



A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E O EXERCÍCIO EFETIVO DO CONTRADITÓRIO

THE GROUNDS OF THE VERDICT AND FULL EXERCISE OF THE ADVERSARIAL PROCEDURE

LAS BASES DEL VERDICTO Y COMPLETO EJERCICIO DEL PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO

Francisco José Vilas Bôas Neto*
Tomiko Bôas Yoshimura Carvalho Maia**

Resumo: O presente trabalho trata de alguns princípios constitucionais, sobretudo do princípio da fundamentação das decisões judiciais - trazido pelo texto constitucional em seu art. 93, IX - e do princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV da CR/88. O objeto do estudo é debater o impacto da decisão judicial não fundamentada, enumerando os motivos da obrigatoriedade dessa fundamentação. Defende-se, que a decisão judicial fundamentada se configura como o exercício material do contraditório, superando a ideia tradicional do contraditório apenas como elemento formal da relação processual.

Palavras-chave: Democracia; Devido Processo Legal; Contraditório; Sentença. Fundamentação.

Abstract: The present text deals with the concept of some constitutional norms, mainly the grounds of the verdict and full exercise of the adversarial procedure provided for in the Brazilian Constitution. The objective is to pinpoint the impact of the decision without fundament. It is intended to show that the basis of the verdict is the adversarial procedure. The traditional idea of the adversarial procedure as a formal element of due process is overcome.

Keywords: Democracy; Due Process Of Law; Adversarial Procedure; Verdict; Reasons.

Resumen: El presente texto aborda el concepto de algunas normas constitucionales, principalmente los fundamentos del veredicto y el pleno ejercicio del procedimiento contencioso previsto en la Constitución brasileña. El objetivo es identificar el impacto de la decisión sin fundamento. Se pretende mostrar que la base del veredicto es el procedimiento de confrontación. Se supera la idea tradicional del procedimiento de confrontación como un elemento formal del debido proceso.

Palabras clave: Democracia; Debido Proceso Legal; Procedimiento Contradictorio; Veredicto; Razones.

1 INTRODUÇÃO

O que legitima uma decisão? Em tempos remotos, a legitimidade da decisão estava na força (bruta e violenta) advinda da autoridade do monarca ou imperador. Todavia, em uma democracia contemporânea, a força não poderia ser o critério da legitimação de uma decisão. Isso porque a própria ideia de legitimidade evoluiu no desenvolvimento e na construção da sociedade

*Doutorando em Direito, na linha de pesquisa Intervenção Penal e Garantismo, pela Puc Minas. Mestre em Filosofia pela FAJE/MG; pós-graduado em Direito pela UCAM/RJ; graduado em Direito pela Puc Minas; advogado Criminalista. E-mail: vilasboas.f@hotmail.com

**Pós-graduada em Direito Processual e graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas; Professora de Filosofia. E-mail: vilasboas.f@hotmail.com

democrática. A legitimidade que outrora era descrita como a capacidade do monarca em impor a sua vontade, passou a ser entendida a partir da concepção da cooperação e da concepção da construção participada do processo legiferante.

A famosa frase *O Estado sou eu* atribuída ao rei francês Luiz XIV perdeu vitalidade com a democracia, uma vez que a antiga soberania, entendida como a capacidade do imperador de fazer valer a sua vontade nacional e internacionalmente, começou a dar lugar à percepção da soberania popular, que trouxe a visão de que o destinatário da lei deve ao mesmo tempo participar do seu processo de criação. Em outras palavras, o que diferenciaria uma democracia (soberania do povo) de uma autocracia (soberania do imperador) seria o fato de que no Estado Democrático o povo deveria respeito somente à lei que ele mesmo criou. Há uma transferência do poder do rei para o povo, que passaria então, a dizer quais seriam as regras do jogo democrático.

Neste contexto, acrescente-se a pergunta inicialmente feita: o que legitima uma decisão judicial? Tal indagação deve ser precedida e, paradoxalmente, sucedida por outra: por que uma decisão judicial precisa de legitimidade? A resposta seria simples e óbvia. A decisão judicial precisa de legitimidade para se evitar arbitrariedades e abusos pelo magistrado no exercício da sua jurisdição.

Como legitimar uma decisão judicial? O objetivo deste artigo é defender que, para a decisão ser legítima, dever-se-á observar os princípios e garantias trazidos pela Constituição da República de 1988. Um desses princípios, conforme previsão expressa do art. 93, IX, consiste na fundamentação obrigatória das decisões. Será pela fundamentação que o magistrado mostrará às partes e à sociedade quais foram os motivos que justificaram o seu ato. Ao fundamentar, o magistrado apresenta as razões de fato e de direito pelas quais tomou aquela decisão, destacando assim, o exercício efetivo do direito ao contraditório. (BRASIL, [2019])

Em linhas gerais, uma decisão judicial que carece de fundamentação é autoritária e antidemocrática. Essa decisão autocrática será apenas a demonstração da vontade-poder unilateral do magistrado, padecendo de qualquer legitimidade racional. Por outro lado, uma decisão fundamentada a partir do princípio constitucional do contraditório terá a sua legitimidade materializada na participação concreta dos demais sujeitos processuais.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A atual Constituição Republicana, tendo por preceito básico a democracia, trouxe diversas garantias direcionadas à proteção da liberdade e dos direitos fundamentais. A força imperativa da Constituição, em razão da sua natureza, contaminou todo o ordenamento jurídico, dando vitalidade constitucional para todo o conjunto normativo. Esse efeito de irradiação constitucional permitiu a afirmação de que toda a legislação válida e toda a discussão afeta ao direito deveria permear-se pelas premissas constitucionais.

Assim, é preciso dizer que não existe mais um direito puramente processual. Não se pode falar apenas em Direito Processual Civil ou Direito Processual Penal, mas em Processo Civil Constitucional ou Processo Penal Constitucional, etc. Concretamente, o que houve foi uma constitucionalização do ordenamento jurídico.

Essa constitucionalização do direito solidifica a percepção de que o processo não pode mais ser entendido apenas como o instrumento ou caminho da formalização da decisão judicial. Antes de tudo, o processo deverá ser entendido como a garantia fundamental que o indivíduo possui frente ao Estado.

Houve, a partir da Constituição de 1988, uma virada conceitual na ideia do processo, do contraditório e da ampla defesa, dentre muitos outros princípios afetos ao provimento jurisdicional. Essa virada conceitual em face dos princípios é demonstrada da seguinte forma:

a) Princípio do Devido Processo Legal

O art. 5º, LIV, da CR/88, traz que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (BRASIL, [2019]). Esse princípio funciona como norte de todos os demais princípios que devem ser observados no processo.

É pacífico o entendimento de que o devido processo legal funciona como um supra-princípio, um princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo. Além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas (NEVES, 2016, p. 113).

O *due process of law* é a garantia constitucional ao processo regular equilibrado, assegurado a todos os cidadãos. Basicamente, indica as condições mínimas pelas quais um processo deve ser desenvolvido. Seria o critério a ser observado pelo juiz e pelos demais sujeitos na dinâmica processual.

Se o acesso à justiça se constitui materialmente na visão de que o Judiciário está aberto ao cidadão em situações de ameaça ou lesão ao direito, o devido processo legal, basicamente, indica as regras mínimas para o desenvolvimento da persecução coordenada de atos. Nas palavras de Bueno (2017, p.49), o devido processo legal é o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito.

Afirma ainda:

Trata-se de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-juiz a um padrão de adequação aos valores que a própria CF impõe à atuação do Estado e em conformidade com aquilo que, dadas as características do Estado brasileiro, esperam aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário obter dele como resposta, é um princípio, destarte, de conformação da atuação do Estado a um especial (e percebido) modelo de agir (BUENO, 2017, p. 49).

É preciso entender que o devido processo legal simboliza a obediência às normas processuais, garantindo às partes um julgamento equilibrado e igualitário, com todos os atos e decisões motivadas, possibilitando um amplo controle dos atos do magistrado.

O devido processo legal, irradiado pela força normativa da Constituição, deixou de ser visto apenas como o conjunto ordenado e coordenado de atos que possibilitaria a formalização do provimento jurisdicional. O devido processo legal, que, por essência, agora deve ser entendido como devido processo constitucional, passou a exigir que esse conjunto de atos esteja submetido aos princípios constitucionais, principalmente ao princípio do contraditório.

De forma simples, o conjunto ordenado e coordenado de atos que possibilitaria a formalização do provimento jurisdicional seria apenas o procedimento. Por sua vez, processo é o procedimento submetido ao contraditório.

b) Princípio da Isonomia

O artigo 7º do CPC disciplina o Princípio da Isonomia como sendo um dever do órgão jurisdicional. (BRASIL, [2015]) A isonomia no âmbito processual reflete a percepção da paridade de armas. A lei deve tratar a todos de forma igualitária no processo, devendo o juiz demonstrar um certo distanciamento, deixando transparecer que não haverá favorecimento a nenhuma das partes envolvidas no processo.

A regra de que a lei deve tratar a todos de forma igual (art. 5º, caput e inciso I da Constituição Federal) aplica-se também ao processo, devendo tanto a legislação como o juiz, garantir às partes uma paridade material (art. 139, I, do NCPC), como forma de manter equilibrada a situação judicial entre elas. A isonomia no tratamento processual das partes é a forma, inclusive, do juiz demonstrar a sua *imparcialidade* (NEVES, 2016, p. 133).

Caso na relação processual não exista a isonomia entre as partes, o que haverá será a imposição da vontade de uma sobre a outra, negando-se assim, o próprio conteúdo democrático do processo constitucional. É preciso destacar que em respeito à Constituição, o discurso da isonomia não deve ser apenas no plano formal. A isonomia processual deve ser materialmente garantida, para que concretamente as partes tenham a capacidade do debate igualitário. A isonomia formal é apenas o direito ao direito de igualdade processual. A isonomia material (constitucionalmente exigida), por sua vez, garante não apenas o direito ao direito, mas sim, a igualdade processual de fato.

c) Princípio da Imparcialidade do Juiz

A imparcialidade judicial deve ser descrita como o afastamento desinteressado do juiz em relação demais sujeitos processuais. Ou seja: o juiz não poderá escolher um dos lados do

processo. O seu interesse deverá ser apenas pela solução dos questionamentos suscitados. O tratamento dado às partes deverá ser isonômico, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa em situação de paridade. Além de imparcial, o juiz tem de ser, também, “imparcial”.

Como preleciona Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p.185), o pressuposto essencial da imparcialidade é a independência. A independência é um "statut" que torna possível a "vertu" imparcialidade. Pela visão constitucional, a independência judicial está ligada à imparcialidade. O distanciamento do juiz, consistente na sua imparcialidade ou no seu desinteresse, seria consequência e ao mesmo tempo condição para a observância do princípio da isonomia. A imparcialidade processual permitirá ao magistrado analisar as teses e antíteses processuais sem uma preferência por esta ou aquela parte. Não haveria um preconceito por uma ou outra parte e o seu conceito será firmado por aquilo que foi construído durante o debate processual.

d) Princípio da Publicidade dos Atos Processuais

A publicidade dos atos processuais possibilita a fiscalização sobre as atividades praticadas pelos juízes, permitindo um maior alcance de confiança pela sociedade. Está prevista no art. 5º, LX (BRASIL, [2019]), que prevê que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, e também no art. 93, IX, ao descrever que todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos.

O princípio da publicidade permite que os atos processuais sejam suscetíveis de conhecimento pelos interessados e envolvidos no processo, como também por qualquer pessoa, podendo manusear os autos, assistir as audiências e julgamentos, quer em primeiros, como em segundo grau de jurisdição (JORGE JUNIOR, 2008, p. 7).

O princípio da publicidade dos atos processuais tem a função de dar conhecimento dos atos processuais aos litigantes e também de dar conhecimento à sociedade sobre a atuação do Judiciário, permitindo aos interessados, caso queiram, manifestarem no processo. A publicidade é uma garantia de respeito aos direitos fundamentais, pois ela visa limitar, sobremaneira, as arbitrariedades e violências que em surdina poderiam ser cometidas. A publicidade permite a visibilidade. Por sua vez, a visibilidade tende a limitar o abuso.

e) Princípio do Contraditório e princípio da Ampla Defesa

A ampla defesa é o direito de se defender mediante todos os meios e recursos previstos no ordenamento jurídico. Seu fundamento está na disposição de alegar os fatos relevantes juridicamente com todas as possibilidades de comprová-los por todos os meios admitidos em direito. É um direito constitucional subjetivo, assegurado ao acusado como parte figurada do polo

passivo. Comumente a ampla defesa é descrita pela autodefesa, consistente na defesa pessoal daquele que é acusado, por meio do interrogatório e na defesa técnica, promovida por aquele que tem habilitação jurídica (advogado, procurador, defensor público, etc.).

Por sua vez, o contraditório é descrito pela expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se a parte contrária) e tem uma função voltada ao esclarecimento do litígio. Não é posto apenas às partes, mas também ao próprio juiz. Ele permite ao juiz ajustar a sua decisão com a maior proximidade possível, daquilo que seria razoável.

Segundo o artigo 5º, LV, da CR/88 (BRASIL, [2019]), aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes.

Tradicionalmente, considera-se que o princípio do contraditório é formado por dois elementos: a informação e a possibilidade de reação. Sua importância é tamanha que a doutrina moderna entende tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo. (...) Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a possibilidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo. Sendo o contraditório aplicável a ambas as partes, costuma-se empregar a expressão "bilateralidade da audiência", representativa da paridade de armas entre as partes que se contrapõem em juízo (NEVES, 2016, p. 115).

Ensina Barroso (2010), que a ampla defesa é analisada como garantia do indivíduo (acusado), enquanto que o contraditório seria uma garantia do próprio processo.

Sem prejuízo de entender o contraditório como garantia assegurada às partes de terem conhecimento de todos os atos que se realizam no processo, para, a partir dessa ciência, produzirem reação, é preciso compreender que é indissociável do seu conceito a coparticipação dos sujeitos processuais.

A atividade processual desenvolvida pelas partes, com a apresentação de argumentos, com requerimentos de provas, construindo teses, consubstancia autêntica contribuição para a formação do convencimento do juiz, também beneficiado com a exploração contraditória (BARROSO, 2010, p. 6).

Em outras palavras: o contraditório é o exercício dialético desenvolvido pelos sujeitos processuais, consistente na construção participada das decisões. É preciso entender, conforme mencionado acima, que o contraditório não pertence apenas às partes (autor – acusado), mas também ao juiz. Para o processo democrático, o contraditório que interessa não deriva do verbo contradizer e sim do verbo “construir”. Afirmar que o processo é o procedimento submetido ao contraditório não é o mesmo que dizer que o processo é o procedimento submetido à sua contradição. O processo submetido à contradição é o processo submetido à sua negação. A negação do processo, por sua vez, é a negação da democracia.

Processo só é processo se submetido ao contraditório. Processo só é processo se submetido à cooperação das partes no exercício dialético consistente na construção participada das decisões. O contraditório não pode ser entendido a competição entre a tese e a antítese. A tese é completada pela antítese e esta é o pressuposto da tese. É desta forma que o magistrado chega à síntese (sentença).

f) Princípio da boa-fé e princípio da lealdade processual

Muitas vezes, o processo judicial é visto e compreendido como um concurso de ideias ou como uma competição de teses, na expectativa de que vença o melhor argumento. Todavia, apesar desta perspectiva competitiva, o processo é em verdade o exercício da mútua cooperação entre os sujeitos que ali demandam. Essa mútua cooperação é decorrente da própria concepção anterior na qual foi descrito o conceito de contraditório.

Entendendo o contraditório como sendo a construção participada das decisões, ainda que as teses dos sujeitos processuais sejam divergentes, elas não serão competitivas e sim, cooperativas. Seria do exercício dialético entre tese-antítese que surgirá a síntese (decisão).

Oposição de ideias não é sinônimo de competição de ideias. É a oposição a uma ideia que possibilitará reforçá-la ou rechaçá-la. É este o papel do contraditório. Papel de cooperação e não de competição. A antítese é pressuposto da tese e não a sua negação. Para que isso seja possível, a lealdade (verdade) processual é fundamental. Um sujeito processual necessita confiar no outro, ainda que as suas teses sejam diferentes. A confiança está em saber que o outro também respeitará as regras do jogo e que as provas, contraprovas e as antíteses serão produzidas de boa-fé.

g) Princípio da fundamentação das decisões

O princípio da Fundamentação das decisões está previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal:

Art. 93. [...]

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, [2019]).

Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas de forma explícita, possibilitando à parte saber qual foi o motivo que ensejou o convencimento do juiz.

Assim percebe-se que a motivação dos atos jurisdicionais exigida pela Constituição acarreta na limitação dos poderes exercidos pelo magistrado, exigindo-se adequada aplicação do princípio da legalidade, demonstrando-se não ter aquele descumprido os direitos fundamentais ou decidido contra a lei ou ter extrapolado a garantia de conhecer as razões que convenceram o juiz a julgar, cuja decisão, se correta, será aplicada em virtude da aplicação dos efeitos do princípio da coisa julgada. A motivação das decisões judiciais espelha, repercute a vereda do pensamento empregado pelo juiz para alcançar a solução do caso conflituoso e caso contenha erro será este prontamente verificada pelo conteúdo da motivação, podendo ser impugnada (JORGE JUNIOR, 2008, p. 6).

A fundamentação das decisões judiciais é uma exigência constitucional, tratando-se de uma observação ao princípio do devido processo legal, sendo um dever do juiz, um direito das partes e uma garantia do poder público. A sua não observância acarreta em nulidade da decisão:

Quanto à exigência de fundamentação das decisões judiciais, trata-se a um só tempo de princípio processual, dever do juiz, direito individual da parte e garantia da Administração Pública. É um princípio constitucional porque a Constituição a prevê como um padrão imposto aos órgãos jurisdicionais, em caráter geral, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato decisório (CF, art. 93, IX). É um dever do julgador, porque deriva do devido processo legal, também assegurado constitucionalmente (CF, art., 5º, LIV), e faz parte essencial da resposta formal que o juiz não pode deixar de dar à parte, segundo a estruturação legal da sentença e das decisões em geral (NCPC, art. 489, II). É um direito da parte, porque, no processo democrático, o litigante tem o direito subjetivo de participar da formação do provimento judicial e de exigir que sua participação seja levada em conta no ato de composição do litígio (NCPC, art. 6º, 9º, 10 e 11), além de constituir expediente necessário ao controle da regularidade e legitimidade do exercício dos deveres do juiz natural, coibindo abusos e ilegalidades. Como garantia para a Administração Pública, a exigência de motivação vai além da garantia endoprocessual, em benefício das partes, funcionando como uma garantia política de existência e manutenção da própria jurisdição, no que diz respeito ao controle do seu exercício (BUENO, 2017, p. 56).

Ao passo que na legislação processual civil anterior o juiz não necessitava enfrentar todas as teses arguidas, com o Código de Processo Civil de 2015, há a obrigatoriedade de enfrentamento, pelo juiz, de todos os pontos que lhe são apresentados.

A fundamentação da decisão deve possibilitar, também, que o jurisdicionado possa entender o seu raciocínio e quais foram os motivos relevantes que levaram o juiz a decidir daquela forma.

O que vale destacar é que os juízes, como agentes públicos, devem ter em mente que são passíveis de erros e que a sua função deve ser controlada pela sociedade. Os membros do poder judiciário devem justificar as suas decisões, devem expor claramente como e porque decidem de determinada forma. A decisão não se justifica por si só. Carece de fundamentação, de explicação sobre o caminho que foi percorrido para se chegar aquele veredicto, construindo-se as estruturas e pavimentando-se o terreno, por meio das razões de decidir expostas em linguagem clara e enfrentando todos os argumentos levantados pelas partes. O juiz não pode ao decidir, partir do pressuposto de que todos têm a obrigação de adivinhar o seu raciocínio, de entender as razões pelas quais conclui pela procedência ou improcedência de um pedido. Muitas

vezes - várias involuntariamente - os juízes imaginam ter sido suficientemente claros ao decidirem uma causa ou um incidente no processo. Talvez a clareza e a precisão existam apenas para quem julga, não para quem receberá o veredicto. É precisamente nesse ponto que o magistrado deve preocupar-se: colocar-se na posição das partes, situar-se como um cidadão comum e verificar se entenderia aquela sentença (BARROSO, 2010, p. 8).

O princípio da fundamentação da decisão está explícito na percepção de que a decisão não se justifica por ela mesma. A premissa de que “é assim por que é” não vale para as decisões judiciais. O “não sei, só sei que foi assim” não pode servir para o jurisdicionado. É direito do jurisdicionado saber a essência da decisão judicial, não sendo suficiente conhecer apenas a sua substância.

Conhecer a essência de uma decisão judicial é conhecer as razões pelas quais a decisão foi tomada. Para que isto seja possível, é imprescindível, sobretudo, que a decisão seja fundamentada com fincas no contraditório. Como dito anteriormente, o contraditório não pertence apenas às partes (autor-réu). O contraditório pertence aos sujeitos processuais, dentre eles o juiz.

Em razão do princípio da imparcialidade e também da inércia jurisdicional, a fundamentação das decisões deverá ser construída a partir daquilo que foi posto e contraposto pelas partes durante a instrução processual.

Que a decisão judicial deve ser fundamentada está claro. As perguntas a serem formuladas agora são outras. Qual a fundamentação que interessa? Como se dará a fundamentação?

Essa é a perspectiva desse trabalho.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ENQUANTO MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

O princípio do contraditório já foi descrito anteriormente neste trabalho como sendo o exercício dialético dos sujeitos processuais, consistente na construção participada das decisões. Esse conceito é trazido em diversos manuais, artigos e trabalhos acadêmicos. O problema é que esse conceito, metafisicamente trazido, não é suficiente para um Estado que se pretenda verdadeiramente democrático. Dizer que o contraditório é um direito fundamental na relação processual é importante, mas não o suficiente.

Admitir que as partes examinem as provas apresentadas e produzam as suas próprias provas e contraprovas é necessário, mas ainda assim, o contraditório é apresentado apenas formalmente.

Para que o Devido Processo Constitucional exista de fato, será necessária a materialização do contraditório. E como se dá a materialização do contraditório? É importante deixar claro que a decisão judicial que enxerga apenas um lado da história não é democrática. Não sendo democrática, não há o que se falar em materialização do contraditório.

Imaginar que a parte exerceu o contraditório simplesmente porque teve a oportunidade de manifestar-se sobre a prova contrária, ou simplesmente porque teve a disposição de produzir a própria prova é, no mínimo, inocência. Essa situação reflete nada mais do que a apresentação formal ou metafísica do princípio do contraditório. É o direito a ter o direito, mas não é o direito a ter de fato o contraditório.

Do que adianta a parte produzir a sua prova se ela sequer foi apreciada pelo juiz? Do que adianta apresentar a antítese, se o fundamento da decisão judicial nada mais é do que a transcrição da tese? Para que o contraditório exista de fato (e não apenas no mundo das ideias), é preciso que a decisão judicial seja nele fundamentada. A materialização do contraditório é a sua demonstração concreta na decisão judicial. Então, como isso será possível?

3.1 A observância dos princípios constitucionais para a legitimação das decisões judiciais

A decisão é legítima quando atende a todos os requisitos necessários para a sua concretude. É ímpar que o juiz, ao decidir, esteja atento aos princípios constitucionais, até para que a decisão não seja eivada de vícios.

[...] porém ainda que respeitado tais princípios, não teria sentido ser proferida uma decisão judicial sem que o magistrado tivesse explicado, demonstrado como atingiu a conclusão necessária para apontar e determinar o direito correto ao caso concreto, ou seja, sem que tivesse fundamentado, motivado a decisão, pois sem o respeito ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, corre-se o risco do arbítrio, do subjetivismo do juiz, o que não se pode permitir. Mas conhecendo a motivação, a fundamentação da decisão proferida judicialmente, podem todos dela tomar conhecimento e concluir ter sido proferida em conformidade com a lei, as provas, o que o convenceram, aplicando-se a decisão justa, correta e verídica (JORGE JUNIOR, 2008, p. 2).

A decisão legítima deve ser fundamentada. O juiz deve demonstrar quais foram as razões que o convenceram àquela decisão.

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido - deve ele demonstrar as *razões de seu convencimento a partir do diálogo entretido com as partes* ao longo do processo, como, aliás, frisa no novo Código de Processo Civil em seus art. 7º, 9º, 10 e 489, § 1º. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico-argumentativo capaz de ser demonstrada mediante a relação entre o relatório e a fundamentação, a parte dispositiva, as alegações formuladas e as provas produzidas pelas partes no processo (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 115).

É preciso compreender, que o respeito aos princípios constitucionais não é uma faculdade do magistrado, mas sim, um dever. Um dever não apenas deontológico no sentido de “dever

ser”, mas um dever ôntico, um dever material. É o dever de respeito aos princípios constitucionais-processuais que transformam o processo na garantia do cidadão em face do eventual abuso pelo Estado.

O primeiro passo para que a decisão judicial consista na materialização do princípio do contraditório é enxergar que cabe ao magistrado respeitar os princípios e normas descritos pela Constituição. A observância dos princípios constitucionais é pressuposto para uma decisão judicial que pretenda ser democrática.

3.2 Do necessário enfrentamento de todas as teses apresentadas

É necessário que o magistrado, na fundamentação, demonstre que houve o enfrentamento de todas as questões suscitadas.

A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer uma articulação mínima, em síntese: (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) acertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta. Em "i" devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 514).

A necessidade da completa motivação decorre do direito ao contraditório dos sujeitos processuais, entendido como sendo um direito dado às partes para influenciar ao juiz, colocando-o como dos sujeitos do contraditório. A fundamentação deve, assim, estar devidamente estampada na decisão.

[...] acerca da motivação das decisões judiciais, conclui-se que para se ter uma decisão justa, o juiz deve respeitar as garantias constitucionais elencadas na Constituição Federal, por respeito ao contraditório, visto que a parte vencida deverá recorrer, o juiz deve mencionar os motivos que levaram ao seu convencimento, além de facilitar o julgamento na instância superior e dar ao público em geral entender as causas da decisão (KRIEGER, 2012).

Humberto Theodoro Junior (2015), acerca da participação das partes na decisão judicial, ensina que a democracia e o contraditório estão ligados intimamente. No campo da jurisdição e do processo, tem imediata repercussão, exigindo uma nova fase metodológica, voltada para o modelo do contraditório democrático, fortalecendo o papel das partes e do juiz, no domínio dos fatos e na valoração jurídica do direito. Aduz que a lógica dedutiva é substituída pela lógica argumentativa e o contraditório é o espaço para se exercer um direito de influenciar o magistrado na sua decisão:

[...] a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação, ceda espaço a um direito de influência. Nele a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa no campo do processo, reforçando assim, o papel das partes na formação da decisão judicial (THEODORO JUNIOR, 2016, p.108).

E por meio da fundamentação das decisões que poder-se-á verificar a observância dos princípios constitucionais aplicados, demonstrando que foi efetivado o direito ao contraditório.

É importante ter sempre presente que o contraditório assegurado pela Constituição compreende a possibilidade de influência de todos os sujeitos do processo (inclusive as partes) na formação do provimento pacificador do litígio. Sem a motivação adequada, não se poderá aferir se a sentença apreciou, realmente, as razões e defesas produzidas pelas partes, nem se permitirá o necessário controle do comportamento do julgador pelos interessados mediante mecanismos do duplo grau de jurisdição (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 117).

Com dito anteriormente, ao optar por uma tese, sem considerar a antítese, o magistrado estará ferindo a concretude do contraditório. O não enfrentamento de todas as teses condiciona o contraditório apenas à sua concepção metafísica. Entretanto, para um Estado Democrático de Direito, o que se espera é uma aplicação contra-metafísica do contraditório.

Dizer que em determinada relação processual houve a aplicação do contraditório simplesmente porque uma parte pôde apresentar as suas provas e analisar as provas contrárias, é reduzir o princípio constitucional à concepção meramente formal. Repete-se: seria ter o direito ao direito, mas não seria o direito de fato. A concepção formal do contraditório é importante, para que assim seja possível saber o que é e como funciona. Todavia, esta concepção ideativa não é suficiente.

Para que de fato e materialmente se possa falar em contraditório, é necessário que o juiz, ao decidir, enfrente todas as questões que lhe são postas. É preciso destacar que esse enfrentamento não pode ser meramente descritivo, pois isso também não seria o contraditório. Este enfrentamento tem que ser analítico, devendo o magistrado dizer as razões e os fundamentos que justifiquem a rejeição de uma tese em prol de outra.

A lógica é muito simples: o não enfrentamento analítico de todas as teses implicaria em desrespeito material ao princípio do contraditório; o desrespeito ao contraditório viola o devido processo legal; a decisão que viola o devido processo legal é inconstitucional e, por sua vez, seria passível de nulidade.

Como dito na introdução, a legitimidade está na possibilidade daquele que é destinatário da lei, ser ao mesmo tempo, o seu criador. Assim, a legitimidade de uma decisão judicial está na possibilidade do seu destinatário ter participado do seu processo de construção a partir do

contraditório. A decisão que viola o princípio material do contraditório não é democrática. Ela seria autocrática, abusiva e arbitrária.

3.3 Da nulidade da decisão por falta de fundamentação

A fundamentação da decisão é um ato essencial e a sua ausência é um vício grave, de forma que a sentença não fundamentada é absolutamente nula. Nesse sentido pode-se dizer que a completa fundamentação não pode ser dispensada, pois é nela que o juiz enfrentaria todas as questões relevantes de fato e de direito.

Reforçando a previsão Constitucional, o CPC, em seu artigo 11º, também consagra a grande importância da fundamentação das decisões aduzindo que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (BRASIL, [2015]).

Ressalta-se que a fundamentação é indispensável para a fiscalização das atividades judiciárias. Gonçalves e Lenza (2016) ensina que sem a fundamentação, as partes, os órgãos superiores e a sociedade não conheceriam o porquê de o juiz ter tomado àquela decisão. Destaca-se, que o legislador passou a exigir que da fundamentação fosse possível extrair que todas as questões foram enfrentadas.

A fundamentação da sentença, diante da sua essencialidade, foi tornada obrigatória pela Constituição (arts. 93, IX, da CF, e 11 do CPC). Isso evidencia uma absoluta diferença entre a norma criada pelo legislador e a sentença. A norma geral não é justificada. A chamada "exposição de motivos" que por vezes a acompanha não integra a lei (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 116).

O artigo 489 do CPC enumera quais são os elementos essenciais da sentença. A não observação destes elementos essenciais acarretará na sua nulidade.

Veja-se:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo em que o juiz analisará as questões principais que as partes lhe submeterem (BRASIL, [2015]).

Nota-se que os requisitos essenciais da sentença dizem respeito a sua estrutura. É um resumo de tudo o que se passou no transcurso do processo, devendo conter a exposição dos fatos e das razões suscitadas pelas partes e também as ocorrências relevantes surgidas durante a sucessão de atos, de modo que qualquer pessoa possa compreender como a decisão foi proferida. Elementos essenciais são obrigatórios e, portanto, a falta de qualquer um deles ocasionará na nulidade do decidido. Nesse sentido, têm caminhado os Tribunais pátrios:

Embargos de declaração em apelação criminal. acórdão omisso. sentença anulada por falta de fundamentação. não manifestação acerca da manutenção da medida socioeducativa de internação. (tj-go - apl: 634048120168090052, relator: dr(a). sival guerra pires, data de julgamento: 07/11/2017, 2a camara criminal, data de publicação: dj 2430 de 19/01/2018)

Rescisão contratual e reintegração de posse. exploração de quiosque na orla marítima. sentença anulada por falta de fundamentação. (tj-rj - apl: 00272342420118190209 rio de janeiro barra da tijuca regional 4 vara cível, relator: ricardo rodrigues cardozo, data de julgamento: 26/07/2016, décima quinta câmara cível, data de publicação: 28/07/2016)

Previdenciário. aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. sentença anulada por falta de fundamentação (art. 489, § 1º, iv, do cpc). aplicação do art. 1.013, § 3º, iv. incapacidade total e temporária. benefício devido. parcial procedência do pedido. (trf-3 - ac: 00134818820174039999 sp, relator: desembargador federal david dantas, data de julgamento: 26/06/2017, oitava turma, data de publicação: e-djf3 judicial 1 data:10/07/2017) (BRASIL, [2018]; [2016]; [2017]).

Observe-se que em todos os casos a carência da fundamentação acarretou em nulidade do julgado. Pelas jurisprudências apresentadas, é possível perceber que há uma busca pela concretização do processo democrático. O “decidir por decidir” não é mais suficiente. É necessária a busca incessante pela democratização do processo judicial e isso só será possível quando efetivamente o contraditório for observado como elemento essencial da decisão judicial. É preciso ressaltar que a redação do art. 489 do CPC não retirou do juiz a característica da pessoalidade da sua decisão. Ao enfrentar o processo, após analisar o conjunto probatório, ele preferirá pessoalmente uma decisão.

Quero com isso dizer que, diferente do que entende parcela da doutrina, o art. 489 do CPC não retira da decisão judicial sua característica de ato de criação solitário pelo magistrado. O juiz pode até estar mais controlado e sua atuação mais supervisionada pela lei mas no final do dia é sempre o juiz, no isolamento de seu gabinete ou casa, quem profere a decisão. E é ali que ele faz interpretações a respeito do Direito que obviamente são influenciadas pela suas opiniões pessoais. Afinal, adotar um dentre vários entendimentos doutrinários plausíveis não é ato humano que expressa opinião pessoal? Uma opinião fundada em argumentos sólidos, mas ainda assim, uma opinião pessoal (NEVES, 2016, p. 124).

Ocorre, por outro lado, que, tendo por base o processo cooperativo (e não o processo competitivo), o juiz passou a ser sujeito do processo, atuando em igualdade na construção de um provimento jurisdicional. A materialização do contraditório no momento da decisão condiciona o magistrado a julgar com base no debate isonômico ocorrido durante a instrução processual. Não poderá o magistrado descuidar-se para julgar apenas com base na sua consciência, ou seja, para julgar com base numa ideia de responsabilidade intersubjetiva.

Com isto, fica evidentemente claro que não caberá ao magistrado, isoladamente, encontrar o caminho para o provimento jurisdicional. O julgamento de Salomão, heterônomo e puramente impositivo, não interessa para a democracia. O processo democrático exige a

autonomia. Exige a construção participada das decisões.

4 CONCLUSÃO

É preciso compreender que nem toda a vitória é honrosa e nem todo sucesso é decente. Mesmo compreendendo o processo como competição de teses ou como a vitória do melhor argumento, seria preciso respeitar a concretude do princípio do contraditório. Mesmo na competição, os competidores deverão estar posicionados em uma situação de paridade. Caso contrário não seria competição. Seria uma demonstração de força.

Não há mérito quando se derrota àquele que não tinha condições de vencer. Essa também é a lógica processual. Se às partes não são garantidas as situações de paridade e isonomia e se, no momento de julgar, não são enfrentadas todas as teses, não há o que se falar em contraditório. O processo seria apenas o instrumento formal de imposição de uma vontade sobre a outra. O processo nada mais seria do que um instrumento de poder. Se uma das partes nunca teve a possibilidade de vencer, então não houve vitória do ganhador. Houve apenas o arbítrio.

Existe contraditório nesse tipo de processo? Se existir, ele seria de fachada. Seria um conceito fingido e hipócrita. Felizmente, o processo está sendo encarado, ainda que timidamente, como cooperação e não mais como competição. Esse processo judicial cooperativo pressupõe o contraditório no seu aspecto material e como descrito durante o texto, esta cooperação não inibiria a oposição de teses ou ideias. A antítese não seria a negação da tese, mas um pressuposto dela. Juntas, a tese e a antítese possibilitariam a formulação da síntese (decisão judicial).

Seria a máxima de cuidar para que o Estado (juiz) cuide. Seria descentralizar o poder que outrora estaria concentrado nas mãos do julgador e compartilhá-lo entre todos os sujeitos processuais. O que fica claro, na perspectiva apresentada, é que a previsão abstrata do contraditório não garante o direito ao contraditório. A previsão abstrata da norma nada mais é do que uma meta, um caminho. Ficar na abstração, seria legitimar um direito vazio.

O princípio do contraditório deve ser levado à prática a partir de um conteúdo que seja inserido no contexto social. Dito em outros termos: o contraditório deve sair do mundo platônico das ideias e ser posto no mundo concreto e real do processo judicial. Ao sair do círculo vicioso do formalismo e ao dar aplicação concreta ao contraditório, o sujeito estará inserto no devido processo constitucional.

A compreensão formal do contraditório é de extrema importância e relevância. É importante para definir o seu conceito e o seu âmbito de aplicação. Mas permanecer no formalismo é negar a própria existência do instituto criado. É por isso que a fundamentação das decisões com base no contraditório quebra as grades do formalismo e dá coerência prática ao princípio que é tão basilar para a democracia.

Ao enfrentar todas as teses, provas, contraprovas e antíteses e ao respeitar todos os princípios constitucionais, o juiz estará dando praticidade ao contraditório. Estará transformando

o abstrato em concreto e assim, estará promovendo o devido processo legal e constitucional. A materialização do contraditório não está na simples oposição de ideias. Existirá o contraditório apenas quando a decisão for constitucionalmente fundamentada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Marcelo Lopes. Contraditório e motivação das decisões judiciais. **Revista Acadêmica da ESMP-CE**, Fortaleza, v. 2, n. 10, p. 20-35, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação**. Processo APL: 634048120168090052. Embargos de declaração em apelação criminal. Acórdão omisso. Sentença anulada por falta de fundamentação. Não manifestação acerca da manutenção da medida socioeducativa de internação. Relator: Dr. Sival Guerra Pires, 07 de novembro de 2017. Goiânia: Segunda Câmara Criminal, [2018]. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/537568219/apelacao-eca-apl-634048120168090052?ref=serp>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação**. Processo APL: 00272342420118190209. Rescisão contratual e reintegração de posse. Exploração de quiosque na orla marítima. Sentença anulada por falta de fundamentação. Relator: Ricardo Rodrigues Cardozo, 26 de julho de 2016. Rio de Janeiro: Décima Quinta Câmara Cível, [2016]. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366986579/apelacao-apl-272342420118190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-4-vara-civel>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação Cível**. Processo AC: 00134818820174039999. Previdenciário. Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Sentença anulada por falta de fundamentação (art. 489, § 1º, iv, do cpc). Aplicação do art. 1.013, § 3º, iv. Incapacidade total e temporária. Benefício devido. Parcial procedência do pedido. Relator: Desembargador Federal David Dantas, 26 de junho de 2017. Brasília: TRF3, [2017]. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/498671524/apelacao-civel-ac-134818820174039999-sp>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BUENO, Cássio Scapinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios; LENZA, Pedro (coord.). **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção Esquematizada).

JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, v.1, n.1, p.21-32, jan./jun. 2008.

KRIEGER, Mauricio Antonacci. **Das garantias constitucionais: motivação das decisões.** Conteúdo Jurídico, Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/28540/das-garantias-constitucionais-motivacao-das-decisoes>. Acessado em: 25 de maio de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (Teoria do Processo Civil, v. 1).

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

Artigo recebido em: 2019-03-28

Artigo reapresentado em: 2019-06-11

Artigo aceito para publicação em: 2019-06-18