



Abril 2017 - ISSN: 1988-7833

## **O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A FUNDAMENTAÇÃO DO JUIZ DISPOSTA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Edson Vieira da Silva Filho<sup>1</sup>**  
**Débora Laís dos Santos Costa<sup>2</sup>**

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Edson Vieira da Silva Filho y Débora Laís dos Santos Costa (2017): "O estado democrático de direito e sua relação com a fundamentação do juiz disposta no novo Código de Processo Civil", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (abril-junio 2017). En línea: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/02/codigo.html>

### **RESUMO**

Utilizando como marco teórico o professor Lenio Streck, o trabalho tem como objetivo geral elaborar uma relação entre o Estado Democrático de Direito brasileiro, recém-saído de uma ditadura militar de 1964, com as decisões do juiz no Código de Processo Civil de 1973 e no código atual de 2015, o qual positivou, em seu artigo 489, a obrigatoriedade da fundamentação. A problemática visualizada no trabalho é a de investigar a existência de nexos entre os dois temas que se pretende estudar, que são: Estado Democrático de Direito e decisões do judiciário. Desse modo, no Código de 2015 percebe-se a positivação de uma norma específica quanto a fundamentação das decisões judiciais, a qual trouxe inúmeras polêmicas, fazendo com o que tema se torne de suma importância, além de se tratar de questões atuais; a polemica está no ponto em que o Brasil, como outros países, está passando por uma onda de ativismo judicial. Quando se analisa o Estado Democrático de Direito, percebe-se que sua essência é contrária a movimentação que está sendo vista no Judiciário de vários países, uma vez que o fazendo está desrespeitando os limites elencados em sua construção e assim sendo, passa a abranger funções de outros poderes, desrespeitando a divisão de poderes elaborada pela Constituição brasileira de 1988. Desde já se percebe que a relação entre os dois pontos é existente, uma vez que a fundamentação, elaborada pela Constituição de 1988 e agora pelo novo Código de Processo Civil, trata de limitar o poder do Judiciário, uma vez que a obrigatoriedade da fundamentação de todas as decisões faz com que o decisionismo diminua exponencialmente. Esse limite visualizado tanto pela Constituição brasileira, quanto pelo Código de Processo Civil se mostra como um dos elementos do Estado Democrático de Direito. Entretanto, é interessante apontar que não existe motivo para tal polemica, quanto aos vetos do artigo que discorre sobre a fundamentação dos juízes, uma vez que a obrigatoriedade da fundamentação já é vista na Constituição, sendo esta lei maior, e por esse motivo, devia-se cumprir a norma sem a necessidade de uma lei infraconstitucional elenca-la novamente em sua codificação como o faz no artigo 489 do novo Código de Processo Civil. Desse modo, o trabalho visualiza a relação entre o Estado contemporâneo brasileiro e a fundamentação do juiz com o advento do novo Código de Processo Civil, sendo que o primeiro tem em seu centro o objetivo da limitação dos poderes dados aos que exercem serviços ao governo, para que não haja um retrocesso ao absolutismo e isso é feito por meio

<sup>1</sup> Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Belo Horizonte, Mestre pela Universidade Federal do Paraná, Doutor pela Estácio de Sá do Rio de Janeiro e Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor do PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

<sup>2</sup> Graduada e Mestranda pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

da obrigatoriedade da fundamentação, para que o juiz não passe a ser a boca da lei, ou seja, que ele não tenha o poder de sozinho elaborar decisões que são baseadas apenas em suas crenças extrapolando, assim, o poder do legislativo. Percebe-se, porém, que essa atitude do juiz é vista em vários países como o ativismo judicial, e talvez, com mais uma norma elaborando sobre a necessidade de se discorrer uma decisão baseada em fundamentações legais faça com que o ativismo judicial venha a diminuir.

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil, Estado Democrático de Direito, Decisão Judicial, Obrigatoriedade da Fundamentação, Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil.

### ABSTRACT

Using as theoretical framework Professor Lenio Streck, the work has as general objective to elaborate a relation between the Brazilian Democratic State of Law, recently emancipated from a military dictatorship of 1964, with the decisions of the judge in the Code of Civil Procedure of 1973 and in the current code of 2015, which posited, in its article 489, the obligation to state reasons. The problematic visualized in the work is to investigate the existence of links between the two themes that are to be studied, which are: Democratic State of Law and decisions of the judiciary. Thus, in the Code of 2015 there are the positive nature of a specific rule on the basis of judicial decisions, which has brought numerous controversies, making what is a matter of importance, in addition to dealing with current issues; The controversy is at the point where Brazil, like other countries, is going through a wave of judicial activism. When analyzing the Democratic State of Law, it is perceived that its essence is contrary to the movement that is being seen in the Judiciary of several countries, since the doing is disregarding the limits listed in its construction and, therefore, now includes functions of other powers, disrespecting the division of powers elaborated by the Brazilian Constitution of 1988. It is already evident that the relationship between the two points is present, since the substantiation, elaborated by the 1988 Constitution and now by the new Code of Civil Procedure, tries to limit the power of the Judiciary, since the obligatoriness of the basis of all the decisions makes the decisionism diminish exponentially. This limit seen by both the Brazilian Constitution and the Code of Civil Procedure is one of the elements of the Democratic State of Law. However, it is interesting to point out that there is no reason for such controversy, as for the vetoes of the article that deals with the justification of the judges, since the obligation of justification is already seen in the Constitution, being this law greater, and for that reason, to comply with the norm without the need for an infraconstitutional law to re-classify it as it does in article 489 of the new Code of Civil Procedure. In this way, the work visualizes the relationship between the contemporary Brazilian State and the justification of the judge with the advent of the new Code of Civil Procedure, the first of which has at its center the objective of limiting the powers given to those who perform services to the government, so that there is no retrocession to absolutism and this is done by means of the obligation of justification, so that the judge does not become the mouth of the law, that is, that he does not have the power to make decisions alone that are based only on their beliefs extrapolating, thus, the power of the legislature. However, it is perceived that this attitude of the judge is seen in several countries as judicial activism, and perhaps, with another rule elaborating on the need to discuss a decision based on legal grounds, cause judicial activism to diminish.

**Key-words:** Civil Procedure Code, Democratic State of Law, Judicial Decision, Obligation to State Reasons, Article 489 of the New Code of Civil Procedure.

## INTRODUÇÃO

O trabalho será centralizado na análise do Estado Democrático de Direito, que se manifesta como resposta ao absolutismo por meio de um constitucionalismo na Constituição de 1791, que foi um dos objetivos da Revolução Francesa de 1789.

Depois de uma rápida contextualização histórica, passa-se a investigação para o constitucionalismo contemporâneo no âmbito nacional, com o advento da Constituição de 1988, a qual, tal como a Constituição de 1791, foi resposta a um governo tirano, promulgada, assim, após a ditadura militar, que retirou inúmeros direitos e garantias da população. A criação do Estado Democrático no Brasil se deu, desse modo, com a promulgação da Constituição Cidadã.

Em seguida, será elaborado sobre o antigo Código de Processo Civil, que foi promulgado em uma ditadura e depois será trazido questões contextuais do novo Código, mudanças importantes e as discussões sobre os vetos. Analisando os vetos será contemplado a fundamentação da decisão do juiz, uma vez que a positividade da fundamentação está na Constituição de 1988, sendo uma norma constitucional não haveria necessidade de que houvesse uma norma infraconstitucional sobre o mesmo assunto, para ter efetivação.

Relacionará o Estado Democrático de Direito com o papel das decisões do juiz, onde será analisado a elaboração de uma norma específica que traz os requisitos da sentença, sendo um deles a fundamentação. Sobre a fundamentação do juiz será usado, como marco teórico, a obra do professor Streck. Desse modo, combinaria os dois temas propostos no projeto.

Encontra-se a importância da discussão proposta no trabalho uma vez que é um tema relativamente novo, mais ainda quando se propõe a análise em cima da relação existente entre o veto dos juízes contra a fundamentação das decisões com o Estado Democrático de Direito, o qual surge para conter os poderes do Estado, como o ativismo judicial, que está sendo visto como um movimento que vem crescendo tanto no Brasil quanto no mundo inteiro.

Assim, o trabalho tem a intenção de desvelar a relação entre o Estado Democrático de Direito com a fundamentação nas decisões do juiz, de acordo com o artigo 489 do novo Código de Processo Civil. Para atingir tal objetivo será necessário pesquisar sobre o Estado Democrático de Direito, localizando os contextos históricos significativos para o trabalho, passando a análise para o Código de Processo Civil de 1973 e o atual.

No momento que for investigado o Código de Processo Civil de 2015, o trabalho irá focar na sentença do juiz e sua obrigatória fundamentação, nesse ponto será interessante explorar o conceito de juiz solipsista. E, por fim, elaborará sobre a relação entre a fundamentação no novo Código de Processo Civil e o Estado Democrático de Direito.

## 1. ANALISES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A análise da fundamentação das decisões judiciais à luz do Estado Democrático de Direito se torna relevante uma vez que o novo Código de Processo Civil impôs, em seu artigo 489, §1º, requisitos para uma fundamentação válida, a qual restringe a discricionariedade e desse modo estabelece direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Observa-se que a Constituição Cidadã entrou em vigor após o país passar por um grande período de Estado de Exceção, fazendo com que o tema Estado Democrático de Direito seja relativamente novo na história da contemporaneidade brasileira, sendo interessante, desse modo, pesquisar sobre as limitações que ele determina para o governo e para os Poderes.

Desse modo, sendo o juiz participante ativo do Poder Judiciário, o qual tem o cargo por meio de provas concursais com mandatos vitalícios, elege a necessidade de um instrumento de restrição de seus poderes. Por meio de suas decisões os juízes têm força de modificarem a vida dos cidadãos e mais, por meio do ativismo judicial, os juízes estão tendo poder na área legislativa e com isso recebendo mais prerrogativas, as quais são temerárias.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2016: 6)

Para Lenio, marco teórico do trabalho, o ativismo judicial é entendido como:

Assim, a partir da diferença entre ativismo e judicialização e da relevante circunstância de que o STF não representa o estado da arte dessa fenomenologia deste país de proporções continentais, há uma série de pontos que devem ser abordados. Como venho referindo em vários livros e textos, os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer. Por exemplo, quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial — ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização — como também está “legislando”. Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha “querido” deixar isso ao bel prazer do juiz... Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo “quer dizer”. Atenção: sei que o STF mudou sua posição depois disso (HC 114.519). O que importa, entretanto, é que assim já havia julgado. (STRECK, 2013)

Assim, as restrições apreciadas no novo Código de Processo Civil demonstram a necessidade de conter esses poderes abundantes que os juízes estão recebendo. O trabalho visa, desse modo, relacionar o Estado Democrático de Direito, instrumento de limitação de poder, com a fundamentação dos juízes no novo Código processual, observando, desse modo, as relações existentes entre os dois instrumentos.

Será feita essa relação por meio de uma análise de ambos os Códigos de Processo Civil, o de 1973 e o atual de 2016, que evidenciará os novos requisitos de fundamentação da sentença, onde tenta-se descartar o decisionismo e o juiz solipsista do Poder Judiciário. Também será estudado sobre o Estado Democrático de Direito para que a apreciação do tema seja mais aprofundada.

Assim, o estudo do Estado Democrático de Direito, no trabalho, mostra-se importante para que se possa delimitar o poder do juiz, e para compreender o porquê de o juiz não aceitar as normas de fundamentar suas decisões, instituídas, explicitamente, pela Constituição de 1988 e pelo novo Código de Processo Civil no artigo 489.

Para iniciar a análise sobre o Estado Democrático de Direito é interessante que se faça uma contextualização histórica. Os dois pontos importantes para a investigação será o surgimento do Estado Democrático de Direito na Revolução Francesa e no âmbito nacional, sua manifestação na Constituição Cidadã, sendo ela contracultura da ditadura militar que o país passou, a qual suprimiu direitos e retirou os limites do Estado.

A Revolução Francesa ocorreu em 1789, porém, deve-se analisar os motivos de tal Revolução, e para isso é necessário que se comece o estudo com o reinado de Luís XVI, monarca de um Estado Absolutista, que governou antes da secularização, sendo visto como

representante de Deus na terra e por esse motivo tinha o poder de fazer suas escolhas sem se preocupar com qualquer outro interesse além do particular.

Uma monarquia deste tipo estava pronta a usar todos os recursos disponíveis para fortalecer sua autoridade, aumentar a renda tributável dentro de suas fronteiras e se poderio fora delas, e isto bem poderia leva-la a fomentar o que de fato eram as forças da sociedade em ascensão. Ela se achava preparada para fortalecer seu poderio político lançando uma propriedade, uma classe ou uma província contra a outra. (HOSBAWN, 2014: 51)

O rei tinha a intenção de aumentar os impostos para que a nobreza e o clero pudessem saciar seus desejos, não se preocupando em assistir à população com o valor recebido dos tributos. Assim, observa o surgimento de uma crise econômica, que pode ser vista como uma das características principais da Revolução Francesa.

Deve-se trazer um conceito sobre o Estado Absolutista para continuar a investigação e de acordo com Bobbio, é: “(...) *forma de Governo em que o detentor do poder exerce este último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores.*” (BOBBIO, 1998: 2). Essa definição mostra claramente o que a França passava antes da Revolução de 1789, um Estado com poder ilimitado e que não se preocupa com seu povo não contempla nenhum inconveniente em resguardar o dinheiro da comunidade para seu proveito particular.

Os impostos despojam os mais humildes, e ainda por cima gananciosos, aumentando seus próprios impostos, avaros a ponto de que quererem se apoderar de tudo, caçando a cavalo, devastando com isso as colheitas, e levando a juízo, às vezes até o cadafalso, os camponeses que não respeitam suas leis. (GALLO, 2010: 23)

Com a fome instaurada no país e com a passividade dos nobres para tomarem medidas cabíveis, observa-se que o movimento feito pelos revolucionários foi a invasão da Bastilha. Assim, no dia 14 de julho de 1789 a massa que mobilizava a manifestação derrubou a Bastilha e de acordo com Hobsbawn, “*Em tempos de revolução nada é mais poderoso do que a queda de símbolos.*” (HOSBAWN, 2014: 110). Esse momento histórico foi marcado como o ponto de libertação dos monarcas absolutistas. Ao tomarem o poder do país, os militantes derrubaram os nobres, decapitando-os e extinguindo o absolutismo.

O próximo, importante, passo a ser tomado foi organizar uma reforma na França e instaurar uma Constituição que colocava o povo no centro das preocupações, fazendo com que o poder esteja nas mãos deles. Inaugurou-se, desse modo a Constituição de um Estado Democrático de Direito, objetivo da Revolução Francesa.

A Constituição de 1791 rechaçou a democracia excessiva através de um sistema de monarquia constitucional baseada em um direito de voto censitário dos “cidadãos ativos” reconhecidamente bastante amplo. (HOSBAWN, 2014: 114)

Após essa rápida análise sobre a Revolução Francesa e a manifestação do Estado Democrático de Direito, é proveitoso explorar sobre o surgimento deste Estado no âmbito nacional, e, para isso, será examinado a ditadura militar de 1964 e a promulgação da Constituição de 1988.

Desse modo, no dia primeiro de abril de 1964, os militares tomaram o poder por meio de um golpe de Estado. Quando monopolizaram o poder, eles transformaram o regime democrático em um Estado de exceção, onde as garantias individuais e os Direitos Fundamentais começaram a ser suprimidos, e foram efetivamente eliminados com a

Constituição de 1967 e seus Atos Institucionais, os quais conferiram ao governo poderes ilimitados, retiraram os direitos da população, censuraram os meios de comunicação e extinguiram partidos políticos.

Na ditadura de 64, o país foi tomado por duras leis que proibiam qualquer tipo de manifestação e de agrupamento<sup>3</sup> contra aqueles que governavam no Estado de exceção. Entretanto, mesmo com tais normas houveram inúmeras manifestações contra o governo. Em 1984, no final da época ditatorial, ocorreu as manifestações da *Diretas Já!*, as quais, junto com as crises econômicas<sup>4</sup>, conseguiram pôr fim ao governo ditatorial.

Os números variam, mas uma coisa é certa: este comício foi a maior manifestação já realizada em São Paulo desde a Marcha de Família com Deus pela Liberdade, em 1964. De acordo com os cálculos realizados pela "Folha", 300 mil pessoas saíram às ruas para defender, na praça da Sé, a restauração das eleições diretas para a Presidência da República. (BRICKMANN, 1984)

Com as *Diretas Já!* Tancredo Neves foi eleito Presidente, mesmo sendo indiretamente, a população, por meio das manifestações, elegeu um não-militar e oposição ao regime da época. Dentro de seu mandato situa-se a construção, por Ulisses Guimarães, e promulgação da Constituição Cidadã, que se apresenta como uma resposta a ditadura militar, sendo ela uma Constituição de um Estado Democrático de Direito, tal como a Constituição Francesa de 1791.

A nova Constituição trouxe consigo o Estado Democrático de Direito, ou seja, em seu texto apreciou a volta da democracia. Assim, em 1988 o país efetivamente afastou-se da ditadura e adentrou em um Estado Democrático de Direito, que trazia em seu centro direitos e garantias individuais e mais importante, trouxe limites para os três poderes, retirando os privilégios concedidos pela ditadura.

A preocupação em se preservar as conquistas com a redemocratização era tamanha que os constituintes definiram como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito que ali se instituía a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, ressaltando, em parágrafo único do artigo 1º, o exercício do poder pelo povo, seja diretamente ou por representação eleita. (STF, 2013)

Depois de analisado os contextos históricos, internacionais e nacionais, que o Estado Democrático de Direito aparece com maior importância, será proveitoso para o trabalho analisar o conceito de Estado Democrático de Direito, e para isso será observado a definição de Alexandre de Moraes:

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo [primeiro], adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". (MORAES, 2011: 25)

<sup>3</sup> "Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política." Artigo apresentado no Ato Institucional número 5.

<sup>4</sup> "A crise de 1981/1984 foi a mais severa, com queda de 12% do PIB per capita (...)." *Estatística do Século XX*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxhtml.shtm>. Acessado em 04 de agosto de 2016.

Assim, observa-se que o Estado Democrático de Direito posiciona o povo como possuidor do poder, Friedrich Müller, em seu livro, *“Quem é o povo?”*, questiona quem é esse povo que dispõe do poder:

Na tradição histórica e (jus-)política do emprego do conceito, o termo ‘povo’ não se reveste de traços inocentes, neutros, objetivos, mas decididamente seletivos. Em Péricles o “demos” abrange tão somente todos os homens atenienses livres, aptos para a guerra, contribuintes e domiciliados há muito tempo. No direito romano o dualismo altamente elaborado de nobreza e povo, que domina tudo, produz uma cisão; e já nos Estados mais antigos dos quais temos notícias, nas poleis sumerianas, que por algum tempo evidenciaram possuir uma democracia municipal desenvolvida, só os homens livres e aptos para a defesa podiam ser membros da assembleia “do povo”, apesar da situação jurídica genericamente boa das mulheres. Na igreja cristã primitiva o caminho do kleros para o laós descreve uma rápida diferenciação entre a “comunidade”, o “povo de Deus”, na direção de uma hierarquia de dois graus, que consolidou a cisão do “povo” (“comunidade” = todos crentes) no caminho da divisão do trabalho por meio da divisão de funções, da hierarquia de funções até a hierarquia de instituições e normas e a estruturas de dominação. (MÜLLER, 2011: 73)

O Estado Democrático de Direito teve sua primeira manifestação como resposta a um Estado Absolutista, onde conferiu direitos e garantias centradas no povo. Esse tipo de Estado, trouxe grandes limitações aos três poderes para que sua população não se encontre vítima de abusos governamentais, como os que já ocorreram no passado. E, por fim, o Estado Democrático de Direito, assente a liberdade de expressão do povo, por meio de manifestações e também por meio do voto direto.

No Poder Executivo e no Poder Judiciário a “dominação” do povo ativo pode ser vista operando de forma mediada, na medida em que prescrições capazes de justificação democrática estão implementadas em decisões de maneira correta em termos de Estado de Direito, no sentido de capazes de universalização e de recapitulação plausível. (MÜLLER, 2011: 52)

## 2. OBSERVAÇÕES QUANTO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O atual Código de Processo Civil entrou em vigência no dia 18 de março de 2016, em sua redação observa-se inúmeras modificações quanto ao Código antigo. O trabalho irá focar no artigo 489, que elabora sobre a obrigatoriedade da fundamentação do juiz. Entretanto, antes de adentrar no tema deve-se analisar as mudanças feitas ao novo código em relação ao velho, e por fim, investigar sobre o atual código.

As mudanças que podem ser apreciadas no novo Código de Processo Civil são, em primeiro lugar, a celeridade, que é observada em todo o código e com ela, encontram-se: o estímulo a conciliação e mediação; a desistência da ação sem aceitação do réu; extinção da exceção, agora todas as matérias são apresentadas na contestação; o juiz, em caso de cumulação de ações pode julgar antecipadamente alguma delas; haverá extinção do processo que tiver pedido que contrarie jurisprudência; a extinção de obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição em alguns casos; sustentação oral em agravo de instrumento contra decisão interlocutória de tutela provisória de urgência; exclusão do agravo retido; ao intentar o agravo de instrumento há no artigo 1.015 uma lista taxativa de cabimento; e, o recurso de embargos infringentes foi substituído por técnica de julgamento.

Essas são as mudanças que se mostram vinculadas ao princípio da celeridade, além delas existem outras modificações como a contagem de prazos processuais, o artigo 219 do código elabora que os prazos são contados apenas nos dias uteis, diferentemente do código antigo, onde o prazo era contínuo.

Os honorários advocatícios de sucumbência, também foram modificados, uma vez que agora são devidos em fase de recurso. Como também as normas para a condenação da Fazenda Pública, onde os honorários podem variar de 10% a 20%, quando a causa trazer um valor menor e de 1% a 3%, se for de valor maior.

E, por fim, observa-se a fundamentação da decisão do juiz, de acordo com o artigo 489, §1º existem requisitos a serem preenchidos para que a fundamentação seja válida. Dessa questão encontra-se inúmeras discussões, tal como:

Estará o julgador adstrito a se reportar a todos os argumentos levantados pelas partes? Evidentemente que a tendência é que a parte afirme – como já ocorre atualmente – que aquele argumento seu negligenciado pelo juiz seria precisamente o que alteraria o resultado da demanda.

O que acontece com o tradicional “o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações da parte” e com o “o julgador abordou todos os temas relevantes ao deslinde da controvérsia” e “embargos foram aviados por mera irresignação da parte com a solução dada ao caso concreto”? (STJ, 2016 :8)

De acordo com a doutrina que elabora sobre o Código de Processo Civil de 1973, a sentença pode ser suficientemente fundamentada e pode ser completa, havendo, entre esses dois pontos distinções. A fundamentação completa analisa todas as questões expostas pelas partes, e conforme Teresa Arruda Alvim Wambier (2005), não é necessário que exista esse tipo de fundamentação, no Código antigo, uma vez que tal ‘omissão’ não ocasionaria prejuízos.

Essa é a grande distinção entre os dois Códigos, no âmbito das sentenças. Enquanto o Código de Processo Civil de 1973 entende que não é necessário que haja uma fundamentação completa, o novo exige que a sentença não pode ser fundamentada com base em alguns elementos:

No que toca à fundamentação, que é um pressuposto de validade das decisões judiciais (art. 11), o novo Código de Processo Civil aclara em que situações não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão (NCP, art. 489, §1.º). pelo novo Código não está fundamentada a decisão que: (a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (e) 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; e (f) 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. (OLIANI, 2015: 22)

Constata que o novo Código de Processo Civil teve a intenção de modificar a fundamentação da sentença, estabelecendo uma norma que trata formalmente desse ponto. Entretanto, ao analisar o artigo 93, inciso IX da Constituição de 1988<sup>5</sup>, observa-se que não haveria motivo para discutir o artigo 489, como ocorreu antes da promulgação do código, onde os juízes tinham a intenção de vetar tal artigo, uma vez que a norma constitucional formalmente demonstra a necessidade da fundamentação.

Entretanto, os juízes solipsistas<sup>6</sup> acreditam que as decisões devem ser feitas de acordo com suas próprias consciências, indo contra a Constituição e o atual Código de Processo Civil,

<sup>5</sup> “*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*”

<sup>6</sup> Expressão muito usada nos trabalhos de Lenio Streck.



tal como foi dito pelo desembargador de São Paulo, em uma entrevista analisada pelo Professor Lenio Streck:

O juiz deve decidir de acordo com sua ciência e consciência. Em rigor, eu digo isso, e é um fato muito pessoal: minha consciência, em determinado momento, está totalmente voltada a Deus. Eu sei que eu vou responder pelos meus acertos e erros perante Deus. (STRECK, 2014)

O fato de existir norma constitucional que, expressamente, demonstra a obrigatoriedade da fundamentação do juiz não se mostra como fator preocupante para os juízes solipsistas que sustentam suas decisões exclusivamente em sua consciência.

Como se afere se o julgador “sabe” de que lado está a razão, se não pela própria fundamentação das decisões? Será mesmo possível que o direito retroceda a esse ponto, se até mesmo o código do Império Ibérico do século XVII já reconhecia que não é dado ao julgador decidir como manda a consciência, se os fatos e o direito indicam outra solução? (SCHMITZ, 2015: 32)

A importância da fundamentação judicial está no limite apresentado para o juiz, para que ele seja obrigado a decidir em cima das leis vigentes, restringindo o decisionismo e vetando o ativismo judicial, que já acontece no país<sup>7</sup>, mas não de forma restrita, essa ação dos juízes não se encontra apenas no Brasil contemporâneo, no livro *Eichmann em Jerusalém* de Hannah Arendt<sup>8</sup>, que discorre sobre o julgamento dos oficiais acusados de tortura nos campos de concentração na Alemanha em 1938 a 1945, já se depara com o ativismo judicial.

O veto quanto ao artigo 489, dos juízes, mostra claramente a preocupação da perda da possibilidade de se decidir baseado apenas em sua consciência, uma vez que a obrigatoriedade da fundamentação limita suas decisões, fazendo com que eles estejam vinculados aos quesitos da sentença, não podendo distanciar dos elementos de uma fundamentação, com pena de nulidade.

Essa limitação das decisões retira, também, a possibilidade de ativismo judicial, uma vez que estando respaldados em fundamentações formais e materiais, não se encontra a possibilidade de se criar novas leis ou novas interpretações, isto é, com claros limites a probabilidade de se existir ativismo judicial diminui exponencialmente.

(...) tem-se que o dever fundamental de justificar as decisões assume especial relevância no plano da transparência do processo democrático de aplicação das leis. Destarte, as possibilidades de controlar democraticamente as decisões dos juízes (...) residem precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. E esse dever de fundamentar as decisões não é meramente teleológico; é, também e fundamentalmente, um dever de esclarecimento acerca do estado da arte do processo sob apreciação; é uma accountability permanente. Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão, como, aliás, é posição assumida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Afinal, se o Estado Democrático de Direito representa a conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de accountability. (STRECK, 2014: 615)

<sup>7</sup> Como, por exemplo no caso das uniões homoafetivas.

<sup>8</sup> “E, de fato, antes de chegarmos a qualquer conclusão sobre o sucesso ou fracasso da corte de Jerusalém, devemos enfatizar a firme crença dos juízes de que eles não tinham o direito de se transformar em legisladores, que eles tinham de conduzir seus trabalhos dentro dos limites da lei israelense, de um lado, e da opinião legal aceita, de outro.” ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras. 1999, p. 297.

### 3. LIMITES ESTABELECIDOS PARA O JUIZ PELO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO

Diante da análise já constituída sobre o Estado Democrático de Direito e sobre a fundamentação do juiz no novo Código de Processo Civil, o próximo passo a ser tomado é produzir uma relação entre os dois pontos.

Observa-se que o Estado Democrático de Direito se manifesta como uma solução para o Estado absolutista, que não elabora limites para os governantes, assim, sendo o Estado Democrático de Direito, resposta ao Estado absolutista, demonstra que sua principal característica é o limite apresentado para o governo.

O Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito. Mas não se trata da possibilidade de legitimar qualquer critério, dando-lhe forma de lei. Invertendo-se a famosa fórmula decisionista *non ratio, sed voluntas facit legem*, poderia dizer-se que, para a ideia originária de Estado de Direito, *non voluntas, sed ratio facit legem*. Portanto, apesar de a legalidade ser um componente da ideia de Estado de Direito, também é verdade que esse não se identifica com uma legalidade qualquer, mas com uma legalidade de determinado conteúdo, e, sobretudo, com uma legalidade que não lesione certos valores pelos quais e para a proteção dos quais se constitui a ordem jurídica e política, e que se expressam por meio de normas ou princípios que a lei não pode violar. Depois de tudo isso, a ideia de Estado de Direito surge no seio do jusnaturalismo e em coerência histórica com uma burguesia cujas razões vitais não são compatíveis com qualquer legalidade, nem com excessiva legalidade, mas precisamente com uma legalidade destinada a garantir certos valores jurídico-políticos, certos direitos imaginados como naturais, que garantam o livre desenvolvimento da existência burguesa. (GARCIA-PELAYO, 2009: 39-40)

A limitação expressada nesse tipo de Estado se dá, no poder judiciário, por meio da fundamentação dos juízes, uma vez que instituindo isso o magistrado não é capaz de impor decisões que não são amparadas por normas positivadas.

À luz da perspectiva extraprocessual, a fundamentação liga-se à fisionomia do Estado Democrático de Direito, tendo a função política de permitir o controle difuso da atividade jurisdicional. “No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como ‘rechtsfertiger Staat’, como ‘Estado que se justifica’.” (OLIANI, 2015: 47)

O artigo 93, inciso IX da Constituição de 1988 demonstra tal limitação quando implementa a fundamentação das decisões judiciais. É essencial lembrar que a Constituição Cidadã foi promulgada após um período de ditadura militar, quando os limites governamentais foram extintos, sendo a atual Constituição demonstração de um Estado Democrático de Direito, e seu artigo 93, inciso IX, expõe explicitamente a necessidade de se fundamentar as decisões judiciais, expondo o limite necessário do Poder Judiciário.

Além da norma constitucional, o novo Código, como norma infraconstitucional, demonstra os elementos da fundamentação do juiz, elaborando que não é qualquer justificativa que pode ser aceita como uma correta fundamentação.

Por fim, como expressa Lenio Streck, o Estado Democrático de Direito traz limitações ao Poder Judiciário no momento em que determina normas para a fundamentação das decisões, retirando a discricionariedade e trazendo o entendimento de *accountability*, onde o juiz é responsável por suas decisões.

No Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado, o que torna inexplicável e absolutamente injustificável a proliferação dos embargos declaratórios nos tribunais da República (e, não raras vezes, em face da negativa de os tribunais explicitarem o que foi decidido, obriga a interposição de Recurso Especial contra a negativa de vigência do dispositivo legal que confere o “direito a embargar” decisões não plenamente fundamentadas. (STRECK, 2014: 612)

A limitação apontada pelo Estado Democrático de Direito assiste, então, a fundamentação dos juízes para que eles não operem em cima de sua própria consciência, trazendo para o povo a possibilidade de questionar, devidamente, suas decisões e para que a população não fique subordinada a decisões vazias de conteúdo e desse modo, autoritárias.

Desse modo, a fundamentação se mostra como instrumento democrático indispensável à concretização de garantias fundamentais, como o acesso à justiça e o devido processo legal, sendo importantes dentro de um Estado Democrático de Direito, que visa a efetivação de tais direitos fundamentais.

A interpretação das leis mostra-se como ponto fundamental do trabalho do juiz. De acordo com Cass Sunstein e Peter Haberle, a interpretação das leis está aberta para certas análises, as quais, logicamente, não se desviem do objeto legal. Assim, é importante perceber que deve haver a apreciação da lei, porém, é necessário que dela se elabore uma fundamentação legal.

No Estado Moderno contemporâneo, o juiz não está mais vinculado apenas as palavras da lei, tendo o direito e o dever de analisá-las a cada caso concreto. O trabalho não tem a intenção de promover a volta do positivismo, entretanto, dentre das várias interpretações possíveis é necessário que essa interpretação seja amparada por fundamentações.

## CONCLUSÃO

A relação que se observa entre os dois institutos é que as fundamentações das decisões do juiz servem como meio de limitação de seu poder, uma vez que, agora, com o novo Código de Processo Civil o magistrado está vinculado a certos requisitos para a declaração da sentença. Essa limitação, como já visto é a característica principal do Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial é um modo encontrado para relativizar tal limitação, uma vez que o Poder Judiciário abrange outros poderes ultrapassando a limitação que é dada a ele por meio do Estado. No Brasil e no mundo encontra-se um crescente movimento de ativismo judicial, o qual retira as barreiras existentes que delimitam os três poderes. O Poder Judiciário passa a exercer funções do Poder Legislativo e desse modo retira seus limites invadindo outros poderes e suas incumbências.

Vimos que a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional, e que existem, por outro lado, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Mas, em consequência dessas premissas, há neste ponto uma segunda questão a requerer resposta. Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo. (CAPPELLETTI, 1999: 73)

Muitas vezes observa-se o ativismo judicial como um meio de suprimir as faltas do Poder Legislativo, entretanto, não se percebe que tal ação é contra algo que vai muito além do que uma mudança legislativa. O ativismo judicial vai contra o Estado Democrático de Direito e sua separação de poderes, e desse modo deve ser combatido.

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Ora, o ativismo é behaviorista. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de "argumentos metajurídicos" em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião. *Judicialis activismum constitutione lupus est.* (STRECK, 2013)

Mesmo não sendo o objetivo do trabalho é importante trazer essa análise rápida sobre o ativismo judicial, a qual, vem sendo feito desde o começo do trabalho, demonstrando sua importância dentro do tema.

A relação existente entre o Estado Democrático de Direito e a fundamentação das decisões do Poder Judiciário encontra-se na possibilidade de limitação que o Estado faz por meio da fundamentação do juiz, impondo a ele *accountability*, ou seja, responsabilidade por suas decisões, as quais devem seguir os elementos legais estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil.

Com essa fundamentação os juízes não são capazes de decidirem conforme sua consciência, devendo se submeter a elementos normativos para que suas decisões não sejam nulas. Essa submissão é que restringe as ações do Poder Judiciário situando-o dentro de um Estado Democrático de Direito, onde se deve seguir as normas impostas.

Desse modo, percebe-se que o Estado Democrático de Direito contemporâneo, que nasceu do fim da ditadura militar de 1964 e por esse motivo, surgiu de um Estado de Exceção, onde não havia limites para o governo, vem, por meio das normas constitucionais – artigo 93, inciso IX –, e de normas infraconstitucionais – artigo 489, §1º do CPC, entre outras – se assegurar que tais limites sejam enraizados na sociedade para que esse Estado prospere.

## BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah (1999): "Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal". Tradução por José Rubens Siqueira. Editorial Companhia das Letras, São Paulo.

BARROSO, Luís Roberto (2009): "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática" Revista de Direito do Estado, n. 13, jan./mar. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Consultado em 22/10/2011 a 09:17.

BOBIO, Norberto (1998): "Dicionário de política". Editorial Universidade de Brasília, Brasília.

BRICKMANN, Carlos (1984): "300 mil nas ruas pelas diretas". Editorial Folha de São Paulo, São Paulo.

CAPPELLETTI, Mauro (1999): "Juízes Legisladores?". Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Editorial Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre.

IBGE (2003) "Estatística do Século XX". Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtm>. Consultado em 04/10/2016 a 18:38.

GALLO, Max (2010): "Revolução Francesa: Volume I – O povo e o rei (1774 – 1793)". Tradução de: Julia da Rosa Simões. Editorial L&PM, Porto Alegre.

GARCIA-PELAYO, Manuel (2009): "As transformações do estado contemporâneo". Editorial Forense, Rio de Janeiro.

HABERLE, Peter (2002): "Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição". Editorial Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre.

HOSBAWN, Eric (2014): "Era das Revoluções". Tradução de: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. Editorial Paz e Terra, Rio de Janeiro.

STJ (2016): "Inovações do novo CPC". Disponível em: [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/ministros/Discursos/0001182/inovacoes\\_do\\_novo\\_codigo\\_de\\_processo\\_civil.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001182/inovacoes_do_novo_codigo_de_processo_civil.pdf). Consultado em 09/10/2016 a 21:39.

MORAES, Alexandre de (2011): "Direito Constitucional". Editorial Atlas S.A., São Paulo.

MÜLER, Friedrich (2011): "Quem é o povo?" Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo.

STF (2013): "O STF e os 25 Anos da Constituição". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=250119>. Consultado em 04/10/2016 a 19:24.

OLIANI, José Alexandre M. (2015): "Sentença no Novo CPC". Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo.

SCHMITX, Leonard Ziesemer (2015): "Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil". Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo.

STRECK, Lenio (2014): “O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém?” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Consultado em 08/10/2016 a 20:45.

STRECK, Lenio (2013): O ativismo existe ou é imaginação de alguns? Conjur, 13 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Consultado em 22/10/2016 a 09:43

STRECK, Lenio (2013): O Supremo não é o guardião da moral da nação. Conjur, 5 set. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>. Consultado em 22/10/2016 a 20:36

STRECK, Lenio (2014): “Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas”. Editorial Saraiva, São Paulo.

SUNSTEIN, Cass (2009): “Constitution of many minds”. Editorial Princeton University, New Jersey.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (2005): “Omissão Judicial e embargos de declaração”. Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo.