

DECISÕES RACIONAIS E DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS: A EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL

RATIONAL DECISIONS AND PROPERLY BASED: THE EFFECTIVE WARRANTY OF DUE LEGAL PROCESS CONSTITUTIONAL

Alexandre Gazetta Simões¹
Celso Jefferson Messias Paganelli²

RESUMO

A Constituição de 1988 estabeleceu diversos direitos e garantias, entre os quais destaca-se, neste trabalho, o estabelecido no artigo 93, inciso IX, isto é, a obrigação de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas e o devido processo legal, insculpido no artigo 5º, inciso LIV. Ocorre que, atualmente, a fundamentação é encarada de diversas formas, inclusive, para justificar a ausência de análise do mérito das ações. Sem a devida fundamentação, estaria o magistrado livre para decidir a causa como melhor lhe conviesse sem estar atrelado aos fatos ou mesmo ao ordenamento jurídico vigente, o que, sem dúvida, levaria a um fatalismo, a um obstáculo que não há como ser superado, o que é uma afronta ao devido processo legal. A não observância do dispositivo constitucional faz com que sejam discutidas nas ações questões eminentemente processuais, o que acaba por deixar o mérito de lado, prejudicando a prestação jurisdicional daquele que procurou o poder judiciário. Os magistrados devem proferir decisões com a devida fundamentação, sem a utilização de conceitos vagos e, principalmente, que enfrentem o mérito da causa, passando às partes a sensação de que houve a análise do imbróglgio apresentado, ainda que a decisão não lhe seja favorável. Assim, estar-se-á cumprindo com toda a força necessária o que está definido pela Norma Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Decisões judiciais; Enfrentamento do mérito; Devido processo legal.

ABSTRACT

The 1988 Constitution established several rights and guarantees, among which stands out in this work provided in Article 93, IX, ie the requirement that judicial decisions are properly based and due process, written in article 5º, clause LIV. It happens that the rationale is viewed in many ways, including for lack of analysis of the merits of actions. Without proper foundation would free the magistrate to decide the question as best suited him, without being tied to the facts or the law in force, which undoubtedly would lead to fatalism, an obstacle to be overcome as there is, what is an affront to due process. The non-observance of the constitutional causes are discussed in the actions eminently procedural issues, which ultimately leave the merit aside, hurting adjudication that he sought the judiciary. The judges should render decisions with due justification, without the use of vague concepts and especially facing the merits, going to parties feel that the analysis of the situation was made, although the decision is not favorable. Thus, it will be fulfilling all strength which is defined by Magna Law.

KEYWORDS: Judicial decisions; Engaging merit; Due legal process.

¹ Mestre em Direito pelo UNIVEM; Especialista em Gestão de Cidades (Unopec); em Direito Constitucional (Unisul); em Direito Constitucional (Faeso); em Direito Civil e Processo Civil (Faculdade Marechal Rondon); em Direito Tributário (Unama); Analista Judiciário Federal – TRF3; Professor na pós-graduação de Direito na Projuris/FIO; Professor de graduação em Direito na Faculdade Sudoeste Paulista – FSP.

² Doutorando em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhangüera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Professor de Direito. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 é sempre muito celebrada e também lembrada por toda a dificuldade com a qual foi feita, por inúmeros motivos, desde a ruptura do regime político à época até a pouca familiaridade dos parlamentares de então com a democracia, pois não havia um parâmetro a ser seguido nacionalmente, de maneira que fosse minimamente previsível o que poderia acontecer dali a 25 anos.

Pois bem, essa é a atual situação. Passados 25 anos da promulgação da Carta Magna ainda são inúmeros os dispositivos constitucionais que não foram colocados em prática e outros que são violados diariamente, com muito pouco a ser feito por aqueles que são prejudicados. E aqui está a se falar, justamente, do poder pelo qual se espera a maior retidão possível, o Poder Judiciário.

Inúmeras decisões, em todos os níveis da justiça e em todos os Estados, diariamente violam dispositivos constitucionais. Um dos mais importantes, sem dúvida, é o disposto no art. 93, inciso IX, que exige a devida fundamentação das decisões proferidas pelos magistrados e, obviamente, o devido processo legal, insculpido no artigo 5º, inciso LIV.

A fundamentação das decisões é essencial para que as partes possam compreender a sentença (ou a decisão interlocutória), de modo que não paire dúvidas sobre o que foi decidido, ou seja, deve ser racional, lógica. E mais: é essencial a fundamentação, pois, apenas desta forma será possível que a parte que se sentir inconformada com a decisão proferida possa fazer o competente recurso. Isso fica evidente, inclusive, nos casos de recursos aos tribunais superiores, com peso destacado quando se tem como objetivo a análise por parte do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, existem tantos entraves para a análise de recursos pelas mais altas cortes do Brasil, o que transforma o recebimento e a análise de mérito destes uma árdua tarefa para quem realmente deseja rever decisões de instâncias inferiores. Neste sentido, a falta de fundamentação é um agravante extremo, pois inviabiliza qualquer pretensão que se tenha de uma eventual reforma da decisão pelos tribunais superiores. Isso se dá, principalmente, porque com a falta de um ponto específico a ser atacado na decisão emitida e, por isso, entenda-se a devida fundamentação legal, não há como se passar pelos requisitos de admissibilidade impostos pela cortes superiores.

O enfrentamento do mérito no julgamento é o que realmente importa, mas está relegado atualmente, pois é possível ver com clareza que poucas são as decisões, principalmente, em tribunais superiores que realmente enfrentam o mérito das ações, violando o devido processo legal, garantido pela Norma Magna. Geralmente, são tantas as questões processuais que os recursos entram em um círculo vicioso sem que se chegue a lugar algum.

Inevitável, portanto, que se façam algumas questões: é realmente necessária a devida fundamentação de todas as decisões proferidas pelos magistrados? O devido processo legal também engloba a racionalidade, o enfrentamento do mérito, uma exigência de que

a sentença proferida seja lógica e clara? O magistrado, ao proferir a decisão, deve analisar todas as teses levantadas pelas partes, ou seja, deve enfrentar o mérito, ou se assim não o fizer, haverá violação ao disposto na Constituição?

As respostas a essas questões não são tão fáceis quanto parecem à primeira vista. Uma reflexão é necessária, ainda que mínima, para tentar imaginar as consequências da (não) fundamentação das decisões judiciais. Assim, procura-se, com o presente trabalho, responder a tais questões, sem a pretensão de se esgotar o assunto. Por meio do método indutivo, pretende-se chegar a uma conclusão sobre a efetividade do disposto na Constituição, ou seja, a importância de que as decisões judiciais sejam proferidas enfrentando o mérito, com a devida fundamentação legal e atinente aos pontos levantados dentro do processo, cumprindo, assim, a garantia do devido processo legal.

2 A EFETIVIDADE DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO

Merece destaque, para os fins aqui suscitados, o seguinte trecho do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. A fundamentação há que se basear no que foi alegado pelas partes no processo e, obviamente, com a norma aplicada pelo magistrado para, por meio da lógica, mediante a racionalidade, se chegar a uma conclusão que define a decisão. Assim, a garantia aqui expressa não é somente a explicação textual de requisitos previstos em lei. É indispensável que sejam indicados tantos quantos necessários os elementos que demonstrem e confirmem como se chegou àquela decisão, inclusive, os dispositivos normativos.

A questão central da aplicação dessa norma reside no fato dos obstáculos criados, muitas vezes, propositadamente, por parte de magistrados que não querem que suas decisões sejam revistas pelas cortes superiores. Por exemplo, ao julgar uma causa, é imperioso que o juiz se pronuncie tacitamente ao menos sobre a tese principal, isto é, sobre a causa de pedir, caso contrário, não se obterá da justiça o que foi almejado com o processo: a resolução do problema enfrentado pelas partes. Neste sentido, tem-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (RE 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-5-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.)

É comum que decisões judiciais reflitam o “estado de espírito” do magistrado, mas isso não deveria ser aceitável. Neste sentido, Cambi (2009, p. 124-125) afirma que “a decisão judicial reflete características pessoais do juiz (a sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências passadas, as suas frustrações, as suas expectativas etc.)”. O que se percebe é que assim se afasta da hermenêutica filosófica. O processo judicial, então, é tratado como um objeto que precisa de paradigmas metafísicos para que esteja completo. Tais paradigmas surgem sob uma influência do senso teórico do magistrado (e também dos operadores do direito), apoiado em uma interpretação ficcional da vontade ou do espírito do legislador, aqui entendido como uma questão ampla e não apenas como o ponto central do mérito a ser decidido. Por esta lógica de raciocínio se poderia chegar à qualquer conclusão que se desejasse, para, então, depois vir a fazer a fundamentação necessária para apoiar a decisão proferida, justamente em um processo inverso do que se espera de um julgamento.

O texto da norma magna não pode ser apenas tinta no papel. Os cidadãos esperam a devida solução para os seus problemas quando procuram o poder judiciário. Entenda-se que, apesar de desejado, não há a absoluta necessidade de que o resultado do processo seja positivo para quaisquer das partes. No entanto, espera-se que a decisão proferida seja lógica e contundente, assim, mesmo que seja negativa a pretensão desejada, certamente trará o sentimento de que a causa foi julgada de acordo com os preceitos exigidos. Neste diapasão, é perceptível o quão importante é a fundamentação da decisão, pois serve, também, para entregar às pessoas que procuram o poder judiciário o que realmente desejam, ver a problemática ser julgada de maneira consciente e objetiva, tendo seu pleito analisado conforme o ordenamento jurídico vigente.

Para que isso ocorra, é necessária a efetividade da Constituição, para que, nos dizerem de Michel Temer (2010, p. 22), não seja apenas uma folha de papel:

Representante mais expressivo do sociologismo jurídico é Ferdinand Lassalle, que, em obra clássica, sustentou que a Constituição pode representar o efetivo poder social ou distanciar-se dele; na primeira hipótese ela é legítima; na segunda, ilegítima. Nada mais é que uma ‘folha de papel’. A sua efetividade derivaria dos fatores reais do poder. Espelha o poder. A Constituição efetiva é o fato social que lhe dá alicerce. Assim, a ‘folha de papel’ – a Constituição – somente vale no momento ou até o momento em que entre ela e a Constituição efetiva (isto é, aquele somatório de poderes gerador da ‘folha de papel’) houver coincidência; quando tal não ocorrer, prevalecerá sempre a vontade daqueles que titularizam o poder. Este não deriva da ‘folha de papel’, da Constituição escrita, mas dos *fatores reais de poder*.

Os mandamentos constitucionais não podem ficar apenas “no papel”. Devem ser aplicados em sua força máxima, de modo que todos os objetivos delineados sejam alcançados, para que a almejada paz social seja obtida.

O regramento imposto pelas normas da Constituição tem o condão de vincular os três poderes e também todo e qualquer cidadão. O “poder emana do povo”, assim, deve

ser observado em qualquer circunstância, inclusive, e, principalmente, pelos magistrados que não estão acima ou fora do alcance das próprias leis. A fundamentação (ou não) de suas decisões implicará na forma como a sociedade encarará o processo e suas consequências, em outras palavras, o que é feito pelo juiz em um processo tem repercussões sobre a própria legitimidade do poder judiciário, pois aqueles que necessitam da prestação jurisdicional querem algo que lhes dê a satisfação de que o objeto discutido foi devidamente analisado e julgado de acordo com a lei. Por isso, é imperiosa a devida fundamentação das decisões, não só com os fatos apresentados, mas, também, por meio das normas contidas no ordenamento jurídico pátrio, possibilitando que aquele que se sentiu prejudicado possa, eventualmente, utilizar-se de recurso para nova apreciação da lide, quando for o caso.

O constituinte também se preocupou com a questão da fundamentação das decisões levando em consideração a problemática filosófica da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Ora, se não há a devida fundamentação, pode-se interpretar e aplicar qualquer norma, ou nem mesmo isso, ao se proferir uma decisão. *Ipsa facto*, não é incomum encontrar decisões que tratam de casos absolutamente iguais, porém, com desfechos totalmente diferentes. Isso ocorre justamente porque houve má interpretação e consequentemente a aplicação incorreta das leis, possibilitada pela falta parcial ou total da devida fundamentação.

Não basta que o julgador se atente aos fatos constantes no processo, e com base nestes e nas provas apresentadas pronuncie a sentença. Há que se ter a devida justificativa para se chegar ao que foi decidido, e isso inclui, sem sombra de dúvidas, o uso das normas vigentes. A questão constitucional é tão evidente e firme que deve sempre ser seguida, não apenas pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, mas, obviamente, por todos os demais tribunais do país.

Ao contrário do que muitos imaginam, os juízes não possuem poder discricionário para proferir suas decisões. Este é vinculado. Sempre. Vinculado ao que consta do processo e também ao ordenamento jurídico. Não sendo assim, cria-se um problema que não pode ser solucionado, pois, se ao juiz é permitido o agir com discricionariedade, então, estaria justificada a ausência de fundamentação, pois em outras palavras, estaria esse autorizado a julgar conforme melhor lhe aprouvesse.

Nesse sentido, diz Streck (2013, p.44):

Qual é o fundamento de, em plena democracia e de produção democrática do direito, delegar para o juiz esse poder discricionário? E o que é isto, “fazer justiça”? Mais: o cumprimento estrito das regras processuais – que, nas constituições contemporâneas estão inscritas como direitos fundamentais – implica “privilégios” processuais ou injustiças? E o juiz teria que ter o poder de fazer essas “correções”? Mas, se o devido processo legal é uma garantia constitucional, de que modo o juiz poderia se contrapor a essa aplicação? Veja-se o eterno retorno ao problema do solipsismo.

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Menezes Direito, já disse que “as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência

inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação.”, (RE 540.995, julgamento em 19-2-2008, Primeira Turma, DJE de 2-5-2008). Como se vê, não é permitido aos magistrados o arbítrio judicial, bem como o subjetivismo e quaisquer individualidades carismáticas. Neste sentido, Brêtas (2004, p. 143):

A decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), a permitir que aquela decisão seja construída com argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo.

O comprometimento com a vinculação democrática e constitucional determina serem inadmissíveis decisões judiciais metajurídicas, apoiadas em conceitos e noções vagas, imprecisas, de ordem pública que envolvam a credibilidade da justiça, ou tão somente em posicionamentos jurisprudenciais. Em outras palavras, a decisão judicial não é apenas o resultado interpretativo realizado pelo juiz, mas significa “julgamento vinculado ao espaço técnico procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão coexistente da argumentação das partes” (BRÊTAS, 2004, p. 144).

Uma decisão judicial não pode ser considerada como um ato de vontade, pois, sem dúvida, estar-se-á sendo conduzido a um fatalismo. Esta não pode, em hipótese alguma, estar dependente da vontade pessoal do juiz, justamente porque não se pode ficar preso a algo como “se o juiz quer, se faz”, se o juiz “não quer, não se faz”. O perigo repousa justamente no fato de que se assim considerarmos, a própria democracia estaria fadada ao fracasso, vez que estaria sujeita apenas à vontade de alguém, o que é inaceitável (STRECK, 2013, p. 39-40).

Claro está, mais uma vez, a necessidade imperiosa da fundamentação das decisões judiciais. Entenda-se que não é o caso de apenas “justificar” a decisão, pois não se deve aceitar o raciocínio que muitos conhecem de que o juiz decide e depois procura como justificar. Agindo desta forma não há como se fundamentar adequadamente o que foi decidido, pois carecerá de lógica a conclusão, ainda que haja grande esforço neste sentido.

A fundamentação também não pode consistir meramente em replicação de argumentos utilizados pelas partes ou de fragmentos da produção probatória, ou, pior ainda, de subjetivismo exacerbado por parte do magistrado. Esta deve ser feita levando em consideração todos os aspectos encontrados nos autos e também o que é ditado pelo ordenamento jurídico vigente, sob pena de não se obter o que realmente se espera do processo.

Há um viés prático atrás de tudo isso. É certo que todos os tribunais estão autorizados a fazer o controle de constitucionalidade. No entanto, quando um magistrado não fundamenta sua decisão e é feito o recurso adequado questionando a violação ao dispos-

to na Constituição, mormente aos pontos aqui propostos, há uma grande possibilidade desta questão não ser analisada ou de a decisão, proferida por instância inferior, não ser reformada. Não restará alternativa, portanto, a não ser se socorrer de um eventual recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, em regra, conforme dispõe a Norma Magna, em seu artigo 102, inciso III, alínea “a”.

Mas tal recurso extremo, muitas vezes, apresenta um óbice intransponível, em virtude dos requisitos de admissibilidade existentes para o julgamento do recurso. Há os pressupostos comuns, ou seja, o mesmo estabelecido no Código de Processo Civil para todos os recursos existentes, sendo que também há os requisitos objetivos: cabimento, regularidade formal, tempestividade e preparo; subjetivos: legitimidade e interesse; e negativos: desistência, renúncia, aquiescência e súmula. Os requisitos específicos estão dispostos na própria Constituição, no artigo 102, inciso III, alíneas “a, b, c e d”. Não previsto em norma, mas amplamente utilizado, também é necessário o devido prequestionamento da questão a ser suscitada, para apreciação no excelso tribunal. Para que o recurso seja admitido é necessário que o texto constitucional, no qual se vislumbra a possível violação, tenha sido abordado em instâncias inferiores, de modo que fique plenamente demonstrado já para os primeiros julgadores da lide que existiria a possibilidade da não observação de mandamentos constitucionais.

No entanto, o que realmente interessa em todos os aspectos para a questão da admissibilidade do recurso extraordinário é a repercussão geral. Com a Emenda Constitucional 45/2004, foi acrescido o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, assim, disposto: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. A repercussão geral é entendida pela lei como aquela que surge de questões “que ultrapassam os interesses subjetivos da causa”, já que envolvem controvérsias que vão além do direito individual ou mesmo pessoal das partes. Em análise mais detalhada, conclui-se que haverá repercussão geral quando presentes para julgamento questões que sejam de relevância econômica, social, política ou jurídica, e devem, também, transcender os interesses das partes que estão engajadas no processo. Fica nítido, portanto, que a interposição do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal há que se ter algo que revele o interesse geral da sociedade com o julgamento deste em máxima instância.

Em que pese a impressão de que a repercussão geral é algo não difícil de ser transposto, uma vez ser necessário apenas quatro votos dos onze ministros para que seja reconhecida, a verdade é justamente o contrário, pois esta serve como verdadeiro limitador para a análise e apreciação do apelo extremo. Ademais, como a Constituição é muito ampla e tem inúmeros princípios, há como se justificar quaisquer decisões. Neste sentido, Streck (2013, p. 51):

Por sua vez, no direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em “álbis persuasivos”, fortalecendo-se, uma vez mais, o protagonismo judicial (nas suas diversas

roupagens, como o decisionismo, o ativismo, etc.). O uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de “constitucionalismo da efetividade”, pelo qual o mesmo “princípio” é utilizado para sustentação de teses antitéticas.

Uma leitura mais atenta sobre a questão juntamente com a análise dos recursos extraordinários que tiveram a repercussão geral reconhecida (ou não), sem dúvida, alguma revelará que causas que tratam de assuntos aparentemente iguais recebem tratamentos distintos. A conveniência do julgamento do recurso parece estar a cargo do próprio tribunal e não das pessoas que necessitam de revisão de decisões judiciais de tribunais inferiores, ou mesmo e, principalmente, em virtude do assunto abordado. Streck (2013, p. 51) continua tratando sobre a questão deste tipo de conveniência:

Daí que expressões como “ponderação de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “justa medida”, “decido conforme minha consciência”, no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o “sentido próprio” e o “próprio sentido”. Produzem-se, assim, *sentidos coagulados*, que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade “extraída a fórceps” no plano das relações simbólicas de poder.

Com todas essas restrições para a admissão do recurso extraordinário, com a “consciência” dos magistrados, fica praticamente impossível enfrentar a questão da repercussão geral por uma decisão de outro tribunal que não teve a devida fundamentação. Ora, ainda que sejam interpostos embargos de declaração, o comum é que tais problemas não sejam sanados, sendo que tampouco as questões levantadas em prequestionamento são analisadas, criando um óbice praticamente intransponível para se obter o julgamento do recurso excepcional. O juiz não tem discricionariedade para decidir fora dos aspectos definidos em lei, portanto, há que se ter a devida fundamentação de qualquer decisão. Não há defesa para algo diverso, ainda que se faça um grande esforço de interpretação diante da decisão proferida. Streck (2013, p. 56) comenta sobre o assunto, citando Posner, sobre o perigo de uma abertura para o solipsismo decisório:

Posner afirma que, *quando os juízes são chamados a intervir nestes casos que colocam o problema da interpretação da Constituição na linha de frente do debate jurídico*, eles devem reagir segundo “*determina sua consciência*” (sic). Para ele, o juiz não tem o dever de formar uma boa motivação de sua decisão e só deve utilizar a linguagem de tais direitos para enfrentar os casos que *instintivamente* (sic) – segundo ordena sua consciência (sic), é claro – lhe parecem *terrivelmente injustos* (sic). Isso bem demonstra como há um fio condutor a ligar as posturas pragmaticistas como a de Posner com o sujeito *solus ipse*, que não se compreende como participante de uma comunidade política, mas se pretende o comandante dos sentidos, como aquele que coloca a ordem no mundo segundo sua ilimitada vontade (veja-se como Kelsen sempre está a assombrar os “neodecisionistas”). De se notar, também, como a leitura econômica do direito proposta por Posner representa uma perigosa abertura para o solipsismo decisório a ponto de descartar o dever de fundamentar as decisões, por considerá-lo secundário

ou de somenos importância.

O que se deve evitar é ficar à mercê do subjetivismo, pois a vontade do juiz não pode ser a base para a decisão de um processo. Há um perigo intransponível quando se fica sujeito à vontade e à consciência do intérprete, ou seja, do magistrado, ao decidir o caso concreto. Assim, há que se perguntar, sempre, se existe e até que ponto vai a discricionariedade que se atribui ao juiz, conforme se pode ver pelo que escreveu English (2008, p. 232):

O resultado a que chegamos com referência a tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir – na minha opinião é mesmo de admitir – a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, *a convicção pessoal* (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de “certo espaço de jogo” será havida como sendo a melhor e a “justa”. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e como e com que latitude essa discricionariedade existe.

O que talvez não esteja sendo analisado pelos magistrados, ao não fundamentarem adequadamente suas decisões, descumprindo mandamento constitucional e praticamente fulminando qualquer chance do conhecimento de um eventual recurso extraordinário, haja vista a difícil missão de se transpor a repercussão geral, principalmente nestes casos, é a questão da hermenêutica da facticidade, conforme ensina Gadamer. Entenda-se a expressão:

Pois facticidade quer dizer o fato em seu ser-fato, ou seja, justamente aquilo do qual não se pode voltar atrás. Também em Dilthey [...] já se encontra a caracterização da vida como fato do qual não se pode voltar atrás. E sem dúvida é parecido em Bergson, Nietzsche e Natorp. [...] Portanto, hermenêutica da facticidade é um genitivus subjectivus. A facticidade se põe, ela mesma, na interpretação. A facticidade que se interpreta a si mesma não junta em si mesma conceitos que a interpretariam, mas sim é um modo do falar conceitual que quer agarrar sua origem, e com ela seu próprio alimento vital, quando se transforma à forma de uma proposição teórica (GADAMER, 2002, p. 282).

A facticidade, portanto, parece apontar para um problema à medida que trata daquilo diante do que “não se pode mais voltar atrás”, ou seja, daquilo que necessariamente já está estabelecido e do qual se deve sempre partir. É justamente o que ocorre com o tema aqui tratado. Os magistrados deveriam não decidir *conforme sua consciência*, mas usar esta *consciência* para analisar friamente e em todos os aspectos como a decisão que será proferida influenciará a vida daqueles que precisaram recorrer ao poder judiciário e, frise-se, não impossibilitar que esta possa ser revista pelos tribunais superiores, principalmente,

o Supremo Tribunal Federal, criando óbice intransponível com a falta de fundamentação.

Há um deslocamento do julgamento de causas para as teses, nas lides propostas ao poder judiciário. O mérito da questão é praticamente colocado em segundo plano ou mesmo limado de qualquer discussão. Há inúmeros fatores a serem superados para que o problema, o objeto da lide, seja realmente enfrentado por um magistrado. Enquanto isso, acredita-se que a repercussão geral pode contribuir com a célere tramitação processual. Neste sentido, Marinoni e Mitideiro (2007, p. 18-19):

No direito brasileiro, a adoção da aferição de repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e conseguinte eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem decisivamente para concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável.

Não há como se negar que a repercussão geral fará com que inúmeros processos tramitem de forma acelerada. Isto acontece justamente porque a imensa maioria não consegue transplantar este óbice para julgamento no Supremo Tribunal Federal. E o interessante é que, como os recursos julgados, mesmo que tenham passado pelo crivo da repercussão geral, não têm caráter vinculante, os magistrados de outros tribunais podem continuar julgando de forma contrária ao entendimento do Supremo, cabendo àquele que se sentir prejudicado tentar buscar os mecanismos apropriados para reverter a situação.

Enquanto a discussão gira em torno das questões processuais, não há julgamento, não há enfrentamento das questões de mérito das causas. Como se vê, apesar de figurar na Constituição, a fundamentação das decisões judiciais é uma questão tormentosa, pois afeta diretamente o julgamento da matéria à qual se pretende obter um posicionamento do Poder Judiciário. Ao não enfrentar o mérito e não fundamentar as decisões, cria-se um embaraço jurídico, o qual resultará em inúmeros recursos, tratando não do objeto da lide, mas sim de questões processuais que nada auxiliam o próprio Poder Judiciário e muito menos as pessoas que estão ansiosas para obter uma resposta aos problemas apresentados.

Mas, há no horizonte um novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei 8.046/2010, que traz como inovação ao menos um artigo a tratar do tema aqui apresentado, com novas obrigações aos magistrados, o que, a princípio, se revela como salutar na defesa dos interesses das partes.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, diz expressamente: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mas, o devido processo legal também é uma garantia de liberdade, portanto, um direito fundamental, como também está insculpido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como segue:

Art.8º Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Ainda, pode-se citar o Pacto de São José da Costa Rica:

Art. 8o – Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O devido processo legal, portanto, é de extrema importância para todos os cidadãos, sendo que a fundamentação das decisões é essencial para a obtenção de tal garantia. Destarte, os magistrados não podem proferir decisões apenas citando ato normativo, ainda que parafraseado, já que tal ato jurídico editado por órgão estatal não reflete necessariamente o que impõe as leis nacionais, sendo, inclusive, não ser incomum que esteja totalmente contrário aos mandamentos constitucionais. Desta maneira, a decisão judicial não pode se fundamentar em ato normativo, por não representar a essência da decisão que se busca.

Os conceitos jurídicos indeterminados também não deveriam ser aceitos. Também conhecidos como conceito vago, estes representam um conceito cujo conteúdo e extensão são em boa medida incertos. A dúvida, portanto, no conceito vago, não está na falta de informação para a situação na qual ele poderá ser usado, mas sim no campo do conteúdo de sua aplicação. Trata-se, portanto de uma área cinzenta, uma zona intermediária, que é de difícil determinação, como, por exemplo, a boa-fé. Deste modo, será a atividade interpretativa que fará a delimitação concreta, ou seja, amoldará ao caso concreto, os conceitos jurídicos indeterminados. O legislador cria tais conceitos para que haja a garantia de determinada abertura ao sistema, prescindindo de referência a um objeto. No entanto, ao julgar, o juiz deve deixar claro como o conceito jurídico indeterminado se aplica ao caso concreto que está sob análise, em outras palavras, não pode o julgador também deixar “vago” sua própria decisão.

O juiz não deve se utilizar de motivos que tornam sua decisão ambígua, isto é, os argumentos usados para proferir a decisão serviriam, também, para se chegar a uma conclusão em outro sentido. Não é incomum encontrar decisões que de uma leitura mais apurada pode-se chegar à conclusão de que o resultado final poderia estar diametralmente oposto. A análise equivocada dos fatos ou das provas no processo, ou mesmo a utilização de alguma destas para justificar a decisão judicial pode gerar consequências desastrosas. Um acontecimento dentro dos autos que por um raciocínio qualquer pode levar à determinada conclusão, mas que não foi levantado por nenhuma das partes e não faz parte dos pedidos ou mesmo do contraditório (e, portanto dos pedidos da parte contrária), não pode ser usado como justificativa para a decisão judicial, vez que se estará utilizando fatos ou

provas com finalidade diversa para a qual foi produzida. O magistrado, nessa situação, não pode fazer uma análise fora dos parâmetros reduzidos aos autos, vez que limitado está por tudo aquilo que as partes ali colocaram e, assim, deve proferir a decisão de maneira coerente que não possa ser interpretada de maneira que se chegue a uma conclusão diversa da estipulada.

O devido processo legal também implica que os magistrados necessitam enfrentar o mérito, ou seja, analisar ao menos a causa de pedir de uma ação. Tal previsão já estabelecida pela Constituição no dispositivo aqui estudado. Mas, como o texto constitucional trata apenas da fundamentação das decisões, sempre houve o argumento de que “o juiz não está obrigado a decidir sobre todas as teses expostas pelas partes, posto que decida de forma fundamentada de acordo com o inciso IX, do art. 93, da Constituição”. Essa afirmação e suas mais diversas variações podem ser encontradas com extrema facilidade em qualquer consulta jurisprudencial nos mais diversos tribunais espalhados pelo país. Ocorre que, por mera deliberalidade do juiz, este pode efetuar uma decisão judicial que favoreça uma das partes, sem que ao menos atenha-se aos argumentos trazidos pela parte contrária. O pior ocorre nos processos nos quais há improcedência da ação com uma justificativa qualquer, sem que se traga uma única linha de referência sobre a causa de pedir. Normalmente, a alegação é a de que um único fato ou prova já é suficiente para fundamentar a decisão e que, portanto, todo o “resto” pode ser descartado.

A problemática por esse tipo de raciocínio é que, na verdade, podem ocorrer casos em que o poder judiciário estará transformando algo ilícito em lícito. O processo exige que as partes, por meio de seus advogados, em regra, apresentem a devida arguição sobre as questões de fato e de direito que fundamentem os pedidos que são realizados ao poder judiciário. Nada mais justo, portanto, que também repouse sobre os magistrados o dever e o ônus de apreciar as teses, os pedidos realizados na ação e, conseqüentemente, realizarem a devida fundamentação de suas decisões. Assim, fica claro que a fundamentação exigida pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, deve exalar a coerência esperada por todas as partes envolvidas entre o que foi decidido e todo o processo em si.

O velho e ultrapassado brocardo jurídico “dá-me os fatos que te darei o direito” é utilizado em larga escala para justificar a percepção de que o dito pelo magistrado é o direito. Por esse raciocínio, os juízes estariam libertos de quaisquer amarras que os prendessem a uma análise apurada do processo, pois, assim, não há necessidade de nenhuma deliberação sobre quaisquer arguições jurídicas apresentadas pelas partes. A lógica de tal brocardo não comporta uma dinâmica processual, não há qualquer possibilidade de deliberação entre os dizeres do autor e do réu. Não há espaço para teses jurídicas. O processo aqui poderia se resumir a um conto histórico, com uma linha do tempo dos acontecimentos, com as provas necessárias para comprovar determinados fatos. Desnecessária a arguição jurídica pelas partes, pois os magistrados dotados de algo mágico ou divino estariam aptos a interpretação máxima dos fatos e, conhecedores extremos de toda e qualquer lei, decidiriam e diriam o direito para o caso concreto.

A decisão dentro dessa perspectiva pode, inclusive, ser um texto totalmente à parte do que foi narrado pelas partes e pelo que foi produzido dentro dos autos, totalmente desconectada de qualquer discussão lógica arguida no processo. A fundamentação é feita de forma desordenada, apresentando, até mesmo, incongruências de difícil superação por qualquer ângulo que seja vista.

O mais interessante é que com essas situações há uma proliferação de recursos. Ora, a parte que se sentir prejudicada ou mesmo simplesmente não entender o que foi decidido, sem sombra de dúvida, tentará reverter a situação. Serão embargos de declaração, apelações, recursos especiais e extraordinários, numa corrente praticamente sem fim, que fará o processo ter a duração já tão conhecida em nosso país, a de uma “eternidade”.

Novamente, o problema apresentado fará com que a discussão processual seja desvirtuada, isto é, sairá da análise do caso em concreto para uma predominância eminentemente processual. Ainda que as partes tentem trazer à atenção do poder judiciário os fatos e as alegações e teses jurídicas sobre o assunto, as decisões girarão em torno de aspectos processuais e não do mérito.

O fator complicador se instala quando não há o enfretamento do mérito e, portanto, não há a devida fundamentação na decisão. Hoje, a parte que se sentir prejudicada terá que fazer o questionamento da violação do dispositivo constitucional, para depois, literalmente, tentar a sorte em um recurso extraordinário.

Há que se ter, então, uma verdadeira constrição ao decisionismo judicial, impedindo que decisões sejam proferidas sem que se vislumbre qualquer possibilidade efetiva de um recurso. O magistrado deve ter uma barreira que o impeça de ir além do que foi arguido pelas partes dentro do processo e deve decidir de acordo com o proposto na ação. Esclareça-se que a questão não passa por uma eventual barreira intransponível, na qual os magistrados estariam limitados aos fundamentos jurídicos apresentados pelas partes. Não se trata disso. O juiz pode e deve dar a qualificação jurídica necessária que entender mais razoável e que melhor se adeque ao caso concreto que se apresenta. O que aqui se afirma é que tal “liberdade” não significa e tampouco justifica que os julgadores não precisem analisar e decidir sobre as alegações jurídicas apresentadas pelas partes. Mesmo que o direito evocado dentro do processo pelas partes não seja o mais adequado, deve o magistrado apresentar sua decisão com a devida fundamentação, considerando e decidindo, também, conforme todos os fundamentos jurídicos trazidos aos autos.

O Código de Processo Civil também determina que as decisões devem ser proferidas de modo que não sobrem dúvidas sobre o que foi decidido, de forma robusta. Outro não pode ser o entendimento, ao se fazer a leitura dos artigos 458, também no artigo 165 que dispõe “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no artigo 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”, e também do artigo 459 que diz: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa”, ou seja, está claro que nos casos em que houver julgamento de mérito, a decisão não pode ser “concisa”, deve, portanto ser fartamente fundamentada,

o que por óbvio, também inclui a análise dos pedidos e teses arguidas na ação. No entanto, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu: “O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.” (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral.). A excelsa corte, portanto, considera que quaisquer decisões podem ser sucintas e que não precisam fazer a análise de tudo o que foi arguido pelas partes dentro do processo, no entanto, isto claramente viola a garantia do devido processo legal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal exige que toda e qualquer decisão seja devidamente fundamentada, conforme trata o artigo 93, inciso IX, e mais, garante o devido processo legal, conforme o artigo 5º, inciso LIV. Tal fundamentação, no entanto, não significa que o magistrado está liberado para decidir conforme melhor lhe convier, sem se atentar ao exposto pelas partes dentro do processo. As teses jurídicas arguidas devem ser devidamente analisadas e observadas pelo magistrado, ao emitir sua decisão, ainda que utilize fundamentação jurídica diversa da apresentada pelas partes, vez que pode decidir que o direito a ser aplicado ao caso em concreto não é exatamente aquele que arguido dentro dos autos, deve observar as teses levantadas e também os pedidos efetuados, de modo que a decisão seja racional, tenha uma coerência lógica e enfrente todos os aspectos levantados, transmitindo uma sensação de completude àqueles que procuraram o poder judiciário, ainda que a decisão tenha sido contrária aos seus interesses.

Destarte, não resta dúvida que é extremamente necessária a devida fundamentação de todas as decisões proferidas pelos magistrados. Ao não fundamentar uma decisão, cria-se óbice intransponível para um eventual recurso e há um desvio de discussão do mérito para questões processuais, o que vem a prejudicar o bom andamento processual, pois, sem dúvida, acarretará em maior tempo para a solução da demanda, bem como implicará em vários recursos da parte insatisfeita na tentativa de reverter tal decisão.

Tal questão deve ser resolvida com o enfrentamento da Constituição, o que, na imensa maioria das vezes, significa que haverá um recurso extraordinário. Porém, o apelo extremo passa pelo crivo de admissibilidade muito grande, inclusive, com o estabelecimento (ou não) da repercussão geral, significa que a chance de ter o julgamento do recurso extraordinário é muito pequena.

Não há porque considerar que o magistrado estará obrigado a responder “questionários” das partes. O ponto central é a análise do mérito e a devida e correta fundamentação das decisões. Não se trata, obviamente, da obrigatoriedade de o magistrado responder questionário como se estivesse respondendo a uma prova, mas sim da garantia do devido processo legal, isto é, de que o mérito da ação será analisado em todas as suas vertentes

e não apenas um ou outro ponto no qual, por total discricionariedade, resolve-se o processo. Atualmente, o magistrado pode proferir sua decisão em apenas um único ponto do processo, dizendo que é “suficiente para a resolução”, quando isso não é verdade, pois se analisado todos os aspectos da demanda a decisão fatalmente seria outra.

Ao se cumprir a garantia do devido processo legal e, assim, fundamentar-se corretamente as decisões, estar-se-á efetivando plenamente os mandamentos constitucionais, destarte, inúmeros recursos serão desnecessários. A Constituição também estará sendo aplicada em sua força máxima, vez que não haverá óbices para aqueles que sentirem a necessidade de um eventual recurso o poderem fazer pelas razões nas quais realmente se espera, ou seja, um novo julgamento das questões de mérito, consoante a devida fundamentação e análise das teses jurídicas levantadas dentro dos autos. A não fundamentação das decisões, como se vê, serve, inclusive, como óbice para a plena satisfação do que se espera de um processo, e frise-se novamente, não se trata apenas e tão somente da esperança de sair vitorioso, mas sim de uma análise dos fatos, provas e arguições jurídicas trazidas aos autos.

REFERÊNCIAS

AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Los caminos de Heidegger**. Trad. Ángela Ackermann Pilári. Barcelona: Herder, 2002.

_____. **Verdade e método I – traços de uma hermenêutica filosófica**. 7 ed. São Paulo: Vozes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.