

O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL.

Rogério Borba¹

Resumo: Este estudo tem por objeto a análise do princípio da Fundamentação, tanto em uma perspectiva pragmática, por meio da técnica jurídica, quanto filosófica, observando suas implicações nas diversas situações do cotidiano e as consequências delas advindas. A sua presença ou ausência suscita debates acerca da legitimação das decisões judiciais, o que permitiria a imposição de vontades individuais sobre a coletividade. Sob o ponto de vista filosófico, verifica-se a dificuldade de se ater a uma visão meramente formal, esbarrando-se nos diversos ideais de estado e de direito, onde a legitimidade adquire importância para o seu reconhecimento e aplicabilidade. A busca incessante de seu ideal oscila entre esses dois aspectos, bem como dos atores sociais e seus desejos, em busca de um modelo de solução legítima e efetiva dos conflitos.

Palavras-chave: decisões judiciais; princípio da fundamentação; controle jurisdicional.

Abstract: This study aims at the analysis of the principle of Reason, both in a pragmatic perspective, through legal technique, and philosophical, noting their implications in various everyday situations and the consequences of them coming. Their presence or absence gives rise to debates about the legitimacy of judicial decisions, which would allow the imposition of individual wills of the community. From the philosophical point of view, there is the difficulty of sticking to a purely formal view, bumping up the various ideals of state and law, where legitimacy has become important for their recognition and applicability. The relentless pursuit of his ideal oscillates between these two aspects as well as social actors and their desires, in search of a model of legitimate and effective solution of conflicts.

Keywords: judgments; principle of the merits; judicial review.

Sumário: Introdução. 1. Surgimento e Evolução Histórica; 2. Direitos Fundamentais; 2.1. Dimensões dos Direitos Fundamentais; 2.1.1. Direitos de Primeira Geração: Direitos Cíveis e Políticos; 2.1.2. Direitos de Segunda Geração: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 2.1.3. Direitos de Terceira Geração: Direitos Coletivos e Difusos; 3. A Atividade Jurisdicional; 4. Silogismo Jurídico; 5. Surgimento do Pós-Positivismo; 6. Teoria do Ordenamento Jurídico; 7. Fundamentação Judicial como instrumento de controle jurisdicional; Conclusão; Referências Bibliográficas.

¹ Graduação e especialização em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2001) e mestrado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (2009), cursando o Doutorado em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Atualmente é professor nos cursos de graduação da Universidade Estácio de Sá e da Universidade Cândido Mendes.

Introdução

A Constituição da República de 1988 estabelece em seu art. 93, IX ², *in fine*, que as decisões judiciais deverão ser fundamentadas. Entretanto não há uma definição clara e precisa de quais parâmetros devem ser considerados para classificar uma decisão como fundamentada ou não.

O princípio da fundamentação das decisões judiciais é uma garantia ínsita ao processo, que garante às partes o direito de serem ouvidas e de terem a apreciação de suas provas e argumentos e, mais que isso, dá às partes o fundamento da decisão, tornando a mesma inteligível, seja para o convencimento de seu acerto ou mesmo contestação de seu conteúdo ³. Hoje, já se afirma que a função da fundamentação das decisões judiciais é política, posto que possibilita um controle externo das decisões judiciais⁴, ou seja, a fundamentação das decisões não é mais direcionada apenas às partes e ao juiz que venha, eventualmente, analisar um recurso, mas à sociedade como um todo⁵.

Nesse passo, será abordada, neste artigo, qual a função das decisões judiciais, qual seja, simplesmente tutelar direitos ou, diante do caso concreto, criar novos direitos, e, nesta segunda hipótese, em que termos pode ser construída.

Em outras palavras, temos decisões que tutelam um direito fundamental, mas carecem de uma devida fundamentação. Também é comum encontrar decisões que, além do anteriormente dito, contrariam cabalmente as provas no

² “Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

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

³ Nesse sentido, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos: *O novo processo civil brasileiro*. 19.^a edição, Editora Forense. Rio de Janeiro: 1999.

⁴ Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Et alii. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵ A decisão judicial, muito embora tenha, em regra, efeito concentrado, serve de paradigma para a adoção de decisões por outros julgadores, adquirindo um efeito geral.

processo. Em outras palavras, desrespeita a exigência constitucional de fundamentação das decisões, em especial, a questão da relação entre motivação e prova e a busca pela verdade no processo.

Assim, será analisado o princípio da fundamentação das decisões judiciais, buscando as categorias de fundamentação utilizadas nestas decisões. O objeto será investigar as formas e estrutura do raciocínio jurídico, principalmente no campo de aplicação do direito, avaliando a posição do magistrado no exercício de sua função pública, a correção de sua técnica e se a mesma, por consequência, possui legitimidade.

1. Surgimento e Evolução Histórica

Durante toda a existência humana em sociedade, verificou-se a necessidade de haver alguém ou alguma coisa capaz de regular a relação entre as pessoas, papel este que foi incumbido ao Estado⁶. Este, por sua vez, ao longo dos séculos, construiu uma aparelhagem para desempenhar a sua atividade de maneira eficaz, criando mecanismos para sua manutenção e para a execução de suas atividades. E o controle deste aparelho estatal, por muito tempo, esteve com um grupo dominante que sempre usou esta estrutura para atender seus interesses⁷, em detrimento do resto dos integrantes da sociedade. E durante séculos, talvez milênios, o homem foi vítima de opressão destes grupos dominantes, que se utilizavam da aparelhagem estatal para realizar uma dominação social.

O ápice desta prática se deu no século XVIII⁸, quando a injustiça social alcançou níveis insuportáveis, passando o indivíduo a sofrer as mais diversas

⁶ Dentre as teorias existentes, adotou-se neste trabalho a teoria do contrato social de Rousseau, sendo o Estado o resultado de um contrato firmado em um determinado tempo, onde todos os homens (seres humanos) abdicaram de parcela de seus direitos para se submeterem a uma entidade superior, cuja finalidade é regular a vida em sociedade, solucionando conflitos e permitindo o pleno desenvolvimento de cada indivíduo.

⁷ Certamente que todo grupo que detém a máquina estatal tem o poder e poderá obter proveito de tal circunstância. Mas o seu exercício deve obedecer a critérios que ofereçam benefícios a todos os integrantes da sociedade, pois este é o objetivo maior do Estado.

⁸ Utiliza-se como parâmetro a civilização ocidental europeia, em especial a francesa, onde se

interferências na esfera privada, seja no campo patrimonial⁹, seja no campo pessoal¹⁰. Chegando ao limite de resistência e tolerância, a classe dominada, maioria numérica, capitaneada pela burguesia, iniciou um processo revolucionário de tomada do poder, onde destituiu a nobreza e o clero do poder, assumindo o controle do Estado. De maneira a evitar que o Estado interferisse novamente na esfera privada dos indivíduos, surge o conceito de direitos fundamentais¹¹, com o intuito de instituir direitos e garantias invioláveis, até mesmo pelo Estado, de maneira a proteger toda e qualquer pessoa, criando-se, assim, uma nova ordem jurídica, como será visto a seguir.

2. Direitos Fundamentais

Por demais divergente é a nomeação de tais direitos, suscitando debates acalorados na doutrina, recebendo múltiplas outras designações, que não serão aqui mencionadas por não ser objeto de estudo do presente trabalho. Da mesma forma, não há consenso na legitimação dos mesmos, haja vista poucos entenderem que são oriundos de uma entidade divina, outros de um direito natural, superior e próprio do ser humano, alguns acreditarem que o mesmo decorre da construção legal por meio da racionalidade humana e, mais recentemente, surge o entendimento de que tais direitos são fruto de uma progressão¹² histórica da humanidade. Pode-se dizer que são os direitos

verificavam três classes: Nobreza, clero e plebe.

⁹ A incidência de impostos era cada vez maior, onde o cidadão financiava não só a atividade estatal em si, mas também o padrão de vida da classe dominante, que confundia seu patrimônio pessoal com o do Estado.

¹⁰ Como forma de colonizar localidades dominadas militarmente, o Estado da Grã-Bretanha, por exemplo, instituiu a *prima nocte*, onde o nobre responsável por determinada localidade tinha o direito de deflorar a noiva em sua noite de núpcias, de maneira a engravidar a mesma, inserindo na árvore genealógica daquele povo dominado o seu sangue, provocando uma diminuição gradativa da resistência à dominação, incluindo-os em seus domínios de maneira definitiva, como retratado no filme *Coração Valente*.

¹¹ No direito brasileiro, as normas de direitos fundamentais estão em um patamar constitucional, sendo hierarquicamente superiores às demais normas do ordenamento jurídico pátrio. Isto significa dizer que constituem fonte de interpretação legal, não podendo ser contrariado por normas infraconstitucionais. Tal fato pode ser constatado a partir do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, que considera cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, não podendo ser alterado nem mesmo por Poder Constituinte Derivado.

¹² Muito embora Fábio Konder Comparato considere a expressão evolução histórica correta, a

fundamentais aqueles ligados a vida humana, possuidores de elementos garantidores de sua existência, por meio de mecanismos que efetivem e ampliem tais direitos. No entender de Emerson Garcia ¹³:

São considerados fundamentais aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalterabilidade. Não encontram sua legitimação em um texto normativo específico ou mesmo em uma ordem supra legal de matriz jusnaturalista, mas, sim, em uma lenta evolução histórica.

Levando-se em conta a legitimação dos direitos fundamentais em um processo histórico, há de se observar a classificação ensinada por Fábio Konder Comparato¹⁴, onde divide este processo de legitimação em dimensões ou gerações de direitos, como se verá adiante.

2.1. Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina de acordo com os três princípios basilares da revolução francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, cada qual com suas funções e peculiaridades. Importante ressaltar que não há supressão de direitos, mas, sim, complementação entre eles, não servindo a presente classificação como modo de analisar isoladamente cada um, tendo em vista a sua interdependência e sobreposição. Nas palavras de Paulo Bonavides¹⁵:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a

mesma suscita divergência entre os autores, optando-se pela palavra progressão, no sentido de continuidade, e não de processo de acúmulo de conhecimento e transformação do mesmo.

¹³ GARCIA, Emerson. *O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade*. In GARCIA, Emerson. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 21^a edição. 2007.

2.1.1. Direitos de Primeira Geração: Direitos Cíveis e Políticos

São os direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, levando-se em conta o passado de arbitrariedades cometidas pelas autoridades, e a necessidade de se impor uma postura negativa, ou seja, de não interferência deste mesmo Estado, facultando àquele indivíduo um direito de resistência ou de oposição ao organismo estatal. São as manifestações de liberdade em um aspecto individual, onde o homem adquire a capacidade de realizar negócios sem a ingerência pública, consubstanciando no direito civil, bem como na aquisição da capacidade de participar da vida pública. Neste sentido, ensinam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior ¹⁶:

São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Assim sendo, estabelecem qual o domínio das atividades individuais e qual o das estatais, impondo um dever de abstenção do Estado em certas matérias ou domínios da atividade humana. Em regra, são integrados pelos direitos cíveis e políticos, dos quais são exemplos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. São direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.

A partir desse momento, com a abstenção do Estado, os homens realizavam as atividades recebendo o mesmo tratamento, mesmo que pertencentes a classes diferentes, pois preponderava a ideia de liberdade conjugada com o conceito de igualdade formal¹⁷.

¹⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1998.

¹⁷ Consistia em uma interpretação literal do princípio, sendo todos tratados pelo Estado da mesma forma, mesmo que diferentes.

2.1.2. Direitos de Segunda Geração: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Da mesma forma que os direitos de 1^a geração vigoraram no século XIX, estes direitos comandaram o século XX, onde se pode observar a efetivação do princípio revolucionário da igualdade, impondo um Estado Social, de natureza programática. Isto porque, na medida em que pessoas diferentes foram tratadas de maneira igual, injustiças foram cometidas e legitimadas por causa desta interpretação, forçando o Estado a rever sua postura, de maneira a interferir em certas áreas da relação humana.

Exigem do Estado um papel ativo, ou seja, uma postura positiva, onde se formula uma política pública de interferência na sociedade, atendendo a uma demanda das classes menos favorecidas. Em razão disto, tem a sua eficácia restringida, pois demanda um gasto público para a efetivação, por meio de prestações materiais, que, na maioria das vezes, não pode ser realizado pela ausência de recursos¹⁸. Pode-se observar, portanto, que os direitos Econômicos Sociais e Culturais são fruto de uma segunda reação popular, não mais contra a tirania estatal, mas contra a desigualdade e a busca pelos seus demais direitos. Indo ao encontro deste raciocínio, leciona André de Carvalho Ramos:

“Os direitos humanos de 2^a geração são frutos, como vimos, das chamadas lutas sociais na Europa e nas Américas, sendo seus marcos a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em sua parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo o direito dos trabalhadores.”¹⁹

¹⁸ Daí surge a teoria da reserva do possível, construída e aplicada no Supremo Tribunal Federal - STF.

¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

Com a adoção desta postura, o Estado não abandona a ideia de não interferência, mas define os campos de atuação positiva e negativa, surgindo daí o conceito de igualdade material ²⁰.

2.1.3. Direitos de Terceira Geração: Direitos Coletivos e Difusos

Mais tarde, já no limiar dos séculos XX e XXI, percebe-se que o homem não está suficientemente protegido. Embora tenha alcançado muitas conquistas, tem ainda direitos individuais a serem efetivados. O problema é que estes direitos não podem ser tutelados individualmente, embora sejam inerentes a cada indivíduo. Surge então um mecanismo de tutela coletiva, de maneira a efetivar a terceira parte do lema Francês, a fraternidade, renomeada para solidariedade. São eles o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, entre outros. Nos dizeres de Alexandre de Moraes:

“Por fim, modernamente, protegem-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.” ²¹

Em síntese, destaca Celso de Mello:

“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos,

²⁰ As pessoas iguais devem ser tratadas de maneira igual, enquanto que as pessoas diferentes devem ser tratadas de maneira diferente na medida da sua desigualdade.

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”²²

Embora haja outras gerações de direitos reconhecidos pela doutrina, estas não serão abordadas por não terem pertinência temática direta com o tema em discussão neste artigo.

3. A Atividade Jurisdicional

Concretizado o referido processo revolucionário, que repercutiu em todo o mundo ocidental, a classe burguesa assumiu o poder, tomando de imediato duas das três funções estatais: o Legislativo e o Executivo, restando, porém, o Judiciário, cuja função era exercida pelos magistrados investidos em momento anterior à revolução, infiéis ou pouco afetos ao novo regime. Desta forma, de nada adiantava criar novas leis se as mesmas não seriam aplicadas pelos julgadores da maneira como foram idealizadas. Surge a necessidade de se criar um sistema onde o julgador exerça a sua função sem deixar de cumprir com o novo sistema instituído.

Apresenta-se como solução a elaboração de um conjunto de normas, que abrangessem todos os fatos da vida, ou seja, previa todo e qualquer comportamento humano, conferindo uma solução para cada hipótese de conflito social que viesse a surgir²³, materializado pelo Código Civil Francês²⁴. Com isso, a atividade legislativa passa a ocupar o papel principal na atividade estatal, onde se determina de antemão quais as soluções para os conflitos entre as pessoas²⁵. Mas, para que esta lei fosse aplicada, ainda faltava ser desenvolvido um sistema que obrigasse o juiz a aplicar esta lei, surgindo então o silogismo jurídico.

²² STF – Pleno – MS n 22164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995, páginas 39 a 206.

²³ GRINBERG, Keila. Código civil e cidadania. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

²⁴ Também conhecido como Código Civil Napoleônico.

²⁵ Este sistema foi desenvolvido para uma sociedade estática, sem relações complexas, onde era possível haver um certo grau de previsibilidade das relações sociais.

4. Silogismo Jurídico

Consiste em uma técnica de aplicação da lei pelo Juiz, onde se utiliza uma fórmula racional de construção da decisão judicial, não havendo, inicialmente, liberdade para o magistrado decidir contrariamente à lei, gerando o que a doutrina chama de jurisprudência mecânica²⁶. Baseada na obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, fez surgir o chamado Estado de Direito, como sendo um estado que se justifica o ato estatal, onde há a obrigatoriedade de submissão da lei, inclusive pelo próprio magistrado. Abandona-se a ideia de um conhecimento mítico/religioso/mágico, bem como a ideia de conhecimento filosófico para abraçar a ideia de um conhecimento científico.²⁷

A partir daí instituiu-se a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, onde será realizado o governo por meio das leis e não dos homens, sendo certo que a lei é produzida pelo povo, por meio do poder legislativo, já renovado pela revolução francesa, como mencionado. Este processo tem por objetivo estabelecer uma relação de freios e contrapesos, por meio da já mencionada separação de poderes, onde deverá haver um respeito aos direitos individuais, onde o judiciário assume a função de boca da lei²⁸, surgindo a também já mencionada jurisprudência mecânica, que se dá por meio da utilização do silogismo jurídico. O que se busca é o cumprimento da vontade do povo, por meio de um sistema da sua aplicação de maneira perfeita e correta, pelo Juiz, que está manifestada na lei.

Como consequência deste processo, o legislador adquire o monopólio da produção jurídica, sendo o direito igualado a lei, que por sua vez significa o ordenamento jurídico, conferindo unidade, coerência e completude ao Estado.

²⁶ FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. *Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Rio de Janeiro: De Andrea Ferreira & Morgado, 2003.

²⁷No período do antigo testamento havia a ideia de divinização do juiz, sendo indiscutível a sua decisão (apodítico); já no novo testamento, houve uma humanização do juiz, ocorrendo a dessacralização da palavra, onde a vontade divina não mais se origina do juiz, mas da vontade divina, sendo esta avaliada por meio das ordálias divinas.

²⁸ FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Op. Cit.

É o que se chama de fetichismo legal, onde a lei é tida como perfeita, prevendo todas as situações da vida²⁹, servindo de instrumento de controle social. O estado de direito criado pela revolução francesa baseia-se em dois dos seus três lemas: liberdade e igualdade, cujo objetivo era garantir o respeito aos direitos individuais, limitando o exercício do poder do Estado. Para tanto, funda-se no princípio da legalidade, onde o dogma é a submissão à lei, neste caso o direito, sendo aquela justa, na medida em que seja feita pelos representantes do povo, de maneira geral e abstrata. Derivam daí dois elementos necessários para a segurança jurídica, que são a igualdade e, principalmente a certeza, que constitui na previsibilidade em relação às consequências dos comportamentos.

5. Surgimento do Pós-Positivismo

O sistema acima exposto funcionou bem por muito tempo, enquanto a sociedade não apresentou mudanças drásticas de comportamento, nem reivindicou soluções para comportamentos que se mantinham na clandestinidade³⁰. O positivismo jurídico havia sido eleito como modelo adotado de forma a garantir a segurança jurídica nas relações sociais³¹, onde havia uma certeza nas ações e nas consequências delas advindas. Cada vez mais se aceitava a ideia que as normas jurídicas deveriam ser oriundas da racionalidade humana, afastando-se, assim, conceitos pouco concretos, como o bom senso³².

Ocorre que um fato de escala mundial expôs os perigos desta exacerbação, que foi o holocausto ocorrido na Segunda Guerra Mundial, onde o Estado alemão matou milhões de pessoas, em especial judeus. Derrotados, o alto-oficialato foi submetido a julgamento³³, onde, como matéria de defesa,

²⁹Um exemplo disso é o código civil napoleônico, que tem o objetivo de ser claro, conciso, coerente e, principalmente, completo, fruto da escola de exegese.

³⁰ Entendem alguns autores, como Maria Celina Bodin de Moraes, que o homossexualismo sempre esteve presente na sociedade, sendo tolerado apenas na informalidade, mas sempre constante nas relações humanas.

³¹ Em detrimento do Direito Natural, ou Jusnaturalismo.

³² Aqui entendido como a adoção de valores sociais no processo decisório.

³³ Foi instituído um tribunal de exceção, em Nuremberg, que deu origem ao Tribunal Penal Internacional.

aqueles oficiais argumentaram que estavam cumprindo o disposto na constituição alemã, que autorizava expressamente a morte de não arianos, sendo a ideia fundamental do positivismo jurídico a previsão expressa em lei. Este argumento não prosperou, tendo sido os oficiais condenados, mas expôs a fragilidade do referido sistema, que permitiu a adoção de normas absolutamente contrárias aos ideais dos direitos fundamentais.

Neste momento, surge um novo sistema, chamado de pós-positivismo, que permite a influência dos princípios de direito no processo silogístico, de maneira a permear o processo decisório na busca por decisões judiciais mais justas. Para tanto, desenvolve-se uma nova teoria do ordenamento jurídico, que permita ao magistrado produzir uma decisão judicial correta.

6. Teoria do Ordenamento Jurídico

Para a construção das decisões judiciais, conforme já explicado, criou-se uma teoria do ordenamento jurídico, onde três elementos o compõem: unidade, coerência e completude.

Entende-se por unidade como uma norma fundamental pressuposta, construída por um poder legislativo eleito pelo povo, que teria o poder originário de determinar a norma jurídica, devendo o juiz apenas a aplicar. Coerência busca evitar a ocorrência de antinomias, buscando critérios para identificação e para solução³⁴. Já a completude busca a previsão de normas que possam solucionar todos os fatos da vida.

Surge então uma discussão na doutrina acerca da possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, entre as pessoas, em um plano horizontal, pois integram o ordenamento jurídico e, em razão de sua ascendência hierárquica, determinariam o resultado da decisão, conferindo o resultado almejado pelo legislador.

³⁴ Como critério de identificação surge a lógica jurídica, cujos princípios são a identidade e a não contradição, havendo uma ideia contraditória, do realismo jurídico, que defende a inexistência de lógica, sendo uma técnica de camuflagem da real vontade do legislador através da sentença.

Ocorre que os direitos fundamentais não podem ser invocados em qualquer caso, como já decidido em diversos casos pelos tribunais. Se assim fosse, entendem os julgadores, tal atitude vulgarizaria os direitos fundamentais e não seria conferido o devido valor aos casos limite. Nos casos ordinários, a consideração dos direitos fundamentais já foi feita, a princípio, pelo legislador, devendo ser resolvido pela forma ordinária³⁵.

Havendo igualdade entre as partes não há que se falar em interferência dos direitos fundamentais. Em havendo desequilíbrio, ainda há normatização ordinária para corrigir tal distorção, só se aplicando aos casos limite os direitos fundamentais³⁶. O ponto principal da discussão é verificar a validade/constitucionalidade da regra, seja pública ou privada, e se ela atende ou não os preceitos fundamentais, apresentando-se como exemplo desta discussão o caso *Boy Scouts of America x DALE*³⁷.

Outro enfoque é a liberdade contratual ao particular: se for propositada pelo legislador, não cabe intervenção dos direitos fundamentais, pois são presumidos como utilizados pelo legislador, e respeitada a liberdade contratual. No caso de não ter sido propositada, deve ser invocada através de inconstitucionalidade por omissão. O problema é se o juiz resolve ou não o caso concreto, que será discutido mais a frente neste trabalho. Observados os elementos apresentados, faz-se necessária a discussão dos meios de construção de novos mecanismos de controle do julgador, surgindo então uma reconstrução da Teoria da Argumentação Jurídica, a vista a seguir.

7. Fundamentação Judicial como instrumento de controle jurisdicional

Percebe-se, então, que a questão da construção da decisão judicial foi resolvida com a inserção dos princípios na atividade julgadora, mas deixa em

³⁵ Como será visto a seguir neste artigo.

³⁶ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus Interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁷ A Associação de Escoteiros Norte-Americana, por regra própria, instituiu a proibição de ingresso de jovens homossexuais em seus quadros, alegando que teria liberdade para determinar a qualidade de seus associados, não se submetendo às regras gerais, prevalecendo, nos Estados Unidos da América, o interesse privado da instituição em relação ao interesse público. Atualmente é proibido o ingresso de jovens homossexuais na mencionada instituição.

aberto a questão do controle do julgador, que ocasiona dois problemas. Primeiro, que a ideia de controle da atividade jurisdicional é abandonada, uma vez que o julgador não mais está preso à lei, mas, ao contrário, deve interpretá-la, podendo decidir da maneira que melhor lhe aprouver, deixando a sociedade, mais uma vez, a mercê de sua vontade, torcendo para que haja apenas julgadores virtuosos³⁸.

E o segundo problema deriva do primeiro, que é a legitimidade da decisão, uma vez que a forma de escolha do julgador não parte da sociedade por um meio democrático, não sendo exigível, por consequência, a adoção da vontade popular, como era feito com a adoção literal da lei, onde a decisão do Juiz era vinculada, sendo impedido de inovar, salvo nos casos expressos.

Como solução para a velha questão que se apresenta novamente, o constituinte pátrio introduz na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, o princípio da fundamentação das decisões judiciais, como forma de vincular o magistrado a uma técnica desenvolvida a produzir decisões justas e corretas, de acordo com os valores sociais vigentes, através da argumentação jurídica existente na decisão judicial, verificando-se adiante o seu conteúdo e sua aplicação.

Conclusão

Não obstante as dificuldades na definição e aplicação do princípio da fundamentação das decisões judiciais – e essas dificuldades se iniciam com a conceituação imprecisa e variada na doutrina – esse se apresenta como um dos princípios basilares da dogmática jurídica. Poucos ideais tiveram a força propulsora que este princípio teve nas aspirações humanas.

Ao ser consagrado como valor fundamental do sistema, a fundamentação das decisões judiciais implicou, entre outras coisas, a necessidade de justificar a decisão, tanto como elemento de legitimação

³⁸ Isto porque a única coisa que fará com que o juiz julgue corretamente será sua própria natureza, uma vez que o mecanismo de controle foi alterado.

quanto de convencimento. Convencimento este que não significa assimilação, mas respeito e entendimento.

A democracia se realiza contemporaneamente não na ideia de consenso entre iguais, mas, sim, num exercício contínuo de convivência entre todos os diferentes, principalmente naquilo sob o qual já não se consegue mais o consenso. O desafio dos indivíduos que buscam no diálogo o procedimento regulatório da resolução de conflitos, só se torna possível em razão do princípio da fundamentação das decisões judiciais, pois visa evitar injustiças, bem como estabelecer a verdade e solucionar as diferenças, demonstrando o que é certo em cada caso, construindo-se assim a verdadeira norma jurídica. É justamente assim que se estabelece o pacto de convivência legítima entre os seres humanos.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de direito processual (segunda série)**. Saraiva. São Paulo: 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos: **O novo processo civil brasileiro**. 19.ª edição, Editora Forense. Rio de Janeiro: 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21 edição. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de lógica jurídica**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. **Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: De Andrea Ferreira & Morgado, 2003.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea; GALVÃO, Paulo Braga. **Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sérgio D'Andrea Ferreira**. Rio de Janeiro: D'Andrea Ferreira & Morgado, 2009.

GARCIA, Emerson. **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Et alii*. **Teoria geral do processo**. São Paulo, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19^a Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus Interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.