

ASPECTOS HISTÓRICOS E FUNCIONAIS DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL: DA ANTIGUIDADE ÀS ATUAIS DEMOCRACIAS

HISTORICAL AND FUNCTIONAL ASPECTS OF THE JUDICIAL REASONING: FROM ANCIENT TIMES TO CURRENT DEMOCRACIES

*Antônio Rogério Lourencini**

*Gianluca de Almeida***

*Yvete Flávio da Costa****

RESUMO

O presente trabalho trata da evolução histórica da prática de os juízes fundamentarem suas decisões e da exigência de fundamentação em várias legislações ao longo do tempo, partindo da Antiguidade Clássica e chegando à atualidade, colimando com a ideologia jurídica do Estado Democrático de Direito. Pesquisando o modo como a fundamentação das

* Graduação em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca (2017); Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado, da UNESP, Campus de Franca; Estudante do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado, da UNESP; ex-Oficial de Promotoria do Ministério Público do Estado de São Paulo; Procurador do Município de Paulínia. E-mail: rogeriolourencini@hotmail.com.

** Graduação em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca (2017); Discente do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Discente do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Material e Processual do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). E-mail: gianlucaalm@gmail.com.

*** Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (1978), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Com Pós-Doutoramento na Universidade de Coimbra – Portugal, sob supervisão do Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares; atualmente é professora Assistente Doutor na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Coordenadora do projeto de Estágio na Justiça Federal – projeto convênio entre a Universidade Estadual Paulista – UNESP – campus de Franca e o Tribunal de Justiça Federal de São Paulo – 2010/2012. Coordenadora do Grupo de Extensão sobre Bullying nunca mais – Centro Jurídico Social da UNESP – 2012-2013. E-mail: yvetecosta@gmail.com.

decisões se deu em diferentes períodos, valendo-se do método dedutivo de abordagem, o artigo é apto a cumprir seu objetivo, que é o de demonstrar as funcionalidades jurídicas pragmáticas da fundamentação da decisão judicial, albergando seus efeitos endoprocessuais e exoprocessuais, uma vez que as manifestações argumentativas dos julgadores revelam os principais aspectos por eles levados em conta para se obter a conclusão da causa sob julgamento. Ademais, o trabalho aborda, à luz do que dispõem os enunciados normativos previstos no parágrafo único do art. 1º e do inciso IX do art. 93, ambos da Constituição Federal de 1988, a finalidade da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, bem como seus efeitos na esfera público-social, evidenciando-se a ênfase na legitimação do Poder Jurisdicional no povo, por meio do efetivo controle interno e externo dos atos do Poder Público, em específico os jurisdicionais.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões judiciais; Evolução histórica; Aspectos funcionais; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present work deals with the justification of the action of judges based on their decisions and their rationale in several legislations over time, starting from Classical Antiquity and the present, collimating with a legal ideology of the Democratic State of Law. Inquiring how the reasoning of decisions was given in different stages, the method of deductive approach, the article is appropriate is its correspondent, which is the only demonstration that the laws are judicial of the foundation of justice, housing its endoprocesses and ex-procedural, since the argumentative manifestations of the judges reveal the main aspects taken into account in order to obtain a conclusion of the case under judgment. In addition, the paper addresses, in light of what the normative statements provided for in the sole paragraph of art. 1 and item IX, of art. 93, of the Federal Constitution of 1988, a decision to justify judicial decisions in Brazil, is a right of civil society, is evidenced as an effort to legitimize Jurisdictional Power in the people, through effective internal control and External Public domain to Power Public, in specific, the jurisdictional ones.

Keywords: Justification of judicial decisions; Historic evolution; Functional aspects; Democratic State.

INTRODUÇÃO

A pesquisa que segue aborda inicialmente a evolução histórica da prática de os juízes fundamentarem suas decisões e da exigência de fundamentação em várias legislações ao longo do tempo, da Antiguidade Clássica à primeira metade do Século XVIII, e, sobre a fundamentação contemporânea, para melhor

atender ao recorte metodológico deste trabalho, trataremos de suas características de forma sintética, para simples esboço do ideário que serviu de substrato para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e, após isso, a reflexão destas características no ordenamento jurídico brasileiro, expressas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que esculpiu como disposição constitucional a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

No que tange à abordagem da evolução histórica da prática e dever de fundamentar as decisões judiciais, esta se revela útil à compreensão de como os juristas e a população das sociedades passadas entendiam correto agirem os juízes nesse ponto da decisão; e tal entendimento, como corolário, auxiliará na compreensão do que levou, no âmbito jurídico-social, nossa atual Constituição a exigir expressamente que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas.

O recorte histórico, neste compasso, intenciona a contraposição de modelos processuais distintos, destacando-se a proeminência com que se apresentou o atributo da fundamentação das decisões judiciais, isto é, passando-se de um sistema jurídico que prescindia deste instituto jurídico para, tempos seguintes e, sobretudo na contemporaneidade, apresentar-se como uma estrutura imprescindível para legitimação dos pronunciamentos jurisdicionais, inseridos em uma plataforma democrática e dialógica do processo.

Em harmonia com a compreensão das razões que ensejaram a inclusão da obrigatoriedade da fundamentação no ordenamento jurídico pátrio, ressaltar-se-ão as funcionalidades endo e extraprocessuais atinentes à fundamentação das decisões judiciais para, ao fim e ao cabo, demonstrar a importância deste fenômeno processual aos sujeitos da relação processual e, para além destes, a toda a sociedade, no seu legítimo exercício de cidadania e de controle dos atos da administração pública, em particular, os atos jurisdicionais.

A explanação e argumentação serão construídas a partir da investigação de material doutrinário e normativo, valendo-se do Método Dedutivo de abordagem. Para tanto, na pesquisa, serão analisadas doutrinas e leis que favoreçam o entendimento do objeto do trabalho, tanto da perspectiva da evolução histórica quanto da atual conjuntura trazida pela Constituição Federal de 1988, a partir da qual se pretende abstrair e expor conceitos e teses aptos a propiciar a exposição científica do conteúdo proposto.

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Na Grécia Antiga, especificamente em Atenas, berço da filosofia, onde muito valor se deu à arte da retórica, o discurso jurídico era fonte de instrução e prazer, mas ficava a cargo dos *logógrafos* (redatores dos pedidos, defesas etc.) e não do

juiz singular ou tribunal que julgava o caso.¹ A sentença destes se resumia a responder sim ou não, culpado ou inocente.²

Não se exigia fundamentação nas decisões e isso estava diretamente ligado ao fato de que, no período clássico ateniense, não havia carreiras burocráticas, os juízes eram leigos, despidos de conhecimento jurídico aprofundado. Os *logógrafos* objetivavam encantá-los com um discurso belo, a argumentação dita forense era essencialmente persuasiva, similar ao que até hoje os advogados fazem perante o tribunal do júri.³

Também no direito romano não havia regramento exigindo fundamentação nas decisões dos juízes. Durante os primeiros períodos do direito em Roma, essa desobrigação, assim como no caso de Atenas, pode ser relacionada ao fato de que o papel de decidir a lide, por longo período, concentrou-se nas mãos de particulares, em geral não possuidores de conhecimento jurídico. Nesse momento histórico romano, sentenciar não era papel direto do Estado.⁴

A Roma Antiga vivenciou três sistemas de processo: o das *legis actiones*, o formular e o da *extraordinaria cognitio*. Apenas neste último o processo era decidido do início ao fim por um representante estatal. Nos dois primeiros, como regra, o *iter* processual se desenrolava por duas grandes fases: a inicial, que se passava perante um magistrado (*in iure*), e a seguinte perante um juiz (*apud iudicem*), que se tratava de um particular eleito pelas partes.⁵ É a este que cabia o papel de sentenciar o processo.

Por haver essa bipartição de fases processuais, passando-se uma delas perante um particular, tanto o sistema das *legis actiones* quanto o formular compuseram o período da jurisdição romana conhecido como *ordo iudiciorum privatorum*. Neste, o magistrado não emitia decisão alguma sobre o mérito da disputa, limitando-se a definir quais princípios jurídicos seriam aplicados ao caso concreto e as consequências jurídicas que decorreriam dos fatos alegados pelas partes⁶ – atividade esta que guarda similitudes com a do legislador hodierno.

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20-21.

² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 24.

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 21.

⁴ Anote-se que a utilização do termo *Estado* indicando as formações políticas anteriores ao Século XIII é considerada um anacronismo por respeitável doutrina, haja vista que, antes disso, não se tinham firmado os conceitos de povo, território e soberania, elementares ao conceito de Estado (nesse sentido: SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990. p. 14). Neste trabalho, serão chamadas de Estado as formações políticas da Antiguidade, com a ressalva de que não se trata de representações tipicamente estatais tal como se conhece na modernidade.

⁵ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 81.

⁶ SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*, cit., p. 20.

No sistema das *legis actiones*, havia uma aposta entre as partes na qual cada um dos litigantes afirmava ser detentor do direito posto em julgamento, ou seja, as suas pretensões eram reveladas nessa aposta. Ao final, a decisão do juiz se limitava a dizer quem era o vencedor e o perdedor.⁷ Não se exigiam dele justificativas sobre a formação de seu convencimento.

Já no processo formular, a sentença deveria se amoldar à fórmula previamente delimitada pelo magistrado, e a decisão do juiz se resumia a, após a instrução probatória, responder conforme as alternativas trazidas na fórmula. O juiz dizia sim ou não, procedente ou improcedente, diante das circunstâncias fáticas verificadas no caso concreto relativas a uma regra.⁸

O *decisum* amoldava-se à fórmula do magistrado com uma descrição muito sucinta. José Cruz e Tucci e Luiz Azevedo, com arrimo em Biondi, atestam que o elemento lógico da sentença se resumia aos dizeres “*si paret... non paret*”, seguindo-se a decisão “*condemna... absolve*”, o convencimento do julgador era de livre formação e a atividade lógica de sua convicção nunca era exposta; sua *sententia*, pois, alcançava tão somente a acepção normal e comum da palavra, significando opinião. Seguindo, descrevem os insígnis professores: “Assim, jamais sendo motivada, a sentença do *iudex* supunha, via de regra, uma simples declaração que tinha o condão de pôr fim à controvérsia (...)”⁹

Mais que desobrigado a fundamentar, não havia ao juiz nem sequer a obrigação de decidir o caso. Ensina Barbosa Moreira que, nas situações em que aquele entendia não ser possível formar uma convicção segura sobre os fatos, dizia: “*non liquet*” (não está claro), e o processo reiniciava perante outro juiz.¹⁰

A possibilidade de a decisão do caso concreto nos dois primeiros sistemas processuais romanos ser proferida por alguém externo à estrutura do Estado, inclusive, resulta em divergência de entendimentos doutrinários acerca do conceito que o direito romano dava ao termo *iurisdictio*.

Modernamente, ensina Moreira Alves, jurisdição se conceitua como o poder que tem o juiz para, com força vinculante às partes, declarar a vontade da lei nos casos concretos que lhe são levados à apreciação. E, em razão de a sentença no *ordo iudiciorum privatorum* não ser dada diretamente por um representante estatal, e, sim, por um particular, a decisão do caso concreto não vinculava as

⁷ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, cit., p. 83.

⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 357.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996. p. 127-128.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 9, v. 35, p. 178-184, jul. 1984.

partes.¹¹ Desse modo, tem-se que a adoção do moderno conceito de jurisdição leva à conclusão de que esta não existiu em Roma, enquanto a figura do *iudex* se fez presente.

Avivando a *iurisdictio* romana, entretanto, prevalece na doutrina a opinião de que, em Roma, jurisdição significava o poder de dizer qual direito seria aplicável ao caso e de organizar o processo civil. O julgamento, a princípio, não era requisito da jurisdição. Nas palavras de Gioffredi, consistia a *iurisdictio* em “(...) estatuir (*dicere*) um vínculo, um regime jurídico concreto (*ius*) entre os particulares, numa relação atinente a eles, em garantia do interesse público”.¹² Isso posto, tem-se que no *ordo iudiciorum privatorum* a jurisdição se fazia vigente na atividade dos magistrados, que detinham tal poder.

Como se pode perceber, o papel decisório do juiz no *ordo iudiciorum privatorum*, a exemplo do juiz ateniense, era por demais objetivo; a função do *iudex* era praticamente despida de profissionalismo. Isso, como dito alhures, guarda relação com o fato de que a sentença era dada por alguém de quem não se exigia conhecimento jurídico e que, aliás, segundo José Lopes, citando Peter Stein, em regra, era realmente leigo. Desse modo, o juiz, desconhecedor do direito, não estava obrigado a fundamentar sua sentença; a aceitação desta pelas partes dependia da crença de que as regras preestabelecidas eram objetivas e imparciais, não favorecendo ou prejudicando qualquer dos litigantes.¹³

Já na vigência do sistema da *extraordinaria cognitio*, em que pese a escassez de fontes tratando sobre a questão, Tucci e Azevedo revelam plausibilidade na afirmação de que as sentenças passaram a ser motivadas. Tal afirmação resulta da observação de que contra as chamadas sentenças injustas, neste novo sistema, admitia-se interposição de recurso.¹⁴ A possibilidade de presença de motivação expressa do *decisum* pode também ser admitida em razão de que, nesta nova fase do processo Romano, diferentemente do *ordo iudiciorum privatorum*, o exame das provas e a sentença eram tarefas de um magistrado, representante oficial do Estado – que até poderia delegar a função a terceiro (*iudex datus* ou *penadeus*), mas que não era de escolha das partes – e que era tido como profissional conhecedor do direito.¹⁵ E, sendo o julgamento emitido por um jurista, não limitado a uma fórmula predefinida, como antes o era, é realmente possível que o julgamento tenha passado a vir precedido de fundamentação.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 194.

¹² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, cit.

¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo, cit., p. 357.

¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 147.

¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit.

Podem-se tecer críticas ao fato de que o tão afamado sistema jurídico romano, de excepcional funcionalidade, deixou por muito tempo a importante tarefa de decidir a lide a leigos. Atividade esta que, em tempos como os nossos, necessariamente é feita por alguém com formação em ciências jurídicas, por um profissional do direito. Contudo, mesmo na modernidade, registram-se defensores de que o desconhecimento jurídico dos juízes romanos do *ordo iudiciorum privatorum* em nada afetava a tarefa que lhes era atribuída.

Na ótica do jurista Francês Louis Bernard Bonjean (1804-1871), Senador de Napoleão, por exemplo, decidir o direito aplicável e suas consequências é algo que necessariamente exige conhecimentos técnicos do ponto de vista estritamente jurídico, mas julgar os fatos apresentados somente exige justeza e retidão de espírito. Nesse aspecto, elogiou a estrutura romana, que deixava essa última tarefa a populares, escolhidos pelas partes, dando à justiça um caráter eminentemente popular e liberal.¹⁶ Daí que o *iudex* proferia a sua *sententia* como verdadeira expressão de seu sentimento (do verbo *sentire*),¹⁷ sendo inócua qualquer explicação sobre como àquela se chegou, porquanto era escolhido pelas partes como pessoa de espírito justo e reto, por isso estas deviam confiar-lhe a virtude de verificar se estava claro ou não (*si paret... non paret*) o direito alegado, sem maiores justificativas acerca de seu sentir.

Há pelo menos três fatores, portanto, que tornam entendível a aceitação romana de que as decisões das lides prescindiam de fundamentação expressa; dois de caráter subjetivo, quais sejam, uma incólume confiança depositada pelas partes em que a pessoa por elas eleita para apreciar as provas e julgar os fatos era provida de um espírito justo e reto e que tal atributo era suficiente a seu papel; e um de caráter objetivo: o *iudex*, na realização de sua função, estava munido do mais justo regramento, preestabelecido por um magistrado jurista.

Arrisca-se afirmar que o principal dentre esses três elementos, a justificar a desnecessidade de fundamentação da decisão, seja a confiança depositada no juiz, decorrente da escolha pessoal deste pelos litigantes. Afinal, mesmo na atual estrutura dos Estados contemporâneos, é exigido do magistrado imparcialidade – “espírito justo” é uma expressão por demais subjetiva para ser empregada pelos ordenamentos atuais, que prezam pela cientificidade jurídica – e que ele decida com base em leis preestabelecidas por representantes do povo que, comumente, são elaboradas por juristas, contudo a obrigatoriedade de fundamentação das decisões vem sendo a regra geral adotada.

O aspecto de que a sentença do período da *ordinaria cognitio* passou a ser motivada, como aqui já se observou admitirem Tucci e Azevedo, reforça a

¹⁶ BONJEAN, L. B. apud SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*, cit., p. 20-21.

¹⁷ SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*, cit., p. 18.

afirmação de que a possibilidade de as partes escolherem seu juiz no *ordo iudiciorum privatorum*, e, como consequência, nele depositarem axiomática confiança, é o ponto crucial da prática de sentenciar sem fundamentar nos primeiros sistemas processuais romanos. Na *ordinaria cognitio*, conquanto a certa expectativa de que o magistrado, como jurista, decidiria com imparcialidade, não se pode afirmar presente o aspecto subjetivo de confiança das partes na justiça e retidão espiritual do julgador, afinal, elas não mais o escolhiam diretamente.

Dessa maneira, o primoroso direito romano, ao profissionalizar a atividade de decidir o mérito da lide, trouxe a necessidade de, como nos ordenamentos modernos de origem romano-germânica, o magistrado expressar os fundamentos de sua decisão, já que a vantagem de o Estado fornecer um magistrado jurista e imparcial, porém aleatoriamente estabelecido, profissionalizando por completo a atividade decisória, retirou a pedra angular de aceitabilidade das simplificadas expressões “*si paret... non paret*” e “*condemna... absolve*”, qual seja: a escolha do juiz pelas partes.

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA ALTA IDADE MÉDIA

A Alta Idade Média, assim como a Idade Antiga, também foi marcada pela ausência de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. O direito medieval, dizem José Tucci e Luiz de Azevedo, herdou das fontes romanas a regra de que a validade do julgado independia de fundamentação; e as sentenças, ordinariamente, resumiam-se ao emprego dos vocábulos *condemno* ou *absolvo*, nas decisões de primeiro grau, e *confirmo* ou *infirmo*, em segundo grau de jurisdição.¹⁸

Não obstante a desobrigação, Noronha reproduz o registro feito por Antonio Pertile no sentido de que, especificamente entre os juizes eclesiásticos, desde os tempos antigos, a praxe não se amoldava às afirmações de Tucci e Azevedo acima descritas. Pois aqueles juizes “(...) estavam acostumados a dar os motivos das suas próprias sentenças (...). E esse costume era de tal forma observado que muitos não concebiam uma sentença que não fosse motivada”.¹⁹

Embora a exceção apontada, a ausência de fundamentação era a regra geral. As legislações seguiam os ensinamentos dos juristas, e a doutrina da época, explica Taruffo, mostrava-se indiferente à imposição do dever de motivação das decisões. De modo uniforme, tendia a acolher o princípio de que a validade destas não se

¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001. p. 62.

¹⁹ PETERLE, Antonio apud NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*. 1992. 454 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Processo, Curso de Pós-Graduação, São Paulo, 1992. p. 33.

sujeitava a dever algum de fundamentação, e a orientação dominante era para que os juízes realmente evitassem expor as razões de sua decisão.²⁰

No mesmo sentido, revelam Tucci e Azevedo que tanto civilistas quanto canonistas eram contra o dever de motivação nos pronunciamentos judiciais. Dizem eles que Acúrsio e Tancredo, juristas da época, indicavam que era prudente motivar exclusivamente a sentença terminativa que decidia ter o demandante eleito a via processual errada, com o fim único de que ficasse o demandado impedido de alegar coisa julgada, em eventual nova ação. Fora disso, as decisões deveriam resumir-se ao dispositivo.²¹

Já na seara processual canônica, verificou-se, em resposta dada pelo Papa Inocêncio III, por meio da decretal *Sicut nobis*, de 1199, respondendo à consulta que lhe era feita, que o Chefe da Igreja entendia como insignificantes os fundamentos da sentença, já que a presunção de validade desta era derivação lógica da autoridade da qual se revestiam os juízes. No mesmo sentido, Guilherme Durante mostrava-se também adepto do entendimento de que a decisão era um legado do árbitro do juiz, não havendo qualquer irregularidade em não conter ela explicitamente as razões de decidir.²²

Esse difundido repúdio jurídico ao dever de motivar justificava-se na preocupação dos juristas com a manutenção da inviolabilidade da decisão. Alegava-se que, ao fundamentar, poderia o juiz incorrer em *error expressus*, que culminaria na nulidade da decisão, ou mesmo que a fundamentação poderia enfraquecer a autoridade da sentença, abrindo o caminho para recurso.²³

A tendência, como se infere da preocupação exposta, era exclusivamente a de valorizar a autoridade do juiz, blindando sua opinião decisória, já que a fundamentação era (como o é hoje) o meio lógico para chegar o leitor à conclusão de que foi, de algum modo, falha a atividade cognitiva do julgador, podendo, por isso, sua decisão ser anulada ou reformada. Assim, sem qualquer desassossego com o descontentamento das partes em não conhecer das justificativas decisórias, afirmava Hostiense: “si cautus sit iudez, nullam causa exprimet”²⁴ (se o juiz é cauteloso, nenhum motivo expressa).

Não se pode olvidar, outrossim, da influência filosófica e teológica de Santo Agostinho (354-430 d.C.) sobre os juristas da Alta Idade Média, a qual certamente irradiava consequências desobrigatórias quanto a justificar expressamente o juiz

²⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 278-279.

²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*, cit., p. 63.

²² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*, cit., p. 63.

²³ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 278-279.

²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*, cit.

suas decisões. O augustinianismo jurídico traduzia-se por um pilar ideal, como com clareza pontua Hespanha: “Na verdade, para o Bispo de Hipona, a única fonte de direito é a vontade de Deus; vontade em geral *insondável*, mas revelada parcialmente pelas Escrituras e manifestada em cada momento pela ordenação providencial da história”.²⁵ E desta máxima, conhecida como voluntarismo, que se opunha ao racionalismo, resultam consequências corroborantes ao repúdio à fundamentação.

Se somente de Deus provém a vontade capaz de dizer o que é o direito, não caberia aos homens questionar a justiça ou injustiça disso: o que Deus queria era justo por si só, a justiça provinha de seu querer, não era seu querer que derivava da justeza das coisas. Por isso, os mistérios divinos deveriam ser prestigiados como inquestionáveis e impassíveis de entendimento pelo ser humano, ao qual cabia, tão só, como recurso final, olhar para os Livros Sagrados e neles buscar apreender a vontade divina revelada pela graça da Providência. E o juiz, recebendo seu mandato de quem detinha o poder, era assim considerado por vontade de Deus (“É por Mim que os tiranos reinam”). Havia um sentido oculto para seu posto de julgador, escrito na história da Salvação.²⁶

Dessa maneira, a palavra decisória do juiz no augustinianismo jurídico tinha força de reproduzir, nos limites humanos, aquilo que Deus queria, e a justificativa disso era revelada tão somente pela autoridade previamente àquele constituída, não prescindindo, por isso, de qualquer manifestação motivacional do ato decisório. O juiz era justo porque expressava a inquestionável vontade de Deus. E, como essa vontade quase não cabia no intelecto humano, prudente seria tão só expressá-la, sem tentar explicá-la. Daí os conselhos doutrinários do período no sentido de que o juiz assim procedesse.

Não obstante todos os fatores do período que indicavam não ser necessário nem adequado os juízes fundamentarem suas decisões, já foi apontado que os juízes eclesiásticos tinham a prática de expor os motivos das conclusões de seus julgamentos. Além disso, lembra Taruffo as sentenças prolatadas pelo juiz longobardo Rei Pertarido, em Pavia, no ano 673 d.C., munidas de motivações que se mostram adequadas mesmo sob análise de um observador moderno. E, ainda, registram-se sentenças longobardas dos Séculos IX, X e XI.²⁷

Assim, verifica-se que nem toda a contrariedade doutrinária, civilista e canonista à prática da fundamentação foi suficiente para que a Alta Idade Média findasse sem o registro de sentenças fundamentadas.

²⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 222.

²⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, cit., p. 223.

²⁷ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 276-277.

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NOS SÉCULOS XII A XVII

As civilizações da Baixa Idade Média começaram a romper com o pensamento político, religioso e filosófico imperantes no início medieval e, conseqüentemente, isso desembocaria conseqüências na tradição jurídica dessa nova etapa histórica. Nesse diapasão modificativo, é a partir do Século XIII, conforme leciona Michele Taruffo, que apareceram algumas legislações impondo o dever de motivação, ainda que os limites desse estivessem fora do âmbito jurídico-político que, anos mais tarde, marcaria a fundamentação das decisões dos juízes na Europa moderna da segunda metade do Século XVIII.²⁸

O Século XIII foi marcado pelo chamado processo romano-canônico, *mixto* ou comum, formado pela miscigenação do direito romano renascido com o direito canônico renovado.²⁹ Isso foi resultado do surgimento da Escola de Bolonha (1088), onde os juristas estudavam e difundiam os ensinamentos do direito romano, principalmente de Justiniano, com forte influência do *forum internum* da Igreja nos escritos de Glosadores e Comentadores.³⁰

Dessa compilação de ideias e teorias romano-canônicas, buscavam os juristas estabelecer sistemas jurídicos que trouxessem julgamentos satisfatórios para as coisas materiais e espirituais da época e, com juízes conhecedores do Direito, explica Noronha, tornou-se obrigatória a motivação da sentença.³¹

Taruffo explica, entretanto, que a obrigatoriedade de fundamentação nesse período não pode ser tratada como regra geral entre os ordenamentos. Apenas apareceram legislações pontuais que a impunham, citando-se como exemplos de leis medievais com exigência de motivação o Estatuto da Régio-Emília (1265), a legislação florentina (1532, 1542 e 1560) e o mais antigo caso expressamente previsto no direito canônico em que deveria ser fundamentada a sentença, o qual vinha previsto em uma decretal do Papa Inocêncio IV, aplicando-se àquela que decidia pela excomunhão (*Sexti decretal*, lib. V, tit. XI, cap. I).³²

Já no início do Século XVII, a legislação lusitana também trazia norma obrigando aos juízes fundamentar não todas as decisões, mas ao menos suas *sentenças diffinitivas*. Trata-se das Ordenações Filipinas, que entraram em vigor em 1603, com o reinado de Filipe II, e que, apesar de várias alterações ao longo do Século XIX, no Brasil colonial vigeram até a vinda do Código Beviláqua. O texto da lei deixava claros os porquês da determinação: serviria para que as partes analisassem a conveniência ou não em recorrer, e para que os juízes de instância

²⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 278.

²⁹ NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*, cit., p. 217.

³⁰ NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*, cit., p. 213-214.

³¹ NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*, cit., p. 218.

³² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 278-279.

superior, no caso de recurso, entendessem melhor os fundamentos da decisão (Livro III, LXVI, 7).³³

O plano de fundo dessas normas medievais, contudo, não carregava um teor de ideologia liberal ou democrática, marco que posteriormente estaria presente nas decisões judiciais do período Iluminista. Elas expunham dever motivacional como corolário de questões adstritas ao pensamento jurídico próprio da Baixa Idade Média.

Nesse aspecto, o surgimento da fundamentação obrigatória nessas legislações medievais tem entre suas principais causas o declínio da crença de que o processo sofria intervenção divina (como o era na época dos *ordálios* e dos *juízos de Deus*, praticados pelos Bárbaros). Em vista disso, como explica Carlos Noronha, sendo a decisão produto de obra humana, estaria sujeita à falibilidade e poderia ser injusta, além do que, deveria ela fundar-se na lei, nos costumes e na equidade, sob pena de nulidade. E, contra a sentença injusta ou nula, havia a possibilidade de recurso,³⁴ de modo que a fundamentação, como expressão lógica da atividade cognitiva do juiz, passava a ser o alvo de ataques recursais. Assim, a possibilidade de julgamento falho é razão do dever de fundamentá-lo e o direito de contra ele recorrer é corolário desta falibilidade.

Também favorável à fundamentação das decisões no período histórico em comento, há fatores para além da obrigatoriedade imposta por legislações, os quais implicam no surgimento de uma praxe de fundamentar. E, seguindo os dizeres de Antônio Hespanha, nesse ponto podem ser citadas três questões de ordens distintas, mas congruentes.

Primeiramente, a ideia filosófica de “libertação da razão”, que caracterizou o pensamento jurídico dos séculos XII e XIII, com grande expoente em São Tomás de Aquino, a qual traduz o pensamento de que o papel do jurista, como ser racional, não é o de simplesmente colher nas fontes (escriturais ou legais) um direito já pronto, mas, para se chegar a uma solução justa, deve ele investigar e discutir o caso; em segundo, o apagamento da crença de que as fontes do direito eram de tamanha autoridade que ao jurista era possível tão somente uma singela interpretação, uma glosa ou breve comentário: a organização do discurso argumentativo dos juristas passa ser a nova lógica da escolástica; e, por terceiro, destacam-se fatores de ordem institucional, pois, se o jurista deveria usar amplamente a razão e sua atividade iria muito além de uma mera anotação da fonte aplicável, necessitaria ele dedicar-se ao conhecimento jurídico teórico, desenvol-

³³ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal, recompiladas por mandado do rei D. Philippe I*. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. v. 14. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

³⁴ NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*, cit., p. 219.

vido sua capacidade lógico-dialética, e, para isso, deveria debruçar-se nos estudos oferecidos nos ambientes institucionais que favoreciam o desenvolvimento da razão jurídica da época.³⁵

Dessa maneira, o *iustum*, a solução justa, seria traçada pelo correto uso da razão (*recta ratio*), revelado em um discurso lógico, provido de conhecimento jurídico. Dessa forma, não se poderia conhecer da justeza do julgamento se este se resumisse a ditar a decisão sem explicar por que o caso concreto a reclamava, de modo que a difusão desses fatores criava entre os juízes, dos pontos de vista filosófico, dogmático e institucional, a praxe de apresentar os fundamentos do *decisum*.

A práxis da fundamentação iniciada no Século XII e que se estendeu sem substanciais mudanças até o Século XVII, entretanto, observa Michele Taruffo, foi, em geral, um tanto tímida, não podendo ser tratada como um campo autônomo, merecedora de um estudo específico. Na verdade, na grande maioria dos casos, verificava-se uma prática extremamente formalista de dizeres que antecediam o dispositivo, simplesmente expondo os pedidos e defesas das partes e retratando que o *ordum iudiciorum* foi observado no caso. Não passava disso. Como exemplo de fórmula sintética que expressa a fundamentação do período, cita Taruffo: “*visis et auditis rationibus utriusque partis et testibus inspectis, habito sapientium consilio etc.*”³⁶ (vendo e ouvindo as razões de ambas as partes e as testemunhas, observo o conselho dos sábios etc.).

Já no Século XVI, entretanto, verificaram-se situações que não se encaixam nesse perfil extremamente sucinto de motivação. No período, os *Grandi Tribunali* da Itália são conhecidos por decisões preenchidas com fundamentações cultas e elaboradas, principalmente no que se refere ao direito aplicável ao caso. Também na Alemanha, a pronúncia dos *Schöffengerichte*, com considerável motivação, demonstram a difusão de uma praxe que se mostrava como tendência crescente.³⁷

Cabe-se atentar, ao término desta seção, que não há concomitância entre o surgimento do predomínio nas legislações do dever de os juízes motivarem suas decisões e a praxe de assim estes o fazerem. Como se verificou, preponderantemente entre os Séculos XII e XVII, os ordenamentos não os obrigavam a tanto, mas, por questões de ordem filosófica, religiosa e institucional, a presença de motivação nas decisões dos juízes foi crescentemente se tornando corriqueira e cada vez mais elaborada, favorecendo que, aos poucos, fossem os estudiosos despertando interesse pela análise autônoma desse importante capítulo da decisão, o que nos tempos vindouros desembocaria em modernas teorias sobre a obrigatoriedade de sua presença nas decisões judiciais e de suas funções perante a ideologia social e política que se faria existente nas futuras sociedades.

³⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, cit., p. 222-229.

³⁶ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 277.

³⁷ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 277.

FUNÇÕES ENDO E EXTRAPROCESSUAIS DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NAS ATUAIS DEMOCRACIAS QUE CONSTITUCIONALIZARAM O DEVER DE FUNDAMENTAR

O elemento legal de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais que estampou os ordenamentos jurídicos, como se apurou nas linhas pretéritas deste artigo, guarda intrínseca correlação com fatores de ordem filosófica, ideológica, sociológica e política, sem prejuízo, ademais, com a característica jurídica, na medida em que se percebeu a gradativa preocupação institucional de conferir possibilidade jurídico-argumentativa para recorrer das decisões judiciais consideradas injustas.

Para essa compreensão, contudo, mister que se desenvolva, ainda que de forma extremamente sintética, para fins de coerência e coesão com o discurso ora apresentado, a construção histórica, jurídica e política proeminentemente do Estado Democrático de Direito, porquanto ao concebermos as ideias de efeitos endo e extraprocessuais da fundamentação, conexão indissociável terão os caracteres da teoria do Estado Constitucional na sistemática processual do ordenamento jurídico brasileiro.

É bem verdade que, se enquanto o desenvolvimento da obrigatoriedade de fundamentação permeou a natureza religiosa e institucional, vislumbrada, sobretudo, nos idos dos séculos XVI e XVII, é de se ressaltar, em contrapartida, os fenômenos de ordem político-ideológica que sobrepassaram os séculos posteriores, reconhecendo-se, conseqüentemente, a força dos movimentos que se sucederam, ainda que não em concomitância temporal e cultural, mas que, inexoravelmente, contribuíram sobremaneira para a compreensão dos recortes constitucionais de nossa época contemporânea.

A concepção de Estado, a ser desenvolvida como pressuposto para a construção da ideia de Estado Democrático de Direito, assentar-se-á nas lições de Jean Bodin, pautadas em sua obra *Les Six Livres de La Republique* (1576), e Thomas Hobbes, com o seu *Leviathan* (1651), que recortaram o Estado, com a sua soberania e o seu poder como categorias centrais da modernidade política, para assim o reconhecerem. E como afirma José Joaquim Gomes Canotilho: “o Estado é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder, dotado de qualidades que o distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações do poder’”.³⁸ Dentre as respectivas qualidades que o atribuem, assinala José Joaquim Gomes Canotilho que: “pode assim sintetizar: a) soberania, traduzindo-se em um poder supremo no plano interno e em um poder independente – autônomo – no plano

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 85.

internacional, acolhendo-o como um poder político de comando; b) território; c) povo”.³⁹

Frisa-se que o Estado, da maneira como é concretizado, corresponde ao modelo de Estado emergente da Paz de Westefália (1648). Modelo este que se assenta, basicamente, “na ideia de unidade política soberana do Estado”,⁴⁰ que, ainda hoje, a despeito de estar relativamente em crise, em virtude do fenômeno da globalização, da internacionalização e da integração interestatal, não deixa de manter seus méritos para compreensão desta ideia político-jurídica de concentração e controle de poder.

Daí segue que, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho: “esta forma de conceituação continua a ser operacional se pretendermos salientar duas dimensões do Estado como *comunidade juridicamente organizada*: 1) O Estado é um esquema aceitável de *racionalização* institucional das sociedades modernas; 2) o Estado constitucional é uma *tecnologia política de equilíbrio político-social*” (grifos do autor).⁴¹ Tecnologia, nas palavras do jurista português, ou instrumento, como assinala Fioravanti, “que se fez útil e necessário para se combateram dois ‘arbítrios’ ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais” (grifo do autor).⁴²

Essa apreensão teórica-histórica se justifica para que se refira, posteriormente, a algumas das características do “modelo” de Estado que precedeu a moderna concepção de Estado Constitucional.

É fato que o Estado Absolutista, enquanto transferia o monopólio do poder ao monarca, que figurou como representação divina na terra e fonte inesgotável de autoridade e poder, não poderia mais ter assento na construção de um Estado Constitucional.

Anotando a alteração de assentamento político-sociológico para a configuração do Estado Constitucional, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho que

o Estado Constitucional procurou uma fundação e estruturação diversa daquela de seus precedentes tipos de Estado: O *Estado Estamental* e o *Estado de Pólicia*. Este Estado, também chamado de despotismo esclarecido, apresentava como características fundamentais a afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca; a extensão do poder

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 86.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit.

⁴² FIORAVANTI, Maurizio. Los tato di diritto come forma di stato. Notazioni preliminar sulla tradizione europeo-continentale. In: GHERARDI, Rafaella; GOZZI, Gustavo (Ed.). *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 140.

soberano ao âmbito religioso; e uma eminente forma arbitrária de exercício de suas próprias razões (grifos do autor).⁴³

A ideia de Estado Constitucional, contudo, veio a ter decisivo acolhimento apenas da concepção publicista mais recente. A expressão, portanto, não encontra amparo nas construções doutrinárias anteriores, o que é relevante destacar, a fim de não se atribuir concepções inexistentes à época do desenvolvimento teórico e histórico deste “modelo” de Estado.

O Constitucionalismo, como explicita o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, “procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Tentou estruturar um Estado com qualidades, estas que fazem dele um Estado Constitucional”.⁴⁴

Essa construção sociológica, política, jurídica e institucional teve seus vieses em refração à ideologia absolutista de poder, que restringia, sobremaneira, os “direitos” dos particulares, afrontando-os na medida em que prevaleciam os interesses do próprio monarca, sejam aqueles decorrentes da natureza política, como atividade de governo, seja aquele derivado dos anseios de natureza pessoal.

Dito isso, a concretização deste modelo Constitucional de Estado remonta a um pluralismo cultural, a uma diversidade circunstancial e a uma observância de códigos próprios de povos variados para compreender sua concretização.

Aponta José Joaquim Gomes Canotilho que “a domesticação do domínio político pelo direito faz-se de vários modos e, por isso, deveremos ter cuidado em identificar conceitos”.⁴⁵

Amoldam-se a essa concepção os regramentos do *The Rule of Law*, em que se observa “a significativa proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. Aponta a *Rule of Law*, ainda, para a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento”.⁴⁶

Na França, por sua vez, “a ideia do Estado de direito assentou na construção de uma ordem jurídica hierárquica, onde se apresentava, no vértice, a *Declaration de 26 de Agosto de 1789*, como se fosse um direito natural do Homem. A Constituição situa-se num plano imediatamente inferior e, abaixo desta, as Leis”.⁴⁷

Este Estado Constitucional, dando-se primado às leis, estaria em flagrante contraposição ao Estado de Polícia, vigorante no sistema absolutista. E, como anota José Joaquim Gomes Canotilho, “embora a limitação do poder pelo direito acabaria, em França, numa situação paradoxal, em que a supremacia da

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 88.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 89.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 89.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 90.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 91.

constituição seria neutralizada pelo primazia da lei, a estrutura serve, ainda hoje, de paradigma aos estados constitucionais da atualidade”,⁴⁸ porquanto em evidente proposição à ideia de sujeição do poder ao direito, a fim de conferir resguardo aos direitos individuais, sobretudo. A ideia, portanto, e que hoje ainda estampa um dos princípios cardeais do Direito Administrativo brasileiro, princípio da legalidade da administração, é de que

o Estado de Legalidade, assim compreendido aquele em que os atos da Administração deve ser amoldados em perfeita consonância com a finalidade e ordem da lei, servem para dar execução estrita ao cumprimento desta, como produto da vontade geral, garantindo, deste modo, a observância do *princípio da igualdade perante a lei* em consequente repúdio das velhas *leges privatae* características do *Ancien Régime*.⁴⁹

Porém, a construção teórico-filosófica não se restringe à ideia de Estado de direito. O Estado Constitucional “é mais do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder; foi, também, reclamado pela necessidade de legitimação deste mesmo poder, a fim de que o exercício deste não ficasse assentado em fundamentos metafísicos, como o foram na estrutura do *Ancien Régime*”.⁵⁰

A legitimidade do poder, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho,

é de uma ordem de domínio e de legitimação do exercício do poder político. Caso contrário, estaríamos diante de um Estado de direito “impolítico”. O que não permite ser manifesto. Somente 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.⁵¹

Daí a importância e significação da obra *Qu'est ce le Tiers État?*, do Abade Sieyès, ao introduzir a ciência política à teoria da legitimação do poder público.

Sendo assim, e a despeito de toda a necessária construção discursiva do “modelo” Constitucional de Estado, as suas consequências políticas, jurídicas e institucionais não assumiram, temporal e espacialmente, as mesmas repercussões fáticas.

O processo do *neoconstitucionalismo*⁵² “à maneira de se contrapor à ideia fixa da concepção jurídica positivista – apego desarrazoado às leis – na célebre

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 92.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 92.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 94.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 96.

⁵² Adotar-se-á a expressão neoconstitucionalismo na perspectiva teórico-filosófica exposta por Luís Roberto Barroso, sinalizando a teorética neoconstitucional para uma alteração paradigmática do Direito, assim compreendido pela releitura constitucional do sistema jurídico,

lição da escola de Savigny – A lei é o Direito”,⁵³ disseminou-se, de forma estrondosa, a partir da Segunda Grande Guerra Mundial na Europa.

Como anota Eduardo Cambi, “as alterações mais importantes, na compreensão constitucional, a que se denomina de neoconstitucionalismo, podem ser sintetizadas em três aspectos distintos: i) histórico; ii) filosófico; iii) teórico”.⁵⁴

Assinala esse autor que,

sob o aspecto histórico, as transformações mais importantes se deram pela Segunda Guerra Mundial, após a derrota dos regimes totalitários, onde se verificou a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão perante os abusos que poderia vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações.⁵⁵

Continuando a construção lógico-teórica, ressalta ainda Eduardo Cambi que

a superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito, resultou na compreensão de que o direito deve ser compreendido dentro das relações de poder, sendo intolerável que, em nome da “vontade do legislador”, tudo o que o Estado fizesse fosse legítimo.⁵⁶

Daí porque se estreitaram os vínculos entre direito e política, na esteira em que conceitos comuns, como razoabilidade, senso comum, interesse público, são informados por relações de poder, não permitindo o direito, assim, ser afastado como instrumento de amparo aos sujeitos destes vínculos.

Os reflexos das alterações constitucionais europeias, que foram sinteticamente explanados em linhas pretéritas, em breves menções aos diplomas europeus, foram sentidos, significativamente, no Brasil, mostrando-se

concedendo a máxima força normativa à constituição, e, como consequência, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da dogmática da interpretação constitucional. Em adição, a perspectiva filosófica é marcada pela identificação dos princípios como fontes jurídicas primárias, ao lado das regras jurídicas, dando relevância jurídica na conformação judicial dos direitos. Cf.: Barroso, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

⁵³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 86.

⁵⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 662.

⁵⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 663.

⁵⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 663.

verdadeiramente espelhados na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito”.⁵⁷

Por fim, quanto ao aspecto filosófico a ser ressaltado, assinala Eduardo Cambi que

a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da “vontade geral”, foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição.⁵⁸

Inegável, com espreque na construção filosófica, que pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque, invariavelmente, não passariam de meras proposições jurídicas programáticas, sem nenhum amparo de efetividade.

Essa tendência de conferir eficácia imediata e integral para os enunciados normativos que representam direitos fundamentais é denominada de pós-positivismo, afastando-se a aplicação meramente secundária dos princípios.

Nesse diapasão, a falência da filosofia teórica do positivismo jurídico, que foi marcado pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompeu o método clássico silogístico, oportunizando-se um espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Destacando os elementos desta nova metodologia de interpretação, agora em conformidade com a Constituição, afirma Eduardo Cambi que “a nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), provenientes da escola exegeta, mas revitalizou a hermenêutica jurídica, ressaltando a teoria dos princípios sobre as regras”.⁵⁹

Conforme salienta Jorge Miranda,

os princípios admitem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento.⁶⁰

⁵⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 664.

⁵⁸ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 664.

⁵⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 670.

⁶⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 434.

Diante dessa novel construção doutrinária da hermenêutica constitucional, os princípios jurídicos – espécie de enunciados normativos – colocam-se ao lado das regras jurídicas, a fim de dar concretude à Lei Fundamental, consubstanciada na Constituição, como plexo de enunciados normativos alçados ao patamar de *Lex Mater*, que serve de fundamento de validade de todos os demais preceitos normativos.

E, nesse ditame, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha reforço, a ser pautado como princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico, iluminando todos os demais preceitos jurídicos, na medida em que, ao fim e ao cabo, a pessoa humana é a finalidade última das disposições jurídicas.

Por isso, ressalta Juarez Freitas, aduzindo que

urge que a exegese promova e concretize o princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo como é um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor da compreensão superior de todos os ramos do direito. Mais que *in dubio pro libertate*, princípio valioso nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento humanizante segundo o qual, em favor da dignidade, não deve haver dúvida.⁶¹

Sendo assim, a Constituição, estruturando-se em todo o desenvolvimento filosófico, ideológico, histórico e jurídico, exsurge, na atual desenvoltura do Estado Constitucional, como ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídicas, assumindo um caráter fundamental na construção do que se denomina, atualmente, neoprocessualismo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como destaca Eduardo Cambi, “ao contemplar amplos direitos e garantias fundamentais tornou constitucionais os mais importantes fundamentos dos direitos materiais e processuais – fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional”.⁶²

Dito isto, inegável a conclusão de que, alçando a um patamar constitucional inúmeros direitos infraconstitucionais, todos voltados à preservação da dignidade da pessoa humana, a atuação do Poder Público deve respeitar seus ditames, de sorte a ser obediente a promoção do efetivo e concreto Estado Democrático de Direito, que, como apontou José Joaquim Gomes Canotilho

deve o Poder Público, em todas as facetas de sua actuação, estruturar-se em uma ordem cujo domínio se legitima no povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado significa, contemporaneamente, que

⁶¹ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 34, p. 59-76, 2000. p. 71.

⁶² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 672.

o poder do Estado deve se organizar e se exercer em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do poder dos cidadãos.⁶³

A maneira, pois, institucionalizada pelo Poder Público para se fazer obedecer aos direitos subjetivos dos cidadãos encontra respaldo no estuário normativo pátrio, e, para salientar a preponderância deste direito, ditos fundamentais, foi necessário enfatizá-los, moldurando-os na Constituição Federal.

Contudo, tais direitos devem, para serem efetivamente tutelados, ter medidas capazes de tornar eficaz sua aplicação imediata e integral. Esse instrumento, hodiernamente, é chamado de garantias processuais.

Daí a eminente preocupação doutrinária e jurisprudencial a respeito do direito fundamental à tutela jurisdicional, à instrumentalidade do processo e à construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais.

Como assinala Luiz Guilherme Marinoni, “a percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, XXXV, CRFB/88) vincula o legislador, o administrador e o juiz, isto porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva”.⁶⁴ E, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, tal dimensão é expressa como “o conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva do Estado”.⁶⁵

Daí a proeminente lição de Cândido Rangel Dinamarco, ao explicar o necessário “abandono entre a dicotomia rígida de direito material e processo, passando-se a falar em instrumentalidade do processo”.⁶⁶

Essa instrumentalidade, pois, é mais do que necessária para adaptar a tutela jurisdicional ao bem jurídico a ser protegido, em flagrante processo de criação de técnicas processuais.

Isso, contudo, necessita que a construção do processo e sua resolução, alcançando a finalidade para a qual nasce, isto é, para tutelar o direito lesado ou ameaçado, não pode ser despida de fundamentação, na medida em que também é um direito subjetivo do cidadão, no exercício de sua cidadania, ter ciência das razões pelas quais o Estado, no âmbito do Poder Jurisdicional, decide de tal forma e aplica a respectiva técnica para instrumentalizar a tutela do direito pretendido.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 94.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 140.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 51.

Nesta esteira, compreendida a parcelaridade, ainda que sucinta, do lapso temporal em que se desenvolveu o atributo da fundamentação nas decisões judiciais, sobretudo em face de seu caráter institucional e filosófico, mister ressaltar a análise de quais as funções a fundamentação deve assumir nos pronunciamentos jurisdicionais nos Estados Democráticos de Direito.

Essa abertura analítica deverá perpassar, inexoravelmente, pelos ideais democráticos que assentaram o Estado Democrático de Direito, já que, da mesma forma, como qualquer outro elemento integrante de ato do Poder Público, deve àqueles estar submetida, sobretudo pela suma importância que institucionalmente agrega às decisões judiciais, pois se trata de materialização do meio específico de manifestação do Poder Judiciário quando do exercício de sua função típica: solucionar com imperatividade e definitividade conflitos de interesse.

Em consonância a esse desiderato, atenção reclama o comentário expendido por Michelle Taruffo, ao anotar a previsão exposta no artigo 111 da Constituição da República da Itália, de 1947, o qual, entre outras disposições, determina que “tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”⁶⁷ (todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados). Ensina o jurista italiano que o princípio da obrigatoriedade da motivação está inserto no sistema de garantias que as Constituições democráticas trouxeram junto com seu arcabouço ideológico e filosófico, imprimindo efetiva tutela das situações jurídicas das pessoas em face do poder do Estado e, de modo particular, diante das manifestações que são deflagradas pelo exercício da jurisdição, sendo tal princípio parte das garantias fundamentais de *natural justice* (Direito natural).⁶⁸

É por isso que, com esteio na ideologia posta pelo jurista italiano, que as funções democráticas das decisões judiciais como um todo devem ir ao encontro dos anseios populares. A expressão, contudo, não deve ser apreendida afoitamente. Anseio popular, empregado ideológica e filosoficamente, deve corresponder não à apreensão de que a decisão deve agradar a toda a sociedade, pois, afinal, é inerente ao litígio a discordância daquele que sucumbe. A cognição correta, portanto, para os fins em que pretende explanar este artigo, é no sentido de que a fundamentação precisa esclarecer, trazer à lume qual o *iter* lógico-jurídico trilhado pelo juiz para a conclusão decisória.

E deste percurso, nos atuais Estados Democráticos de Direito, todas as pessoas merecem ser conhecedoras, integrantes ou não da relação jurídico-processual na qual foi a decisão proferida.

⁶⁷ ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Senato della Repubblica, 2012. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018. p. 56.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 335.

No ordenamento jurídico brasileiro, exemplificativamente, o enunciado normativo que dispõe sobre a publicidade das decisões, não por acaso, está esculpido no mesmo inciso em que se consigna a obrigatoriedade de fundamentação, qual seja, o inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF.⁶⁹ Esses dois elementos do ato do Poder Público, enfocando-os para os pronunciamentos jurisdicionais, são direitos fundamentais da parte e, além delas, e ainda de maior importância, da sociedade, razão pela qual foram erigidos pelo constituinte ao patamar de princípios constitucionais.

Destaca-se, aliás, que, na lição de Michelle Taruffo sobre a relação entre publicidade e motivação das decisões, ambas “(...) respondem à mesma exigência política de fundo, que é aquela de instaurar a possibilidade de uma relação direta (e, portanto, ainda de controle) entre a administração de justiça e ambiente social”.⁷⁰

A aplicação conjunta, em harmonia com a interpretação conforme a constituição, dos princípios da publicidade e da obrigatoriedade da fundamentação, impõe ao Poder Judiciário não somente o dever legal de expor as razões de seu convencimento a todos, mas, inclusive, serve para coibição, uma certa forma de controle democrático, para que elas não sejam arbitrárias, despidas de exame concreto das provas e dos argumentos das partes. Essa previsão legal é instrumento legítimo pelo qual expressa o poder emanado do povo, respeitado pelo magistrado, já que, por meio disso, o Poder Judiciário, mostrando que analisou devidamente o processo, cumprindo seu papel no sistema do contraditório e ampla defesa, expondo os motivos de fato e de direito que ensejam tal julgamento, permite o controle interno e externo dos atos judiciais, o que evita arbitrariedades jurisdicionais.

A partir dessa construção jurídico-ideológica, é possível descrever uma série de funções que a disciplina da fundamentação das decisões herda, enquanto elemento democrático, de ordem endo e extraprocessual.

Mas, antes de se adentrar, particularmente, no tocante a cada uma das ordens funcionais da fundamentação susmencionadas, mister salientar que o emprego desta expressão remete à ideia de efeitos no âmbito interno do processo, isto é, os reflexos produzidos por esse instituto dentro da relação jurídico-processual, cujos efeitos, em regra, são *inter partes*.

Como funções endoprocessuais, revela José Rogério Cruz e Tucci que a fundamentação: a) de modo imediato, funciona ao juiz, antes até que às partes,

⁶⁹ “Art. 93. (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*).

⁷⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 342.

como instrumento demonstrativo de legitimidade da conclusão jurídica do ato decisório, cujo teor já se revelava ao intuito daquele; b) serve para persuadir a parte sucumbente de que não é resultado de sorte ou do acaso a decisão, mas de atuação legal; e c) permite o controle crítico da exata dimensão volitiva do juiz revelada na decisão e, como corolário, dos limites objetivos do julgado, favorecendo que, com maior rigor, o órgão *ad quem* analise a justiça e a legalidade das decisões que lhes são submetidas a exame.⁷¹

Atentando para a imprescindibilidade dos efeitos endoprocessuais causados pela fundamentação, Michele Taruffo aponta que tradicionalmente se encontram razões de diferentes ordens para a fundamentação. Perante as partes, individualiza-se esta em um tríptico aspecto: a) o de persuadir as partes (ou os advogados destas), em especial a sucumbente, de que a decisão foi justa e benigna, bem como de que valorou de modo adequado o juiz as teses contrapostas; b) facilitar o exame da oportunidade de interpor recursos, dado que, por meio da fundamentação, é possível individualizarem-se os vícios da decisão que podem revelar que há razões para recorrer; e c) desempenha o papel de instrumento interpretativo do dispositivo da decisão, favorecendo a adequada individualização e definição do conteúdo do julgado a partir das afirmações do juiz, sendo indispensável à determinação objetiva da pronúncia judicial, a qual necessariamente deve permitir que seja possível determinar o seu exato conteúdo. E, perante o tribunal, mostra-se necessária para que o juízo *ad quem* melhor afira a procedência do recurso, já que, analogamente ao que ocorre com as partes perante a decisão, ao juízo recursal a fundamentação funciona como elemento de persuasão e clarificação em relação à procedência e ao exato conteúdo da decisão recorrida, bem como permite que o tribunal verifique objetivamente a existência de vícios que infirmam a decisão atacada e a conexão entre eles e as razões recursais, revelando-se, assim, um fator de racionalização do sistema.⁷²

Observa-se, portanto, no que atine às funções endoprocessuais da fundamentação, elas não são unicamente afetas às partes, como erroneamente se pode acreditar em uma análise com afoito, mas, antes disso, servem tanto às partes processuais, enquanto consideradas aqueles sujeitos que agem com parcialidade e sofrem os efeitos da decisão judicial, como também a todos os demais sujeitos atuantes no processo, integrantes de uma relação jurídico-processual, em condição diversa de julgador. Logo, todo aquele que não assume a qualidade de parte, mas detém legitimidade processual para impugnar a decisão apresentada, é afetado pelos efeitos da fundamentação.

⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 14, v. 56, p. 223-233, out. 1989. p. 223.

⁷² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., passim.

Exemplo disso, em nosso estuário normativo pátrio, se dá em face do instituto processual denominado *amicus curiae*, alçado como terceiro interessado por meio da novel disposição do Código de Processo Civil, estampado em seu artigo 138.

Extraí-se da dicção dos §§ 1º e 3º do mencionado dispositivo processual civilista que o *amicus curiae* possui legitimação processual para interpor embargos de declaração, visando que o órgão jurisdicional sane omissão, contradição ou obscuridade do pronunciamento judicial, sem obstar, outrossim, a possibilidade de interpor eventual recurso em hipóteses de decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas.

A permissão legal visa, inexoravelmente, conferir enriquecimento e qualificação ao debate e, por conseguinte, à decisão judicial, de sorte que o cabimento de embargos de declaração pelo terceiro interveniente é medida de aprimoramento da decisão judicial, trazendo à baila a preocupação do legislador para com o escoamento do pronunciamento jurisdicional.

Vê-se, desde logo, que a eficácia endoprocessual da fundamentação não esbarra na concepção restrita de partes do litígio, isto é, aqueles cujas pretensões são resistidas por interesses contrários, mas, sim, com uma gama elástica de eficácia e importância.

Tais funções, no Brasil, também se aplicam aos advogados das partes, não apenas na condição de patronos, mas para a defesa de direito próprio, no ponto atinente aos honorários advocatícios, os quais, segundo o art. 23 da Lei n. 8.906/94,⁷³ constituem direito autônomo do advogado. Assim, caso discorde do percentual ou valor arbitrado pelo juiz, por meio da fundamentação para tê-lo feito, o advogado poderá conhecer das razões do valor fixado, verificando, assim, se houve coerência entre este e os parâmetros elencados nos incisos I a IV do § 2º do art. 85 da Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil), possibilitando a conclusão sobre a conveniência de interposição de recurso para a majoração dos honorários.

Quanto aos efeitos extraprocessuais, assim compreendidos como aqueles produzidos para fora dos limites da relação jurídico-processual, para José Rogério Cruz e Tucci, a fundamentação, do ponto de vista técnico, mostra-se útil ao enriquecimento e uniformização da jurisprudência, servindo, assim, como avultado subsídio aos que contribuem para o aperfeiçoamento e aplicação do direito. E, para além da lógica jurídica, funciona como direito fundamental que dá efetividade ao direito de defesa das partes e a independência e imparcialidade

⁷³ “Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.

do juiz, emergindo como um imperativo do sistema jurisdicional de composição de litígios, elevado à norma de natureza constitucional.⁷⁴

Em compasso com os desideratos da fundamentação, em seu duplo efeito processual – endógeno e exógeno – Adriano Cesar Felisberto e Celso Hiroshi Iocohama enaltecem que a motivação das decisões judiciais possibilita à sociedade “(...) a garantia de controle de imparcialidade e probidade do Poder Judiciário, convencendo a todos os interessados de que a decisão foi correta e justa”.⁷⁵ Similarmente, leciona Luiz Fernando Coelho que a motivação “(...) tem evidente conteúdo político, no sentido de que visa a impedir o julgamento arbitrário, pois o juiz deve provar às partes e aos cidadãos que sua imparcialidade foi preservada, e que a sentença foi justa e na conformidade da lei”.⁷⁶

Note-se que ambas as afirmações se coadunam e ganham sentido com a norma constitucional esculpida no parágrafo único do artigo 1º da CRFB/88, que afirma que todo o poder emana do povo, pois é por essa razão que o juiz deve, como qualquer agente público no exercício da função, submeter-se à vontade popular.

Perfilhando o mesmo entendimento, afirma Fredie Didier Junior que

fala-se ainda numa *função exoprocessual* ou *extraprocessual*, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído [o poder jurisdicional], mas que pertence, por força do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, ao povo.⁷⁷

Na particularidade do Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, essa submissão é revelada por meio de decisões adequadas ao ordenamento jurídico, e a observância a isso só pode ser inequivocamente conhecida por meio da fundamentação, já que, como revela Michelle Taruffo, “a publicidade de um *dictum* oracular seria praticamente inútil”.⁷⁸

Interessante apontamento sobre a efetiva existência de funções extraprocessuais da fundamentação é feito por Michelle Taruffo, que cita já terem sido aquelas negadas, sob a argumentação de que os fenômenos processuais devem

⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada, cit., p. 224.

⁷⁵ FELISBERTO, Adriano Cesar; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da motivação nas decisões judiciais de segunda instância dos juizados especiais cíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 190, p. 127-153, dez. 2010. p. 151.

⁷⁶ COELHO, Luiz Fernando. Dogmática e crítica da prova no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, v. 154, p. 22-36, dez. 2007. p. 27.

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 2, p. 357.

⁷⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 342.

seguir conceitos estritamente dogmáticos, segundo os quais não é admissível dar conotação política a qualquer aspecto científico do processo. Mais que isso, fundamentar as decisões do ponto de vista extraprocessual seria perda de tempo porque a população em geral não as lê, somente os juristas e a *mass media* (a mídia) o fazem. Por isso, cairia por terra o exercício do controle político da administração da justiça, pois não se poderia afirmar que os juristas estariam aptos a representar a sociedade na sua “delegação de fato” do papel político de controle dos atos judiciais de modo a verdadeiramente favorecer, em algum aspecto, o corpo social, tampouco que os profissionais midiáticos teriam condições técnicas de compreender adequadamente as razões expostas na fundamentação e, mais ainda, de transmiti-las ao grande público de maneira entendível. À mídia, em verdade, interessaria somente o conteúdo espetacular dos processos, no momento de sua ocorrência, pouco se valorizando as razões usadas na fundamentação das decisões.⁷⁹

Essas justificativas para a inviabilidade e desnecessidade de se atribuir funções extraprocessuais à fundamentação, entretanto, como o próprio Taruffo demonstra, são falaciosas à luz dos ideais democráticos. Em primeiro, quanto a não possibilidade de incidência de fatores políticos no processo, mostra-se equivocada a ideia, e, para refutá-la, basta pensar, a título de exemplo, “(...) na garantia de defesa, no princípio da igualdade das partes e naquele da submissão do juiz à lei para dar-se conta de que o processo se encontra em um plano bem diverso daquele do tecnicismo dogmático caro aos exegetas das regras processuais ordinárias”.⁸⁰

O fenômeno da constitucionalização dos direitos implica garanti-los na sua totalidade e, no que tange às garantias constitucionais do processo – incluindo-se aqui, a exemplo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o da obrigatória fundamentação – encarar as manifestações processuais sob um prisma unicamente dogmático impede a integral consecução daqueles.

Já quanto à crítica descrita para indicar a suspeitosa efetividade da representação que os juristas exercem perante a sociedade no papel de controle das decisões judiciais por meio da fundamentação, como indica Taruffo, verifica-se que ela se pauta eminentemente em questão sociológica-política, que não pode ser objetivamente discutida, já que perpassa a sede das funções extraprocessuais da fundamentação.⁸¹ Ou seja, a obrigação de o Poder Judiciário publicar suas decisões, possibilitando o controle popular, é uma das funções extraprocessuais, não prejudicando os aspectos qualitativos e quantitativos do modo como é aquele exercido. Por essa mesma razão, a maneira como os meios midiáticos absorvem

⁷⁹ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 21-23.

⁸⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit.

⁸¹ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit.

e repassam o conteúdo dos atos decisórios não refuta a função extraprocessual: “(...) se de fato uma garantia é concretizada de modo inadequado, o remédio não consiste na sua eliminação ou no seu desconhecimento, mas em fazer com essa seja efetivada em níveis qualitativos e quantitativos mais elevados”.⁸²

Por isso, negar o importante papel extraprocessual da fundamentação das decisões judiciais fere notoriamente a essência da democracia, principalmente nos Estados que adotam a forma republicana de Governo, já que neles todo o poder sempre emanará do povo, devendo ser colocados à sua disposição, objetivamente, mecanismos para seu exercício.

CONCLUSÃO

Na perspectiva histórica da prática e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, verificou-se que as duas situações não surgiram a um só tempo, pois primeiro exurgiu a prática de explicar os porquês das conclusões das decisões, e só depois as legislações passaram a impor aos juízes tal dever. E tanto os regramentos processuais quanto os ensinamentos dos juristas de cada período histórico refletem, na indicação da necessidade ou não de fundamentação para a validade ou legitimidade do ato decisório, fatores de ordem social, política, filosófica e institucional relacionados às sociedades de cada época.

Nesse sentido, a ausência da prática e da obrigatoriedade de fundamentação que marcou quase toda a Antiguidade Clássica tem como principal fator a falta de conhecimento jurídico aprofundado dos juízes na Grécia Antiga e na Roma Antiga, que eram leigos. Nesta última, entretanto, com o passar do tempo, no período do sistema processual da *ordinaria cognitio*, o papel do juiz foi profissionalizado e, em que pese a escassez de fontes, tudo indica que as sentenças passaram a trazer a exposição das razões de sua conclusão, já que contra aquelas surgiu a possibilidade de recurso e, ainda que não seja pressuposto para este, os motivos expostos para a chegada à conclusão do ato decisório são o principal elemento propiciador da discordância do recorrente com o direito naquele aplicado, pois só por meio deles é possível conhecer a discrepância do raciocínio lógico-jurídico do juiz diante do que dispõe o ordenamento jurídico para a situação julgada.

A Alta Idade Média, assim como a Idade Antiga, também foi marcada pela ausência de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. De modo uniforme, tendia-se a acolher o princípio de que a validade destas não se sujeitava a dever algum de fundamentação, e a orientação dominante era para que os juízes realmente evitassem expor as razões de sua decisão. Este difundido repúdio jurídico ao dever de motivar justificava-se na preocupação dos juristas com

⁸² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 21-23.

a manutenção da inviolabilidade da decisão e com a valorização da autoridade do juiz, o que era favorecido pela influência filosófica e teológica de Santo Agostinho (354-430 d.C.) sobre os juristas da Alta Idade Média, cujo pensamento, conhecido como voluntarismo, traduzia-se por um pilar ideal: a insondável vontade de Deus era a única fonte do direito, não cabendo aos homens questionar a justiça ou injustiça disso. Por isso, os mistérios divinos deveriam ser prestigiados como inquestionáveis e impassíveis de entendimento pelo ser humano. E, como a vontade divina quase não cabia no intelecto humano, prudente seria tão só expressá-la, sem tentar explicá-la. Daí os conselhos doutrinários do período no sentido de que o juiz assim procedesse. Já na Baixa Idade Média apareceram algumas legislações impondo o dever de motivação das decisões judiciais, cujas principais causas foram: a) o declínio da crença de que o processo sofria intervenção divina e de que as decisões estavam sujeitas à falibilidade; b) a ideia filosófica de “libertação da razão”, que caracterizou o pensamento jurídico dos séculos XII e XIII, com grande expoente em São Tomás de Aquino (1225-1274 d.C.); c) o apagamento da confiança de que as fontes do direito eram de tamanha autoridade que ao jurista era possível tão somente uma singela interpretação; e d) a difusão do entendimento de que o jurista necessitava dedicar-se ao conhecimento jurídico teórico, desenvolvendo sua capacidade lógico-dialética, e, para isso, deveria debruçar-se nos estudos oferecidos nos ambientes institucionais que favoreciam o desenvolvimento da razão jurídica da época.

O desenvolvimento do Estado Constitucional, ora reconhecido como Estado Democrático de Direito, cujo trunfo está no respeito ao direito, estampado na Constituição Federal, como diploma de cunho social, político, e, invariavelmente, jurídico, soergueu o dever legal de fundamentação como instrumento processual de resguardo dos direitos subjetivos do cidadão, nele contemplados, inexoravelmente, os direitos fundamentais, destacados, dentre todos, o contraditório, a ampla defesa, e a publicidade das decisões fundamentais.

Essa característica dos atuais ordenamentos jurídicos permite que as fundamentações das decisões judiciais sirvam não somente para esclarecimento das partes litigantes, para resolução definitiva, imperativa e imparcial da controvérsia jurídica que se apresenta ao Estado-Juiz, mas, ultrapassando os limites da relação jurídica processual travada, explora as qualidades democráticas do Estado Constitucional, permitindo a cada cidadão o conhecimento dos atos jurisdicionais, contemplando a legitimação do povo como órgão social de controle dos atos do Poder Público, conferindo legitimidade ao Poder Judiciário e, além de tudo, refletindo a eficácia deste instituto no bojo da esfera social-normativa.

Daí por que a necessidade de ressaltar os efeitos endo e extraprocessuais da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, denotando-se as funcionalidades deste instituto de caráter institucional, político, jurídico, social e ideológico, que, diante de sua eminente importância, foi consagrado dentro do

conjunto de normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, previsto no inciso IX do art. 93, que visa dar efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos, em estreita congruência com a teoria da aplicação imediata e integral destes direitos.

Concluiu-se, ao fim e ao cabo, que a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais serve a um duplo papel, jurídico e social, sobretudo; ora resguardando-se os direitos processuais dos litigantes, ao devido processo legal, explicitando aí a sua função endoprocessual, ora tutelando a toda a sociedade, permitindo o exercício legítimo do povo no controle das decisões jurisdicionais, evitando arbitrariedades e abusividades dos detentores legítimos do poder.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal, recompiladas por mandado do rei D. Philippe I*. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. v. 14. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

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

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Luiz Fernando. Dogmática e crítica da prova no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, v. 154, p. 22-36, dez. 2007.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FELISBERTO, Adriano Cesar; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da motivação nas decisões judiciais de segunda instância dos juizados especiais cíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 190, p. 127-153, dez. 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. Los tato di diritto come forma di stato. Notazioni preliminar sulla tradizione europeu-continentale. In: GHERARDI, Rafaella; GOZZI, Gustavo (Ed.). *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1995.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 34, p. 59-76, 2000.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ITÁLIA. *Constituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Senato della Repubblica, 2012. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 9, v. 35, p. 178-184, jul. 1984.

NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*. 1992. 454 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Processo, Curso de Pós-Graduação, São Paulo, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 14, v. 56, p. 223-233, out. 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996.

Data de recebimento: 22/02/2018

Data de aprovação: 17/06/2018