A LEGITIMIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A LEGITIMATE RATIONALE OF JUDICIAL DEMOCRATIC STATE LAW

Warlen Soares Teodoro*

RESUMO

Pretende-se com este estudo verificar a legitimidade da fundamentação judicial no Estado Democrático de Direito. Partindo da noção de que a decisão judicial de mérito encerra a cadeia procedimental desenvolvida em contraditório entre as partes, bem como que deve ser resultado de uma construção participada, não podendo ser produto da atividade solitária do juiz, pautada em uma discricionariedade exacerbada e não conferida pelo ordenamento jurídico ou guiada por uma metodologia que não permita a efetiva participação das partes na construção do provimento final. Assim é a fundamentação judicial que reveste de legitimidade a decisão de mérito ao passar pelo material construído processualmente entre as partes. Isto porque frente ao cenário constitucional o instituto deve sofrer uma releitura face o papel judicial na democracia participativa. Na linha da teoria do discurso de Jurgen Habermas o paradigma do Estado democrático de direito reclama o cidadão ativo e assim deve ser institucionalizados processos de participação dos cidadãos nas esferas de tomada de decisão, de modo que ele se veja como destinatário e autor do próprio direito. Nesse sentido, trás enormes contribuições Elio Fazzalari com a teoria do processo como procedimento em contraditório, ao colocar os titulares do direito discutido em determinada demanda, no centro da teoria processual, visto que o processo passa a ser entendido como um procedimento realizado em contraditório, estando às partes em simétrica paridade. Com este desafio, a primeira parte versa sobre a tarefa do juiz no positivismo jurídico, que por meio de um raciocínio silogístico escolhe entre as possibilidades contidas na moldura normativa e subsume a norma ao fato, mas no caso de lacunas serve-se da discricionariedade do julgador para preenchimento do direito. Em contraponto, em linhas gerais, serão abordados três teóricos que propondo a superação do modelo positivista tentam retomar o caráter prático do direito e superar a discricionariedade mediante uma metodologia que deve pautar o magistrado no momento decisório, na perspectiva de Alexy, Dworkin e Gunther. No último tópico, afinando ao cenário constitucional democrático, inicia-se com a contribuição teórica de Jurgen Habermas ao destacar a legitimidade mediante a institucionalização de canais de participação, de modo que o destinatário se veja como autor do próprio direito e, na sequência, será exposta a teoria do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari que traça a base para a formação legítima do provimento por via do contraditório.

PALAVRAS CHAVES: Fundamentação judicial; Legitimidade; Estado democrático de direito;

* Mestrando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Segurança Pública e Complexidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - warlen_soares@hotmail.com

ABSTRACT

The aim of this study was to verify the legitimacy of judicial reasoning in a democratic state . Based on the notion that the judicial decision on the merits concludes the procedural chain developed in contradictory between the parties , and that should be the result of a construction subsidiary may not be the product of the solitary activity of the judge , based on a discretionary and not exacerbated given by law and guided by a methodology that allows the effective participation of the parties in the construction of the final . So is the judicial reasoning that lines of legitimacy to adjudicate when passing through material constructed procedurally between the parties. This is because the opposite scenario constitutional institution must undergo a reinterpretation face the judicial role in participatory democracy . In line with the discourse theory of Jurgen Habermas the paradigm of democratic rule of law demands the active citizen and thus should be institutionalized processes of citizen participation in decision-making spheres , so that he sees himself as the recipient and the author 's own right . Accordingly , Elio Fazzalari behind enormous contributions to the theory of the process as adversarial procedure , placing claimants discussed in particular demand in central procedural theory , since the process becomes understood as a procedure performed in contradictory being the parties to the symmetric parity. With this challenge , the first part deals with the task of the judge in legal positivism , which through a syllogistic reasoning choose among the possibilities contained in the regulatory framework and subsumes the fact the norm , but in the case of gaps serves up the discretion of the judge to fill the right . In contrast , in general , will be covered three theorists who propose to overcome the positivist model attempt to retake the practical nature of the right and discretion to overcome through a methodology that should guide the magistrate at the time of decision, in view of Alexy and Dworkin Gunther . In the last section , tapering to the scenario democratic constitutional begins with the theoretical contribution of Jurgen Habermas to highlight the legitimacy by institutionalizing participation channels , so that the recipient is seen as the author 's own right and , in sequence , will exposed to the theory of the process as adversarial procedure Elio Fazzalari outlining the basis for the formation legitimizes the provision by the adversary .

KEYWORDS: Judicial reasoning; Legitimacy; Democratic state;

INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é investigar como a fundamentação judicial na decisão judicial meritória deve revestir de legitimidade. Isto porque a mudança do cenário orientado pela Constituição de 1988 rompe com modelos anteriores através do arcabouço procedimental metodologicamente estruturado, que em termos de Estado de Direito Democrático, centra a legitimidade das decisões judiciais na construção participada dos provimentos, devendo ser a fundamentação fruto desta interação entre partes.

O instituto da fundamentação da decisão judicial previsto na Constituição tem como principal aspecto tornar claro o caminho percorrido pelo magistrado para seu convencimento, viabilizando a fiscalização pelos interessados na decisão, assim como definindo o conteúdo a ser discutido em eventual recurso. Entretanto, mais que isso, é na fundamentação que permite perquirir qual a matriz teórica o judiciário está peregrinando, seja por um raciocínio a partir da norma na linha do positivismo jurídico, seja direcionado para o problema, com o intuito de romper a tensão entre fato e norma, por um caminho metodológico, que é a preocupação retomada principalmente pós Segunda Guerra Mundial.

Neste viés, a fim de pautar as investigações sobre o objeto deste estudo o primeiro capítulo volta-se ao positivismo jurídico. O papel do magistrado diante desta linha limita-se a aplicação da lei por um raciocínio dedutivo, vertical, cujas normas superiores são pressupostos para as normas inferiores que diante do caso concreto deve amoldar por um juízo de subsunção. Não há espaço para a criação judicial e muito menos para as partes na reconstrução processual dos fatos em contraditório.

No segundo capítulo, sem a pretensão de esgotar os teóricos sobre o assunto, parte-se para análises de autores que tentando fazer a reviravolta, um direito a partir do caso concreto, e superar as lacunas, pautaram nas críticas à falibilidade do sistema puramente normativo positivista, na perspectiva de Robert Alexy, Dworkin e Klaus Günther.

Por último, será visitada a teoria do discurso de Jürgen Habermas, que em síntese, identifica a legitimidade do direito e a contribuição de Fazzalari para a compreensão do processo de cunho democrático e o texto constitucional que demarca o espaço de construção do direito democrático por meio da participação em contraditório das partes que serão

afetadas pela decisão judicial, sendo que a fundamentação apresentada pelo magistrado deve ser norteada pelo material debatido nos autos.

II-O PAPEL DO JUIZ NO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico no intuito de alçar o direito a uma ciência autônoma, desligada da moral, da religião, dos costumes e da natureza, acreditou ser possível construir o direito a partir de dentro, situando como ponto de estofa a norma jurídica. A norma enquanto proposição jurídica é ato de vontade posto em vigor pela autoridade através da razão, ao contrário, por exemplo, das ciências naturais cujo substrato, já preexistentes, é apreendido da natureza, nela encontra-se a origem normativa e seu fundamento.

É a partir da norma como objeto de estudo do Direito que irá estruturar o pensamento positivista sobre o ordenamento jurídico. Nesse sentido o fundamento de validade de uma norma inferior é outra norma de ordem superior, que se estabelece a partir de outra norma situada hierarquicamente acima, formando um sistema escalonado, cuja analogia disseminada na doutrina é a famosa organização do ordenamento jurídico semelhante a um triângulo normativo, hierarquizado. Nas palavras de Kelsen (1998):

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra [...] (KELSEN, 1998, p. 155).

Nesse cenário a atuação do judiciário, sob a ótica do positivismo jurídico, centra na dedução lógica que parte de uma premissa mais genérica (norma superior) para chegar a uma premissa mais específica (norma inferior), seguindo este raciocínio até incidir a norma ao caso. E aí residem os traços fundamentais da interpretação autêntica, que em última análise é o acompanhamento intelectual de criação do direito movendo de um nível superior ao nível mais baixo da pirâmide.

Assentado no ideário iluminista cujo Parlamento representa o povo que emerge contra a tirania da monarquia este tipo de interpretação favorecia em grande escala a atividade legislativa, restando ao judiciário um papel secundário de meramente aplicar a lei. Emerge daí

o juiz “boca da lei”, traduzido para uma expressão acurada: “*da mihi factum, dabo tibi jus*” (dai-me o fato que te darei o direito).

Este é o modelo de juiz jupiteriano de François Ost (2007) ao cumprir a tarefa de servir à feição piramidal-dedutivo, sendo o direito dito a partir de cima, adotado em forma de lei e expresso em forma de imperativo, representado pelos atuais códigos e Constituições modernas, que são fonte de dedução para as decisões judiciais em espécie (OST, 2007, p.102).

E seguindo esta linha dedutiva que chega à base da pirâmide, ao juiz no momento de aplicação, uma moldura fundada na norma superior e que contém possibilidades (não uma norma apenas). A partir disso ao juiz cabe escolher entre as normas contidas na moldura, à sua livre escolha, qual será aplicada. Frise, se por um lado o juiz se limita ao campo descrito pela moldura, por outro lado possui espaço de atuação para escolha dentro das espécies previstas por ela.

Todo este arcabouço promove uma cisão entre faticidade e validade. Há o campo do direito estruturado e delimitado a partir da validade da norma jurídica, um direito que se compreende a partir de si e é aplicado ao caso pelo julgador e em outro plano bastante distinto, o mundo dos fatos, dos fenômenos da vida.

Entretanto, há outra fase o positivismo jurídico que passa a admitir decisões fora da moldura normativa. Isto porque, uma vez que o modelo de regras seria impossível de prever todos os fatos da vida, ocorre que uma demanda aportada em juízo pode não ser regulada normativamente, assim passa a ser admitido o judiciário atuar fora da moldura da norma. Observa Cattoni (2001) que a teoria kelsiana entra em “pane”, pois:

[...] a partir de 1960, Kelsen passa a admitir que pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da norma a aplicar, como também se pode produzir uma norma geral ou individual, conforme o caso, que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (OLIVEIRA, 2001, p. 50)

Desse modo o juiz no momento do julgamento tem enorme liberdade de escolha, seja dentro da moldura normativa, ou até mesmo fora dela, que é o reflexo de dois momentos distintos do positivismo jurídico. Mas com isso acaba por se render aos casos práticos não regulados normativamente, ou seja, diante de lacunas do direito, deixa ao alvitre do julgador a

tarefa de completar o ordenamento. Entretanto, este modelo passa a ser questionado como será visto.

III-METODOLOGIAS DE DECISÃO JUDICIAL

Situando na ponta inversa, buscando virar o vértice do triângulo, novos pensamentos teóricos se estruturam, e neste viés, a norma não pode ser compreendida em si ou por referência a outra superior, o sentido é construído a partir do caso que se apresenta, dito de outros termos, é se aplicando que a norma torna-se concreta.

Esta é uma das marcas pós Segunda Guerra mundial, a elaboração de teorias preocupadas em superar o raciocínio dedutivo sistematizado encaminhado na seara do Direito pelo positivismo jurídico e eliminar a discricionariedade do juiz. Nesse sentido, serão abordados três autores que dedicaram a enfrentar o tema, cada uma com suas particularidades, mas podem ser unidos neste estudo em função de estruturarem métodos à disposição do julgador no momento de aplicação do direito.

Robert Alexy (2007) levanta pelo menos quatro críticas direcionadas à matriz kelseana. A primeira a não clareza do texto da lei, que pode existir no ordenamento jurídico; em segundo, a possibilidade de ocorrer conflitos entre as próprias normas; em terceiro a incompletude da lei e dos códigos que seria incapaz de prever e regular todos os fatos da vida, em sua complexidade; e por último, a possibilidade de uma decisão judicial ser contrária ao próprio texto legal, diante de casos especiais (ALEXY, 2007).

O autor irá afirmar que o ordenamento jurídico não pode ser visto unicamente como norma em ordem escalonada, mas também deve ser preenchido pelo caráter principiológico do direito. Coube então distinguir os princípios das regras. Segundo Alexy (2007) o ponto central que o distinguem, não é por um grau de generalização, como se os princípios fossem compostos por uma textura aberta e as regras com conceitos bem definidos e fechados; ou mesmo não o distinguem pela origem, isto é, como os princípios fossem produzidos pelas regras (OMMATI, 2013). O critério apresentado é o da resolução de conflitos.

Diante do caso concreto ao entrar em conflito um princípio com outro perante o problema jurídico o julgador escolhe através do método da ponderação (sopesamento) aquele

de maior peso, o de maior adequação, em maior grau ao caso. Por outro lado, quando há a colisão de regras uma deve ser afastada, ou seja, prevalece apenas uma.

No momento do sopesamento o julgador deve verificar a presença de três sub-princípios. Pelo primeiro, o da Adequação, verifica se a medida a ser tomada corresponde às finalidades almejadas, em resposta a seguinte questão: os fins correspondem aos meios? Em segundo momento deve ser visualizada a necessidade da medida, nestes termos, verifica se não há outros meios menos gravosos a serem aplicados. Por fim, deve estar presente o princípio da proporcionalidade *stricta* que perquire o equilíbrio entre o meio utilizado e o fim a ser alcançado, de modo a não implicar em violação a direitos.

Portanto, observa-se na linha deste autor a tentativa de dar um caráter prático ao direito, iniciando o raciocínio pelo caso apresentado, pois os princípios não entram em colisão no plano abstrato, isto é, no momento prévio à aplicação, mas face ao caso particular.

Outro teórico que dedicou a enfrentar o positivismo e o amplo poder atribuído ao juiz é Dworkin (2002) que buscando o raciocínio a partir do problema constrói a metáfora do juiz Hércules que deveria encontrar a única resposta correta de cada caso frente ao direito.

Para o norte americano o trabalho judicial consiste em identificar uma única resposta correta mediante uma reconstrução principiológica do caso. Argumenta que as regras fornecem base para solução dos casos fáceis, tratando-se daqueles que uma regra previamente estabelecida é clara e regula perfeitamente dando condições de efetivar a norma. Contudo, diante de um caso não regulado por uma regra, um caso difícil (hard case), crítica Dworkin é consubstanciada no sentido de que o positivismo entrega ao julgador a discricionariedade para decidir de uma maneira ou de outra.

Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas. (DWORKIN, 2002, p.71)

É neste sentido que estrutura a tese do norte-americano, para enfrentar os casos difíceis, que demanda uma resposta não resolvida por uma norma prévia. Para o autor diante de casos que enfrentam uma lacuna normativa a solução não repousa nas regras ou através de uma discricionariedade conforme a linha positivista, mas em todo o Direito. E cabe ao juiz percorrer este caminho de em busca da única resposta ao caso.

Surge assim a metáfora do juiz Hercules. A primeira tarefa é estudar a Constituição, é preciso descobrir os princípios políticos que a inspiraram, compreendendo as regras contidas no texto. Em segundo, deve procurar de modo satisfatório interpretar o trabalho do legislativo e a responsabilidade deste como juiz, por outro lado interpelaria sobre qual o argumento de princípio e de política convenceria o Legislativo a editar leis sob estudo e utilizaria uma teoria política para interpretar a lei e descobrir sua finalidade. Por último, situa a análise nos precedentes judiciais e o embasamento filosófico político que sustenta os direitos (DWORKIN, 2002, p. 165 a 171).

No tocante aos precedentes a força gravitacional repousa na equidade, pois os casos semelhantes devem ser tratados iguais e o juiz Hércules deve considerar os argumentos de princípio que o justificaram. E a partir das decisões pretéritas, seria possível construir uma cadeia de princípios que fundamentam de forma coerente o direito costumeiro. Aqui surge o romance em cadeia, cada juiz seria um escritor que contribui na construção do livro escrevendo uma página (cada página uma decisão).

Mas destaca o autor, mesmo perante estes critérios é possível a divergência entre julgadores cujo papel é descobrir o direito frente ao ordenamento jurídico e não criar direitos novos (DWORKIN, 2002, p.128), pois ao juiz não é atribuída à tarefa de legislar. Enquanto no papel de legislar prevalecem os argumentos políticos, na decisão as considerações são em torno de argumentos de princípios.

Os princípios seriam distintos das regras por uma questão lógica, enquanto as regras são aplicáveis de acordo com o tudo ou nada. Os princípios enunciam uma razão que conduz em determinada direção e para serem concretizados é preciso um caso particular. Assim, podem conviver princípios que conduzam a direções diferentes, mas não aplicáveis em certa ocasião, permanecendo em suspensão, portanto não são afastados do ordenamento. Ao ser aplicado o princípio transmuta em uma regra. Porém afirma Dworkin (2002) sobre a dificuldade da distinção entre regras e princípios em muitos casos (DWORKIN, 2002, p. 43).

Enfim, para Dworkin (2002) o caso difícil apresentado ao judiciário deve ser resolvido não perante a regra, pelo critério de subsunção da norma, mas sim diante do direito. Para o autor supramencionado o Direito é entendido como uma questão de princípios. E decidir com padrões não expressos na lei não significa sair das possibilidades da moldura, mas sim julgar dentro do Direito. Em outras palavras, na linha deste autor há a passagem do império da lei ao império do direito.

Outro notável esforço foi feito por Klaus Günther (2000), que preocupado em superar a linha positivista e caminhar para o raciocínio a partir do caso, fez a distinção entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação.

Para Günther (2000) o princípio da separação de poderes demarcou duas funções bem distintas, a legislativa e a judiciária. A primeira marca o discurso de fundamentação, que ocorre na elaboração de leis através de um debate democrático e resulta em normas universais. Entretanto, este caráter *prima facie* erigido em determinado tempo e espaço não é suficiente para regular as alterações fáticas do futuro. Dito de outra forma, as circunstâncias não são iguais em todas as situações, assim diante de um caso encena o discurso de aplicação. Neste deve valer-se de todas as circunstâncias da situação, só assim pode ser avaliada a adequação normativa. Depois de exauridas esta análise dos pontos mais relevantes pode ser exigida a aplicação da norma, defendida pela argumentação.

Ao exemplificar o autor descreve o encontro de dois amigos. Um deles, Smith é convidado a ir à festa de aniversário, aceitando um convite. Entretanto, Jones, outro amigo de Smith está precisando de ajuda. A pergunta feita é se Smith deve ir à festa ou ajudar Jones?

Diante da festa há um princípio segundo o qual todas as promessas devem ser cumpridas. Mas no discurso de aplicação as circunstâncias devem ser analisadas detidamente de modo a justificar a ação de ausentar-se da festa e prosseguir pelo segundo caminho, o da ajuda.

Tão logo os participantes entrem no discurso eles tem que abandonar a perspectiva das circunstâncias serem iguais em toda situação, pressuposta com a validade da norma. A objeção de que Jones está numa emergência, e portanto o dever de ajudar um amigo deve ser considerado, ganha agora o estatuto de um argumento. Este argumento não é dirigido contra a validade da norma em colisão, mas contra sua adequação, levadas em consideração todas as circunstâncias da situação. (GÜNTHER, 2004, p. 90)

Assim, exige em Günther (2000) um trabalho interpretativo e de aplicação em face de um caso concreto para auferir a norma vigente, através da argumentação.

Diante da leitura breve do pensamento de Alexy, Dworkin e Günther mostra-se a vertente que propõe o raciocínio a partir do caso particular rompendo com a discricionariedade solitária do julgador de escolher fora da norma jurídica.

Registre-se que não basta abandonar a norma conforme cunhada no positivismo e seguir uma metodologia supostamente salvadora e entregar o caso à figura mistificada do juiz guiado por uma metodologia visando suprir a discricionariedade. Conforme as próprias palavras de Dworkin *“as pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”* (DWORKIN, 2007, p. 3).

Assim, exige-se uma releitura da tarefa judicial frente ao Estado democrático de direito, pois entra em jogo a legitimidade dos atos estatais especificamente neste estudo, do provimento final, não mais ancorado no mito da autoridade do juiz, conforme será abordado no tópico seguinte.

IV-A LEGITIMIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

No Estado democrático de direito a fundamentação judicial guarda lugar especial, pois expressa o raciocínio percorrido pelo juiz no provimento final que encerra a cadeia procedimental e deve revestir de legitimidade, assim como qualquer ato estatal. O positivismo, em especial Kelseano rende à discricionariedade do julgador atribuindo poderes para decidir mesmo fora da moldura. Por outro lado, por uma metodologia do magistrado não é suficiente adotar seja a ponderação de Alexy, seja do império do direito de Dworkin ou o discurso de fundamentação e aplicação de Klaus Günther, que de qualquer forma, entregam ao julgador o caminho de dizer o direito ao caso, não adistritos a participação dos interessados.

Em face da matriz democrática o embate acerca da legitimidade deve pautar no sentido de que toda e qualquer discussão em torno do direito seja no momento de elaboração

da norma ou na ocasião da decisão que soluciona o caso particular a ser registrado por via da fundamentação.

Segundo Habermas (2011) o paradigma democrático reclama o indivíduo ativo participante dos canais de formação da opinião e da vontade, de modo a ser ver como destinatário e autor do seu direito.

Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade e de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. (HABERMAS, 2011, p. 146)

Assim é que deve ser institucionalizados procedimentos discursivos propiciadores do exercício da participação ativa do cidadão nas esferas de decisão. O indivíduo não é mero cliente à espera do Estado juiz, mas protagonista da ordem jurídica e social. Os direitos e deveres políticos não se limitam a decisões tomadas pelas instituições (PEDRON, 2013, p. 6).

Ergue neste marco o caráter discursivo do processo como operacionalizador constitucional da legitimidade democrática que culmina na fundamentação. Entrementes, não se trata de entregar a decisão ao alvitre judicial, os destinatários do provimento devem figurar como co-participantes do ato provimental cujos efeitos serão afetados.

Neste viés é notável a contribuição de Fazzalari ao definir o provimento como ato emanado pelo órgão estatal dotado de disposições imperativas e que é preparado pelo procedimento. Isto é, o provimento é precedido de uma cadeia de procedimento.

E é na definição de procedimento que os contornos democráticos passam a incorporar a teoria processual, até então não visto, pois a participação está presente em toda a cadeia procedimental. Para o italiano é no procedimento que reside o campo de atuação do contraditório. E é no procedimento realizado em contraditório que se define o processo.

Portanto, o processo não é um emaranhado de atos externados, servindo de instrumento¹ a serviço do julgador. O processo para Fazzalari é procedimento desde que realizado o contraditório, só há processo com a presença deste último.

Por sua vez, o provimento é o encerramento da cadeia procedimental desenvolvida pelo contraditório. Significa dizer que as partes processuais possuem direito a tratamento igual e em simétrica paridade de participar na formação do provimento cujos efeitos lhe afetarão.

Ao centrar o contraditório na estrutura procedimental o autor dá um salto para inserção do espaço discursivo procedimentalizado a legitimar as decisões judiciais. Assim o provimento não pode ser ato solitário do julgador, acobertado por uma discricionariedade ou com base em guias metodológicos, pois não pode alterar ou anular as atividades dos participantes (FAZZALARI, 1992, p. 82).

Nas palavras de LEAL (2002):

[...]Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor (LEAL, 2002, p. 127)[...] É o desconhecimento da teoria fazzalariana do processo, como degrau de iniciação democrática, que coloca a democracia a reboque da jurisdição ainda estatalizada em concepções entitativas e autocráticas. (LEAL, 2002, p. 127)

E com esta formação participada das partes no *iter* procedimental, contribuindo para a formação do provimento que centra a legitimidade. A legitimidade no âmbito jurídico é uma blindagem contra o autoritarismo. E conforme afirma DIAS (2010) o Estado exerce funções (e não poder) administrativa, legislativa e judiciária e trata-se de atividade constante, mas não solitária. Nestes termos não é possível conceber face ao cenário constitucional democrático decisões judiciais que exclua a participação dos detentores do poder na construção do provimento, a pretexto da figura salvadora do magistrado, ora com o nome de discricionariedade, ora por uma metodologia guiadora das suas decisões como único responsável pela esfera jurídica.

¹ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 400 p.

E este espaço participativo preparatório do provimento final é mediado pelo texto constitucional, notadamente a estrutura técnica procedimental do Processo Constitucional, no Brasil desenvolvido por Baracho, no México por Fix Zamúdio e na Itália por Italo Andolina e Vignera, embora cada autor possua suas particularidades.

Define DIAS (2010), com esteio em Baracho, que a Constituição delinea o Processo Constitucional pelo direito a amplo acesso à jurisdição, do juízo natural, contraditório, plenitude de defesa, garantia de um processo sem dilações indevidas e direito a uma fundamentação racional das decisões (art. 5, incisos II, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII, do art. 93, incisos IX e X, e dos art. 133 e 134, todos da Constituição Federal).

Assim a contribuição das partes na procedimentação é alçada a direito fundamental erigido como garantia constitucional e trata-se de proteção aos alvedrios judiciais (LEAL, 2002).

[...]a existência de procedimento (processo) como estrutura técnica de asseguaração de direito probatório do exercício da liberdade política (prática de cidadania pela reação jurídico-espacio-temporal probante da construção do procedimento), situando a parte como sujeito processual da procedimentação compartilhada da qual promana uma decisão (sentença) que afetará seu universo jurídico, é direito fundamental (*due process of law*) constitucionalmente garantido, não manejável pelas conveniências conjecturais de uma jurisdição salvadora. (LEAL, 2002. p. 147)

Deve ser observado que o livre convencimento motivado não é uma carta normativa na manga do judiciário para decidir conforme sua livre escolha, ora como sinônimo de discricionariedade ora por uma metodologia guia para suas decisões, mas deve ser entendido como convencimento motivado a partir dos autos construídos pelo debate entre as partes em contraditório.

Dierle Nunes (2007) contribui para a temática tratada neste estudo ao tratar o contraditório como garantia das partes de não serem pegadas diante uma decisão surpresa, não desencadeada pelo arcabouço produzido nos autos:

Dentro da perspectiva trabalhada e para o controle de seu exercício, o contraditório possui um nexó profundo com a garantia de fundamentação das decisões, uma vez que o juiz, ao enunciar os fundamentos da decisão, deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento

com a indicação efetiva da participação dos interessados em todos os seus aspectos relevantes, sejam eles fáticos e/ou jurídicos (NUNES, 2007, p. 157).

Pois bem, mais que expressar os motivos do convencimento do julgador e demarcar o conteúdo de eventual recurso da parte interessada, face ao espaço procedimental instalado pela Constituição, a fundamentação é uma questão de democracia e serve como encerramento da cadeia procedimental realizada em contraditório entre as partes.

Portanto, a legitimidade da fundamentação a partir da estrutura procedimental instituída pelo atual texto constitucional tem seus contornos alterados, adquire a precípua função de expressar a incidência do raciocínio judicial percorrido pelo material produzido pelas partes em contraditório, sendo dele indissociável (BARROS, 2008, p. 135).

CONCLUSÃO

A garantia constitucional da fundamentação judicial figura como tema central no Estado Democrático de Direito, pois muito além de expressar as razões que levaram o julgador a decidir, delimitar o conteúdo para eventual recurso do interessado e tornar público e fiscalizável o ato estatal, é uma questão de democracia. Por ela é possível perceber a linha teórica seguida pelo magistrado em uma decisão judicial, orientado por um raciocínio dedutivo inferido pelo positivismo jurídico que entrega à discricionariedade do judiciário a solução dos casos difíceis ou adotando um raciocínio guiado por uma manual metodológico, seja com o título de ponderação, da busca pela resposta correta ou por discurso de justificação e aplicação que parte do caso para construir o direito a ser aplicado. Frente ao cenário instituído pelo texto constitucional que cria o espaço de participação discursiva mediante a efetiva participação das partes que serão afetadas pelos efeitos da decisão no *iter* procedimental em contraditório a fundamentação deve ser fruto desta construção e para tanto, deve passar pelo material reconstruído processualmente, como certeza da influência sobre o convencimento do julgador.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 166 p.
- ALEXY, Robert. *Ponderação, revisão constitucional e representação*. Interesse Público, São Paulo, v.14, n.71 , p., jan. 2012.
- ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. *Tópica e jurisprudência comunitária: breve estudo sobre a Hermenêutica Comunitária na fundamentação da obrigatoriedade do Direito Comunitário*. 2000. 211f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, v.6, 2008, p. 131-148.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. revista Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 138 p.
- COSTA, Wagner Veneziani; AQUAROLI, Marcelo. *Dicionário jurídico*. São Paulo: WVC, 2003. 424p.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 189 p.
- DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 400 p.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. xxi, 568 p.
- DWORKIN, Ronald. *"O império do direito"*. 2ª ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. 780p.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário compacto jurídico*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2005. 217, [4]p.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. 423p.
- GÜNTHER, Klaus. *Uma Concepção Normativa de Coerência para uma Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica*. In: Cadernos de Filosofia Alemã, volume 6, São Paulo: 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. xviii, 427p.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo: volume 5 : a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : processo, ação e jurisdição em*

Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari : ano 2004. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2004. 348p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002. 206p.

NUNES; TEIXEIRA. *Acesso á justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.215.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288p.

OST, Francois. *Jupiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz*. Revista sobre enseñanza del Derecho. ano 4, número 8, 2007, p. 101-130.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18 (/revista/edicoes/2013), n. 3525 (/revista/edicoes/2013/2/24), 24 (/revista/edicoes/2013/2/24) fev. (/revista/edicoes/2013/2) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23802>>. Acesso em: 12 set. 2013.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979 155p.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. xxiv, 594 p.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2007.