AS FUNÇÕES JURISDICIONAIS E A CRIAÇÃO DE DIREITOS

LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES Y LA CREACIÓN DE DERECHOS

MARCELO LAMY (*)

Recebido para publicação em junho de 2010.

RESUMO: Texto que desvela a evolução das primevas funções jurisdicionais de *aplicar a lei ao caso concreto*, para as de *legislador negativo*, para as de *legislador positivo*, até chegar às inovadoras funções jurisdicionais de *realizar* ou de *concretizar os direitos*. Sobre essa última dimensão funcional, apresentam-se critérios legitimadores da decisão judicial: que seja o ato final de um procedimento dialético, em contraditório; que se apresente motivada para toda a sociedade, fundamentada.

PALAVRAS-CHAVE: jurisdição; decisão judicial; contraditório; fundamentação; motivação.

RESUMEN: El texto revela la evolución de las primeras funciones jurisdiccionales de *aplicar a la ley a un supuesto de hecho*, desde aquellas que hablan sobre el *legislador negativo*, pasando por las del *legislador positivo*, hasta llegar a las innovadoras funciones jurisdiccionales de *realizar* o de *concretar* los derechos. Respecto a esta última dimensión funcional, se presentan criterios legitimadores de la decisión judicial: que se trate de un acto final de un procedimiento dialectico, al amparo del contradictorio; que se presente motivada para toda la sociedad, fundamentada.

PALABRAS CLAVES: jurisdicción; decisión judicial; contradictorio; fundamentación; motivación.

INTRODUÇÃO

Marinoni aponta com argúcia irretocável a impossibilidade de se pretender válidos os conceitos clássicos da teoria do processo sem estudá-los à luz do direito constitucional e da teoria dos direitos fundamentais:

> "A imprescindibilidade de uma nova teoria do processo deriva, antes de tudo, da transformação do Estado, isto é, do surgimento do Estado constitucional, e da conseqüente remodelação dos próprios conceitos de direito e de Jurisdição. (...) Os conceitos de Jurisdição, ação, defesa e processo, por sua inquestionável ligação a uma "forma" de Estado, não podem ser compreendidos fora de um contexto histórico, *o que torna impossível pretender válidos, diante do Estado constitucional*

(*) Advogado. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direito Ambiental e Internacional, Membro da Diretoria do Comitê de Pesquisa – COPESQ e do Comitê Institucional de Iniciação Científica – COIC da Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Professor participante do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Diretor, Coordenador e Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Conselheiro internacional e Professor convidado do Instituto Jurídico Interdisciplinar - IJI da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Professor de Direito Constitucional da FACIPLAC. Diretor da Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC, dos Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros e da Revista Notandum. Secretário da Associação Brasileira dos Constitucionalistas - Instituto Pimenta Bueno.

> *brasileiro, os conceitos clássicos de teoria do processo, sem questioná-los a partir do direito constitucional e da teoria do direito.*
>
> O Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade e aos conceitos de direito e de Jurisdição, representando uma quebra de paradigma. Diante disso, *não há como pretender ensinar direito processual civil sem antes tratar de uma teoria do processo elaborada à luz do Estado constitucional e das teorias dos direitos fundamentais".*
>
> (Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo, p. 09).

Sob esses pressupostos, o presente texto mergulha no atual conceito de Jurisdição e em suas novas dimensões, amplitudes e potencialidades, inspirado pela pauta apresentada pela Cúpula Judicial Ibero-Americana.

Em uma sociedade que reivindica nacional e internacionalmente um Judiciário atuante e efetivo desperta-se o papel jurisdicional da criação do direito. Essa nova potencialidade, a criação do direito, no entanto, tem de estar acompanhada de critérios democráticos (pois nas sociedades políticas democráticas todas as decisões têm de ser tomadas por todos os atingidos por suas conseqüências) e de segurança jurídica (pois no Estado de Direito, todas as decisões precisam ser fundamentadas no direito).

Desvelar essa nova dimensão jurisdicional e esses novos paradigmas legitimadores (uteis para a jurisdição nacional e internacional) é o objetivo do presente estudo.

1. DIMENSÕES DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1. A CONCEPÇÃO DE DIREITO E DE JURISDIÇÃO NO ESTADO LIBERAL

Na idealização do Estado Liberal, influenciado pelo iluminismo racionalista, a lei não representava a vontade de um ou de um grupo de homens, mas a concretização de uma *razão universal*, descoberta pelo instrumental da *vontade geral*. A norma estava desligada de uma investigação de sua justiça intrínseca (ou qualidades morais), atrelava-se tão somente ao fato de ser editada pela *autoridade competente* e segundo um *procedimento regular* (o que pressupunha dar a mesma uma logicidade adequada, sua *ratio*). Atendidos os requisitos formais, era tida como legítima e, mais, era alçada a única fonte legítima de construção do edifício jurídico.

A intenção do Estado liberal foi conter os abusos da Administração e da Magistratura, especialmente a de frear as arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto, pois os

magistrados da época (antes da Revolução Francesa) estavam comprometidos com o poder feudal (o que se deu também em razão de os cargos de juízes, além de serem hereditários, poderem ser comprados e vendidos; fato que facilitou a construção de uma classe de julgadores aliada ao poderio econômico).

Razão pela qual, na teoria da Separação dos Poderes (forma criativa de se conter o poder, pela sua divisão), a criação do direito foi incumbida única e exclusivamente ao Legislativo (corpo que representaria toda a sociedade e poderia revelar, pela *vontade geral*, uma pretensa *razão universal*) e ao Judiciário coube apenas a afirmação, no caso concreto, do que já havia sido dito pelo Legislativo (o juiz era identificado como "a boca da lei").

O direito, nesta fase, foi reduzido à lei e a sua validade estava atrelada única e exclusivamente a autoridade de sua fonte de produção. Implantou-se assim o império da lei (geral e abstrata) em substituição ao império dos homens.

Sob o auspício da razão universal, a lei precisa ser genérica, pois não é seu objetivo considerar alguém ou grupo em específico, seu mote é apenas o de estabelecer as diretrizes aplicáveis a todos e quaisquer homens. Desta forma, não agasalhava as diferenças sociais, pois qualquer tratamento diferencial não poderia advir de uma razão universal e logicamente não poderia ser acolhido como direito.

Neste complexo contexto, a Jurisdição estava impedida de interpretar a lei ou até mesmo de considerar, para adaptar o comando normativo, as circunstâncias especiais de um caso concreto. Podia unicamente utilizar-se da lógica da subsunção. Devia, simplesmente, **aplicar** mecanicamente as normas.

O positivismo agasalha perfeitamente este contexto histórico, pois classicamente entende que o direito se resume à lei[1] e que a tarefa do jurista é a de **descrever** o conteúdo lei, a vontade da lei, jamais a de criar o direito.

À Jurisdição, neste largo período, caberia o papel de restaurar as violações às leis gerais (uma ingerência preventiva seria vista como um atentado ao liberalismo), estava voltada unicamente a resgatar os direitos subjetivos previstos na lei e violados.

1 Antes do Estado liberal ou legislativo, ou do advento desta forma de legalidade, o direito não decorria da lei, nem exclusivamente, nem preferencialmente. Decorria, em verdade, de uma pluralidade de fontes, dando-se precedência à jurisprudência e às teses dos doutores.

Por isso Giuseppe Chiovenda, em 1903, afirmava que a função judicial era "aplicar a vontade da lei ao caso concreto", constituía uma revelação da vontade da lei em relação às partes. O que logicamente se compatibilizava com o estágio da teoria da Tripartição de Poderes e com uma visão publicista da Jurisdição, da função do juiz (função pública, estatal, de concretização da ordem jurídica objetiva). Ao juiz cabia simplesmente **declarar** o sentido concreto (para o caso) presente na norma geral.

Francesco Carnelutti modificou levemente tal pensamento, pois defendeu que à Jurisdição cabe a "justa composição da lide (pretensão resistida)". Direcionou, portanto, a jurisdição e o processo ao atendimento de um interesse privado em relação à lei. Ao aplicar a lei geral, para Carnelutti, o juiz cria ou *constitui* uma norma individual (embora derivada da primeira, portanto *não de forma verdadeiramente criativa*)[2].

De qualquer forma, ambas as concepções, que chegaram até o despertar de nossos dias, comungam da idéia de que a função do juiz está umbilicalmente subordinada à do legislador.

1.2. SURGIMENTO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE DIREITO E DE JURISDIÇÃO

A lei geral e abstrata supunha idealisticamente uma sociedade de homens livres e iguais. Para acabar com os privilégios do Antigo Regime, o Estado liberal escolheu o caminho de tratar a todos de forma igual perante a lei (igualdade meramente formal). Se a lei não considerava determinadas peculiaridades ou características sociais (almejava regular apenas o que era universal) e o Judiciário estava subordinado ao Legislador, o juiz estava logicamente proibido de interpretar qualquer norma levando em consideração as diferenças entre as pessoas.

A história revela-nos, no entanto, que os homens e suas teorias não são onipotentes ao ponto de conter as alterações culturais e sociais.

Frente às mazelas da sociedade pós-guerra e as crises econômicas do capitalismo individualista (o liberalismo não conseguiu atingir ao sonho prometido da sociedade perfeita), reviu-se o pensamento sobre o papel do Estado, chamando-o a atender as questões sociais e a implantar leis diferenciadas para as castas necessitadas (representadas inicialmente por diversos grupos sindicais, de associações profissionais e de empresários).

2 Desta concepção derivará a expressão "lei para as partes" ou "lei para o caso concreto".

A realidade (e não as teorias), portanto, acabou por alterar também a configuração do Legislativo. O ideário da maioria legislativa representativa de todas as facetas sociais e, por isso, de certa forma neutra (importante para a revelação da *vontade geral* e por conseqüência da *razão universal*) foi substituído por várias *coalizões legislativas de interesses* (a sociedade dividida e em crise, quando unida, não é pluralista mas sectarista). A lei, como resultado da coalizão de forças, adquire então contornos nebulosos e por vezes egoísticos (realidade que a teoria pluralista não consegue explicar e legitimar).

Tais alterações do Legislativo e de seu produto, a lei, resgataram a necessidade de um controle de conteúdo, de justiça, como forma de afastar os contornos nebulosos.

Ademais, o rumo dos acontecimentos, relatados pela história (especialmente pelo Estado de Direito Nazista), se encarregou de mostrar que as arbitrariedades, brutalidades e discriminações injustas podiam ser perpetradas por leis formalmente perfeitas. Fato que resgatou a preocupação de refrear os ímpetos autoritários, perpetrados com o auxílio da lei, mediante princípios de justiça[3].

O caminho encontrado para conter a pretensa onipotência legislativa (criada pela alteração dos propósitos do Poder Legislativo – coalizão de interesses, sectarismo e não mais vontade geral), sem modificar os seus instrumentais (adequados para o Estado legislativo), foi o de identificar na Constituição os princípios fundantes da própria atividade legislativa.

Consolidou-se, portanto, a teoria de que o Poder Legislativo é um poder constituído e só pode atuar nos limites das atribuições que lhe foram conferidas pelo constituinte deste poder, pela Constituição. Amarrou-se, desta forma, o Poder Legislativo aos ditames constitucionais. De outra forma, atrelou-se a legitimação da lei não só ao formalismo, mas também a compatibilidade material (de conteúdo) ao previamente estabelecido de forma positiva (escrita, expressa) pela Constituição[4].

A partir desse momento, altera-se substancialmente o papel da Jurisdição, pois (1) assume a atribuição de verificar a compatibilidade do conteúdo legislativo às diretrizes constitucionais (comandos jurídicos de dever ser e não simples valores políticos), (2) toma

3 Realidade que foi cabalmente demonstrada no julgamento de Nuremberg.

4 É certo que a teoria do poder constituinte não nasceu com essas dimensões. Nasceu simplesmente para legitimar a fixação de critérios de conduta pelo próprio povo que tomava o poder. Gradativamente, no entanto, tornou-se restrição do próprio poder do povo.

posse da função interpretativa (que anteriormente lhe era vedada). Deixa de simplesmente descrever, e passa então a desenvolver a tarefa de compreender. E nessa tarefa de compreender, acaba por desempenhar a função de **legislador negativo**.

Sob esse contexto também, altera-se significativamente o conceito de norma jurídica. Deixa de ser identificada com o texto normativo, passando a ser entendida com o produto do ato interpretativo. A norma não se confunde com o dispositivo, é um novo objeto, construído pela extração do significado compatível com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais constitucionalizados (concepção semântica de norma).

Ao jurista e ao juiz não cabe, a partir de então, simplesmente revelar (descrever) o conteúdo legal, mas especialmente **construir o significado constitucional dos dispositivos** (papel de legislador positivo). O que desvela que as Constituições não são meros manifestos políticos cuja concretização é tarefa exclusiva do legislador[5], mas normas jurídicas genuínas vinculantes e suscetíveis de produzir efeitos jurídicos, inclusive diretos (sem a intermediação legislativa), e especialmente em função da atuação judicial[6].

Em verdade, as técnicas de controle de constitucionalidade, apontadas como instrumentais necessários para o novo direito e a nova Jurisdição, conferem ao juiz uma **função produtiva e não meramente declarativa**.

Quando o juiz declara a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, opera efetivamente atividade declarativa (reconhece sua impossibilidade de produzir efeitos para o caso – no controle difuso, ou para todos – no controle concentrado) ou constitutiva negativa (desconstitui sua eficácia para o caso ou para todos). Em suma, desempenha a função de **legislador negativo**.

No entanto, quando destaca o significado compatível com a Constituição (usando a técnica da *interpretação conforme a Constituição*[7]) ou quando afasta apenas os significados

5 Concepção superada graças a Vezio Crizafulli, em sua obra La costituzione e le sue disposizioni di principio, segundo confirma Gustavo Zagrebelsky em seu livro El derecho ductil, p. 119.

6 Fator que se vê essencialmente confirmado pela decisão exarada pelo STF nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 relativos a omissão de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

7 As modernas técnicas de interpretação constitucional surgem nesse contexto, em meio ao medo das arbitrariedade perpetradas por leis formalmente perfeitas e à conseqüente resposta a esse temor, ou seja, a identificação da Constituição como princípio fundante da atividade legislativa e o poder conferido ao Judiciário para controlar (e concretizar) o conteúdo constitucional das leis.

As modernas técnicas surgem assim como alternativa à declaração de inconstitucionalidade e a expulsão da norma do ordenamento e podem ser identificadas como as seguintes (cf. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. As

incompatíveis (declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução do texto), desenvolve verdadeira atividade produtiva, pois concretiza (torna ato) uma nova norma jurídica antes apenas em potência. Momento em que desempenha verdadeira função de **legislador positivo**.

Mais ainda, quando se admite que a Jurisdição **deve concretizar** o conteúdo abstrato de um direito constitucional, mesmo sem a intervenção legislativa infraconstitucional, o Poder Judiciário assume a função efetiva de **criador do direito**.

No modelo abstrato/concentrado, verifica-se a constitucionalidade de uma lei em sua face, perante a ordem jurídica ou objetivamente. O que demonstra que a Jurisdição alça novo papel de **consolidar o direito** até mesmo **de forma geral**.

No modelo concreto/difuso, verifica-se a constitucionalidade na aplicação da lei, frente às circunstâncias concretas do caso *sub judice* e projeta-se primordialmente apenas sobre as partes. O que, em princípio, parece compatível com a idéia da criação de uma *norma individual para o caso*.

Ocorre, no entanto, que a idéia de que a decisão proferida no controle concreto projete-se apenas sobre as partes tem sido mitigada na prática jurisprudencial. Mais ainda, em alguns casos, tem sido regulamentado tais efeitos amplificados.

Exemplificativos desta realidade são os seguintes institutos: (a) a dispensa do incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 97 da CF, regulamentada pelo parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil - CPC; (b) o entendimento jurisprudencial de que as manifestações do plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, mesmo que prolatadas em recurso extraordinário, surtem efeitos vinculantes para casos semelhantes, acolhido pelo artigo 101 do Regimento Interno do STF[8]; (c) as novas súmulas vinculantes, criadas pela EC 45/04, (d) o efeito vinculante atribuído à apreciação pelo STF da repercussão geral ou do mérito de um recurso representativo de multiplicidade de recursos fundados em idêntica controvérsia, regulamentado pelo artigo 543-B do CPC.

modernas formas de interpretação constitucional. Dissertação de mestrado, 2002): Interpretação conforme a Constituição, Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, Declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade, Declaração de inconstitucionalidade como apelo ao legislador, e Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

8 Art. 101. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.

Nesta nova clave (ampliação dos efeitos das decisões do STF), há que se revisar o pensamento consolidado em nossa doutrina de que o **mandado de injunção** não visa à expedição da norma regulamentadora, mas apenas assegurar concretamente o direito para os impetrantes da ação.

Para que o STF assegure a realização de um direito constitucional para o impetrante de um mandado de injunção, é necessário estabelecer efetivamente "norma regulamentadora", pois é a carência de critérios regulamentares que impede a realização do direito em discussão neste tipo de ação.

A doutrina sempre identificou esta norma regulamentadora como atinente ao caso, ou como diziam os processualistas clássicos uma *norma individual para o caso*. Ocorre que todo juiz, e especialmente o STF, tem o dever de justificar suas decisões com argumentos universais, para que a mesma se legitime. Assim sendo, a norma regulamentadora não se estabelece ***para o caso***, mas ***diante do caso***.

É este raciocínio que nos permite dizer que a ampliação dos efeitos de suas decisões para os demais é decorrência lógica do método de fundamentação que se exige no Estado Constitucional, que se funda no valor da igualdade.

Ora, a norma regulamentadora gestada *diante do caso* é típica norma jurídica geral decorrente da exigida efetividade dos direitos constitucionais.

Nesse sentido, é o voto do Min. Eros Grau no Mandado de Injunção n. 712-8:

> "40. O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como **texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico**, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado. (...) 46. No mandado de injunção o Poder Judiciário **não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora** que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. E nada obsta a que, no que tange às hipóteses de outras impetrações, no futuro, que versem **situações análogas, a elas seja estendida**, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação, nos termos do disposto no artigo 21 do Regimento Interno desta Corte." (sem destaques no original)

De qualquer forma, observe-se que a revolução operada no Direito não se trata de mera substituição da lei pela Constituição (o que implicaria na aceitação da continuidade do vetusto

princípio da legalidade), pois ao Judiciário cabe o papel de **realizar a Constituição** (conseqüência do princípio da efetividade da tutela – art. 5º, XXXV) e, portanto, o papel de **criar a norma que efetive o comando constitucional**, mesmo que se defronte com a omissão legal, ou com termos constitucionais vagos.

Compreensão do Direito a partir dos Princípios

Por outro lado, altera-se sobremaneira a tarefa judicial de compreensão do direito a partir do matiz constitucional, pois os seus dispositivos de natureza principiológica (poucos na legislação infraconstitucional e muitos na Constituição) rompem com o positivismo clássico que se expressava em um direito constituído por regras. Especialmente pela necessidade, no Estado regido pelo pluralismo, de se harmonizar comandos paralelos, contrastantes (por exemplo, a propriedade privada e a função social da propriedade), embora não-contraditórios.

A idéia de um direito por princípios, embora expresse um liame inarredável com os valores, não tem nada a ver com o direito natural clássico, pois estes não são imutáveis e não decorrem da natureza das coisas, mas da vontade humana que os positivou, do ambiente cultural que os gerou. De qualquer forma, o positivismo crítico, ou pós-positivismo, ou positivismo inclusivo, hoje, submete o texto da lei ao filtro dos princípios materiais de justiça e dos direitos fundamentais positivados.

A principialização do direito, a admissão de normas principiológicas, na medida em que não se apresentam as tradicionais premissas (suporte fático) e conseqüências (sanção jurídica), na medida em que se apresentam em tessitura aberta, exigem, por necessidade hermenêutica, a determinação judicial de seus conteúdos concretos. Essa realidade alça a jurisdição ao **poder criativo do direito**, alça a jurisprudência à fonte primária do Direito, ao lado da lei[9].

É certo que essa afirmação pode parecer exagerada, pois a decisão judicial sempre parte da interpretação do que já está posto (dos princípios positivados), não cria do nada a norma jurídica de decisão. No entanto, a partir do momento em que uma decisão judicial, pela sua argumentação, alça força vinculante para casos futuros, há que se reconhecer que a jurisdição assumiu novas dimensões e dimensões potencialmente primárias.

9 Cf. Hermes Zaneti Júnior. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, p. 56.

Compreensão do Direito a partir dos Direitos Fundamentais

A presença dos direitos fundamentais na estrutura definidora do regime jurídico pátrio agrega também outras conseqüências para a Jurisdição.

Além dos direitos de liberdade clássicos que impedem a intromissão do Estado e dos direitos de liberdade positiva que exigem as prestações sociais, há um rol de **direitos fundamentais de proteção**, que exigem do Estado a proteção dos direitos individuais e coletivos, que atribuem ao Estado o dever de atuar protetivamente (por exemplo: dever de proteger ao consumidor, dever de fiscalizar...). Neste ponto, **a jurisdição adquire o dever de atuação** (o que modificou a atitude do juiz, que não pode mais ficar solenemente impassível).

Exemplo concreto desta modificação de concepção é a atuação judicial *de ofício* em prol da efetividade da tutela, com a amplitude surpreendente para quaisquer medidas necessárias, sem se obedecer a um *numerus clausus* – antes exigido pelo "princípio do dispositivo" (consolidada no art. 461, §5º do CPC, desde a reforma de 1994, cuja redação foi alterada em 2002 para reforçar ainda mais o poder judicial de atuação, através da possibilidade da imposição de multa):

> "§5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial". (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Isto se operou porque **os direitos fundamentais têm a função de mandamentos de tutela** (proteção), **obrigando o juiz a atuar**, na presença ou na ausência da lei regulamentadora:

> "Canaris adverte que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o legislador a proteger um cidadão diante do outro. No caso de inexistência ou insuficiência dessa tutela, o juiz deve tomar essa circunstância em consideração, *projetando o direito fundamental sobre as relações entre os sujeitos privados e, assim, conferindo a proteção prometida pelo direito fundamental, mas esquecida pela lei*" [10].

De outro lado, a Jurisdição precisa ser reestudada sob a ótica dos **direitos fundamentais de participação**, pois estes exigem que o Estado e todas as suas instâncias aperfeiçoem os seus

10 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 78.

atos através de procedimentos que permitam a participação real dos efetivamente atingidos e interessados (fundamento último do contraditório e da motivação das decisões).

A Jurisdição é um labor estatal que, como os demais, deve acolher a participação (direitos fundamentais de participação), tem que se estruturar com mecanismos de participação, o que se dará pelo contraditório, pela fundamentação democrática e pela publicidade.

Destaque para a racionalidade argumentativa

Talvez a mais significativa alteração no papel da Jurisdição em um direito baseado em direitos fundamentais e estruturado com normas principiológicas (além das regrativas) é o destaque à racionalidade argumentativa, pois, no embate de normas fundamentais principiológicas, não se pode admitir (porque possuem a mesma hierarquia e exigem a mútua convivência do pluralismo) uma solução judicial única e abstrata (consectária da subsunção à lei geral e abstrata), mas apenas a **solução correta diante de cada caso**, a regra de prevalência para as circunstâncias do caso.

A correção, portanto, da solução judicial somente se demonstra pela correção argumentativa, pela justificação atrelada às condicionantes do caso.

1.3. CONFIGURAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA

As concepções de Chiovenda e Carnelutti de Jurisdição partilham da idéia de que a função do juiz está subordinada ao princípio da supremacia da lei. Ambas negam lugar à compreensão do caso concreto no raciocínio decisório e cada uma à sua maneira diz que o objetivo da Jurisdição é simplesmente afirmar o texto da lei (aplicando a vontade geral de forma concreta ou criando a norma individual para compor a lide) e não o de construir seu significado.

Não são modelos construídos para o direito constitucionalizado, seara em que o juiz tem a função de iluminar criativamente a compreensão da norma pelos princípios constitucionais e materiais de justiça e pelos direitos fundamentais, campo em que o juiz alça a categoria de **agente do poder** que faz valer, que **realiza** os ditames constitucionais e deixa o posto de mero aplicador mecânico das diretivas legislativas.

O juiz deve obrigatoriamente escolher, frente a possibilidade de mais de uma solução interpretativa, aquela que outorgue maior **efetividade** à Constituição (é de fato um agente do poder). Mais ainda, pode e deve atuar mesmo na ausência de comandos legislativos, aplicando diretamente os comandos constitucionais, especialmente os de natureza fundamental:

> "Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto" [11].

A potencialidade normativa da jurisprudência em função da argumentação universal

O paradoxo metodológico de nosso sistema (de exigir do juiz a vinculação estrita à lei escrita e de permitir o questionamento da validade ou do significado da mesma) exige repensar os paradigmas romano-germânicos que conduziam nosso sistema jurisdicional.

Desde a Constituição de 1891, o Poder Judiciário alçou o *status* de poder soberano (impensável na matriz revolucionária francesa e no modelo da Constituição de 1824), pois permitiu-se-lhe o questionamento da lei. O artigo 59, §2º, dessa Constituição havia alçado novo papel à jurisprudência:

> "Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União".

Enquanto no sistema romano-germânico os juízos mostram-se demonstrativos e subservientes (sob a técnica da subsunção) e o Direito é construído exclusivamente pelo legislador. No sistema do *Common Law*, os juízos apresentam-se predominantemente argumentativos e a construção do Direito se dá principalmente pela jurisprudência.

A incorporação republicana do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade (difuso e concreto) trouxe a nosso sistema o hibridismo de arquétipos. Talvez isso explique porque nossos julgadores têm a consciência de que devem respeito à lei e subserviência apenas à justiça.

11 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 99.

A norma jurídica construída pelo labor jurisdicional não pretende ser pensada como a *norma individual* ***para*** *o caso*, não se confunde com o eventualmente apontado pelo dispositivo da sentença. É, em verdade, o fundamento da parte dispositiva. Não se trata de uma norma *individual* que regula o caso (pois só é legitima se possui a potencialidade da universalização: será aplicada a mesma interpretação em casos futuros semelhantes), mas de uma *norma jurídica criada* ***diante*** *do caso concreto*[12].

O caso, as circunstâncias são os condicionantes de determinada interpretação, mas esta interpretação tem de apresentar uma paradoxal conotação "quase-geral", "quase-abstrata", embora condicionada (não chega a ser uma norma geral, uma *criação pura* do direito, mas uma *concretização* do direito) [13].

De outra forma, a fundamentação da decisão é o elemento justificante do ato decisório. No entanto, sua logicidade somente se estabelece se, considerados os condicionantes, desenvolve uma *argumentação racional de cunho universalizável* (o que traduz a necessidade da "fundamentação democrática das decisões").

Essa realidade traz à jurisprudência ao menos uma potencialidade normativa, pois torna-se um comando quase geral e abstrato.

Direito Fundamental à Tutela Efetiva

Outro aspecto essencial da Jurisdição atual é a **necessidade que tem de dar efeito concreto, de implementar, efetivar** os valores constitucionais (os direitos fundamentais, em especial, são compreendidos como valores objetivos a serem realizados):

> "muito mais do que atribuir significado a uma norma, cabe à Jurisdição *realizar*, no caso concreto, o que foi por ela prometido" [14].

Este labor, de dar efeito concreto, está atrelado às necessidades do direito material concreto em litígio, não depende somente da Constituição. O juiz deve tutelar as necessidades do direito material em jogo, à luz das normas constitucionais.

12 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 97.

13 Mesmo admitindo que o juiz cria norma geral, esta não tem a mesma eficácia geral que a norma legislativa, justamente em função dos condicionantes do caso. Nada obstante, a fundamentação dessa norma deve almejar a máxima universalização, pois a aceitabilidade de seus argumentos estará reforçada somente por esta característica.

14 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 108.

A tutela efetiva na ótica da realização rompe também com a idéia de que a função jurisdicional esgota-se com a edição da sentença, exigindo-se que vá mais além, até a execução propriamente, até a obtenção do resultado prático almejado (ver §5º do art. 461 do CPC). Ato que torna compreensíveis as atuais modificações nacionais na sistemática executiva.

Há um direito fundamental à tutela efetiva que exige a atuação judicial se o legislador deixou de editar o que era imprescindível à tutela do direito material, ou mesmo se regulou de forma inadequada à tutela proclamada pela Constituição (se ficou aquém da medida de proteção indicada).

Ao juiz cabe assegurar o grau adequado de tutela. A ausência de uma mediação legislativa adequada não é empecilho:

> "Na ausência de técnica processual adequada, o juiz deve suprir a omissão da legislação processual com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva"[15].

O legislador, nos casos em que a Constituição o invoca (pelo instituto da "reserva de lei"), tem *a priori*dade na definição da forma de concretizar qualquer direito a que tenha sido chamado a regular.

Ocorre, no entanto, que sua atuação não suplanta os ditames constitucionais e a compatibilidade de sua atuação pode e deve ser verificada pelo Judiciário, pois a este Poder cabe apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a um direito, especialmente ao conteúdo constitucional de um direito. Até porque as normas fundamentais definem-se justamente pela indisponibilidade de seu "conteúdo essencial" pelo legislador[16].

Ademais, se cabe à Jurisdição efetivar os comandos constitucionais, não se pode dizer que tem apenas o papel de conformar a lei à Constituição (pela interpretação). O bom desempenho de sua função depende também e essencialmente da possibilidade de utilizar o meio instrumental (técnica processual, estrutura fática, comportamento dos auxiliares judiciários), o meio executivo que se faça necessário para a realização concreta da tutela[17].

Regia o processo, no Estado liberal, o princípio da tipicidade das formas executivas, segundo o qual o magistrado (sempre com as mãos atadas) só poderia utilizar os meios

15 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 138.

16 Cf. Peter Haberle. La libertad fundamental en el Estado Constitucional, p. 86 e ss.

17 Cf. Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 64.

executivos previstos em lei. Frente a necessidade inarredável da tutela efetiva, abriu-se o sistema a todos os instrumentos processuais adequados à tutela que "assegure o resultado prático" (art. 461 do CPC).

A definição dos meios executivos necessários dependerá das circunstâncias do caso, em especial do direito material a que se reivindica proteção, sendo necessário que o juiz escolha o meio apto (juízo de adequação) e necessário (juízo de necessidade, de menor lesividade):

> "Quando o juiz não encontra uma técnica processual adequada à tutela do direito, e assim se pode falar em omissão de regra processual, ele deverá suprir esta insuficiência da regra processual, tendo os olhos nas exigências do direito material que reclama proteção" [18].

Esta nova posição teórica é compatível com a preocupação e a exigência da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Há que se lembrar que há um*a* **prioridade** *prima facie*, na perspectiva da argumentação, em prol dos direitos fundamentais. Ainda mais se estivermos diante da dignidade da pessoa humana, ou da liberdade ou da igualdade[19].

Frente a omissão legislativa dos meios idôneos à tutela efetiva, cabe ao juiz demonstrar que tal ausência impede a realização de determinado direito "na amplitude almejada pela Constituição". Não pode o Judiciário aceitar tutela insuficiente ou que se fira o mínimo constitucionalmente exigido.

Ressalte-se apenas, que a Jurisdição, no exercício do controle da insuficiência da atuação do legislador, deve garantir que a proteção satisfaça as exigências constitucionais relativas ao direito material em pauta, não pode ir além disso.

O dever estatal de proteger e tutelar, mais ainda, de realizar os direitos fundamentais modifica o conceito de Jurisdição. O juiz é um agente público, não escolhido pelas partes, investido em função e dever público de criar e impor normas de concretização, de realização dos valores constitucionais. Não se pode imaginar ao juiz como mero árbitro de controvérsias, pois **decide para o caso com o olhar voltado para a sociedade** (obrigação que não existe na arbitragem):

> "O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma conseqüência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo" [20].

18 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 83-84.

19 Cf. Robert Alexy. Teoria de los Derechos fundamentales, p. 549.

20 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 134.

Ademais, não basta que se faça uma afirmação judicial pela inadequação da lei a um direito fundamental tutelado, é preciso fundamentar argumentativamente tal assertiva, o que comporá, necessariamente, o fundamento decisório. Somente a razão pública, a racionalidade extraída da Constituição trás legitimidade para se suplantar a representação política[21].

Hamilton apontava no Federalista que o poder do povo e suas opções são diretamente traduzidas pela Constituição. Assim sendo, a razão extraída diretamente da Constituição é superior a razão extraída da legislação infraconstitucional.

Um novo destaque para a racionalidade argumentativa

Altera-se a fonte da legitimidade do poder judicial, antes residente na previsão normativa expressa, para a justificação (democrática, considerando o direito de defesa) da aptidão (juízo de adequação) e necessidade (juízo de necessidade) do meio eleito.

Análise que só pode se operar tendo em vista a tutela específica almejada ou resultado prático equivalente (inibitória, de remoção de ilícito, ressarcitória, etc.) e os seus pressupostos (ameaça de ilícito, prática de ato contrário ao direito, dano, etc.).

Se a legislação é omissa em conceder um meio adequado para a tutela, não pode o magistrado ficar inerte, pois tem o dever de tutelar aos direitos.

A consideração do direito de defesa também se realiza com o juízo de necessidade, pois é por esta via que se verifica a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado.

A legitimidade do ato decisório jurisdicional vincula-se então a racionalidade do mesmo. É a racionalidade que o fundamenta, que o torna aceitável. Demonstradas as necessidades de direito material comprovadas no caso (justificação do direito material), e as exigências constitucionais de tutela (justificação do conteúdo constitucional protegido), apresenta-se a técnica processual adequada para a efetiva tutela (justificação da técnica processual).

Atente-se, a aceitabilidade advinda da racionalidade não está vinculada a uma previsibilidade absoluta das decisões, o que não fere a Segurança Jurídica. Pelo contrário, atende-a substancialmente, enquanto os mecanismos vetustos da mera positividade atendiam-na apenas formalmente e, por esta razão, muitas vezes falsamente.

21 Cf. Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 87-88.

A racionalidade, no entanto, em função de constituir nova fonte primária do Direito, precisa atender ao cunho da universalização possível *diante* do caso.

2. A NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Se o Estado verdadeiramente democrático exige que as decisões sejam tomadas com ampla participação, o mesmo tem de se dar na tomada de decisões judiciais, razão pela qual o artigo 5º de nossa Constituição institui: "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Tecnicamente, o **contraditório** (instituto técnico-jurídico que consubstancia o princípio democrático da participação) pressupõe ***informação*** e ***possibilidade de reação***, agasalhando todas as possibilidades de alegar, provar e recorrer. Permite que cada uma das partes ofereça a outra e ao juiz as idéias, razões, provas e informações (argumentos fáticos e jurídicos) que melhor representem seus posicionamentos e objetem os da parte *ex adversa*. Por isso, é o mecanismo que realiza o movimento dialético ou dialógico necessário para a formação democrática do ato decisório judicial.

2.1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO

Esmiucemos o que estabelece a CF 88, em seu artigo 5º:

> "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Litigantes ou *acusados em geral* são qualquer pessoa física ou jurídica ou entidade despersonalizada (condomínio, espólio, massa falida) que figure na posição de autor, réu, listisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente litisconsorcial ou simples, ministério público (qualquer um que tenha pretensão material envolvida no processo). Não são litigantes ou acusados: testemunhas e peritos.

O enunciado refere-se a PROCESSO JUDICIAL ou ADMINISTRATIVO. A norma constitucional anterior protegia somente a esfera penal[22]. Apesar disto, a doutrina já entendia aplicável tal exigência também ao processo civil e administrativo.

Seu núcleo conceitual clássico é dúplice, abrangendo:

(1) A **necessidade do conhecimento** (notícia/informazione) da ação e de todos os atos do processo. O direito de ser comunicado adequadamente (o que desperta os cuidados com os obstáculos da cultura e da língua) [23].

(2) A **possibilidade real de reação** (adere/reazione) aos atos que lhe sejam desfavoráveis. O que exige também a "igualdade de armas", as mesmas oportunidades de defesa ou argumentação e prova.

2.2. ALARGAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Como todos os demais princípios, o contraditório haure seu significado, alcance, extensão e possibilidades de aplicação em cada tempo e espaço social, de acordo com os valores específicos de cada meio. Assim, para compreender seu núcleo conceitual atual é indispensável um brevíssimo escorço histórico.

A primitiva concepção da *ação romana* inseria-se na voluntária submissão da controvérsia a uma autoridade. Não havia procedimentos para que o adversário resistente comparecesse forçosamente em juízo, nem a autoridade poderia se manifestar na ausência do demandado (somente no direito romano pós-clássico surgirão essas possibilidades). Nesse contexto, o contraditório era simplesmente uma **prerrogativa** de quem quisesse se submeter ao juízo.

O processo comum europeu primitivo, estritamente influenciado pela retórica e a tópica aristotélica, era concebido como um diálogo que permitia a descoberta da verdade provável. Na lógica do provável, a investigação da verdade não se ancora em uma razão individual, mas na somatória de *pontos de vista*. Nesse contexto, o contraditório representava o "único

22 EC1/69- Art. 153. § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

23 Nossa legislação processual relativa à comunicação adequada é muito descuidada, tem a preocupação única e exclusiva de que o Mandado de citação advirta dos efeitos da revelia. De qualquer forma, a ausência desse requisito formal torna nula a comunicação e os atos subseqüentes, pois inviabiliza o contraditório consciente, o contraditório que se produziria sabendo das conseqüências de sua não produção.

método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável"[24]. Ou seja, o contraditório era **elemento estruturante do processo**.

A partir do séc. XVI e notadamente no séc. XVII, influenciado pela incorporação no Direito dos métodos das ciências naturais, pela busca de uma verdade com aspirações de certeza, pela apropriação da ordem judicial pelo príncipe, o contraditório foi rebaixado a princípio externo e puramente lógico formal, a ponto de ser tido como obedecido pela simples constatação da **oportunidade de se manifestar**.

O processo liberal (séc. XIX), em terreno cultural muito mais adequado à concepção anterior, acabou por consolidar essa ótica para o contraditório, pois o Judiciário, na ótica do *lassez faire*, deveria efetivamente se tornar mero árbitro das contendas privadas, assumir papel eminentemente passivo. Nesse contexto, o contraditório consolida-se como um **direito subjetivo de livre disposição (potestativo)** do demandado.

O processo liberal atribuía às partes amplos poderes para iniciar ou finalizar o processo, para estabelecer seus objetivos. Dependia exclusivamente das partes seu andamento e desenvolvimento, a instrução probatória. O juiz nada mais fazia do que observar e restringir os abusos.

No transcurso do séc. XX, no entanto, o processo passou a ser influenciado por outras questões, por outros valores. Despertou-se a ânsia da **efetividade**, a exigir mais do que a mera proclamação formal dos direitos, a exigir pela via judicial aquilo que os demais poderes insistiam em não cumprir (os deveres sociais de prestação). Configurou-se o **ativismo judicial** (juiz também é agente político do Estado) para suplantar a inércia legislativa e executiva e, para esse poder se legitimar, **resgatou-se o caráter dialético do direito (as partes são chamadas para o mesmo ativismo)**.

Recuperado o **valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo**, o contraditório passa a ser visto não mais como uma simples contraposição à demanda, mas como um **atributo necessário** para todos os momentos do processo, para a formação de todos os juízos fáticos e jurídicos.

24 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Garantia do Contraditório. In: José Rogério Cruz e Tucci (coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil. SP: RT, 1999, p. 134.

Nesse contexto, o contraditório torna-se novamente elemento constitutivo do processo, mas um elemento aperfeiçoado com relação ao processo comum europeu primitivo. Configura-se como **elemento formativo ou constitutivo de quaisquer convicções fáticas e jurídicas** que se dêem no processo. Não pode haver mais quaisquer juízos da parte da autoridade judicial que não estejam ancorados nos debates com todos os possíveis integrantes do processo, inclusive dos *amici curiae*.

Na *formação da convicção sobre os fatos*, o juiz pode levar em consideração elementos não apresentados pela partes, mas que constem dos autos ou são notórios ou pertencentes à experiência comum, seguindo o disposto no CPC:

> "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".
>
> "Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

Na *formação da convicção jurídica*, o juiz pode levar em consideração conclusões jurídicas ou interpretações não aportadas pelas partes nos autos (*iura novit cúria*).

No entanto, o dever de respeitar a formação dialética das convicções, de submeter-se ao princípio constitucional do contraditório na feição que se configura em nossos tempos, exige que o juízo aponte às partes seu olhar inovador sobre os fatos ou sobre o direito e permita efetivamente que essas se manifestem sobre o mesmo, antes de sua convicção se tornar definitiva.

O núcleo conceitual do princípio constitucional do contraditório, ampliado pela sociedade em que nos inserimos, exige que a formação de qualquer convencimento se dê de forma colaborativa.

Não pode a legislação infraconstitucional restringir o núcleo conceitual do contraditório e, para tornar-se constitucional, sua utilização deve compatibilizar-se com a concessão da oportunidade de manifestar-se sobre os olhares que juiz inove no processo.

O núcleo conceitual do princípio constitucional do contraditório não se esgota na adequada comunicação e na possibilidade de reagir, abrange também terceira faceta, que a

formação de quaisquer convicções judiciais se dê em função da efetiva participação dos envolvidos no processo.

3. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O dever de motivar as decisões judiciais pertence há muito às leis nacionais. O Código de Processo Civil, desde 1973, estabelece que o juiz "deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento" (art. 131); mais ainda, que a sentença tem como requisito essencial os fundamentos de fato e de direito (art. 458) e que as demais decisões interlocutórias devem ser "fundamentadas, ainda que de modo conciso" (art. 165). O Código de Processo Penal e o de Processo Penal Militar indicam, desde 1941 e 1969 respectivamente, que a sentença deve conter "a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão" (art. 381, III e art. 438, "c", respectivamente). Até mesmo a Consolidação das Leis do Trabalho não deixou escapar tal questão, prevendo expressamente que as decisões devem conter os seus fundamentos (art. 832).

Em razão disso, a doutrina há muito construiu o conceito de fundamentação, identificando nesse dever (do ponto de vista infraconstitucional) a finalidade "endoprocessual" de *convencer as partes* (estrutura-se a partir da análise das questões de fato e de direito apresentadas pelas mesmas – ver art. 128 do CPC que veda ao juiz conhecer de questões não suscitadas) *sobre a justiça da decisão* (porque determinados fatos e argumentos de direito sobrepõem-se aos demais e fundam o ato decisório), *determinando o alcance da decisão* (que pretensões e defesas foram acolhidas e rejeitadas). Reflexamente, a fundamentação define a amplitude do recurso a que se sujeita (o duplo grau de jurisdição somente incide sobre o que foi decidido).

Parte-se do pressuposto de que as partes têm o direito de obter do Estado um provimento conforme o direito. E é a fundamentação que concretiza este direito, pois é esse o elemento que demonstra a conformidade.

Nesse sentido, relevante os termos do artigo 18 do Código Ibero-americano de Ética Judicial[25]:

25 Documento elaborado pela Cúpula Judicial Ibero-Americana como modelo a ser seguido pelas legislações dos Estados que a compõem.

> "Art. 18. A obrigação de motivar as decisões tem por objetivo assegurar a legitimidade do juiz, o bom funcionamento de um sistema de impugnações recursais, o adequado controle do poder do qual os juízes são titulares e, finalmente, a justiça de suas decisões".

E essa adequação ao direito tem de se apresentar de diversos modos. Primeiramente, deve demonstrar logicamente que as conclusões foram corretamente inferidas das premissas, e que as premissas permitem unicamente tais atos decisórios. Mais ainda, deve demonstrar a correção da escolha das premissas (de ordinário, a razão da controvérsia entre as partes). Ou seja, é preciso apontar porque uma premissa (de fato ou de direito) foi preferida a outra.

Motivar, por outro lado, não é mostrar como se formou a convicção da autoridade judicial (processo psicológico), mas explicitar que a convicção é razoável (fundada em razões intersubjetivas aceitáveis), que os motivos apresentados são aceitáveis pelo sistema e pela consciência jurídica vigente, embora as partes muitas vezes não as aceitem. Nesse sentido, relevante o seguinte precedente: o acórdão está "devidamente fundamentado, ainda que com sua fundamentação não concorde o ora agravante" [26]. Na mesma linha, dispõe o art. 19 do Código Ibero-americano de Ética Judicial:

> "Motivar implica exprimir, de maneira ordenada e clara, as razões juridicamente válidas e aptas para justificar a decisão".

Se a motivação, pelo contrário, ancora-se em razões não aceitáveis pelo sistema (as leis não amparam tal hipótese ou a vedam, por exemplo) ou mesmo pela consciência jurídica vigente (expressa especialmente pela construção jurisprudencial que afaste determinada razão), a decisão não estará cumprindo o dever de fundamentar, tornando-se arbitrária. Nesse sentido, dispõe o artigo 20 do Código Ibero-americano de Ética Judicial:

> "Uma decisão carente de motivação é, em princípio, uma decisão arbitrária, apenas tolerável na medida em que uma expressa disposição jurídica justificada a permita".

Apesar da logicidade desta afirmação, há precedente contrário em nossa corte máxima:

> "O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a **decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta**, na solução das questões de fato ou de direito da lide; declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerente com o dispositivo do

26 AI-AgR 648572/MA, Relator Min. Joaquim Barbosa, 13/11/2007, Segunda Turma.

> acórdão, está satisfeita a exigência constitucional" [27]. (sem destaques no original)

Deve a decisão judicial revelar que a hipótese interpretativa escolhida é, por seus argumentos:

(a) completa (abarca todas as questões de fato e de direito "**relevantes**");

Por isso, não pode deixar de "apreciar ponto ou questão cuja solução seria apta para alterar a conclusão que adotaria sem considerá-los" [28], mesmo que de modo sucinto[29].

Na mesma esteira, estabelece o Código Ibero-americano de Ética Judicial:

> "Art. 22. O juiz deve motivar as suas decisões tanto em matérias de fato quanto de direito".
>
> "Art. 25. A motivação deve estender-se a todas as alegações das partes ou às razões produzidas pelos juízes que tenham apreciado antes a questão, desde que sejam relevantes para a decisão".

(b) consistente (apresenta compatibilidade interna entre os argumentos, nos critérios de escolha das premissas e na inferência das conclusões: rege-se pela não-contradição);

(c) suficiente (cultura jurídica e social da época considera bastante os argumentos apresentados) [30];

(d) coerente (utiliza metodologia de análise adequada à natureza das questões ou dos atos envolvidos); o que determinará a correção dos aspectos e das circunstâncias que foram tidos como relevantes e contingentes em cada elemento probatório (diversa deve ser, por

27 RE-140.370, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.5.93.

28 ADPF 79-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-6-07.

29 Nesse sentido: "o que a Constituição exige, no inciso IX do art. 93, é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento. A Constituição não exige que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada". (AgRg nº 177.283, Rel. Min. Carlos Velloso - RTJ 73/200). E ainda: "Não é imposto ao órgão julgador que seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento" (AI-AgR 639277/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27/11/2007, Primeira Turma). No mesmo sentido: "o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, tem se manifestado no sentido de que o juiz, na análise dos casos que lhe são apresentados, não está obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os aspectos suscitados pela parte, devendo analisar os **pontos relevantes para a resolução da controvérsia**". (sem destaques no original) AI 439970/MS, Rel. Min. Cezar Peluso, 03/03/2005.

30 Nesse sentido: "Inexiste afronta ao art. 93, IX, da Carta Magna, uma vez que suficiente sua fundamentação" (AI-AgR 638211/BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27/11/2007, Primeira Turma). Ainda: "não há que se falar em inconstitucionalidade ou em prestação jurisdicional insatisfatória se os fundamentos utilizados tiverem sido suficientes para embasar a decisão e se o magistrado tiver apresentado todas as razões que motivaram seu convencimento" (AI 439970/MS, Rel. Min. Cezar Peluso, 03/03/2005).

exemplo, a metodologia de análise de um testemunho, de um depoimento, de uma informação de um terceiro sem envolvimento com o caso) [31].

Em suma, a motivação não existe para mostrar que há razões, mas para controlar que tipo de razões há (razões que sustentam as premissas e razões que sustentam as conclusões)[32]. Ou seja, não basta o juiz estar convencido, tem que ser capaz de justificar suficientemente sua convicção com raciocínios válidos e controláveis.

Nesse ponto, fica clara a necessária substituição do proclamado "livre convencimento" pela "motivação":

> "Mientras que el libre convencimiento implicaba un conocimiento *solipsista* y casi *inexpresable*, motivar supone un saber *compartible* y *comunicable*; mientras que el libre convencimiento exaltaba la *individualidad* del juzgador, la motivación se orienta a la *colectividad* que rodea al juez y al proceso; y mientras que el libre convencimiento rotaba sobre la *libertad* del juez para *autoconvencerse*, la motivación gira en torno a la *obligación* del juez de ser *convincente*" [33]

3.1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A constitucionalização de qualquer instituto ou norma (mesmo que vetustos) não constitui fenômeno banal. Pelo contrário, é algo que deve ser analisado com muita diligência, pois a inserção de qualquer norma/instituto na Constituição traz incontáveis aportes novos, pois lhes confere o vigor das normas constitucionais. De imediato, apontamos os mais relevantes:

a. traz o instituto/norma para o rol dos fundamentos do ordenamento jurídico, o que certamente altera reflexamente sua hierarquia no sistema jurídico infraconstitucional, sua relevância na própria normativa que anteriormente já o previa;

b. revela a proximidade da norma/instituto com os anseios mais básicos da nação, o que juridicamente exige identificar sua conexão com os princípios fundantes

31 Ressalva se faça ao perigo de certas máximas que podem esconder a verdade: - confissões são normalmente verdadeiras; - testemunho da polícia é mais confiável; - quanto mais seguro esteja um testemunho, mais probabilidade de ser verdade; - quem se contradiz merece desconfiança; - quem não tem interesse na causa merece confiança.

32 Por isso Igartua Salaverría aponta que não deveríamos falar em "ratio decidendi", mas sim em "ratio iustificativa" (La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. p. 93).

33 Juan Igartua Salaverría. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. p. 42.

da Constituição Moderna: igualdade, democracia, dignidade, segurança jurídica; com a doutrina dos direitos humanos fundamentais;

c. estabelece novo conteúdo significativo ao instituto/norma (pela interligação com os princípios fundantes ou mesmo pelos termos em que é previsto constitucionalmente);

d. torna o instituto/norma inalterável pela legislação infraconstitucional e em alguns casos até mesmo por emenda constitucional;

e. nosso regime aponta ainda uma conseqüência peculiar: se a constitucionalização se deu por emenda constitucional, no período de 01/01/1995 a 11/09/2001, o instituto/norma fica imune até mesmo a eventual regulamentação pela via da medida provisória (art. 246).

O princípio da fundamentação das decisões judiciais é matéria constitucionalizada pelo artigo 93 da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

> "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;"
>
> "X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;"

Todo sistema, para poder ser assim identificado, possui elementos ou elos inarredáveis, sem os quais se torna impossível explicar tal sistema. São esses elos que dão vida a todos os seus elementos e diferenciam-nos de um mero conjunto ou aglomerado. Assim como não é possível explicar o sistema sem partir desses elos, cada um de seus elementos somente pode ser desvelado a partir destes liames[34].

Uma vez que o instituto da fundamentação foi inserido no sistema Constituição, somente pode ser compreendido, em sua nova realidade, pelos entrelaçamentos que estabelece com os elementos fundantes do sistema constitucional.

34 Conferir nesse sentido o pensamento de Fritjof Capra em seu clássico "Ponto de Mutação" e em uma de suas melhores obras, "Teia da Vida".

3.2. NEXO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E A PUBLICIDADE

Do ponto de vista constitucional, a motivação alça uma primeira finalidade extraprocessual: insere-se no sistema de garantias que as constituições modernas criam para a tutela dos indivíduos frente ao poder estatal; adquire o *status* de forma de controle popular sobre o exercício do poder[35] (não pelo recurso, mas pela legitimidade material); razão pela qual sua previsão constitucional atrela a fundamentação à publicidade.

Juan Igartua Slaverria aponta:

> "En nuestro régimen democrático, por tanto, la obligación de motivar se torna en un medio mediante el cual los sujetos u órganos investidos de poder jurisdiccional rinden cuenta de sus decisiones a la fuente de la que deriva su investidura"[36].

O influxo constitucional para a motivação é de natureza democrática e implica na publicidade, na *inteligibilidade* (não pode haver "razões ocultas pelo tecnicismo") e na completude da justificação. É essa a tutela judicial efetiva almejada pela Constituição, aquela que atenda aos valores fundantes da ordem jurídica constitucional.

Nesse sentido, preceitua o Código Ibero-americano de Ética Judicial:

> Art. 27. As motivações devem ser expressas num estilo claro e preciso, sem se recorrer a tecnicismos desnecessários e com uma concisão que seja compatível com a total compreensão das razões expostas.

Mais ainda, como a Constituição universaliza o dever de motivar (como fazia timidamente o art. 165 do CPC), essa obrigação afeta inclusive a decisões não suscetíveis de recurso; é dizer, toda e qualquer decisão.

3.3. NEXO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E O CONTRADITÓRIO

O princípio constitucional do contraditório, da mesma forma que o da fundamentação, só pode ser compreendido, à luz de seu liame lógico com o processo democrático.

No Estado democrático de direito, todo e qualquer processo decisório será legítimo somente a partir da comprovação de seu liame democrático, de sua ligação com a democracia

35 Há que se ter em conta que todo o movimento constitucionalista explica-se por esse mote: controlar o exercício do poder, estabelecer limites para toda e qualquer forma de absolutismo.

36 Juan Igartua Salaverría. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. p. 25.

procedimental (como mecanismo de controle) e com a democracia em sua dimensão substancial (nexo com os valores legitimados pela ordem).

Do ponto de vista da democracia procedimental, somente estará justificada a decisão que seja tomada a partir do diálogo entre todos os destinatários da própria decisão.

É o contraditório quem realiza esse nexo lógico entre o processo decisório e a democracia procedimental, enquanto a fundamentação realiza também o liame com a democracia substancial.

Não há processo legítimo, no Estado democrático, sem a instauração do contraditório. Por isso, pode-se defender com acerto que o contraditório, mais do que um direito subjetivo, é elemento constitutivo do processo. Mais ainda, que o processo somente pode ser definido como "um procedimento em contraditório".

O contraditório pode ser analisado em todas as fases do processo: na instauração, no transcurso da ação e no ato decisório. Neste momento, devemos fixar nossos olhares no último momento.

O ato decisório, para ser democrático, deve ser construído democraticamente. Ou seja, as razões que fundam o ato decisório devem ser construídas através da dialética do contraditório.

No Estado democrático, o juiz não é a única fonte do ato decisório. A decisão deve ser construída com todos os integrantes do processo. É pela discursividade dialética entre as partes e a autoridade judicial que se constrói a solução democrática e justa.

Nessa construção dialética, à fundamentação não basta desfilar as provas fáticas ou os argumentos jurídicos apresentados pela partes que justificam a decisão (o que soe acontecer). É preciso que a motivação aponte e justifique porque determinadas provas fáticas (apresentadas pelas partes) não foram acolhidas e determinados argumentos jurídicos (apresentados pelas partes) não foram aceitos. Assim estar-se-á construindo a correta dialética. Permitir-se-á também o controle extraprocessual referido:

> "el contradictorio no ha de detenerse en el pórtico de la motivación sino ingresar en el recinto de la misma, obligando al juez no sólo a enunciar las pruebas que confirman la hipótesis fáctica escogida, sino también a indicar las razones por las que excluye las hipótesis antagonista y considera

> inatendibles las pruebas en su favor"[37].

Nesse sentido, preceitua o Código Ibero-americano de Ética Judicial:

> "Art. 24. A motivação em matéria de Direito não pode limitar-se à invocação das normas aplicáveis, especialmente nas decisões sobre o mérito de determinada causa".

Por outro lado, é preciso evitar o uso prematuro da valoração conjunta das provas, pois poderá ocultar o desrespeito à dialética e a completude da fundamentação. Não parece lógico exigir do julgador o acolhimento de uma série de provas e depois permitir-lhe ignorá-las pela "valoração conjunta" na motivação. O direito à prova não se esgota na sua admissão, mas na sua avaliação.

Na mesma linha de pensamento, preceitua o Código Ibero-americano de Ética Judicial:

> "Art. 23. Em matérias de fato o juiz deve proceder com rigor analítico no tratamento do quadro de provas. Deve mostrar, em concreto, o que indica cada meio de prova, para depois efetuar uma apreciação no seu conjunto".

Por outro lado, a concepção de que o juiz deve manter-se inerte, impenetrável, jamais manifestando sua inclinação em todo o processo (numa impassível solenidade), deve ser repensada. O processo civil hodierno exige a colaboração entre o juiz e as partes na discussão. É preciso que o juiz tome parte ativa e participativa no debate:

> "o princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução. Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte" [38].

Podem ocorrer "pontos", apresentados na pretensão ou na defesa, fundados em fatos ou argumentos jurídicos induvidosos ou incontroversos entre as partes. Em tais pontos as partes dispensaram a possibilidade de contraditar e, em conseqüência, desnecessária (em função do contraditório) seria a fundamentação endoprocessual. O que não dispensa a fundamentação extraprocessual (em função do almejado pela publicidade).

A decisão judicial que deslinde "questões" controvertidas ou duvidosas entre as partes deverá apontar porque se optou por determinado convencimento sobre os fatos, bem como porque se privilegiou determinado argumento em detrimento do contraposto.

37 Juan Igartua Salaverría. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. p. 158.

38 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 415.

A alteração do Código de Processo Penal perpetrada pela Lei n. 11.690/08 apresenta inovação relevante nesse tema, pois preceitua que o juiz somente pode formar sua convicção e conseqüentemente fundamentar suas decisões a partir das provas produzidas em contraditório:

> "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

3.4. NEXO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E A IGUALDADE

A legitimidade democrática de *toda e qualquer decisão* atrela-se a possibilidade de generalização das conclusões de um processo a todo e qualquer caso semelhante (uma das dimensões substanciais da democracia: a igualdade).

Poder-se-ia dizer que a justificação será legítima (do ponto de vista da democracia substancial) somente quando aponte a possibilidade de generalização para casos semelhantes. Por isso, torna-se relevante indicar na motivação da decisão *quais as circunstâncias relevantes* e *quais as contingentes* para a solução do caso, pois serão essas que permitirão a ampliação da lógica decisória para os casos semelhantes, exigência da igualdade de tratamento do jurisdicionado.

Nessa mesma linha de raciocínio, tenha-se por certo que a Corte Constitucional ou quem faça as suas funções, especialmente nos processos de índole objetiva (controle abstrato), deve levar em conta (interpretativamente) os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis) mas que serão atingidos pela decisão.

3.5. NEXO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E O PRINCÍPIO *IURA NOVIT CURIA*

Questão delicada é a de o magistrado identificar questões não levantadas pelas partes, mas que necessitam serem desveladas no caso.

Recentemente, o STF reconheceu a possibilidade de julgar Recurso Extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido, adotando-se a "causa de pedir aberta" como nas ações concentradas[39].

39 Cf. Recurso Extraordinário 298.694-1-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 23/04/2004.

Atentou-se, no caso, certamente, ao fato de que o STF atua como guardião da Constituição Federal e ao entendimento de que o recurso extraordinário assemelha-se gradativamente a um recurso objetivo. Sob esta ótica, e com acerto, o STF não pode estar amarrado à análise indicada pelas partes, pode inovar na fundamentação da relação que sustenta a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade.

Ocorre, no entanto, que não se pode descurar da dimensão procedimental[40], pois quando um órgão judicial exerce os poderes que lhe confere o princípio *iura novit curia* e altera a qualificação jurídica realizada pelas partes ou as normas consideradas aplicáveis por elas[41], **o princípio do contraditório converte-se em limite de atuação para o julgador**[42], pois o processo decisório somente é legitimado pela construção democrática da decisão.

Ou seja, apesar de se admitir a possibilidade de se inovar o fundamento, não se pode prosseguir a análise do caso sem se abrir nova oportunidade de manifestação das partes sobre a nova tese[43].

Nesse sentido, em Portugal, o Código de Processo Civil, no art. 3º n. 3 preceitua: "salvo no caso de manifesta desnecessidade, o tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de fato, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela".

Da mesma forma, na Itália, o *Codice di Procedura Civile*, no artigo 183, reza que o juiz deve indicar às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre as quais reputa oportuna a discussão.

Na França, o *Code de Procédure Civile*, no artigo 16, estabelece que o juiz não poderá fundar suas decisões em fundamentos jurídicos que o mesmo haja apreciado de ofício sem oferecer previamente às partes a oportunidades de pronunciarem-se a respeito.

Na Alemanha, a doutrina manifesta-se contra as "decisões-surpresa", aquelas que se fundamentam em pontos que não foram objeto de contraditório. Por isso, há norma específica

40 Na ocasião, enfatizou-se que nada na ordem jurídica impedia a decisão com inovação de fundamento.

41 Entendeu-se que a decisão recorrida, um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo contrário ao município de São Paulo, deveria ser mantida, não por causa do fundamento constitucional do direito adquirido, discutido pelas partes, e sim por outro fundamento, o da irredutibilidade de vencimentos, que não foi objeto de discussão pelas partes nem fundamento do acórdão recorrido. Somente o Min. Moreira Alves apresentou o pensamento de que este redirecionamento poderia configurar um problema, mas foi vencido.

42 Juan Igartua Salaverría. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. p. 129.

43 No caso, houve manifestação, atendendo-se ao contraditório, por parte dos recorridos.

(§ 139 do CPC Alemão) que **permite ao juiz fundamentar sua decisão em ponto não discutido** pelas partes ou mesmo em entendimento do direito diverso das partes, **somente se tiver comprovadamente provocado o debate**. Mais ainda, estabelece que **o juiz deve dar ciência às partes dos pontos que poderão ser enfrentados de ofício**: "o presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos (...) trazer às partes a situação litigiosa em seus aspectos factuais e jurídicos e fazer perguntas. O presidente deve chamar a atenção para os meios que devem ser levantados de oficio pelo tribunal. Ele deve permitir a todos os agentes processuais, sobre as suas pretensões, que formulem perguntas".

Assim sendo, se o fundamento é alterado, é necessário, além da comunicação adequada, a reabertura da fase probatória ou argumentativa, pois a atividade de instrução tem como ponto de partida a fundamentação previamente apresentada. Mudado o fundamento, novo ponto de partida instrutório deve se estabelecer, nova instrução deve ser aberta.

Nossa lei processual confere a todo e qualquer juiz o poder de examinar de ofício uma dada matéria (o artigo 128 do CPC limita apenas a análise de questões de fato), mas não lhe outorga porém qualquer prerrogativa de decidir de ofício, sem a manifestação prévia das partes, sem a oportunidade das partes debaterem as novas questões levantadas de ofício em todos os seus aspectos.

No direito brasileiro (apesar da ausência de previsão infraconstitucional, como ocorre nos diversos países referidos), o nexo lógico inarredável entre a fundamentação e o contraditório importa no afastamento de "decisões-surpresa", pois a individualização e a interpretação da norma não é prerrogativa do magistrado, mas tarefa dialógica e dialética.

Se não há processo sem contraditório, se processo é procedimento em contraditório, a "fundamentação-surpresa" certamente impede que o mesmo se realize neste aspecto, embora tenha formalmente se operado com relação a outros pontos. Ocorre que a "legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação" [44].

3.6. COMANDO CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Em suma, se do **ponto de vista infraconstitucional**, a fundamentação das decisões judiciais apresenta a finalidade "endoprocessual" de *convencer as partes* (estrutura-se a partir

44 Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. p. 409.

da análise das questões de fato e de direito apresentadas pelas mesmas) *sobre a justiça da decisão* (porque determinados fatos e argumentos de direito apresentados pelas partes sobrepõem-se e fundam o ato decisório), *determinando o alcance da decisão* (que pretensões e defesas foram acolhidas e rejeitadas).

Do **ponto de vista constitucional**, apresenta a finalidade "extraprocessual" de *convencer a sociedade* (revelando-se publicamente os fatos tidos por provados e relevantes, por não provados ou irrelevantes) *sobre a justiça da decisão* (revelando-se o que o direito e seus princípios postulam como solução mais adequada), *determinando o alcance da norma jurídica* construída *diante do caso* (que servirá, em função da igualdade para casos futuros semelhantes).

Atente-se, por fim, que a Constituição inquina de "nulidade" o descumprimento da fundamentação das decisões judiciais. Tal pecha é incompatível com atos de convalidação[45]. Ou seja, uma vez descumprido este dever constitucional, não se pode em qualquer recurso, a título de reformar a decisão, convalidar o ato decisório suprindo-se a carência encontrada. Deve-se, uma vez identificada a carência, declarar a nulidade do ato decisório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado constitucionalizado (imbuído dos paradigmas constitucionais estruturantes) exige uma nova forma de atuação do Poder Judiciário, especialmente quando desempenha a sua função precípua, a Jurisdição.

A Jurisdição atual tem um novo dever, o de concretizar, o de realizar o direito, notadamente todo e qualquer direito de base constitucional.

Para desempenhar esse mister, no entanto, o Poder Judiciário tem seguir a pauta, o pentagrama do Estado Democrático e de Direito, muito bem desenhado pelo Código Ibero-americano de Ética Judicial.

45 Nesse sentido: "Nulidade irremediável do ato, por não haver sido indicada, nem mesmo na ata do julgamento, a razão pela qual o recorrente teve o seu nome preterido no concurso para promoção por antiguidade". (RE N. 235.487-RO, Rel. Min. Ilmar Galvão) (destacamos).

Ou seja, a realização ou a concretização dos direitos efetivada por decisões judiciais que apresentem verdadeira potencialidade normativa (pois servirão de paradigma para os casos seguintes ou terão por si só efeitos vinculantes) tem de seguir os parâmetros democráticos (tem de advir do contraditório na sua dimensão "influir", da construção dialética e dialógica por todos os envolvidos), os parâmetros da Segurança Jurídica e da racionalidade (tem de apresentar-se fundamentada para toda a sociedade, como exigem a Constituição e os atuais proclames internacionais).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7a. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. 6.ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. A Ciência, a Sociedade e a Cultura emergente. Trad. Álvaro Cabral. SP: Cultrix, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil.* v. 1. Trad. Hilomar Martins de Oliveira. SP: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000.

DINIZ, José Janguiê Bezerra. A Efetividade do Processo como Instrumento de Cidadania. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* - n. 4, p.17-23. SP: ESDC, 2004

GOUVEA, Lúcio Grassi. Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. Rev. Ampl. Org. Fredie Didier Jr. Salvador: Podium, 2007.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. SP: RT, 2006.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. Dissertação de Mestrado - PUC/SP. São Paulo, 2002.

NEGRI, André Del. Devida Hermenêutica Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N. 58. SP: RT, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. SP: RT, 1999.

RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. *Processo e Constituição*. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Teressa Arruda Alvim Wambier. SP: RT, 2006.

RUGGERI, Antonio. "Balanceamentos" entre valores constitucionais e teoria das fontes. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* - n. 7 (vol. 1), p. 56-75. SP: ESDC, 2006

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e Fundamentação das Decisões Judiciais e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. N. 7 – jan./jun. 2006, Vol. 2, p. 355-376.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 2ª ed. Madrid: Trota, 1997.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. RJ: Lumen Juris, 2007.