a doutrina e a jurisprudência de maneira completa e ponderada ou limita-se a invocar elementos que corroboram sua tese, silenciando posicionamentos contrários? 3) *Interpretação sistemática*: a decisão interpreta o direito em vigor de maneira sistemática ou limita-se a indicar normas que favorecem certo posicionamento, ignorando outras? 4) *Qualidade da subsunção*: a consequência jurídica foi deduzida com rigor lógico de certa premissa ou trata-se de falsa subsunção? Como dissemos, o segundo ocorre frequentemente quando se deduz uma consequência concreta de uma norma principiológica ou de uma ponderação que permite alegar a prevalência de certo tipo de princípio de maneira não fundamentada. Tal como da premissa que os homens são mortais não podemos deduzir a data de falecimento de cada um, da premissa que a Constituição garante o direito à saúde não se deduz com rigor substantivo que certo paciente tem direito ao tratamento certo. 5) *Qualidade das provas*: as afirmações da decisão que invocam fatos ou tendências foram comprovadas de maneira satisfatória ou permanecem retóricas? Quando uma decisão afirma, por exemplo, que a legislação sobre drogas protege a saúde pública, isso justifica a punição de traficantes, os julgadores apresentam comprovação empírica nonexo adequado e necessário entre punição criminal e a tutela da saúde pública ou decidem privar

um cidadão de sua liberdade com base em suposições sem fundamento empírico?¹⁴⁹

4.3. A garantia de fundamentação e sua relação direta com outras garantias processuais constitucionalizadas

Vimos que o princípio do devido processo legal compreende dois aspectos: o formal e o material. Dentro deles estão incluídas algumas garantias constitucionais que trarão substancialidade ao princípio, densificando-o. É o caso de algumas garantias processuais constitucionalizadas. Elas estão contidas no conceito de devido processo e são demonstradas na fundamentação da decisão. Somente na fundamentação é que será possível verificar se realmente houve um devido processo.

Nesse quadro, analisaremos a relação que a fundamentação possui com garantias outras, como a da inafastabilidade do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional, do contraditório e ampla defesa, da publicidade, da boa-fé processual, do duplo grau de jurisdição e da imparcialidade do órgão julgador.

Nesse ponto, demonstraremos a função que a motivação obrigatória das decisões judiciais tem ao garantir de forma efetiva outras garantias processuais previstas constitucionalmente. É a motivação que confirmará a realização desses direitos, dando-lhes visibilidade e reconhecimento, como se fossem os galhos originados das raízes do devido processo legal.

Os princípios da *inafastabilidade do judiciário*, art. 5º, inc. XXXV e da *efetividade da prestação jurisdicional*, retirado do inc. XXXV do mesmo artigo estão relacionados umbilicalmente, sendo, portanto, a realização de um dependente da plena realização do outro. E eles se revelarão a partir da efetiva fundamentação dos atos decisórios do juiz, que serão legítimos e a prestação jurisdicional será realmente concretizada. Se um dos atos for ilegítimo e a fundamentação não for adequada, não se realizou a prestação jurisdicional, e a decisão não será justa.

A inafastabilidade do judiciário pressupõe o *final enforcing power* da aplicação do direito objetivo. Ou seja, é o judiciário que possui a última palavra sobre o direito no caso concreto, sobre a Justiça – sendo, portanto, um ato de Poder que deve ter

¹⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Além do ativismo e do minimalismo judicial**. In FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, P. 268.

assegurado, para sua legitimidade, o *iter* processual adequado, obedecendo à igualdade e à moralidade constitucional¹⁵⁰.

Para que se constate se a inafastabilidade do judiciário foi verdadeiramente realizada, há a necessidade de que essa prestação jurisdicional tenha sido efetiva. Isso significa que o procedimento utilizado no processo deve ter seguido todas as exigências do devido processo legal.

Não basta apenas ter sido possível o ajuizamento da ação e seu julgamento, há que se constatar que todos os direitos e garantias processuais das partes foram concretizadas ao longo do processo, e isso é perfeitamente passível de exame na fundamentação da decisão judicial, que atuará como instrumento para a implementação do devido processo legal em sentido formal.

Essa mesma lição é ensinada por Carlo Roberto Siqueira Castro:

Outro aspecto relevante de transcendente importância na aplicação da cláusula do *devido processo legal* em sua acepção processual (*procedural due process*) tem a ver com o requisito de motivação das decisões judiciais. Trata-se de condição de validade dos editos prestadores de jurisdição, cuja finalidade última é justamente salvá-los da mácula da arbitrariedade. Da exatidão e suficiência da motivação depende o conhecimento pelas partes em juízo da estrutura e do teor do julgado, o que, inclusive, as habilita a interpor recursos que lhes faculta a legislação processual.¹⁵¹

O *contraditório* e a *ampla defesa* são dois itens essenciais para a concretização do processo justo e com participação das partes, são institutos que andam lado a lado e se qualificam como uma garantia prevista no art. 5º, LV da Constituição da República, juntamente do direito de se utilizar de todos os recursos inerentes a tais garantias.

O contraditório concerne à possibilidade dada a qualquer das partes de oferecer uma resposta a determinada questão suscitada no processo pela outra parte. A ampla defesa permite à parte atuar de forma ativa no convencimento do juiz por meio de instrumentos probatórios. Ambas caminham para o fim de solidificar o convencimento

¹⁵⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 290.

¹⁵¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 298.

judicial e por isso a cooperação do aplicador do direito é de suma importância para a eficácia da justiça.

Com a dialeticidade entre contraditório e ampla defesa, a fundamentação terá o papel de sintetizar as questões trazidas e representará a efetividade e unidade do binômio. Mais uma razão para que a motivação seja completa, pois, sua incompletude representará o maior esvaziamento do contraditório, tornando sua decisão inconstitucional.

Da mesma forma, em nada adianta a *publicidade* dos atos processuais se a fundamentação deles for incompleta. Inciso LX, do artigo 5º da CR. É nela se verificará o respeito ao princípio da *boa-fé processual*.

A garantia do *duplo grau de jurisdição*, tem previsão no inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988. Seu conteúdo exige que os juízes exponham, de maneira completa, as razões de sua decisão para que a mesma seja passível de corretibilidade plena. Ou seja, a realização do direito de recorrer, proveniente da própria norma constitucional depende de forma imediata da fundamentação dada pelo magistrado e apresentada às partes. Sem ela, o direito ao duplo grau é esvaziado e sua finalidade é obstaculizada, tornando nula a decisão.

Essa previsão também pode ser encontrada na Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8º, 2, *h* e no art. 25, 1, 2, *a e b*, corroborando o *status* de garantia do direito ao duplo grau:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida

por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; [...]

Daí a *raison d'être* da necessidade de completude da decisão judicial, haja vista que, sem que se saibam as razões de acolhimento e as de afastamento das questões trazidas em juízo, as partes não têm capacidade de atacar a decisão e muito menos o juiz *ad quem* poderia analisar a legitimidade ou a razão do resultado do processo.

Essa linha de pensamento é esboçada por Taruffo no seguinte trecho:

*[...] cuando la sentencia se encuentra motivada, no solamente resulta más fácil la valoración de la pertinencia de la impugnación, sino que es posible identificar de una manera más precisa los vicios de la sentencia que pueden constituir motivos de impugnación.*¹⁵²

A boa fundamentação da decisão judicial dá clareza à *imparcialidade do órgão julgador* na medida em que desencoraja possíveis desvios, bem como evidencia a probidade e comportamento parcial do juiz.

O ato de justificar cada escolha (ou não-escolha) de forma racional e jurídica impõe ao magistrado a demonstração de sua imparcialidade ao aplicar de modo correto a norma ao caso concreto.

Taruffo explica com maestria e clareza essa questão ao dizer que:

[...] la decisión no es imparcial en sí misma, sino en la medida en la que se demuestre que lo es. Entonces, el nexo con la obligación de la motivación es intuitivo: si la decisión no motivada puede ser tanto parcial como imparcial, sólo mediante a

¹⁵² TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 335.

*motivación es posible evitar la parcialidad y, por tanto, garantizar la imparcialidad.*¹⁵³

Assim, é exatamente no pronunciamento final da lide que a fundamentação se faz mais particularmente necessária, representando a expressão máxima da efetivação de todas as outras garantias processuais.

A mesma conclusão é a defendida por Rodrigo Ramina de Lucca, dissertação de Mestrado:

O dever de motivação é, muito possivelmente, a mais importante de todas as garantias do devido processo legal. Não só porque a motivação é indispensável ao controle e à legitimação da atividade jurisdicional – e o devido processo legal é instrumento precípua de controle e legitimação da atividade jurisdicional – mas também porque a motivação é a última das garantias processuais. Se a inércia jurisdicional é indispensável para conferir imparcialidade ao julgamento, a motivação impede que o pedido seja julgado a partir de uma causa de pedir que não consta da petição inicial (constituindo uma demanda distinta da proposta, portanto); se a coisa julgada é necessária para dar estabilidade a situações jurídicas já consolidadas, promovendo a paz social, a motivação é fundamental para que se saiba quais são os seus limites; e se a observância do contraditório e da ampla defesa são condições essenciais de qualquer processo, transformam-se em garantias vazias se não houver uma resposta judicial racional e expressa a tudo aquilo que as partes alegaram e provaram; e assim por diante¹⁵⁴.

Carlos Roberto Gonçalves exprime muito bem o pensamento que tentamos esboçar ao longo do trabalho quando afirma em seu livro sua concordância com o juiz Benjamin Cardozo, da Suprema Corte dos EUA:

[...] sem a suficiente motivação, as decisões da Justiça refogem ao *devido processo legal*. A discricão judicial, que é ínsita à livre valoração das provas e do direito aplicável em cada processo,

¹⁵³ Op. Cit., p. 351.

¹⁵⁴ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: Necessária proteção da segurança jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 14.

transforma-se em puro e inapelável arbítrio, como na novela¹⁵⁵ Shakespeariana.¹⁵⁶

¹⁵⁵ A novela de Sheakespeare a qual o autor se refere é a denominada “*Two Gentlemen of Verona*” (Ato I, cena II), uma de suas primeiras comédias, na qual a personagem Julia pergunta à personagem Lucetta o porquê de a mesma considerar Proteus muito melhor que todos os outros cavalheiros. Nesse momento, Lucetta responde: “*I have no other but a woman’s reason; I think him so because I think him so!*”

¹⁵⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 301.

CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto nessa dissertação, podemos tirar algumas conclusões importantes acerca da obrigação de motivação das decisões judiciais:

1 – A principal é que a adequada fundamentação dos atos decisórios do juiz é uma consequência da evolução do princípio do devido processo legal, ela assegurará seu cumprimento tanto concernente à sua face processual, quanto material.

2 – O devido processo legal e, por conseguinte, a fundamentação das decisões judiciais são pilares do Estado Democrático de Direito, pois são eles que proporcionarão a *accountability*, que é a forma de controle dos atos de Poder daqueles que não detêm representatividade, no caso, dos juízes.

A controlabilidade dos atos de Poder é uma possibilidade inerente ao princípio democrático, somente com ela a corretibilidade dos atos contrários à Constituição e ao Estado Constitucional poderá ser realizada.

3 – Vimos que o dever de motivação da decisão judicial é uma garantia constitucional encontrada no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República brasileira de 1988 e serviu de base para o artigo 489 e parágrafos do Novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015, renovando o instituto e dando-lhe a devida importância.

4 – Ademais, vimos que o instituto possui a função de controle interno e externo dos atos jurisdicionais. Interno, por confirmar a concretização de outras garantias processuais às quais as partes têm direito e o juiz tem dever de realização. Externo, por possibilitar a justificação das escolhas do magistrado.

Assim, a importância do instituto ecoa, de forma endoprocessual, por possibilitar a efetiva recorribilidade da decisão judicial e forma de realização do devido processo legal e, de forma extraprocessual, como parte essencial do Estado Democrático de Direito, ao permitir o controle dos atos de Poder do Judiciário, cumprindo uma função política pela *accountability*, imprescindível para o reconhecimento do Estado Constitucional, evitando atos arbitrários e democratizando o processo judicial.

5 – Devido a isso, afirmamos que apenas com a completa motivação é que outros princípios e garantias do devido processo legal podem ser verificadas, como o

contraditório e a ampla defesa, a inafastabilidade da jurisdição, a imparcialidade do órgão julgador, etc.

6 – Por tudo, a fundamentação é um dever fundamental da parte, e se relaciona de forma íntima com o dever fundamental à resposta adequada à Constituição, que Streck muito bem explicou em “Verdade e Consenso”, cujas lições serviram de base para essa conclusão e desenvolvimento do trabalho.

7 – A falta de fundamentação adequada pode gerar a nulidade da sentença por vício absoluto, podendo ser apontado a qualquer momento e por ação de natureza declaratória. Isso caso se conclua que a falta é tão grave que gera a inexistência de fundamentação, configurando a negação de prestação jurisdicional e a inexistência de ato decisório.

Caso a fundamentação seja deficiente (de modo menos grave), pode-se corrigi-la com Embargos de Declaração, como já está previsto no Novo Código de Processo Civil.

Por fim, este trabalho teve o intuito de demonstrar, desde a origem do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo, como o devido processo legal evoluiu e albergou, como imprescindível, o dever constitucional de fundamentação dos atos decisórios judiciais. Tentou-se clarificar a relação entre democracia e controle dos atos de Poder e como os atos de Poder jurisdicionais podem ser controlados pela análise da sua motivação.

É um estudo importante para a academia, originando diversos trabalhos espetaculares, corroborando a necessidade de se dar mais atenção e zelo ao tema.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Ed. Landy, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. – São Paulo: Ed. Verbatim, 2015.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. 16ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito – teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**. 2ª ed. – São Paulo: Ed. Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12ªed. – São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. – São Paulo, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Social**. 10ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil**. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAENAGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. – São Paulo: Ed. Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva/Almedina, 2013.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

CHÁVEZ, Iván Rodríguez (comp.). **La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma**. Lima – Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2013.

COPPOLA JUNIOR, Ruy. **A motivação das decisões judiciais como fator de legitimação do processo em sua feição constitucional**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios Constitucionais**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DAPKEVICIUNS, Rubén Flores. **Manual de Derecho Público – Derecho Constitucional**. Montevideo: Editorial B de F, 2007.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: Necessária proteção da segurança jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

DE PAULA, Carolina Gattolin. **A atuação do STF no pós-88: Impacto sobre o equilíbrio entre os Poderes**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. **Contribuição ao Estudo da Fundamentação das Decisões no Direito Processual**. München: Utz, Wiss, 1997.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13ª ed. – São Paulo: Editora Jus Podivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6ª ed. – São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1.7ª ed. – São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

DORIA, Antônio de Sampaio. **Direito constitucional tributario e *due process of law*: ensaios sobre o controle judicial da razoabilidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DORIA, Antônio de Sampaio. **Princípios constitucionaes**. São Paulo: S. Paulo Editora, 1926.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. – São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

FROMONT, Michel. **Grands systèmes de droit étrangers**. 7ª ed. – Paris: Dalloz, 2013.

GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. **O Devido Processo Legal**. São Paulo: Ed. De Direito, 2005.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. V.1 – São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988.** – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** – Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição.** 3ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEGEAIS, Raymond. **Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative.** 2ª ed. – Paris: Ed. LexisNexis Litec, 2008.

LEWIS, Thomas Tandy. **The ironic history of substantive due process: three constitutional revolutions.** International Social Science Review. Vol. 76, 2001. Winfield: Pi Gamma Um Social Sciences Honor Society, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** 2 ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial Fundamentos de Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. **O Devido Processo Legal Substantivo como Instrumento de Controle da Razoabilidade e da Proporcionalidade das Leis.** Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito PUC/SP. São Paulo, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** 2ªed. – Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

MORAES, Alexandre de. **A importância da escolha dos ministros do STF no fortalecimento da jurisdição constitucional.** In Jornal Carta Forense, São Paulo, jul. 2013, p. B 6.

MURAD, Acir. **Princípios constitucionais do processo civil**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 13ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10ª ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

PAMPLONA, Daniele Anne. **O Aspecto Material do Devido Processo Legal**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de direito PUC/SP, São Paulo, 2000.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal. Direito fundamental do cidadão**. São Paulo: Ed. Almedina, 2009.

PISTORI, Maria Helena Cruz Pistori. **Argumentação Jurídica: da antiga retórica aos nossos dias**. São Paulo: Ed. LTr, 2001.

PONTHOREAU, Marie-Claire. **Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)**. – Paris: Ed. Economica, 2010.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional. Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3ª ed. – São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 1999.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**, Madrid: Editorial Trotta, 2003

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **A (crise de) fundamentação das decisões judiciais e a construção da resposta ao caso concreto**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. (coord.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições, eficácia**. 2ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – *due process of law***. 3ª ed. – Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

SIVIERO, Fabiana Regina. **Devido processo legal e proporcionalidade: aplicações ao direito processual civil**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente – Contra o desperdício da experiência**. 4ª ed. – São Paulo: Cortez, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 10ª ed. – Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? - Decido conforme minha consciência?** 4ª ed. – São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2013

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coord. **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 55ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, v.1**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

Travaux de L'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. **L'interprétation par le juge des règles écrites**. Journées Louisianaises de la Nouvelle-Orléans et Bâton Rouge, 1978. Tome XXIX. Economica, 1980.

Travaux du Centre Nationale de Recherches de Logique. **La Motivation des décisions de Justice**. Bruxelles, 1978.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

VECCHIA NETO, Berardino di. **A Judicialização da política: O Poder Judiciário e a definição de políticas nacionais**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 13ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão**. *In* Revista de Processo. Ano 34. N. 168. Fev/2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WILSON, Bruce M.; GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; KINANDER, Morten; SKAAR, Elin. **Courts and Power in Latin America and Africa**. New York: Palgrave Macmillan, 2010.