

OS LIMITES IMPOSTOS AO JUIZ NATURAL PELA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

THE IMPOSED LIMITS TO THE JUDGE BY THE CONSTITUTIONAL ASSURANCE OF JUSTIFICATION OF THE JUDICIAL DECISIONS

Ataliba Telles Carpes¹

RESUMO:

O presente trabalho visa aprofundar a temática do dever de fundamentação das decisões judiciais imposto aos juízes quando do proferimento destas. Busca-se demonstrar, aqui, que o ato de fundamentar consiste em regra imposta ao magistrado pelo sistema jurídico, e não caráter principiológico, conforme entendimento disseminado em parte da doutrina. Verificar-se-á, nesta senda, a origem do instituto, bem como seu conteúdo endoprocessual e extraprocessual, de modo a se concluir que a temática em tela constitui em garantia do Estado Democrático de Direito, destacando assim sua ímpar relevância na boa manutenção do sistema jurídico. Ainda, analisar-se-á os limites impostos ao magistrado quando da fundamentação, de modo a impossibilitar qualquer interferência subjetiva no corpo da decisão judicial, bem como qual a correta técnica a ser utilizada quando da realização do exercício de fundamentar. Por fim, destaca-se os perigos de uma decisão eivada de ideologias por parte do magistrado, de modo a não só colocar o sistema jurídico em cheque, mas também a própria sociedade, principal destinatária da prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentação; Decisões Judiciais; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT:

The present work aims to deepen the thematic of the duty to justify the judicial decisions imposed to the judges when they came out. It is tried to demonstrate, here, that the act of justification consists of a rule imposed on the magistrate by the juridical system, and not of a principiological character, according to an understanding disseminated in part of the doctrine. The origin of the institute, as well as its endoprocedural and extraprocedural content, will be verified in this way, in order to conclude that the subject matter in question constitutes a guarantee of the Democratic State of Law, thus highlighting its unique relevance in the good maintenance of the legal system. Furthermore, the limits imposed to the magistrate will be analyzed in the reasoning, in order to prevent any subjective interference in the body of the judicial decision, as well as what is the correct technique to be used when performing the exercise of justification. Finally, the dangers of a decision based on ideologies on the part of the magistrate are highlighted, so as not only to put the legal system in check, but also the society itself, which is the main target of the judicial service.

KEYWORDS. Justification; Judicial Decisions; Fundamental Rights.

¹ Mestrando e graduado em Direito e especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6887391119097450>.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

01 – INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, observada sua redação, buscou romper com diversos paradigmas historicamente estabelecidos no âmbito jurídico-processual brasileiro, dentre eles, a polêmica da fundamentação das decisões judiciais.

Polêmica porque, se de um lado, procuradores das partes estão quase sempre descontentes com o modo como foi proferida a decisão judicial – principalmente quando esta não lhe foi favorável –, os magistrados se posicionam arguindo que as balizas da fundamentação impostas pelo Novo Código não são passíveis de serem atendidas, de modo que inclusive sentem-se ofendidos com as disposições do diploma, em especial do seu art. 489 e parágrafos.

Em um terceiro plano estão as partes, principais interessadas na solução dos litígios levados ao Judiciário, ficando estas como refém de um debate há muito travado, com cada vez mais atores e argumentos disponibilizados a ambos os polos deste enfrentamento que transcende o âmbito forense, resultado de diversos fenômenos ocorridos no âmbito legislativo e pela aurora das Constituições “Fundamentais” advindas desde meados do século passado.

02 – O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais

2.1 – A Fundamentação como Regra

Das primeiras características que nos deparamos quando da leitura de produção intelectual tendo o instituto da fundamentação das decisões como temática é o tratamento que é dado à mesma como *princípio*. Em que pese o art. 11 do Código de Processo Civil² tenha introduzido a fundamentação como norma fundamental, vários autores continuam a tratar o dever imposto ao magistrado como princípio, posição com a qual não se concorda. Acredita-se que o dever de fundamentação das decisões judiciais deva ser tratado como *regra*, senão vejamos.

Sem se adentrar em maiores divagações sobre o que seria um princípio, regra ou norma – e suas classificações –, é possível enquadrar o dever de

² Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Lei nº 13.105 de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 08 jun. 2018.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

fundamentação em algum deles conforme sua aplicabilidade através da utilização de conceituação que sintetiza bem a diferença entre estes institutos.

Na esteira dos estudos de Humberto Ávila, em síntese, *regras* são normas descritivas, retrospectivas e com pretensão decisória, de modo que para que sua aplicação se exige avaliação de correspondência entre a conduta e a norma; já os *princípios* são normas finalísticas, prospectivas, com intuito complementar, sendo que para sua devida aplicação é necessário que se avalie a correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta adotada com o intuito de promoção do princípio.³ O mesmo entendimento pode ser extraído da obra de Ingo Sarlet⁴, onde aponta que princípios atuam como mandados de otimização, ordenando algo que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Dessa forma, a partir dos conceitos explicitados, resta claro que o dever de fundamentação das decisões judiciais não pode ser considerado um princípio, pois não funciona como um mandado de otimização ao Estado para promover a realização de determinada diretriz constitucional ou direito fundamental, ou ainda deva ser aplicado, dependendo do caso concreto, com maior ou menor intensidade. O dever de fundamentação das decisões também não é uma norma finalística com intuito complementar a uma regra previamente estabelecida, sendo que para que sua aplicação seja necessário o cotejo entre o estado das coisas atual e o almejado. Não há, aqui, horizonte utópico em direção ao qual se corre através do ato de fundamentação da decisão.

Por óbvio que, conforme restará também abordado ao longo do presente ensaio, há consequências decorrentes do proferimento de uma decisão devidamente fundamentada por parte do juiz natural, sendo que a existência do instituto decorre, naturalmente, de diversas outras premissas estabelecidas dentro do Estado Democrático de Direito. Contudo, não se afigura como conduta finalística, mas sim descritiva.

³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 14ª ed. atual, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

O art. 93, IX, da Constituição Federal, é claro: “(...) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.⁵ O dispositivo ora em apreço não se manifesta no sentido de “deverão as decisões judiciais, sempre que possível, serem fundamentadas”, ou “é devido ao jurisdicionado a melhor fundamentação possível”. A fundamentação das decisões judiciais é uma garantia dada pelo Constituinte ao jurisdicionado, de modo que, caso este último acredite que não esteja sendo atendida esta previsão constitucional, pode insurgir-se no intuito de que seja sanado tal vício (através dos meios legais, como Embargos de Declaração, por exemplo), sob pena de nulidade.

A partir do exposto, então, adota-se posicionamento no sentido de que o dever de fundamentação das decisões judiciais é regra, e não princípio, devendo ser sempre atendido, não se levando em consideração “mais” ou “menos” fundamentação, pois esta conduta não é faculdade do magistrado, e sim garantia dada às partes, conforme se verá de modo mais profundo logo adiante.

2.2 – O Conteúdo da Fundamentação

A previsão legal de necessidade de fundamentação das decisões judiciais não é novidade. Dispositivos foram alocados nos mais diversos Códigos de Processo ao redor do mundo, em especial durante o século XX, quando o positivismo vivia seu auge, muito influenciado pela doutrina italiana, que até hoje possui fortes raízes em nosso Sistema Jurídico.

No Brasil, dentro das Ordenações Filipinas já havia previsão expressa quanto ao dever de fundamentação, sendo que o magistrado ficava sujeito ao pagamento de multa, inclusive, caso não observasse tal disposição. Posteriormente, os Códigos de Processo Civil estaduais, e posteriormente os Códigos de Processos

⁵ Art. 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. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 jun. 2018.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

nacionais de 1939 e 1973 também possuíam dispositivo específico quanto ao tema⁶, de modo que o atual Código, em especial seu art. 489, §1º, indica o que **não** se considera uma decisão fundamentada, estabelecendo assim um patamar mínimo para a atuação do juiz⁷. Mas o que é a fundamentação, tão defendida pelo Direito?

O termo *fundamentação*, gramaticalmente, consiste no “ato ou efeito de fundamentar”. Logo, a fundamentação é produto da - necessária – conduta de fundamentar adotada pelo Juiz Natural, uma vez que ele é quem é investido no poder de proferir decisões judiciais. A indagação subsequente, então, é: o que é fundamentar?

Para tal questionamento a doutrina encontra várias respostas, não tão dissonantes entre si, mas que muitas vezes acabam por conceituar tão somente o “ato de fundamentar” de modo que não explicitam o conteúdo da conduta, mas sim os efeitos dela decorrentes, ou até mesmo sua função.

Desta forma, delimitando metodologicamente a pergunta anteriormente explicitada, adota-se a resposta de Nelson Nery, pois específica e esclarecedora, onde, em síntese, diz: “Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira”.⁸ O mesmo conceito encontra respaldo legal no art. 489, II, do Código de Processo Civil⁹.

O conteúdo da fundamentação, assim, compreende-se no texto que dela é extraído, a partir do cotejo entre fato e direito realizado pelo juiz natural. Note-se,

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 333-334.

⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Lei nº 13.105 de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 08 jun. 2018.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 169-178.

⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. Lei nº 13.105 de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 08 jun. 2018.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

ainda, que a fundamentação, além de ser elemento essencial da sentença (art. 489) – e também das decisões –, necessariamente estará nelas inserida, pois atende à provocação das partes mediante exercício do contraditório¹⁰. Em outras palavras, quando se estiver diante de qualquer decisão judicial, para identificar se há fundamentação ou não, deverá se buscar identificar a realização do cotejo realizado entre as questões de fato e de direito postas pelas partes naquele caso concreto. Salvo exceções legais, caso seja possível sua identificação, fundamentada estará a decisão.

Por conseguinte, o cotejo realizado pelo juiz natural consiste na contraposição dos fatos e normas postos, realizando-se, assim, um exercício de adequação, no sentido de verificar se, propriamente, o pedido formulado pela parte, com base na narrativa por ela explicitada, corresponde ao direito positivado que se pretende que seja reconhecido. Como padrão mínimo, conforme já mencionado, o legislador processual buscou, através do art. 489, §1º, apontar o que não se considera uma decisão fundamentada, quando não foi realizado o devido cotejo entre fato e direito. Acredita-se que este rol que elenca situações de não-fundamentação é meramente exemplificativo, pois podem haver, ainda, outras situações que configurariam ausência de fundamentação.

2.3 – O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais como Garantia Constitucional Inerente ao Estado Democrático de Direito

Toda a atenção dada ao dever de fundamentação pela doutrina e pelos próprios jurisdicionados é plenamente justificável e compreensível. São vários os benéficos reflexos de uma decisão bem fundamentada, sendo considerado o principal deles a garantia do Estado Democrático de Direito.

A concepção de Estado Democrático é estritamente relacionada à atenção a um Panteão de direitos e garantias processuais, sendo que o dever de fundamentação se apresenta como núcleo essencial que possibilita o alcance destas garantias.

¹⁰ ALVIM, Teresa Celina Arruda. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil - a nova regra nem é assim tão nova. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 210-211.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

Em âmbito endoprocessual, imperioso salientar que as garantias fundamentais da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF) e o contraditório (art. 5ª, LV, CF), necessariamente, dependem da fundamentação das decisões judiciais sobre as quais aplicam-se os institutos.¹¹

A *res judicata* tão somente poderá operar-se caso a decisão sobre a qual recairão seus efeitos esteja devidamente fundamentada. Na esteira do previsto no art. 503 do Código de Processo Civil, a decisão proferida possui força de lei **nos limites da questão principal expressamente decidida**¹². Contudo, só será possível identificar os limites da questão decidida, ou seja, visualizar os limites do cotejo entre fato e norma realizado pelo juiz natural mediante expressa e coerente fundamentação.

Quanto ao contraditório, este é um dos principais elementos da democracia não tão somente no âmbito processual, mas também perante a sociedade.

No que tange ao presente estudo, a devida fundamentação das decisões judiciais demonstra aos jurisdicionados e a qualquer outro indivíduo que venha a fiscalizar posteriormente o processo que o juiz natural, efetivamente, participou do contraditório.¹³ Isto não significa que o magistrado irá adotar posicionamento (previamente à decisão proferida) que favoreça qualquer dos polos do processo. Contudo, o exercício de ponderação entre os argumentos trazidos por ambas as partes somado ao de garantia de que se façam ecoar suas vozes dentro do debate processual demonstra que o direito ao contraditório foi devidamente respeitado, consolidando-se, assim, um procedimento democrático. Neste mesmo sentido, porém, extraprocessualmente, a fundamentação das decisões judiciais permite que as partes manifestem devidamente suas insurgências contra a decisão proferida, bem como a sociedade em geral fiscalize e controle o exercício do Poder Judiciário e a legalidade das decisões por ele proferidas.¹⁴

¹¹ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 31, jan. 2004, p. 177-185

¹² Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. Lei nº 13.105 de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 jun. 2018.

¹³ ALVIM, Teresa Celina Arruda. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil - a nova regra nem é assim tão nova. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 211.

¹⁴ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 31, p. 177-185, jan. 2004.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

Em um sistema que cada vez mais restringe o acesso aos Tribunais Superiores, é de extrema importância que a decisão eventualmente atacada esteja em conformidade com o dever de fundamentação, pois somente desta forma saberá a parte contra o que deve recorrer, “prequestionando” as matérias que por ventura lhe interessarem, etc. Do mesmo modo, aliada à publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, CF e art. 8º, CPC), a fundamentação das decisões judiciais possibilita o exercício do controle da atividade jurisdicional, ao passo que tanto os jurisdicionados (mediante impugnação), quanto a sociedade possam fiscalizar a atuação dos Juízes e se esta encontra-se conforme com o Estado Democrático de Direito.¹⁵

Todos estes institutos apresentados são garantidos constitucionalmente aos jurisdicionados e à sociedade, e é importante ressaltar também a interdependência entre estes. Somente com o exercício harmonioso destes direitos é que é possível sustentar o Estado Democrático, um dos vários motivos que instigaram o autor a realizar o presente estudo.

03 – AS BALIZAS IMPOSTAS AO JUIZ NATURAL

3.1 – O Necessário Cotejo de Fato e Direito – Técnicas de Interpretação

A preocupação com os limites da atuação do Juiz Natural, no que tange à fundamentação, em nada se confunde com o posicionamento do autor no que se refere à atuação do Judiciário perante os demais poderes (Legislativo e Executivo), defesa do período processual pré-constitucional, ou Juiz “Boca da Lei”. Estes vícios não influenciam o texto ora apresentado, possuindo lugar em debates diversos. Não há que se falar também sobre a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade por parte do juiz singular, pois foge ao tema, se reconheça a extrema relevância desta temática

Contudo, há sim preocupação quanto à atuação do magistrado em face do rol cada vez maior de direitos que lhe são “ofertados” para aplicação mediante cotejo com o fato exposto no caso concreto.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Forense, 1978, v. 16, p. 123.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

No que se refere ao cotejo entre fato e direito, vários posicionamentos foram adotados e até hoje são globalmente debatidos quanto ao seu método de interpretação. Estas “Escolas de Interpretação” foram sofrendo mutação com o advento dos direitos fundamentais, e, com a incidência destes junto ao processo, houve um desprendimento do exacerbado positivismo anteriormente instaurado.¹⁶ Das principais e melhor identificáveis críticas que se faz ao positivismo é que “o Direito não pode prever tudo”, ou seja, é impossível que sejam editados tantos textos legais quanto se façam necessários para que se enquadrem aos casos concretos levados ao Judiciário, tanto pela infinita variedade de situações, quanto pela constante e cada vez mais veloz metamorfose que sofre a sociedade, gerando dia após dia novos e diferentes conflitos.

Dessa forma, deixou-se de considerar a atividade do juiz como mero aplicador da Lei, de modo a considerar o Direito tão somente como *norma*, independentemente do caso concreto. O moderno entendimento reconhece que é necessário ponderar todos os argumentos possíveis expostos, bem como considerar a incidência de princípios, sempre como núcleo essencial para a interpretação que demanda o caso concreto. Salienta-se também que este exercício permite uma oxigenação do sistema, principalmente no aspecto legislativo, pois não se faz mais necessária a edição de inúmeras leis conforme aumenta a demanda da atividade Judiciária, mas sim se instiga a realizar o exercício de Jurisdição com o que se tem através da construção fundamentada já referida.

Essa interpretação, nas lições de Mauro Cappelletti,¹⁷ comporta grau de discricionariedade (pois há de ser escolhida lei ou outra a ser aplicada ao caso concreto) e criatividade (pois se faz necessário um exercício de construção para adaptação ao caso posto) por parte do juiz, em que pese ambos sejam limitados. E na preocupação com o respeito a estes limites é que se ancora o presente estudo.

Se, por um lado, o desprendimento do positivismo permite ao juiz, mediante fundamentação, uma melhor cognição do caso concreto, ponderando o aspecto fático, normativo e principiológico que emana deste; por outro, o risco que se corre permitindo

¹⁶ PORTO, Sérgio Gilberto, USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 22.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

ao juiz que realize o exercício de interpretação é que podem não haver limites para tanto. A partir desta problemática, verifica-se que, tendo em vista o extenso catálogo de direitos e princípios fundamentais existentes em nosso ordenamento, o magistrado pode – não deve – “dizer o Direito” da forma que bem lhe entender, sem mínimos critérios de razoabilidade, a partir de um exercício interpretativo.¹⁸

Para que se possibilite uma limitação razoável à atividade do magistrado, é necessário que se adote critério de interpretação que auxilie nesta balização. Aqui, adota-se a Teoria da Argumentação Jurídica¹⁹ de Robert Alexy, a seguir explicada em apertada síntese. Considerado um critério moderado de interpretação das normas jurídicas, a Teoria da Argumentação de Alexy parte de duas premissas básicas: **justificação interna** e **justificação externa**.

A justificação interna, semelhante ao silogismo jurídico extraído da Escola Positivista, consiste na aplicação da norma jurídica ao caso concreto a partir da dedução lógica do enquadramento do fato à norma. Por exemplo, vejamos as afirmações: “Soldados em missão oficial têm de dizer a verdade” (norma); “Robert é um soldado” (fato). Logo, deduz-se que “Robert, quando em missão oficial, têm de dizer a verdade”. Na esteira do já exposto, Alexy explicita que esta técnica só pode ser utilizada em casos de menor complexidade, a exemplo do exposto.

Por outro lado, a justificação externa parte da análise de casos mais complexos, onde é necessária a análise das mais variadas premissas, que, aqui, consistem em: regras da lei positiva, afirmações empíricas, e premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva. No estudo de Alexy são realizadas várias classificações que aprofundam o instituto, contudo, para fins do presente estudo, é importante se ter que, quando o caso concreto demandar análise mais aprofundada dos argumentos e provas expostos, bem como maior variedade de direitos e princípios incidentes, os critérios a serem adotados para fins de construção da decisão serão diferentes daqueles explicitados anteriormente. Exemplo dessa

¹⁸ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 24.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 218-225.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

Teoria encontra-se positivado em nosso sistema nos §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil²⁰.

Complementando, ainda, a ideia de cotejo entre fato e direito por parte do juiz quando da fundamentação, importante pontuar que não se adota, aqui, a Teoria Unitária²¹, onde vários doutrinadores posicionam-se no sentido de que a sentença proferida consiste na “criação de um novo direito”. De forma diversa, acredita-se que a sentença consiste em parte do processo (como procedimento), sem, contudo, fazer jurisprudência que se aglutina ao direito já positivado, mas tão somente se propõe a resolver o caso concreto.

Tais construções doutrinárias permitem, concluir que, no que tange à fundamentação das decisões judiciais, no exercício de interpretação das Leis ao caso concreto, deverá o magistrado se limitar ao cotejo entre fato e norma, dentro de uma razoabilidade onde não deva ser tão mecanicista – ao ponto de simplesmente aplicar a letra “fria” da lei ao caso concreto –, mas também nem tão “inovador” no sentido de criar decisões desarrazoadas ou ainda se manifestar além dos limites da lide elegido pelas partes mediante suas postulações.

3.2 – A Impossibilidade de Interferência Subjetiva

Outro problema que se faz presente quanto à fundamentação das decisões judiciais é a existência (ou não) de interferência subjetiva do juiz quando do proferimento da decisão – em outras palavras, motivação.

Salienta-se, primeiramente, que, por diversas vezes se confundem na legislação – e até mesmo entre a doutrina especializada – os termos “motivação” e “fundamentação” das decisões. Se fala em “Princípio da Motivação”²² e “Princípio da

²⁰ Art. 489. [...] §2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. §3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. Lei nº 13.105 de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 jun. 2018.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

²² Vide nomenclatura utilizada por Nelson Nery em NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 332.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

Fundamentação” das decisões judiciais, sem que se faça a devida distinção dos termos empregados.

Da leitura do emprego do termo “motivação” tanto na Constituição Federal²³ como no Código de Processo Civil²⁴, verifica-se que se usa o substantivo “motivo” quando há necessidade de demonstrar o porquê de se ter cometido (comissivamente ou omissivamente) determinado ato. Em outras palavras, só há motivo quando há **fato pretérito**. Ainda, pode-se entender que “motivo” é a razão psicológica de determinado ato.

Contudo, a “fundamentação” (razão jurídica) a que a legislação se refere é, justamente, aquela que indica o porquê se decidiu dessa ou daquela forma. Assim, pode uma decisão possuir motivação, mas faltar-lhe fundamentação. Exemplo disso são as decisões proferidas por magistrados onde estes apontam seus motivos íntimos para proferir a sentença, sem apontar base legislativa para tal, ou até mesmo desvirtuando eventual fundamentação legal utilizada.

Quanto a isso, há entendimento disseminado na doutrina de que é humanamente impossível os Juízes se desvencilharem de suas emoções quando do proferimento da sentença, ainda mais dentro do processo constitucional sob a égide do qual vivemos, onde é realizada profunda expedição do caso concreto, promovendo assim mais ampla compreensão da atual situação das partes, o que, em tese, potencialmente provocaria maior sensibilidade ao julgador.

²³ Exemplo: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 jun. 2018.

²⁴ Exemplo: Art. 74. O consentimento previsto no art. 73 pode ser suprido judicialmente quando for negado por um dos cônjuges sem justo motivo, ou quando lhe seja impossível concedê-lo. [...] Art. 93. As despesas de atos adiados ou cuja repetição for necessária ficarão a cargo da parte, do auxiliar da justiça, do órgão do Ministério Público ou da Defensoria Pública ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição. Lei nº 13.105 de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 jun. 2018.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

Em ensaio instigante, José Maria Tesheiner e Marco Félix Jobim²⁵ se manifestam no sentido de que, embora o Código de Processo Civil (e, também, o Sistema Jurídico como um todo) demandem do julgador fundamentação racional – através dos meios já explicitados no presente estudo – para o proferimento da sentença: “Essa exigência, porém, não é facilmente atendida, pois não há decisão puramente racional.”

Em síntese, o texto dos exímios processualistas traz à baila inclusive questões psicológicas que afirmam ser impossível do juiz não agir “emocionalmente” quando da fundamentação de sua decisão, apontando que tal pensamento foi superado já em épocas passadas.

Contudo, na esteira do já exposto, o presente estudo conclui entendimento diverso. A extrema liberdade dada ao julgador atualmente, já abordada, permite inclusive que este insira seus íntimos quando da aplicação do direito ao caso concreto, fato com o qual não se concorda. Há vários exemplos neste sentido, e o mais intrigante é que o Sistema comporta estas atitudes pois, em que pese em sede recursal as partes possam vir a ter seu litígio devidamente apreciado conforme critérios coerentes de razoabilidade, os órgãos fiscalizadores da atuação dos magistrados (CNJ) nada fazem.

Obviamente, aqui não quer se levantar a bandeira da existência dos “juízes-robôs”, que, aparentemente, já é preocupante “tendência” mundial, inclusive no Brasil²⁶. Naturalmente, aceita-se que o juiz possua entendimento pessoal e íntimo quando se depara diante de determinado caso concreto, contudo, não pode se deixar levar pelas suas motivações para quando da fundamentação da decisão, estando esta indevida manifestação pessoal explicitada na decisão ou não.²⁷

Nesta senda, a liberdade dada pelo ordenamento jurídico ao Juiz intérprete não abarca a exposição de suas motivações íntimas para a fundamentação da

²⁵ TESHEINER, José Maria Rosa; JOBIM, Marco Félix. Tribunais superiores e juízes inferiores: reflexões sobre o Judiciário, precedentes vinculantes e fundamentação das decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 25, n. 98, abr./jun. 2017, p. 143-154.

²⁶ Vide notícia vinculada pelo Supremo Tribunal Federal em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em 10 de jun. 2018.

²⁷ ALVIM, Teresa Celina Arruda. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil - a nova regra nem é assim tão nova. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 205.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

decisão. Em outras palavras, ainda que o magistrado possua entendimento pessoal diverso quanto a determinado caso concreto, *ainda que a realidade extraprocessual possa eventualmente indicar sentido contrário*, deve se ater ao que está explicitado nos autos mediante arguição das partes, provas, e legislação aplicável.

3.3– Os Perigos do Ativismo Judicial

Outra importante nuance decorrente do exercício do magistrado de fundamentar as decisões judiciais é a da possibilidade do cometimento de “Ativismo Judicial”.

Em síntese, o ativismo seria uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa²⁸, ou, a momentânea sobreposição do Poder Judiciário (através da atividade Jurisdicional) sobre o Poder Legislativo. Este fenômeno ocorre quando do proferimento de decisão por parte do magistrado que acabe por configurar-se como processo legislativo. Não propriamente, pois não há competência para isso, mas o tal fenômeno ocorreria caso o conteúdo da decisão proferida acabe por inovar a tal ponto que é como, em uma construção fictícia, criasse uma nova lei. Sob ótica diversa, ainda, constata-se que o excesso cometido por parte do juiz natural quando do proferimento da decisão acaba também por ferir a Tripartição dos Poderes²⁹, concebida no intuito justamente de coibir abusos cometidos pelos Estados em tempos mais remotos.³⁰

É necessário se ter em mente que o cometimento de ativismo judicial por parte do juiz natural não consiste em desrespeitar o processo e os princípios a ele atinentes como a própria fundamentação, já abordada anteriormente no presente estudo, mas sim em ofensa aos limites da atividade jurisdicional previstos pela Tripartição estabelecida constitucionalmente.

Em sentido contrário, contudo, há autores que defendem a concessão de maior liberdade de atuação ao magistrado em face do caráter genérico das Leis, por

²⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

²⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12 jun. 2018.

³⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

exemplo, onde seria necessário sempre se “criar” a partir do direito positivado para uma melhor adequação ao caso concreto³¹, ou ainda em face da adoção da Tese Unitária (já citada), onde autores defendem que o proferimento de uma sentença dá gênese a um novo direito. As decisões possuiriam, assim, caráter criativo e inovador³² (posicionamento do qual se discorda).

Outro fenômeno que se acrescenta ao debate da temática proposta é que, atualmente o elevado grau de poder concedido ao Poder Judiciário³³, onde este pode executar medidas que nenhum dos outros Poderes dentre as inúmeras imagináveis, acaba por ser um dos possíveis fatores que levem ao Ativismo Judicial, pois, concomitantemente ao crescimento deste poderio não se incumbe o Judiciário de responsabilidade proporcional, bem como não se fiscaliza a mesma ou se restringe seu exercício da forma devida³⁴.

Incidentes estes fatores, a fundamentação das decisões judiciais acaba por ser a linha mais afetada por este movimento, pois o Ativismo Judicial acaba por desvincular o juiz da devida análise do caso concreto, elevando-o a um pedestal inalcançável e de difícil modificação por parte dos litigantes, principais – mas não únicos – interessados na resolução do processo, além de ferir outras premissas já amplamente debatidas no presente ensaio.

04 – CONCLUSÃO

Conforme buscou-se demonstrar nas linhas do presente ensaio, a fundamentação das decisões judiciais é pilar indispensável na manutenção do Estado Democrático de Direito, em especial no que tange à fiscalização da atuação do Poder Judiciário.

As inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil quanto ao tema, assim como o disposto em seu art. 1º, demonstram que há latente preocupação com a atenção aos preceitos fundamentais elencados na Constituição Federal de modo

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor 1999, p. 42.

³² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122.

³³ Redundância proposital.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p. 18.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

que, sendo a fundamentação das decisões judiciais um destes, conclui-se, logicamente, a necessidade de que houvesse expressa previsão neste sentido.

Quanto às técnicas utilizadas pelos magistrados para o proferimento das decisões judiciais, nítida é a percepção de que esta não é tarefa das mais simplórias, tanto porque o juiz deverá se colocar em uma situação de “ignorância motivacional” perante o caso concreto, quanto pela necessidade de estrito cotejo entre fato e norma, observados os limites da lide. Quando do ato de proferir a decisão, haverá também a necessidade de se observar que os efeitos da sentença emanam tão somente dentro do caso concreto, uma vez superada a Teoria Unitária exposta ao longo do presente estudo.

Por fim, salienta-se que, em um processo brasileiro cada vez mais influenciado pelo *Common Law*, a fundamentação das decisões judiciais serve também como principal alicerce dos – polêmicos – precedentes, já introduzidos em nosso Sistema Jurídico (ainda que de forma prejudicada), de modo que, com o avanço dos estudos quanto à aplicação desta temática no direito pátrio, deverão os magistrados, cada vez mais, se aterem às novas diretrizes impostas pelo instituto.

04 – REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALVIM, Teresa Celina Arruda. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 jun. 2018.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. Disponível em: em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em 10 de jun. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Forense, 1978

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto, USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2^a edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n.31, jan. 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa; JOBIM, Marco Félix. Tribunais superiores e juízes inferiores: reflexões sobre o Judiciário, precedentes vinculantes e fundamentação das decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v.25, n.98, abr./jun. 2017.

Revista Brasileira de Educação e Cultura – ISSN 2237-3098 Centro de Ensino Superior de São Gotardo	Número XVIII Jul-dez 2018	Trabalho 03 Páginas 32-48
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com	