

O Novo Código de Processo Civil e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Luís Antônio Magela dos Santos¹
Deilton Ribeiro Brasil (Orientador)²

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar as circunstâncias pelas quais o Novo Código de Processo Civil traz explicitamente a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, demonstrando a dinâmica garantia dos meios e dos resultados dos processos. Estudo estimulado pela constatação de distorções nas decisões de juízes e tribunais, o que vem maculando o resultado da prestação jurisdicional do Estado. Constata-se que a evolução da sociedade impede ao legislador acompanhar os desdobramentos de novos fatos sociais, o que evidencia a criação de leis abertas contendo cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Uma vez que não cabe mais ao magistrado declarar a lei, o processo de fundamentação das decisões judiciais requer uma criatividade judicial, alimentada por todas as formas possíveis do nosso ordenamento jurídico, o que deve distanciar-se da discricionariedade judicial. Tratar-se-á os elementos do nosso ordenamento jurídico: os princípios constitucionais, a jurisdição atual, o ativismo judicial, outras fontes do Direito – precedente, jurisprudência e súmula – e o dever de fundamentação das decisões judiciais. A partir de metodologia de pesquisa de fontes primárias e secundárias fez-se o alinhamento de posições doutrinárias com o novo momento jurídico. Pôde-se constatar que as decisões judiciais somente terão validade quando vinculadas ao novo comando jurídico, o que permitirá ao jurisdicionado exercer seus direitos à plena prestação jurisdicional do Estado. A fundamentação das decisões judiciais deixa de ter caráter personalíssimo do magistrado, passando a assumir um caráter impessoal com fulcro nas exigências de um espectro ampliado de fontes do direito, dentro de uma jurisdição modernizada.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil, Fundamentação das decisões judiciais.

1 INTRODUÇÃO

A evolução de nossa sociedade, como resultado dos desmembramentos do emprego de novas tecnologias e a velocidade das mudanças sociais, tem exigido do legislador a criação de leis cada vez mais abertas, contendo cláusulas abrangentes e conceitos indeterminados, uma vez que a produção de leis não acompanha tais mudanças. E em consonância com a afirmação cada vez mais do Estado Democrático de Direito, a Constituição da República e o Novo Código de Processo Civil brasileiro vislumbram o exercício da democracia participativa, vinculando e submetendo as decisões judiciais a um espectro maior de elementos.

¹ Bacharel em Administração pela Universidade Federal de São João del Rei – UFSJ. Graduando em Direito pelo Instituto Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN.

² Pós-doutorando em Direito. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor do Instituto Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN.

Neste sentido, este artigo tem o objetivo de analisar e discutir o dever de motivação das decisões judiciais, uma vez que a função do juiz de declarar a lei está superada diante dos princípios constitucionais, restando vincular suas decisões a uma estrutura jurídica mais complexa e equitativa.

A metodologia utilizada para a realização do trabalho será o método descritivo-analítico com a abordagem de elementos importantes para o desenvolvimento do tema. O procedimento técnico utilizado na pesquisa será a pesquisa doutrinária e documental, com o intuito de fornecer ilustrações aos conceitos. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que elucida os conceitos na ordem dogmática.

O controle sobre as decisões judiciais ampliou-se com a vinculação ao novo comando jurídico. Uma vez que a fundamentação está cercada de dispositivos para sua validade, o que fez aumentar o controle interno e externo sobre tais decisões. Dessa forma, permitirá ao jurisdicionado exercer seus direitos à plena prestação jurisdicional do Estado.

Assim, com o objetivo de discutir o tema ora proposto, este trabalho foi organizado em cinco partes.

A primeira parte tratará os princípios constitucionais, vistos como concepções superiores que protegem os atributos fundamentais da ordem jurídica, vinculando e submetendo os juízes e tribunais. Os princípios constitucionais compõem o Estado Democrático de Direito, um tipo de Estado resultante da evolução da sociedade, visando garantir o respeito às liberdades civis, o que quer dizer o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais. Os princípios constitucionais direcionam o convencimento dos magistrados na fundamentação de suas decisões.

A segunda parte apontará para nova jurisdição, modificada por um mundo globalizado que vem interferindo na percepção do direito, sob uma nova ordem socioeconômica, sendo-lhe imprimida uma velocidade na realização de novos fatos sociais, o que tem dificultado ao legislador disciplinar todas as situações da vida. A tutela jurisdicional é dever do Estado e faz-se à luz das disposições constitucionais, enfatizando os resultados que a atividade jurisdicional produz. A jurisdição tem a incumbência de propiciar uma solução de conflitos, usando cada vez menos a letra

fria da lei, utilizando-se de princípios constitucionais, novas fontes do direito e a realidade social. A atividade jurisdicional é um processo criativo.

A terceira parte tratará o ativismo judicial, visto como uma atitude, um modelo específico escolhido e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance e sentido para atender a pretensão do jurisdicionado. Ao fundamentar sua decisão, o magistrado tem como base todos os elementos disponíveis e legítimos do nosso ordenamento jurídico. Já não se declara a lei, contudo, a utilização de outros elementos afasta a prática de discricionariedade por parte dos magistrados. Uma vez que as decisões no decorrer do processo os obrigarão a explicar o motivo da sua incidência no caso concreto. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário quanto à concretização dos valores e fins constitucionais. E seu objetivo é extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, abstendo-se a não invadir o campo da livre criação do Direito.

A quarta parte indicará outras fontes de direito: súmula, jurisprudência e precedente. A adaptação dos elementos precedente e jurisprudência da *common law* em nosso sistema *civil law* busca assegurar a isonomia e a segurança jurídica. A produção legislativa por meio de normas abertas (cláusulas gerais e conceitos indeterminados) permite alto grau de abstração para o direito, fato que vem favorecendo a adoção da função criativa do juiz cada vez mais frequente na solução de conflitos, com valorização crescente dos precedentes judiciais. A norma geral do caso concreto ou a *ratio decidendi* torna-se o elemento nuclear, o precedente usado reiteradamente, transformar-se-á em jurisprudência, e sua predominância em tribunal impulsiona a edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Portanto, entende-se que a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, após uso reiterado de um precedente.

A quinta parte tratará o dever de motivar as decisões judiciais, cujo princípio de motivar integra o rol dos princípios do direito processual, impondo ao julgador demonstrar de forma inequívoca as razões que direcionaram o seu julgamento. Não é novidade a obrigatoriedade dos magistrados em fundamentar o direcionamento de suas convicções jurídicas. Observa-se, porém, os jurisdicionados depararem com situações em que não se permita compreender os julgados apresentados. A

Constituição Federal traz em seu texto a previsão de nulidade à inobservância das previsões legais. A relevância do dever de fundamentação das decisões judiciais representa o amadurecimento e concretização do nosso Estado Democrático de Direito.

2 DA METODOLOGIA UTILIZADA

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema - como o arcabouço jurídico que pavimenta a necessidade de fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil de 2015. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Estado Democrático de Direito é resultado da evolução durante séculos acerca do conceito de Estado que visa garantir o respeito às liberdades civis, o que quer dizer o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais via proteção jurídica. Estado de direito este que submete as próprias autoridades políticas ao respeito das regras de direito. O Estado Democrático de Direito está orientado a encontrar a melhor forma de organização da sociedade para o atendimento do interesse comum, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno (SANTOS, 2011).

Os princípios constitucionais são concepções superiores que protegem os atributos fundamentais da ordem jurídica. Diante de tais princípios, o juiz estará vinculado e submetido. Nesse sentido, afirma Barroso (2010, p. 317):

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação das regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica*—previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto.

No plano da eficácia da norma, esta busca produzir algum efeito jurídico. Desta vista, como consequência, a eficácia jurídica é atributo das normas de Direito, considerando sua pretensão de atuar sobre a realidade. A consumação desses efeitos é a relação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade, ou seja, a efetividade da norma. A não observância ou descumprimento de uma norma jurídica é passível de sanção judicial, permitindo ao Poder Público ou ao particular exigir juridicamente a observância das normas que tutelam seus interesses. Atualmente é pacífico o entendimento de que não só as regras, como também os princípios são dotados de eficácia jurídica (BARROSO, 2010).

3.1. O princípio da legalidade.

No art. 5º, II, da CRFB/1988, ressalta que é em virtude de lei que o cidadão será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (BRASIL, 1988). Tal princípio é dedutivo da própria noção de Estado Democrático de Direito, visto que somos um Estado regido por leis, que assegura maior participação democrática, como consequência permite largamente ser assegurado aos indivíduos o direito de expressar sua vontade com liberdade, distante de empecilhos opressores.

Diante do atual contexto de formação de lei e das novas fontes de produção do direito, por consequência, o princípio da legalidade afasta-se da ideia de lei genérica e abstrata, uma vez que a lei é a coalizão das forças dos vários grupos

sociais, tornando-se evidente submeter à produção normativa ao controle considerando os princípios de justiça (MARINONI; ARENHART e MITIDIERO, 2016).

Entendendo que o texto da lei não é perfeito, devendo ser simplesmente proclamado pelo juiz, tornou-se necessário resgatar a substância da lei, indo além, na busca de instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça. Substância e princípios passam a ser colocados em uma posição superior, infiltrados na Constituição. Deixando estas de ter caráter flexível, tornando-se rígidas, dotadas de plena eficácia normativa. Desta vista, a lei perde sua supremacia, subordinando-se à Constituição, amarrada substancialmente aos direitos positivados desta, adequando-se aos direitos fundamentais. O princípio da legalidade visto em uma dimensão formal, agora em um conteúdo substancial, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, em especial, com os direitos fundamentais. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016)

3.2 O princípio do *contraditório e ampla defesa*.

O art. 5º, LV, da CRFB/1988, assegura a todos que ingressem em processo judicial ou administrativo, estendendo aos acusados em algum processo, o contraditório e a ampla defesa, como meios e recursos a eles inerentes (BRASIL, 1988).

Esclarecem Cintra, Grinover e Dinamarco (2015), o contraditório ser uma garantia fundamental de justiça, totalmente vinculada à distribuição da justiça organizada, conhecido também como o princípio da audiência bilateral, encontra assento no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Sua relevância e ligação ao exercício do poder, exercendo influência sobre a esfera jurídica individual, faz com que a doutrina moderna o considere inerente à noção de processo. O juiz, utilizando-se de sua orientação de imparcialidade, se posicionará entre as partes, situando-se equidistante, ouvindo suas razões. Pela parcialidade das partes, uma representando a tese e a outra a antítese, o juiz alcançará a síntese para o caso concreto, em um processo dialético.

Didier Jr, Braga e Oliveira (2015, p. 471) acrescentam que:

O contraditório tem sido visto como garantia de que a solução final de uma situação concreta deve ser alcançada mediante a participação efetiva daqueles sujeitos diretamente envolvidos no processo. Sucede que, como se vem dizendo, mesmo num ato

decisório que resolve um conflito específico, é possível identificar uma norma geral, que é a *ratio decidendi*, isto é, a tese jurídica desenvolvida pelo órgão jurisdicional em sua fundamentação e com base na qual ele alcançou a solução final. Essa norma, já o dissemos, é geral justamente porque pode desprender-se daquele caso específico e ser aplicada em situações outras, futuras, cujas circunstâncias de fato sejam semelhantes às que delinearão a situação dentro da qual ela se formou.

3.3 O princípio do *devido processo legal*.

O devido processo legal é um princípio constitucional, previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/1988, fruto da atuação de um Estado garantidor, conferindo a todos o direito a um processo com todas as etapas e procedimentos antecipados por lei, abarcados de todas as garantias constitucionais, podendo o processo ser nulo devido a não observância das previsões legais (BRASIL, 1988).

Três postulados afirmam as garantias processuais do indivíduo no nosso Estado Democrático de Direito: os princípios do devido processo legal ou *due process of law*, da inafastabilidade de jurisdição e a plenitude do contraditório e da ampla defesa conjuntamente (ALEXANDRINO, 2015).

Ainda sobre o princípio do devido processo legal, Alexandrino (2015, p. 188) considera que o mesmo “deve ser entendido como garantia material de proteção ao direito de liberdade do indivíduo, mas também é garantia de índole formal, num dado processo restritivo de direito [...] assegurada ao indivíduo paridade de condições em face do Estado”.

3.4. O princípio da razoabilidade e proporcionalidade, ou ainda, princípio da adequação dos meios aos fins.

O princípio da razoabilidade tornou-se um princípio mediador, implícito no Direito Constitucional brasileiro na solução de colisão de princípios jurídicos, sendo estes entendidos como valores, bens, interesses.

De acordo com Ávila (2006, p. 138) “a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos”. Estendendo sua aplicação à razoabilidade de uma alegação, de uma interpretação, de uma restrição, do fim legal, da função legislativa.

Ávila (2006) considera três acepções da razoabilidade. A primeira regula a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, esclarecendo a perspectiva sobre a qual a norma deve ser aplicada, uma vez que as especificidades não devem desenquadrar-se da norma geral. A segunda acepção atentando-se à vinculação das normas jurídicas com a realidade do universo ao qual elas fazem referência, elencando a existência de um suporte empírico e adequado a todo ato jurídico, ou buscando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim a ser atingido. A terceira acepção relaciona-se com a razoabilidade na relação de equivalência entre duas grandezas.

O princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto no texto da Constituição da República de 1988, configurando-se um postulado constitucional implícito, como outros mais. A concepção da ideia de proporcionalidade tem origem com sua reiterada utilização no pós-guerra pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, adotando como fundamento de suas decisões expressões do tipo "excessivo", "inadequado", "necessariamente exigível" para depois reconhecê-lo como princípio constitucional, sob a denominação de princípio da proporcionalidade ou de proibição de excesso. Assim iniciou-se o controle do excesso de poder. Esse princípio passou fazer parte no plano constitucional de vários países da Europa (ALEXANDRINO, 2015).

Dando continuidade aos ensinamentos de Alexandrino (2015), na mesma linha de entendimento de Ávila (2006), a doutrina reconhece que o princípio da proporcionalidade é constituído de três subprincípios ou elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, também denominada idoneidade ou pertinência, requer do Poder Público adote meios que permitam atingir a finalidade objetivada. A necessidade ou exigibilidade significa que a adoção de uma medida restritiva de direito que seja capaz de atingir o mesmo resultado. E por fim, o juízo de proporcionalidade, em sentido estrito, fecha o entendimento da medida restritiva de direito, analisando se os resultados positivos obtidos na ocasião superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou a outro direito. A proporcionalidade em sentido estrito reflete a exigência do equilíbrio, ponderando entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto.

3.5 O princípio da congruência ou adstrição.

Este princípio define a necessidade das decisões dos magistrados estarem dentro dos limites buscados pelas partes, o que quer dizer não proferir sentença de forma *extra*, *ultra* ou *infra petita*. O princípio da congruência limita o juiz a observar os motivos que levaram as partes a comporem o litígio.

Conforme dispõe o Novo Código de Processo Civil brasileiro, em seus artigos 141 e 492:

Art. 141 – O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492 – É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

Quanto à congruência para Didier Jr, Braga e Oliveira (2016), a validade da decisão judicial deve atender os artigos acima citados, devendo ser uma decisão plena, analisando todos os pedidos deduzidos e aqueles implícitos. A decisão deve limitar-se, como regra, aos pedidos, não podendo ir além deles. Contudo, há de se avançar nesse entendimento, pois a congruência deve atingir a demanda que ela resolve e estender-se aos sujeitos que participam do certame. Por isso pode-se falar em congruência interna e externa da decisão.

Ainda sobre a congruência, Didier Jr, Braga e Oliveira (2016) esclarecem sobre a congruência externa e seus efeitos. A atividade cognitiva do juiz tem por escopo acumular fundamento suficiente para solucionar uma demanda, seja ela uma demanda principal (como a que está contida numa petição inicial), incidental (como a da reconvenção ou da denunciação da lide) ou recursal (como a que ocorre com a apelação). Sua decisão guarda intrínseca relação com a petição inicial, que vem a ser o projeto da sentença. Esses dispositivos legais estabelecem verdadeira limitação ao exercício da jurisdição. O Julgamento *ultra petita* ofende os princípios do contraditório e do devido processo legal ao considerar fatos e pedidos não discutidos no processo, ou ainda, estendendo seus efeitos a sujeito que não pode participar em contraditório da causa. O julgamento *citra petita* atenta contra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, uma vez que deixa de

manifestar sobre pedido, ou a não deliberação a cerca de determinado sujeito da relação processual, ou ainda, que venha a atentar contra o princípio do contraditório, sob sua perspectiva substancial quando o magistrado deixa de analisar fundamento relevante invocado pela parte. Quanto à decisão *extra petita*, venha a ferir todos esses princípios, tendo em vista que consubstancia hipótese em que o magistrado deixa de analisar algo que deveria ser apreciado e examina outro em seu lugar.

O Estado constitucional, em suas preocupações com a justiça social a todos, impôs às leis submissão à Constituição da República, vinculadas aos princípios impressos e implícitos. Somados aos novos fatos sociais e suas implicações, vieram a transformar a jurisdição. Apresentar-se-á na sequência conceituações sobre a nova jurisdição no contexto contemporâneo.

4 A NOVA JURISDIÇÃO: O CONTEXTO SOCIAL CONTEMPORÂNEO

Dissertando sobre a nova jurisdição Silva (2012, p. 19) entende que “a violação das normas de conduta traçadas pelo direito material impõe a atualização do dever estatal de prestar a tutela jurisdicional, pacificando conflitos”.

Afirma Liebman (1984 *apud* SILVA, 2012), com a elaboração das leis não se considera ainda plenamente realizada a função do direito. Embora a lei dite as regras de conduta que devem ser observadas pelos membros da sociedade, essas normalmente possuem conteúdo geral e abstrato, de modo que é preciso assegurar, na medida do possível, a sua estreita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social; em outras palavras, é necessário, sempre que falte a observância espontânea, identificar, declarar e dar atenção a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até mediante meios coercitivos.

Os resultados do mundo globalizado vem interferindo na percepção do direito, uma nova ordem socioeconômica altera a própria compreensão da realidade e na capacidade da ordem jurídica para dar respostas para atender novas exigências. A amplitude que tem tomado a nossa sociedade quanto ao volume de relações, as tecnologias disponíveis que vêm as alterando, os incentivos e impulsos ao consumo e a velocidade com que os novos fatos sociais acontecem incapacita o legislador em

disciplinar todas as situações da vida que se apresentam e de tipificar toda a variedade de direitos materiais (SILVA, 2012).

O dever do Estado em prestar a tutela jurisdicional faz-se à luz das disposições constitucionais, enfatizando os resultados que a atividade jurisdicional produz. A jurisdição é requisitada toda vez que o Judiciário é chamado a agir. Cabe à jurisdição propiciar uma solução de conflitos, usando menos a letra fria da lei, desconsiderando em parte as peculiaridades do caso concreto, destacando que a atividade jurisdicional é sempre criativa. A aplicação das leis pelos juízes está vinculada aos ditames constitucionais, propiciando resguardar e concretizar os direitos fundamentais assegurados na Constituição da República, em um processo criativo (SILVA, 2012).

Na seara da interpretação feita pelo juiz debruçado sobre o texto normativo é que resultará a norma jurídica, sendo esta o caminho para concretizar uma demanda concreta. E ainda a esse respeito Grau (2006) esclarece a verdade sobre a interpretação dos textos normativos, tendo como resultado as normas, onde texto e norma não se identificam. Por fim, a norma é a interpretação do texto normativo.

A nova realidade social vem pressionando a forma de julgar os casos concretos, uma vez que a lei submete-se às disposições constitucionais e exige uma interpretação mais criativa para as decisões judiciais. Seguindo nessa linha de raciocínio, Silva (2012, p. 21) em seu livro “Motivação das decisões judiciais” entende que:

É certo que o momento atual do direito, como decorrência da forma de legislar, com normas abertas, vazadas em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, propiciou ao julgador uma criatividade muito mais acentuada, revelada pelas decisões judiciais. E mostrou que a interpretação jurídica, em busca da melhor solução para o caso a ser julgado, é trabalho que não se resume à simples leitura do texto normativo para a obtenção da solução mais justa, mas que envolve tarefa em mais complicada, com uma interpretação valorativa de textos normativos e de fatos. Mais do que nunca, a função criativa do juiz é hoje reconhecida, estando superada a visão antiga do julgador que se limitava a declarar o que está na lei, sem preocupação alguma com a justiça do resultado do seu julgamento. A supremacia e suficiência da lei tornam-se uma visão ultrapassada.

Quanto ao pluralismo e a necessidade de compreensão dos casos concretos, Didier Jr, Braga e Oliveira (2016, p. 103) confirmam que:

Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não

pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, empresa, o trabalho, etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. Embora essas duas atitudes também importem para desvendar a necessidade de uma nova elaboração legislativa, o seu peso maior recai sobre o juiz, uma vez que é evidente que o legislador não pode andar na mesma velocidade da evolução social – o que, aliás, já constitui ditado vulgarizado. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos.

Prosseguindo no entendimento da jurisdição nos moldes atuais, os novos fatos sociais terão que receber sentido para a aplicação concreta, no que diz respeito à compreensão do direito ou para a conformidade da lei. Atribuir sentido aos casos concretos significa uma análise prévia da lei, bem como a interpretação dada pelos tribunais. Nesse sentido, uma vez delineado o caso concreto, o juiz irá regulá-lo por meio da lei. Considerando que não mais prevalece a supremacia da lei, deverá submetê-la aos princípios constitucionais de justiça e direitos fundamentais. Restando reforçar que uma das mais importantes características do constitucionalismo contemporâneo reside na definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, iluminando a compreensão do ordenamento jurídico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

A jurisdição atual tem exigido dos juízes um acervo maior de elementos para a fundamentação de suas decisões. Este cenário, em função do momento atual do direito, influenciado pela forma de legislar, com normas abertas contendo cláusulas gerais e conceitos indeterminados, exige do julgador um alto grau de ativismo judicial, conforme será visto a seguir.

5 ATIVISMO JUDICIAL: DISCRICIONARIEDADE OU REFLEXOS DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL

A fundamentação das decisões judiciais, com base em todos os elementos disponíveis validados no nosso ordenamento jurídico, provê o afastamento da efetivação da prática de discricionariedade por parte dos magistrados. Uma vez que

as decisões no decorrer do processo os obrigarão a explicar o motivo da sua incidência no caso concreto.

Segundo Barroso (2008), o ativismo judicial está ligado à judicialização, diferenciando-se desta pela origem, pois não possuem as mesmas causas. A judicialização representa a intervenção do Judiciário prevista no modelo constitucional que se adotou, quando uma norma constitucional permite a dedução de uma pretensão subjetiva ou objetiva, cabendo ao juiz conhecer e decidir a matéria. O ativismo judicial é uma atitude, um modelo específico escolhido e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance e sentido para atender a pretensão do jurisdicionado.

Ainda acrescenta Barroso (2008), a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário quanto à concretização dos valores e fins constitucionais, preenchendo lacunas dos outros dois Poderes. O objetivo do ativismo judicial é extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, abstendo-se a não invadir o campo da livre criação do Direito. Entende-se um ativismo revelador pela criação do juiz de uma norma, regra ou direito a partir de valores e princípios constitucionais, ou ainda por uma regra lacunosa, sendo que neste último, o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, não pelo caminho da criação de uma norma nova, e sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio, um valor constitucional ou uma lacuna na norma, nos casos dos *hard cases*.

A criatividade do magistrado pauta pela complexidade do contexto social presente e seus reflexos na criação das leis pelo legislador. Uma vez que o modelo constitucional adotado em nosso país submete e vincula as leis aos ditames constitucionais. Respeitando os princípios que imperam e reafirmam o Estado Democrático de Direito, o magistrado está diante de uma nova forma de decidir. A ampliação do comando jurídico implica a consulta de outras fontes do Direito: jurisprudência, súmula e precedente. O que será abordado a seguir.

6 OUTRAS FONTES DO DIREITO ORIENTADORAS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: SÚMULA, JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTE

A criatividade judicial, no entendimento de Silva (2012), estende-se também em sistemas jurídicos filiados da família da *civil law*, que tem como fonte primária do direito a lei, impondo-se sobre todas as demais. Nos sistemas de *common law*, a jurisprudência é que vai nortear a solução do conflito, uma vez analisado o caso concreto à luz de anteriores precedentes.

A velocidade das mudanças sociais dificultam a produção legislativa, como também o legislador por meio de normas abertas (cláusulas gerais e conceitos indeterminados), permitindo alto grau de abstração para o direito, culminaram na aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, favorecendo a adoção da função criativa do juiz cada vez com mais frequência para solucionar conflitos, com valorização crescente dos precedentes judiciais (SILVA, 2012).

Esclarecem Didier Jr, Braga e Oliveira (2015) que à luz das circunstâncias específicas da causa será identificada a norma geral do caso concreto, ou seja, a *ratio decidendi*, assumindo o elemento nuclear. Uma vez o precedente usado reiteradamente, transformar-se-á em jurisprudência, e em se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Desta forma, entende-se que a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, após uso reiterado de um precedente. Prossegue-se na verificação de uma evolução: precedente - jurisprudência - súmula. São conceitos distintos, muito embora estejam intimamente ligados.

Nos ensinamentos de Flexa, Macedo e Bastos (2016), o conceito e sentido de precedente na doutrina não são uníssonos. O CPC/2015 não fixou expressamente em seus artigos. O fez no artigo 489, §1º, incisos V e VI com o propósito de diferenciá-lo de jurisprudência e súmula. Os precedentes poderão dar vida à edição de súmula conforme o artigo 926, § 2º, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. O artigo 927 utiliza os termos súmula, jurisprudência e tese adotada e no § 5º faz referência ao precedente em seu sentido mais amplo para abranger súmulas e jurisprudência (BRASIL, 2015).

Afirmam Didier Jr; Braga e Oliveira (2015, p. 488), o precedente isoladamente não tem tanto valor na tradição do *civil law* como é na tradição do *common law*. Terá destaque recebendo valor maior o precedente reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros, constituindo uma jurisprudência. A utilização constante e repetida de forma homogênea e quantitativa do precedente e da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra geral (*ratio decidendi*), configurando pauta de comportamento e julgamento para quem julga e para quem é julgado.

Estendendo o entendimento ao termo precedente, Flexa, Macedo e Bastos (2016, p. 631): “neste sentido, precedente simplesmente significa uma decisão antecedente, proferida por alguma corte, que pode conter uma similitude jurídica significativa com relação a um caso concreto que seja posterior”. Contudo, não assume força vinculante da decisão.

Em função do poder vinculante de uma súmula, ensina Silva (2012) pela demonstração de aproximação do nosso sistema e o direito anglo saxão está a introdução da súmula vinculante. Estampada no artigo 103-A da Constituição da República, *caput*, vindo este a ser acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a súmula vinculante foi regulamentada bem mais tarde pela Lei nº 11.417/06. O que quer dizer força normativa dos precedentes vinculantes, em função de sua aplicação no futuro e as suas características da impessoalidade e abstração. Vale reforçar, a súmula vinculante é fonte de direito, possui eficácia contra todos e força normativa abstrata, resultando aplicação indefinida no tempo. Contudo, a súmula não configura uma decisão judicial, muito menos um precedente, representa uma síntese das reiteradas decisões que a antecederam, cuja edição implica em sua aplicação como ato normativo.

Resta instar ser a súmula vinculante mais do que mera jurisprudência, pois a sua não observância é uma violação à Constituição da República, contudo não se equipara à lei, uma vez que o Poder Judiciário não inaugura a ordem jurídica, criando direitos e obrigações, simplesmente marca o alcance da norma editada.

A vinculação do magistrado ao novo comando jurídico prescrito no Novo Código de Processo Civil brasileiro parece suficiente para ratificar o dever de motivar suas decisões.

7 DEVER DE MOTIVAR AS DECISÕES JUDICIAIS

Embora, os magistrados já teriam como obrigatoriedade fundamentar o direcionamento de suas convicções jurídicas, não é raro os jurisdicionados depararem com situações em que não se permita compreender os julgados apresentados. A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, impõe pena à inobservância das previsões legais gerando nulidade do ato. Reforçando-se que a relevância da abordagem do estudo acerca da necessidade de fundamentação das decisões judiciais representa a elucidação dos esforços constantes que buscam o amadurecimento e concretização do nosso Estado Democrático de Direito. Os elementos descritos anteriormente fomentaram a análise sobre as condições atuais aceitas no plano da fundamentação. A seguir tratar-se-á dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais eleitos para orientar os magistrados.

A Constituição da República, em seu artigo 93, inciso IX, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, traz o seguinte comando:

Artigo 93

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...].

Fica claro o modelo de concretização adotado por nossa Constituição quanto ao Estado Democrático de Direito. Um Estado pautado pelo respeito aos direitos fundamentais e princípios afirmativos.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro inova em seu artigo 489, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão...”. E em seus incisos detalha pormenorizadamente as condições de afastamento da legitimidade da fundamentação³.

³ Lei nº 13.105/15: Art. 489.

§ 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;

Segundo Flexa, Macedo e Bastos (2016) os artigos 926 a 928 vêm positivar a teoria geral dos precedentes em nosso ordenamento. A formação e aplicação dos precedentes é uma adaptação devida às peculiaridades e características da *civil law*. A adoção dos precedentes busca assegurar a isonomia e a segurança jurídica, uma vez que o art. 926 da Lei nº 13.105/15 exige estabilidade, integridade e coerência. O entendimento de parte da doutrina é que criou-se um minissistema de produção e aplicação de precedentes, formados pelos institutos que geram a formação dos precedentes vinculantes constantes dos artigos 947 e 928, CPC/2015.

Os artigos 926 a 928 orientam juízes e tribunais quanto à organização da jurisprudência, à observação e à legitimação de suas decisões⁴.

O princípio da motivação integra o rol dos princípios do direito processual, impõe ao juiz o dever de motivar sua decisão, demonstrando de forma inequívoca as razões que direcionaram o seu julgamento. O art. 131 do CPC/2015, quanto à prova, determina que o juiz a apreciará livremente, atendendo os fatos e circunstâncias constantes dos autos, independente de alegação das partes, devendo constar na sentença os motivos do seu convencimento (SILVA, 2012).

Nas palavras de Binembojm (2003, apud SILVA, 2012), As regras são preceitos jurídicos de reduzido teor de generalidade e abstração, sua incidência dá-se de forma peremptória do tudo ou nada, em contrapartida, os princípios contêm

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. (BRASIL, 2015).

⁴ Lei nº 13.105/15:Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

uma certa maleabilidade, denominados por doutrinadores como calibragem, consequência de sua estrutura aberta e maior grau de abstração.

Afirmam Didier Jr, Braga e Oliveira (2015), que exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função. A primeira trata-se da função endoprocessual, segundo a qual uma vez diante da fundamentação pelas partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do julgador, possam analisar se foi feita uma análise apurada da causa, controlando a decisão por meio dos recursos cabíveis, como também possibilitar aos juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão. A segunda trata-se da função exoprocessual ou extraprocessual, onde a fundamentação permite o controle da decisão do julgador pela via difusa da democracia participativa, tendo como destinatário o povo e em cujo nome a sentença é pronunciada.

Conforme preceitua Silva (2008, *apud* SILVA, 2012, p. 96) o fato da exigência da fundamentação estar consagrada na Constituição da República decorre “da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. Regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei”.

O caráter público das decisões é que obriga o julgador, através de motivação, a permitir o controle de constitucionalidade da função jurisdicional, bem como a qualidade das decisões, permitindo que se afaste possíveis erros de fato e de direito via oferecimento de recursos. Desta vista, pode-se evitar o arbítrio, as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções íntimas dos juízes. O julgador submete-se ao crivo da sociedade quanto ao seu exercício de efetivar sua decisão. O que caracteriza a legitimidade argumentativa quando sua decisão for aceita, não só pelas partes, como pela sociedade (SILVA, 2012).

O controle extraprocessual é ínsito ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a atividade dos órgãos do Estado permeia-se de controle por parte da sociedade, onde o centro da motivação alcance o patamar de garantia constitucional. A intromissão na esfera jurídica das pessoas deve-se justificar por meio das leis. A intromissão deve ser materialmente justificada ao ter fundamento, legitimando-se quando se expõe, se declara ou se demonstra fundamento (SILVA, 2012).

CONCLUSÕES

O princípio do dever de motivação das decisões judiciais revela o reconhecimento de uma garantia fundamental, atrelada ao atual modelo de Estado Democrático de Direito. A participação da população na atividade jurisdicional dá-se pelo controle externo das razões que consubstanciam os pronunciamentos judiciais, adquire, portanto, importância de natureza política. Sendo uma tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei.

Frente a uma nova jurisdição, permite-se ao julgador o exercício do ativismo judicial, ou seja, uma forma criativa de reunir todos os elementos de consulta e referência, associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário quanto à concretização dos valores e fins constitucionais, concretizando os princípios da isonomia e segurança jurídica. Sua sentença guarda intrínseca relação com a petição inicial, que é o projeto da sentença.

Torna-se imprescindível salientar a introdução de parte do sistema da *common law* em nosso sistema *civil law*, com vistas à uniformização da jurisprudência, englobando precedentes e súmulas. Abastecendo substancialmente o processo de convencimento do julgador.

Uma jurisdição contemporânea e atualizada, aberta a permitir que se retire do nosso ordenamento jurídico o melhor extrato, como espelho do direito pleno do jurisdicionado em exigir a melhor prestação jurisdicional do Estado.

O controle da prestação jurisdicional do Estado por parte da sociedade interessada representa a legitimidade de qualquer governo embasado em ideais democráticos, resultado de uma ideologia participativa que confere aos cidadãos a garantia permanente de ver seus direitos fundamentados nas decisões judiciais. A análise realizada, quanto às razões de fato e de direito com as quais deve o juiz justificar como estruturou sua decisão, é o caminho natural do exercício de soberania de uma sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Carlos. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

_____. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Consultor jurídico, 25 dez. 2008. Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em: 06 abr. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Novo Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Saro; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. V 2. 10. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015.

_____; CUNHA Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela multatis, incidentes de competência originária de tribunal**. V 3. 13. ed. Reform. Salvador : Jus Podivm, 2016.

FLEXA. Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo : Malheiros Editora. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. V1. 2. ed rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Motivação das decisões judiciais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo : Atlas, 2012.

SANTOS, Adairson Alves dos. **O Estado Democrático de Direito**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, nº 91, ago 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143>. Acesso em: 06 abr. 2017.