

A fundamentação como pressuposto lógico antecedente da decisão e controle da discricionariedade judiciária

Justification as an antecedent logical assumption to decision and control of judicial discretion

Renato Antonio de Melo

Aluno do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: rnt_melo@hotmail.com

Resumo: O presente artigo pretende analisar se a fundamentação é um pressuposto lógico antecedente da decisão judicial, bem como se o controle da discricionariedade judicial pode ser alçado por meio da exigência da fundamentação adequada à ordem constitucional. Tal trabalho se justifica face às discussões surgidas acerca da (in)aplicabilidade dos preceitos constitucionais no âmbito do processo civil, o que expressamente foi exigido pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015. O estudo se desenvolveu por meio de uma pesquisa teórica, analisando-se algumas obras bibliográficas sobre o tema. Buscou-se, assim, demonstrar que o dever de fundamentar as decisões judiciais, previsto no art. 93, inc. IX da Constituição Federal, em conjunto com respeito ao contraditório, se efetivado no processo civil, contribuirá para a tomada de decisão adequada pelo magistrado por ser um pressuposto lógico antecedente da decisão, bem como um importante mecanismo de controle da discricionariedade da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado de Direito. Processo Civil. Elementos da sentença. Contraditório. Controle.

Abstract: The present article intends to analyze if justification is an antecedent logical assumption of judicial decision, as well as whether the control of judicial discretion can be raised through the requirement of adequate justification to the constitutional order. This work is justified in light of the discussions about the (in)applicability of the constitutional precepts in the civil procedure scope, which was expressly required by the legislator of the 2015 Code of Civil Procedure. The study developed by means of a theoretical research, analyzing some bibliographic works about the subject. Thus, it was demonstrated that the duty of justifying judicial decisions, provided by art. 93, item IX of the Federal Constitution, in conjunction with respect to the contradiction, if carried out in the civil process, will contribute to the proper decision taken by the magistrate for being a logical assumption antecedent to the decision, as well as an important mechanism for controlling the discretion of the judicial activity in the Democratic State of Law.

Keywords: Rule of Law. Civil Procedure. Elements of the sentence. Contradiction. Control.

1 Introdução

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16-03-2015 (CPC), editado sob a égide da Constituição Federal de 1988, trouxe previsão expressa da obrigatoriedade de

aplicação das normas constitucionais ao processo civil, adotando-se um modelo constitucional de processo (art. 1º). Tal modelo adota uma compreensão democrática do processo em que os sujeitos processuais cooperam entre si para a solução do litígio em tempo razoável, buscando uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). Sob o enfoque da cooperação dos sujeitos processuais, cabe principalmente às partes produzirem as provas e apresentarem argumentos; já ao magistrado compete zelar pelo efetivo contraditório durante todo o processo.

Não sem razão, o CPC exigiu que a sentença fosse devidamente fundamentada considerando-se todos os argumentos e provas lícitas produzidas durante o processo (art. 489, § 1º). A esse dever de fundamentação estruturada, quando do processo legislativo do CPC, opuseram-se algumas associações de juízes que pediram o veto de tal dispositivo, demonstrando uma insatisfação de alguns magistrados com essa imposição.

A partir dessas premissas, este trabalho pretende analisar: qual a importância do dever de fundamentação para a decisão judicial? Ainda almeja descobrir se a discricionariedade judiciária, no âmbito do processo civil, é suscetível de controle por meio da exigência da fundamentação adequada. Para tanto se limitará a tratar sobre as fases do processo civil sob uma perspectiva histórica, os elementos de sentença no processo civil, os espaços de discricionariedade do juiz na produção das sentenças e os elementos normativos de controle da discricionariedade.

Este estudo objetiva descobrir se a fundamentação estruturada, prevista no art. 489, § 1º, CPC, é um pressuposto lógico antecedente à tomada de decisão judicial. Também almeja avaliar se o dever de fundamentação está adequado ao Estado Democrático de Direito, bem como verificar se a fundamentação serve de limitador à atuação discricionária do magistrado no processo civil.

Com a edição do CPC, inseriram-se, em seu texto, diversos dispositivos que, aparentemente, buscam dar um caráter mais democrático ao processo. Se assim for, seria uma tentativa do legislador de efetivar princípios constitucionais no âmbito do processo civil. Repetida a previsão do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), o CPC exigiu alguns elementos essenciais da sentença, mas foi além quando positivou as situações em que não se considera uma decisão fundamentada, criando critérios objetivos para se avaliar a adequação de uma fundamentação face à Constituição.

O descontentamento de algumas associações de magistrados com o dever de fundamentação, bem como a divergência de posicionamento entre alguns doutrinadores sobre o poder discricionário dos juízes justificam o presente estudo, haja vista a importância de se descobrir se uma decisão judicial sem a devida fundamentação está adequada à Constituição.

Como o Estado Democrático de Direito não é compatível com o exercício do poder estatal por um agente público sem o devido controle, a falta de fundamentação impede que se conheça o que o magistrado considerou para tomar sua decisão e conseqüentemente o que dificulta o seu controle. Desta feita, o juiz poderia ter se valido de critérios pessoais – morais, políticos, religiosos – para decidir, sem que ao menos expressasse tais critérios em sua fundamentação, violando o princípio constitucional do contraditório e, conseqüentemente, impondo sua vontade pessoal acima do ordenamento jurídico.

Este estudo demandou a realização de pesquisa teórica com base em técnicas conceituais e normativas. Sobre essa última técnica, assim se posiciona Bittar (2016, p. 2017): “[...] dificilmente, esse tipo de investigação se faz somente em nível legislativo, carecendo de suporte doutrinário e opinativo para se sustentar”. Quanto ao tipo de pesquisa, a opção feita foi pela modalidade bibliográfica que será desenvolvida por meio de estudos de livros doutrinários, artigos científicos, teses de doutorado, dissertações de mestrado, sejam meios físicos ou eletrônicos, com a finalidade de analisar a produção literária sobre o tema.

Assim, selecionando-se as técnicas metodológicas que melhor se adaptam ao desenvolvimento do trabalho, foram considerados os posicionamentos existentes na doutrina a respeito do assunto com intuito de se chegar a uma conclusão à propositura do trabalho, bem como alcançar os objetivos anteriormente traçados, do que adiante se vê.

2 Fases do processo civil

Antes de se analisarem as influências dos paradigmas estatais nas fases do processo civil, faz-se necessário que se verifique alguns tópicos sob o tema Estado de Direito para facilitar a compreensão do conceito e garantir a adequada utilização do conceito neste trabalho.

2.1 Importância e significado do Estado de Direito

Como consequência dos movimentos liberais e revolucionários ocorridos nos Estados Unidos e na França, o Estado se viu obrigado a curvar-se ao Direito (CUNHA; BIANCHINI; GOMES, 2013, p. 154). A essa mudança de postura do Estado, desde finais do século XVIII na Alemanha, tem-se denominado “Estado de Direito”, termo que adquire significado mediante sua oposição ao “Estado de polícia” ou “Estado autoritário”, sendo que estes últimos atuam de maneira arbitrária, opressora e imprevisível, sem respeito pelos direitos individuais (DIMOULIS; VIEIRA, 2011, p. 96). Na perspectiva do Estado de Direito, a atuação estatal se submete às regras jurídicas, objetivando garantir aos indivíduos certos direitos fundamentais.

Com isso, para a configuração do Estado de Direito, passa-se a exigir quatro importantes características: todas as instituições e leis são avaliadas quanto a sua “justeza”; ampliação dos direitos dos cidadãos com o reconhecimento de seus direitos naturais; limitação do poder do Estado face aos direitos naturais do cidadão; surgimento da Constituição que traduz o pacto social daqueles que pertencem a determinado Estado, delimitando os poderes e as funções deste (CUNHA; BIANCHINI; GOMES, 2013, p. 154).

Trata-se de um Estado submetido aos ditames do Direito e, para ser legítimo, deve possuir alguns requisitos essenciais, como apresentam Dimoulis e Vieira (2011):

[...] o caráter democrático da eleição dos legisladores e o controle democrático do processo e do resultado legislativo; a garantia da separação dos poderes, em particular da independência do Judiciário e do controle judicial da

constitucionalidade; a estipulação de direitos fundamentais e de garantias de seu respeito pelo Estado; a inclusão na Constituição de normas asseguradoras do bem-estar da população (DIMOULIS; VIEIRA, 2011, p. 98).

Então, para que se configure o Estado de Direito, exigem-se requisitos formais e materiais que contribuem para a estruturação de uma sociedade menos autoritária e mais democrática e é justamente aí que se localiza a importância do Estado de Direito.

2.2 Relação do Processo Civil com os paradigmas estatais

A organização estatal praticada em determinado período histórico se correlaciona com a estrutura do sistema jurídico, criando uma perspectiva interpretativa específica com base nesse paradigma jurídico, sendo que toda interpretação se dá em um contexto histórico e, portanto, pressupõe paradigmas. Partindo da perspectiva de Jürgen Habermas vista em Nunes (2008, p. 38-39), o paradigma jurídico servirá para analisar os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito de determinado período histórico sem perder de vista o modelo estatal praticado. Sobre os paradigmas, assim se manifesta:

A concorrência paradigmática direciona-nos ao estabelecimento necessário das bases normativas que orientarão a produção e a aplicação do Direito, de forma vinculante para o Povo, para o Estado e para suas instituições jurídico-políticas. (THIBAU, 2008, p. 351).

Nesse estudo do sistema jurídico processual, será adotada, assim como em Bahia *et al.* (2013, p. 46), a percepção dos grandes paradigmas estatais típica do Estado de Direito, que, apesar de não oferecer precisão completa de momentos típicos e locais onde ocorreram, irá proporcionar informações necessárias para a análise do sistema processual civil. Assim, a reconstrução da Ciência Processual será dividida em três fases ou em três perspectivas, quais sejam: Liberalismo Processual, Socialização Processual e Democratização Processual.

O Liberalismo Processual é uma fase processual típica do paradigma estatal do Estado Liberal Burguês, posterior às revoluções burguesas, no qual o Estado era mínimo, absenteísta, não se preocupando com questões sociais. O cidadão era visto como autossuficiente e prevaleciam os interesses personalistas e patrimonialistas, especialmente dos burgueses. Havia a sobreposição da função legislativa no quadro da tripartição de funções estatais e a legislação possuía a pretensão de ser completa. A interpretação jurídica era vedada, possuindo a perspectiva exegeta, ou seja, o juiz deveria apenas ser a boca da lei (THIBAU, 2008).

Surgiu após o declínio do processo comum e desenvolveu-se pelo paradigma liberal um modelo processual embasado no domínio das partes, na igualdade formal, no princípio da escritura, na passividade judicial e no princípio dispositivo.

O liberalismo processual, ao constituir-se sobre o protagonismo das partes, torna o juiz mero expectador de seu debate e o processo, um instrumento privado de resolução de conflitos, com dimensionamento espacial e temporal dependente da

racionalidade estratégica das partes, (NUNES, 2008, p. 195) com claro déficit de democracia. Nesse paradigma, o juiz somente se preocupava em resolver os conflitos na medida em que recebia a provocação e subsídios das partes, aplicando-se nesse caso o princípio da inércia ou dispositivo. O juiz somente avaliava o que estava nos autos fazendo valer o brocardo “o que não está nos autos não está no mundo”, adotando-se o princípio da escritura.

Dessa forma, o processo tinha uma duração demasiadamente longa em face da atuação dos advogados sem uma direção definida ou gerência do processo por parte do Estado. Em alguns sistemas, o juiz não matinha contato com nenhuma das partes durante a fase de produção de provas para se evitar a perda da imparcialidade, recebendo o processo já instruído somente para a decisão.

O desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX gerou o descontentamento dos cidadãos e a luta de classes. Nesse período, surgiu uma linha doutrinária que acreditava no Direito como um instrumento de transformação social. Assim, iniciou-se a transição do liberalismo processual para a socialização processual que ganhou força a partir do desenvolvimento do paradigma de Estado de Bem-Estar Social (THIBAU, 2008).

Esse paradigma caracteriza-se pela ruptura da perspectiva liberal, no qual ocorre o agigantamento da atuação estatal, grande preocupação com questões sociais, fortalecimento do Executivo em face das outras funções (poderes), cidadão como cliente do Estado que necessita de proteção (cidadão hipossuficiente) e ingerência demasiada do Estado nas relações jurídicas (BAHIA *et al.*, 2013, p. 48). A Socialização Processual buscava uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito com o objetivo de superar as deficiências do Liberalismo Processual.

A partir de então a socialização processual começa a ganhar corpo através da percepção nas últimas décadas do século XIX, pela doutrina astro-germânica, dos problemas que o modelo liberal de processo gerava. O novo modelo processual, idealizado por autores como Anton Menger, Franz Klein e Oskar Von Bülow, tendeu a enfraquecer o papel das partes e a reforçar o papel dos magistrados como agentes de transformação. De forma bastante sintetizada, Nunes (2008, p. 7) indica: Menger defendia uma atividade compensadora de desigualdades sociais pelo juiz; Bülow delineou uma teoria da relação jurídica processual e defendia uma teoria da criação judicial do Direito; Klein, a criação de uma legislação embasada na oralidade e na forte direção do processo pelo juiz, que transformaria o processo numa instituição estatal de bem-estar social.

Esse novo sistema processual desenvolveu-se com base no protagonismo judicial confiando que os magistrados possuíam um conhecimento superior se comparado aos outros sujeitos processuais, o que lhes permitiria interpretações individuais às quais não cabia discussão ou questionamentos. No mesmo sentido, acreditou-se que os juízes possuíam uma sensibilidade superior para decidir conforme suas convicções pessoais de forma dissociada dos argumentos das partes trazidos ao processo, ou seja, com contornos antidemocráticos, eximindo a responsabilidade das partes em participar efetivamente da produção processual.

Sobre a visão do processo por Bülow, assim se manifesta Bahia *et al.* (2013, p. 55): “Constata-se, porém, da análise do texto de Bülow que este buscava, sim, uma

aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver sua função com sabedoria e sensibilidade [...]”.

Na busca pela socialização processual, no ano de 1973 surgiu o Projeto Florença de Acesso à Justiça, sob a coordenação de Mauro Capelletti, atingindo-se o ápice da perspectiva socializadora, conforme apontam os seguintes doutrinadores:

Além das já constantes defesas de procedimentos orais (fruto, ainda do modelo de Klein) e do aumento da ingerência do juiz no processo, o movimento idealizava ondas de reforma: a) a primeira, vocacionada à assistência jurídica integral e gratuita; b) a segunda, assegurar uma tutela efetiva dos interesses difusos ou coletivos, para a proteção do consumidor e do meio ambiente; c) a terceira, à simplificação dos procedimentos à utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos (BAHIA *et al.*, 2013, p. 58).

O modelo de processo que se desenvolveu em nosso país, devido à ausência de formação, preparação dos profissionais, infraestrutura e, mesmo, vontade política, foi neoliberal (NUNES, 2008, p. 99, 196). O autor define esse modelo como pseudossocialização, pois possuía ideais socializadores, mas sofria influência do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial.

Nessa perspectiva, introduziu-se, no discurso processual, a busca da obtenção de procedimentos extremamente rápidos, objetivando a máxima produtividade, a cognição superficial e o julgamento em massa, ainda que impedisse a aplicação de princípios processuais constitucionais com sua força normativa. No modelo neoliberal de processo, despreocupou-se com a fase preparatória do procedimento, dificultando a preparação do debate e a produção de provas. Caso a fase preparatória fosse respeitada, “permitiria, tecnicamente, a preparação do debate e a produção de provas, além de auxiliar no exercício do contraditório dinâmico com o fomento ao debate” (NUNES, 2008, p. 196).

A primeira teoria “constitucionalizante” do processo mais consistente surgiu no Brasil foi a obra *Instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, no ano de 1987, na qual o autor, com base nas teorias socializantes, tenta resumi-las, seguindo o discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo, defende uma instrumentalidade positiva, com um processo propenso à realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz (BAHIA *et al.*, 2013, p. 59).

Seguindo a mesma linha da instrumentalidade do processo, Beneti (2003, p. 209) defende o protagonismo judicial devido à supremacia cognitiva do juiz nos seguintes termos: “O *feeling*, o sentimento da decisão, a opção pela solução justa, esse é o mais importante no juiz. Vem das profundezas do ser humano. O ser humano toma a decisão com sentimento e Justiça. Depois a fundamenta na razão e na lei positiva”. Em crítica a esse entendimento, destaca-se o posicionamento de Abboud (2014, p. 59): “Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos”.

Outro jurista que se destaca pela defesa dos ideais socializadores de Menger, Klein e Bülow, apontado por Nunes (2008, p. 136), é José Renato Nalini, haja vista sua defesa do sadio protagonismo judicial, pois seria o magistrado um engenheiro social e

tem a função de compensar as desigualdades entre as partes. Esse protagonismo judicial geraria a exclusão da responsabilidade dos demais participantes do processo, tendo em vista sua infantilização e necessidade de salvação, a uma imposição de um único discurso jurídico válido, percebido e proferido pelo juiz.

Resumidamente as principais características da socialização processual são:

a) adoção do princípio da oralidade; b) dominado pelo juiz – protagonismo judicial; c) com busca de simplificação procedimental máxima; d) visão do processo como instituição pública de bem-estar social; e) juiz ativo (ativismo técnico e institucional do juiz); f) movimento pelo acesso à justiça; g) aumento dos poderes oficiosos do magistrado; h) no Brasil, instrumentalidade positiva do processo (abordagem sintética da socialização) (BAHIA *et al.*, 2013, p. 59).

Os modelos do liberalismo e socialismo processual, centrados no dogma do protagonismo, o primeiro das partes e advogados, o segundo dos juízes, não foram suficientes para solucionar os problemas de eficácia e legitimidade dos sistemas normativos da atualidade, que são bastante complexos. Diante dos problemas apresentados, surge então uma nova perspectiva, a Democratização Processual. Essa nova perspectiva processual é típica do atual constitucionalismo e tem bases no Estado Constitucional ou Democrático de Direito, na soberania do povo e nos direitos fundamentais, na participação ativa e responsável do Estado e dos cidadãos, na responsabilidade social e na influência de todos os atores sociais na tomada das decisões (BAHIA *et al.*, 2013, p. 59).

Assim é necessário que se busque interpretar o processo a partir da Constituição e como processo de aprendizado social em uma perspectiva com vários centros processuais, em que não existe protagonismo e sim uma clara divisão das funções e efetivo envolvimento de todos os sujeitos processuais desempenhando respectivamente suas funções de modo técnico, racional e responsável, compreendendo o processo como uma garantia e não como um entrave, ou um obstáculo que precisa ser removido.

A celeridade é um importante princípio para se buscar a correção normativa do sistema, mas, como não existe hierarquia entre os princípios, bem como nenhum deles é absoluto, não se pode suprimir um princípio constitucional para aplicar somente outro. A busca de eficácia, que a instrumentalidade técnica do processo exige, não pode ofuscar o seu papel normativo. Nesse mesmo sentido, assim se manifesta Nunes (2008):

O processo democrático não é um instrumento formal que busca a máxima rapidez para se decidir, mas sim aquela estrutura normativa constitucionalizada que respeita todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, celeridade, direito ao recurso, fundamentação racional das decisões, juízo natural e inafastabilidade do controle jurisdicional (NUNES, 2008, p. 192).

Assim, pode-se destacar como as principais características da democratização processual:

a) policentrismo: reforço de todos os profissionais (juízes, advogados, MP etc.); b) interdependência dos sujeitos processuais; c) manutenção da autoridade do juiz, sem posturas totalitárias; d) processo como garantia de participação e de limite para obtenção de direitos; e) juiz garantidor de direitos fundamentais; f) movimentos pelo acesso à justiça democrático; g) análise macroestrutural do sistema jurídico – desgarramento da questão meramente legal; h) processualização do exercício e da aplicação do Poder; i) efetiva adoção do processo constitucional (BAHIA *et al.*, 2013, p. 60).

A Democratização Processual é fruto das tensões geradas pelas perspectivas liberais e sociais, mas busca a superação dos problemas apresentados nas duas fases processuais. Essa superação passa pelo respeito ao conjunto dos princípios constitucionais que devem ser aplicados ao processo, buscando garantir os direitos fundamentais e o diálogo entre os sujeitos processuais. Nesse sentido, destaca-se:

Assim considerando, a legitimidade do Direito no paradigma jurídico-constitucional ora estudado requer a observância de procedimentos comunicativos que, alcançando a forma jurídica, dariam aos destinatários da norma a oportunidade de também se reconhecerem como seus co-autores. Assim é que, por via do discurso conduzido no procedimento habermaseano, torna-se possível a construção da vontade jurídica dos cidadãos pela escolha do melhor argumento (THIBAU, 2008, p. 348).

Dentre os vários princípios constitucionais aos quais se funda o processo civil atual, são mais relevantes para os objetivos deste estudo os princípios do contraditório e da cooperação processual. Cabe destacar que a evolução dos paradigmas estatais exigiu uma mudança do papel do magistrado, tornando-o um garantidor dos direitos fundamentais, principalmente os aplicados ao processo. Dessa feita, a fundamentação adequada das decisões se mostra relevante, pois será por meio dela que o juiz demonstrará que os princípios constitucionais foram efetivamente aplicados. Assim o próximo capítulo irá abordar os elementos da sentença para uma melhor compreensão da importância da fundamentação adequada para o processo constitucional.

3 Os elementos da sentença no Processo Civil

Antes de se discorrer sobre os elementos da sentença, faz-se necessário verificar, de forma sucinta, o que é uma sentença. Conforme definição apresentada pelo próprio CPC, a sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos art. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução (art. 203, § 1º), podendo ser com ou sem resolução de mérito. Em um processo, normalmente o autor apresenta seu(s) pedido(s) em uma tese na petição inicial e o réu contesta essa tese apresentando uma antítese na contestação. Por meio da sentença, o juiz põe fim ao processo, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor. Em resumo, a sentença é um ato processual que sintetiza o processo dialético objetivando a composição do litígio (DONIZETTI, 2017, p. 439).

O CPC também especifica quais os elementos essenciais de uma sentença no *caput* do art. 489: o relatório (histórico do debate processual), os fundamentos de fato e de direito (motivação do decisório) e o dispositivo (conclusão do julgado) (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1042). Importante destacar que, para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 312), em que pese o art. 489 usar a expressão sentença, esses elementos essenciais devem compor todo tipo de decisão judicial.

O relatório é a introdução da sentença no qual se narra o histórico de toda a relação processual e deve conter os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo (art. 489, I, CPC). Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 312) apontam que são fatos importantes para o processo: a apresentação de réplica, a intervenção de terceiros, a apresentação de parecer do Ministério Público, as ocorrências havidas em audiências, os fatos fixados como controvertidos e as provas requeridas, admitidas e produzidas pelas partes. Indicam ainda que a intenção do legislador em exigir que o juiz faça um relatório é de constatar que o julgador realmente conhece a história do processo ao qual irá proferir uma decisão.

No relatório só importa o que foi relevante e influenciará a sentença (SLAIBI FILHO; SÁ, 2017, p. 443). “Na construção do relatório a regra a ser observada é a de relatar todos os pontos que devam ser analisados na sentença, de forma que, ao encerrar essa parte da sentença, o juiz tenha uma visão de todas as questões que deverão ser enfocadas na motivação” (DONIZETTI, 2017, p. 8). O autor também preconiza que não se deve emitir um juízo de valor durante o relatório, utilizando-se nesse momento uma linguagem “predominantemente descritiva”. Nos dizeres de Theodoro Júnior (2015, p. 1043), referindo-se à elaboração do relatório pelo juiz, “observará o critério da clareza, da precisão e da síntese, sem deixar de ser minucioso na descrição do objeto da decisão e da controvérsia”.

Dessa feita, o relatório tem a função de preparar o processo para julgamento conforme se vê no Enunciado 522 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (2017): “O relatório nos julgamentos colegiados tem função preparatória e deverá indicar as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento e já submetidas ao contraditório”.

Sobre a delimitação da controvérsia, cabe lembrar que o art. 492 do CPC veda ao juiz que profira decisão de natureza diversa da pedida, bem como condene a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Nesse sentido, cabe destaque o seguinte posicionamento:

A função do juiz é compor a lide, tal qual foi posta em juízo. Deve proclamar a vontade concreta da lei apenas diante dos termos da *litis contestatio*, isto é, nos limites do pedido do autor e da resposta do réu. São desesos, assim, os julgamentos *extra petita* (matéria estranha à *litis contestatio*); *ultra petita* (mais do que pedido) e *citra petita* (julgamento sem apreciar todo o pedido) (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1043).

Não obstante a essa restrição, o CPC permite que o juiz considere algum fato superveniente à propositura da ação, desde que seja constitutivo, modificativo ou

extintivo do direito e possa influir no julgamento do mérito, mas não admite a alteração da causa de pedir (art. 493). Em harmonia com o princípio do contraditório e da não surpresa, caso fato novo seja constatado pelo juiz, de ofício, deverá ouvir as partes antes de decidir, conforme preconizam o art. 483, parágrafo único e o art. 10, ambos do CPC.

Durante a vigência do CPC/73, construiu-se uma jurisprudência que diminuía a importância do relatório, dispondo que sua ausência não causava a invalidade da decisão se não resultasse prejuízo para as partes, bem como se admitiam as decisões que se reportavam ao relatório feito em outra decisão do processo (relatório *per relationem*) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 312).

Como o CPC de 2015 adotou um sistema de precedentes, o relatório tem fundamental importância e não pode ser dispensado, pois é por meio dele que se identifica se os fatos relevantes do processo se assemelham ou distinguem dos fatos que deram origem aos precedentes, para poder aplicar (ou não) a tese fixada (DONIZETTI, 2017, p. 4).

Analisando-se a fundamentação, como o segundo elemento essencial da sentença, percebe-se que esta possui assento constitucional, prevista expressamente no art. 93, IX, onde se dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...], tratando-se de um fator de legitimação do exercício do poder jurisdicional. “A fundamentação dos atos estatais é exigência do regime republicano, no qual o poder é exercido de forma responsável” (SLAIBI FILHO; SÁ, 2017, p. 9). Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 314), ainda que não houvesse previsão expressa na Constituição Federal, “a regra da motivação compõe o conteúdo mínimo do devido processo legal” que não pode ser ignorada em qualquer processo judicial. Na busca de maior efetividade para essa exigência constitucional o CPC, em seu art. 11, também se exigiu a fundamentação das decisões.

Nesse aspecto, o legislador de 2015 foi firme em exigir que todas as decisões (interlocutória, sentença ou acórdão) sejam fundamentadas, pois não se poderia admitir, em um processo cooperativo e democrático (art. 6º, CPC), que a fundamentação das decisões fosse produzida sem qualquer zelo e de forma incoerente com o processo.

Nesse momento, é importante observar a diferenciação dos termos fundamentação e motivação, conforme apontam Franco *et al.*, (2015, p. 220-221). Para os autores, a motivação seria o ato pelo qual o juiz, de forma individual e solitária, indica os elementos que avaliou mais relevantes no caso e que levaram a decidir em determinado sentido, sendo, portanto irrelevantes para o Direito democrático. Já a fundamentação é a explicação das razões pelas quais o Judiciário aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão sobre o Direito estabelecida pelo cidadão, buscando convencer as partes e a sociedade da fixação da decisão juridicamente correta e, portanto, independe das posições pessoais dos magistrados. Não obstante, doutrina e jurisprudência continuam utilizando os dois termos como sinônimos.

Devido à importância da fundamentação para o processo, o CPC descreveu as hipóteses em que uma sentença não é considerada como fundamentada (art. 489, § 1º). O rol é exemplificativo, conforme se vê no enunciado nº 303 do Fórum Permanente de

Processualistas Civis (2017): “As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas”. Dessa feita, faz-se necessário apresentar os incisos do §1º, do art. 489, CPC, que não considera fundamentada a decisão que:

a) Apenas reproduz ou cita norma jurídica sem correlacioná-la concretamente ao caso (inciso I). Não é suficiente a indicação da lei que seria aplicável ao caso concreto ou somente a transcrição do enunciado da norma em que se fundamenta o julgado, faz-se necessário que o magistrado explique o porquê da escolha da norma.

b) Não explicar a adequação dos termos jurídicos indeterminados ao caso em julgamento (inciso II). Como a legislação tem se utilizado de conceitos abertos e indeterminados para que uma norma se adeque a diversos casos concretos, deve o juiz justificar a incidência do conceito indeterminado ao caso apresentado para evitar arbitrariedades em sua aplicação.

c) Utilizar argumentos que justificam qualquer outra decisão (inciso III). Pode-se citar, como exemplo, quando o juiz defere uma liminar, afirmando apenas que estão presentes os pressupostos legais. O julgador deve demonstrar seu posicionamento de maneira clara e precisa. Assim “a motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 334).

d) Não enfrentar todos os argumentos das partes contrários à decisão do julgador (inciso IV), pois não raro encontrar nos Tribunais decisões com seguinte fundamento:

[...] o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu (BRASIL, 2014, *online*).

Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 334), esse é um entendimento parcialmente correto, mas, na prática, muitas vezes é mal aplicado e dá ensejo a verdadeiras arbitrariedades. Para os doutrinadores, se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese derrotada, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação, e sendo omissa pode ser objeto de controle por meio de embargos de declaração, conforme art. 1.022, CPC. A exceção a essa regra é quando o argumento já tenha sido analisado e derrotado, quando da formação do precedente obrigatório, em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência, o que dever ser devidamente demonstrado pelo magistrado conforme se vê adiante.

e) Invocar precedente ou enunciado de súmula sem relacionar os fundamentos entre do julgamento anterior com o caso posto (inciso V). O juiz tem de demonstrar a semelhança do caso concreto com o precedente utilizado ou com o quadro fático que ensejou a elaboração de súmula para justificar sua utilização, sendo insuficiente a mera transcrição do conteúdo ou da ementa do julgado.

f) Não seguir súmula, jurisprudência ou precedente invocado pelas partes sem demonstrar a existência de distinção ou a superação do entendimento (inciso VI). O julgador não pode ignorar os precedentes e as súmulas, como se o caso concreto estivesse sendo colocado à apreciação do Judiciário pela primeira vez, só podendo

fazê-lo quando “[...] demonstrar que o caso apresenta distinção em relação ao precedente ou que a tese tratada anteriormente já se encontra superada” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1045).

Em conformidade com o enunciado nº 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2017), a doutrina tem apontado outras hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão. Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 341-402), a decisão não é fundamentada quando não expõe um juízo de valor sobre as provas produzidas pela parte vencida; quando se utiliza de fundamentação *per relationem* sem atentar para circunstâncias específicas; quando não esclarece a ponderação ou o sopesamento feito em caso de conflito normativo; quando não explica a incompatibilidade existente entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional; quando altera orientação jurisprudencial sem fundamentação adequada e específica.

Já Theodoro Júnior (2015, p. 1045) aponta para as decisões: com a fundamentação fictícia, ou seja, a que se apresenta dissociada das circunstâncias do caso concreto; com a fundamentação apenas implícita, a que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; fundamentação que se limita a reproduzir jurisprudência; e fundamentação incompleta.

Ainda preocupado com a fundamentação, o legislador asseverou que, havendo colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (CPC, art. 489, § 2º). O Código autorizou a ponderação, mas o juiz deve esclarecer, na fundamentação, quais critérios foram utilizados. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, por que se trata de exceção - e não, por exemplo, de revogação; no caso do princípio, por que o caso concreto exige a aplicação de um, e não de outro (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 325-326).

O § 3º do art. 489 do CPC chama a atenção para a necessidade de interpretar a decisão a partir da junção de todos os seus elementos – relatório, fundamentação e dispositivo – e em conformidade com o princípio da boa-fé, assim como defendem os seguintes autores:

De fato, sendo a resposta ao caso concreto deduzida de forma participativa, a sentença só faz sentido se a parte efetivamente decisória for lida (e, logo, estiver em consonância) juntamente com a descrição do caso e das teses trazidas (relatório), e alicerçada nos fundamentos (FRANCO *et al.*, 2015, p. 230).

O art. 490 do CPC prevê que o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. A sentença, nesses termos, deverá conter todos os elementos e condições do padrão de sentença exigidos pelo art. 489 do CPC, independentemente se for com ou sem resolução de mérito, e caso desobedeça tal regra, haverá *error in procedendo*, ensejando a invalidade da sentença (SLAIBI FILHO; SÁ, 2017, p. 453).

No que tange ao conteúdo da fundamentação, é conveniente que a justificação siga um caminho lógico analisando-se primeiramente as questões de admissibilidade, depois as de mérito e dentro de cada uma delas primeiro se resolvem as questões de fato, depois as de direito (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 319).

Após a estruturação dos fundamentos, deve o magistrado expor as conclusões das operações lógicas elaboradas na fundamentação por meio do dispositivo, sendo este o terceiro elemento da decisão. O dispositivo é o “elemento nuclear de qualquer decisão” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 349). É no dispositivo que o juiz extingue cada relação processual com base no art. 485, CPC – sem resolução de mérito – ou no art. 487, CPC – com resolução de mérito. Assim, cada conclusão deve ser congruente com a fundamentação de cada questão apresentada no processo.

“Tal significa que no dispositivo haverá tantos comandos quantas sejam as relações processuais, devendo notar que cada parte em determinado polo, cada pedido e cada fundamento de pedir institui uma relação processual” (NCPC, art. 337, § 2º) (SLAIBI FILHO; SÁ, 2017, p. 454).

Para Donizetti (2017, p. 17), o dispositivo “é, em termos práticos, a lei que vai reger o caso concreto,” fazendo clara referência ao artigo 503 do CPC, que assim prescreve: a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. Assim, é de fundamental importância que o dispositivo seja redigido de forma clara, apresentando os limites objetivos da sentença e evitando-se dúvidas quanto a sua interpretação. Destarte, conclui Abboud (2014, p. 63): “daí que, diante de um caso concreto, o dispositivo da sentença consiste na norma, porque possui uma motivação e uma fundamentação, derivada da compreensão histórica e fática do interprete”.

A doutrina entende que a ausência do dispositivo na decisão torna a sentença inexistente conforme se verifica em Didier Júnior, Braga e Oliveira, (2015, p. 350), Donizetti (2017, p. 17), Slaibi Filho e Sá (2017, p. 454) e Theodoro Júnior (2015, p. 1046).

De forma bastante sucinta, apresentaram-se os elementos da sentença buscando-se uma melhor compreensão das inovações erigidas com o Código de Processo Civil de 2015 sobre esse tema. Dessa feita, no próximo capítulo será verificado em qual medida a exigência de fundamentação estruturada contribui para o controle da discricionariedade judicial.

4 O espaço de discricionariedade do juiz na produção das decisões judiciais e os elementos normativos de controle da discricionariedade

O CPC apresenta diversos dispositivos em que a atuação do Estado-juiz poderá ser discricionária sem, contudo, desprezar os ditames constitucionais democráticos. Trata-se de uma necessidade legislativa, pois seria impossível prever todas as vicissitudes de uma sociedade de forma apriorística. Já em outros dispositivos, o legislador atribuiu ao juiz poderes para dirigir o processo. Assim, na primeira parte deste capítulo, será verificada a existência de alguns espaços de discricionariedade do julgador que foram deixados pelo legislador para, na parte final, examinar alguns mecanismos de controle da discricionariedade judicial.

4.1 Permissões legais para a utilização da discricionariedade na produção de decisões judiciais

Verifica-se a existência de espaços para a discricionariedade judicial quando se depara com textos normativos indeterminados. Nesse contexto, encontram-se os conceitos vagos ou indeterminados, em que a indeterminação do texto normativo está apenas nos conceitos e termos que compõem a hipótese fática abstratamente prevista, ou hipótese de incidência. Como exemplo de termos vagos previstos no CPC destacam-se: "tempo razoável" (art. 6º), "bem comum" (art. 8º) "proceder de modo temerário" (art. 80, V), "interesse público" (art. 178, I, e art. 947, § 2º), "preço vil" (art. 891), "grande repercussão social" (art. 947). Conforme indicam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 330-331), nesses casos só há escolha de conteúdo a ser atribuído ao termo vago.

Entretanto, também se encontram no CPC as cláusulas gerais, que são uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos, e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. São exemplos de cláusulas gerais: a cláusula geral executiva (art. 536, § 1º, CPC), o poder geral de cautela (art. 301, CPC), a cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 805, CPC), a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º, CPC), a cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único, CPC). Nesses casos, há discricionariedade na escolha não apenas de conteúdo, sentido a ser atribuído aos termos vagos que a compõem, como também de efeitos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 331).

Seguindo a análise dos espaços discricionários deixados pelo legislador ao juiz, encontra-se a atividade probatória, que, em princípio, é atribuição das partes, porém, como se verá adiante, também pode ser realizada pelo magistrado.

Partindo-se de uma análise histórica, a doutrina cogita dois modelos de organização do processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes, em que predomina o princípio dispositivo. No segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo, prevalecendo o chamado princípio inquisitivo (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.82).

Considerando somente a redação do art. 370 do CPC, pode-se dizer que o nosso ordenamento conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo, adotando-se o sistema inquisitorial. A aplicação exclusiva desse sistema aumenta excessivamente os poderes discricionários do juiz, diminuindo ou até anulando o papel das partes e propiciando o protagonismo judicial.

Outro espaço de discricionariedade é o poder conferido ao juiz para determinar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, podendo ser elas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias inclusive nos processos que tenham por objeto o cumprimento de prestação pecuniária (art. 139, IV, CPC).

Para Câmara (2017, p. 105), essas medidas são subsidiárias às medidas executivas típicas e podem ser aplicadas seja qual for a natureza da obrigação, tanto no procedimento destinado ao cumprimento das sentenças como na execução fundada em título extrajudicial, mas sua aplicação depende da observância do princípio do

contraditório. Ademais, o jurista não admite que essas medidas sejam aplicadas como um castigo ao devedor inadimplente, não sendo aceitáveis decisões que determinam a apreensão de passaporte do devedor, a suspensão da inscrição do devedor no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF).

Quanto ao poder geral de cautela, o CPC autorizou que o juiz possa determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (art. 297), adaptando o procedimento às exigências da causa. A esse respeito assim se manifesta Costa (2016):

Em se tratando de tutela antecipada pecuniária, as normas sobre cumprimento de sentença se prestam como “parâmetro operativo” para a efetivação. A partir delas, o juiz procede discricionariamente a simplificações sumarizadas, construindo-se *in casu* um procedimento atípico para a execução da decisão antecipatória; ou seja, desfigura-se o procedimento geral e abstrato num procedimento abreviado individual e concreto, hábil a sanar prontamente o perigo de *damnum irreparabile* que atormenta o caso concreto (COSTA, 2016, p. 408).

Como se vê neste pequeno apanhado, o legislador não teve pretensão de prever todas as hipóteses processuais no CPC de 2015, haja vista a necessidade de adaptação da legislação à evolução social, bem como a mudança de seus valores, deixando vários espaços discricionários aos magistrados para que estes possam aplicar a legislação a um maior número de casos e por um maior período de tempo.

Contudo, a discricionariedade judicial não pode ser ilimitada, sob o risco de se perder a função garantidora do processo. Sobre esse tema assim se manifesta um dos maiores filósofos do Direito:

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade de proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema. [...] A adesão do juiz é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria (HART, 2001, p. 159).

Dessa forma, faz-se necessário que também se verifiquem alguns mecanismos de controle da discricionariedade objetivando evitar o arbítrio judicial.

4.2 Elementos normativos de controle da discricionariedade na produção de decisões judiciais

O CPC possui diversos mecanismos de controle da discricionariedade judicial que, se forem respeitados, propiciarão um processo mais adequado aos ditames constitucionais. A tentativa de adequação à Constituição se mostra presente desde o primeiro artigo do CPC, em que se determina que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. A esse respeito assim se manifesta Abboud (2014):

Na verdade, do ponto de vista paradigmático, nem se poderia optar pela chamada constitucionalização. Vale dizer: não há escolha ao jurista, seja em teoria ou na prática, em trabalhar ou não com a Constituição. Ela tem plena normatividade. Analisar os institutos jurídicos perante o prisma constitucional é tarefa obrigatória e não mera opção por paradigma teórico (ABBOUD, 2014, p. 92).

Nesse sentido, cabe lembrar que a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa, com todos seus recursos e meios, aos litigantes (art. 5º, LV). Na tentativa de efetivar a Constituição, o CPC trouxe diversos dispositivos que prestigiaram o princípio do contraditório e determinaram objetivamente como este princípio será aplicado ao processo civil. Assevera Gramstrup e Thamay (2017) que, “no CPC o princípio do contraditório foi reforçado, tendo-se agora o que se pode chamar de contraditório-forte”.

Pode-se destacar, no âmbito das normas fundamentais que regem o CPC, o art. 7º, que assegura às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Busca-se com isso garantir o equilíbrio entre as partes (paridade de armas) para que possam efetivamente exercer o contraditório.

O Estatuto Processual vai além e impõe ao magistrado mais uma responsabilidade, determinando que não se profira decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º), com o que se proíbe a decisão-surpresa. Em que pese o próprio artigo fazer algumas ressalvas, permanece a responsabilidade de ouvir as partes, postergando-se esse ato para um momento mais adequado.

Como é na fundamentação da decisão que o juiz expõe os motivos que o levaram a decidir em determinado sentido, merece destaque o art. 10 do CPC, que assim estabelece: o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Embora o CPC traga diversas situações em que o juiz pode atuar de ofício, limitou a discricionariedade judicial quando exige o exercício contraditório, mais uma vez com o objetivo de evitar decisões-surpresa. Observa-se que a lei não impede a atuação judicial, porém exige que essa atuação seja plenamente justificada.

Cabe observar que essas mudanças só foram possíveis após mudança de concepção de um processo ora adversarial, ora inquisitorial, para um modelo cooperativo. Esse modelo é o que mais se adapta ao Estado Democrático de Direito, pois representa uma superação dos paradigmas do liberalismo e da socialização processual.

Nesse novo modelo, cada parte desempenha uma função de forma cooperativa (art. 6º, CPC) e não há protagonismo de nenhum dos sujeitos processuais. Acrescenta Nunes (2008, p. 197) que entre os sujeitos processuais deve existir uma interdependência e não submissão. Desse modo, é essencial que o contraditório seja efetivo, considerando todos os argumentos relevantes para os interessados com ampla participação, buscando-se o equilíbrio e o reforço do papel de todos os sujeitos processuais sem conotação hierárquica.

Tem-se que o direito à prova é conteúdo da dimensão substancial do princípio do contraditório. Além de poder produzir as provas, as partes têm o direito de ver suas provas consideradas no momento da decisão, não podendo o magistrado solenemente ignorá-las e somente analisar as provas que dão sustentação a sua decisão. É imprescindível que o órgão julgador indique também por que as provas trazidas pela parte derrotada não o convenceram (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 42-43). Assim, cabe ao juiz considerar e valorar todo o material probatório constante nos autos sem atenção especial à sua fonte ou origem, desde que lícita (art. 371, CPC).

Não se pode olvidar que para que seja garantido um efetivo contraditório no âmbito do processo jurisdicional, a condição democrática de participação está ligada à possibilidade de os participantes virem a influenciar, com seus argumentos, o provimento jurisdicional (MOTTA, 2017, p. 260-261). Assim a consideração de todos os argumentos suscitados pelos sujeitos processuais influenciará efetivamente na fundamentação das decisões evitando que haja surpresas ao final do processo.

Na perspectiva do princípio do contraditório como direito de informação, manifestação e consideração, em que princípio não é uma mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas garantia de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, incumbe ao juiz conhecer os argumentos das partes e considera-los séria e detidamente, evitando ou reduzindo as possibilidades de surpresa no processo (FRANCO *et al.*, 2015, p. 69). Nesse mesmo sentido, manifestam-se Oliveira e Silva Filho (2016): “a previsibilidade dos comportamentos e decisões dos juízes está calcada no fato que eles próprios estão sujeitos (ou vinculados) a regras, o que dá a previsibilidade de suas decisões”. Trata-se, portanto, de uma característica do Estado de Direito.

Destarte, o momento oportuno para o juiz demonstrar que efetivamente considerou os argumentos das partes é na fundamentação. Assim sendo, o seguinte posicionamento não encontra respaldo constitucional:

Além do convencimento das partes (nem sempre alcançado) e da compreensão do caso pela opinião pública, é por meio da fundamentação que o juiz aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos e indicando os motivos que lhe formaram o convencimento, ainda que não alegados pelas partes (DONIZETTI, 2017, p. 10).

Se tal entendimento fosse admitido, aceitar-se-ia que a decisão é um objeto a serviço da vontade do magistrado. A fundamentação não pode ser admitida como um ato de legitimação de um entendimento anterior ao processo, ela deve surgir calcada em “aspectos relevantes e racionais” que levam em consideração todos os argumentos jurídicos trazidos pelas partes ao processo, de forma “comp participativa e policêntrica”, aplicando as normas e precedentes relacionados ao caso “sem inovações solitárias” (NUNES, 2008, p. 162 e 181).

Em um Estado Democrático de Direito não se pode confiar à magistratura a função de captar todos os valores de uma sociedade complexa. O juiz deve garantir os direitos fundamentais e, em conjunto com os demais sujeitos processuais, produzir uma decisão a partir do processo democrático, a qual respeita o contraditório. Em

crítica a essa postura ativista do juiz e apontando seus problemas, destaca-se o seguinte posicionamento de Luiz (2013):

[...] sem considerar a coerência e a integridade do direito, o magistrado busca de forma dissociada da história a solução mais justa para o caso concreto, como se este grau de justiça estivesse contido na sua sensibilidade, na intuição daquilo que seria o melhor, o desejável para os envolvidos. Isso acarretou a instabilidade sistêmica do direito: a imprevisibilidade das decisões judiciais. Na medida em que cada juiz, por meio do seu livre convencimento, passou a decidir de forma subjetivista, casos similares passaram a ser apreciados de forma totalmente diversa, variando a decisão conforme o juízo ao qual foram submetidos (LUIZ, 2013, p. 73).

Dessa feita, a dicotomia do bom e do mau ativismo não deve ser aceita tendo em vista que toda manifestação de ativismo é uma atividade perniciosa para o regime democrático (ABBOUD; LUNELLI, 2015). No Estado Democrático de Direito, não se admite mais o exercício de qualquer poder estatal sem a devida justificação, de forma autoritária e desgarrada dos ditames constitucionais. Nesse sentido, a fundamentação das decisões judiciais assume especial relevância tendo em vista que permitirá o controle da decisão no âmbito do próprio processo, bem como no âmbito externo pela via da democracia participativa. “Ainda não se encontrou melhor remédio contra o arbítrio e o decisionismo que a boa e velha fundamentação” (COSTA, 2016, p. 410). Dessa forma, “quando a questão jurídica do cidadão é examinada por um juízo discricionário, na realidade, está sendo-lhe conferida uma resposta não jurídica” (ABBOUD, 2014, p. 484).

Não é aceitável, tão pouco lógica, a ideia de que o cidadão tenha o direito a qualquer de seus bens da vida tolhidos pelo Estado-juiz sem que se tenha a devida ciência dos motivos que fundamentaram a decisão em seu desfavor. A fundamentação permite ao cidadão que, caso queira e seja cabível, tente impugnar uma decisão perante o órgão judiciário *ad quem*, consubstanciando em verdadeiro exercício do contraditório. Nesse sentido, assim se manifestam:

O prestar contas parece ser confundido costumeiramente com a ideia de submissão e de subordinação, traduzindo-se em perda de poder. De fato o *accountability* é submeter-se, mas não a outro poder, não à vontade de todos e nem à vontade de alguns. É submeter-se às regras do jogo, jogo este que gera expectativas de uma certa estabilidade que revela-se quando as vemos efetivadas a partir de horizontes autênticos (no sentido gadameriano) e não a partir de verdades deduzidas da racionalidade e da razoabilidade do julgador. Prestar contas é um ato republicano (OLIVEIRA; SILVA FILHO, 2016, p. 3).

A fundamentação tem de ser completa, pois tanto a ausência, quanto a deficiência de fundamentação de uma decisão prejudicam o seu controle. Como consequência, tem-se um atraso na marcha processual, haja vista que, na fase recursal, primeiramente, terá que descobrir qual a fundamentação da decisão para só depois

impugnar o seu mérito. Dessa forma, a ausência ou deficiência de fundamentação devem ser consideradas nulas nos termos constitucionais e do próprio CPC.

Seguindo o raciocínio, tem-se que a fundamentação é um verdadeiro pressuposto lógico antecedente do ato decisório. Não merece acolhida a tese que defende a fundamentação como justificação de um entendimento anterior ao processo. A esse respeito merece destaque a seguinte descrição:

Importante questão apontada na citação refere-se ao manifesto caráter ativista do chamado *results-oriented judging*. O termo (cuja melhor tradução para o português parece ser “decisões orientadas por seus resultados”) designa situações em que o julgador, tendo previamente escolhido o resultado que melhor expressa as suas convicções pessoais e o seu senso de justiça, passa a buscar uma maneira jurídica de justificar sua decisão. Primeiro decide-se (ou, para sermos mais claros, “escolhe-se”) o resultado almejado e só depois são buscados elementos para sustentar as escolhas feitas. Trata-se, evidentemente, da invasão da vontade dos julgadores no desfecho das decisões (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 5).

Nesse mesmo sentido, Abboud (2014, p. 32) ainda destaca que “para se resguardar a democracia constitucional, é necessário que uma questão jurídica seja decidida a partir de parâmetros jurídicos, e não pelos valores morais, éticos ou religiosos do julgador”. Assim será uma postura ativista do julgador sempre que ele fundamentar sua decisão em convicções pessoais passando a ignorar o sentido da lei democraticamente instituída. É necessário a que a decisão busque uma resposta adequada à Constituição como se vê:

Em outras palavras, a resposta constitucionalmente adequada, enquanto direito fundamental do cidadão, é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolver a ideia do que significa fundamentar e do que significa justificar (e, assim, cumprir fielmente o mandamento constitucional constante no art. 93, IX, da CF) (STRECK, 2008, p. 10).

Pode-se perceber que a lei, buscando uma resposta adequada à Constituição, possui diversos mecanismos de controle do subjetivismo do julgador que, se forem efetivamente respeitados, serão verdadeiros elementos normativos de controle da discricionariedade.

5 Conclusão

Durante o trabalho, discorreu-se sobre os paradigmas estatais e sua influência no processo civil, tendo em vista o alto valor para este estudo dos princípios fundamentais do processo surgidos com a democratização processual. Também foram abordados, de forma sucinta, os elementos essenciais da sentença previstos no art. 489, § 1º do CPC, tendo em vista que o objetivo central deste trabalho foi averiguar se a fundamentação das decisões judiciais é um pressuposto lógico antecedente para a tomada de decisão por parte do magistrado. Também se almejou investigar se

fundamentação, aliada com o respeito às normas fundamentais do processo, poderia ser um mecanismo de controle da discricionariedade judicial.

A partir do que fora estudado, chega-se a conclusão de que o Estado Democrático de Direito demanda respeito de todos à Constituição democraticamente promulgada, inclusive por parte dos agentes que representam o Estado, pois não se pode admitir que o exercício de poder de qualquer agente público seja livre e descontrolado.

No que tange à atividade jurisdicional, mais notadamente ao processo civil, acredita-se que o controle da discricionariedade judicial será alcançado pela efetivação dos elementos normativos de controle da discricionariedade previstos na Constituição e no CPC, sendo eles o respeito ao contraditório e o dever de fundamentação das decisões. Tem-se ainda que a legitimação da atividade jurisdicional somente seja alcançada com a adequada fundamentação da decisão, em conformidade com o art. 489, § 1º do CPC.

A decisão devidamente fundamentada em elementos produzidos dentro processo permite conhecer qual o encadeamento lógico utilizado pelo magistrado para chegar à conclusão e facilita o convencimento das partes e do cidadão em geral que a decisão proferida é a que melhor se ajusta ao caso posto. Caso esse convencimento não seja alcançado, as partes do processo poderão propor recursos contra o que fora decidido, exercendo um controle interno ao processo sobre a discricionariedade judicial. Já o controle externo será viabilizado por meio da democracia participativa, exercido pelo povo, em cujo nome a sentença é pronunciada.

Uma das principais funções do magistrado no processo civil é zelar pelo efetivo contraditório, cuidando para que as partes tenham oportunidade de produzir provas e argumentar na defesa de seus direitos. Se o contraditório for efetivamente respeitado durante o processo, quando da decisão, o magistrado terá uma base sólida para fundamentar a decisão.

Entende-se que o magistrado somente poderá decidir após a fundamentação, pois será por meio dela que considerará todos os argumentos e provas anteriormente trazidos ao processo demonstrando racionalmente porque decidiu em favor de determinada parte. Não é adequado e nem lógico que se decida e depois busque fundamentar sua decisão nos elementos do processo e no ordenamento jurídico.

Assim, no Direito Processual Democrático não se admite que se decida um caso concreto sem o devido embasamento jurídico. Portanto, se o magistrado decidir primeiro para só depois fundamentar, tem-se que sua decisão levou em conta somente suas convicções pessoais e seus próprios valores, sendo que toda a produção processual foi em vão. De nada adianta produzir provas e apresentar argumentos se a decisão já fora tomada no íntimo do julgador, em sua consciência, antes mesmo do devido processo em contraditório.

Por tudo que foi exposto, defende-se a importância do presente estudo, pois sem pretender esgotar o assunto, tentou-se demonstrar que a fundamentação é um pressuposto lógico antecedente da decisão judicial, não sendo possível que o magistrado forme sua convicção antes de analisar detidamente toda a produção processual e considerá-la quando for decidir. A fundamentação também se apresenta como mecanismo essencial de controle da atividade jurisdicional no Estado

Democrático de Direito, tendo em vista que o desconhecimento dos fundamentos da decisão impede a avaliação de sua qualidade e adequação face à Constituição.

Referências

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, v. 242/2015, p.21-47, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015e19faaf3743611660&docguid=Ief532e90418511e5b17b010000000000&hitguid=Ief532e90418511e5b17b010000000000&spos=2&epos=2&td=92&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false &isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BAHIA, Alexandre *et al.* *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 594.615/PA. Agravante: Município de Belém. Agravado: Ruth Helena Ferreira de Sousa. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 20 de novembro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 04 dez. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=319997&b=ACOR&p=true&l=10&i=19>. Acesso em: 08 ago. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009941/cfi/6/2>. Acesso em: 10 ago. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da Tutela Provisória. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 397-455. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 05 ago. 2017.

CUNHA, Alexandre Sanches; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (coords.) *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Saberes do Direito v. 62). Disponível

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502177987/cfi/0>. Acesso em: 26 jun. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; 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*, vol. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção Direito Desenvolvimento Justiça. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502140042/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 24 jun. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Redigindo a sentença cível*. 8. ed. rev., atualizada e reformada. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011364/cfi/6/10!/4/20/2@0:65>. Acesso em: 03 ago. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (Florianópolis) (org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: VIII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. 2017. Coordenação geral de Fredie Didier Júnior. Disponível em: https://www.academia.edu/34423076/FPPC_-_Forum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_Carta_de_Florianopolis.pdf. Acesso em: 07 out. 2017.

FRANCO, Alexandre Melo *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Motivação das decisões judiciais. *Revista de Processo*, v. 267/2017, p.89-127, maio 2017. Disponível em: <http://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015e1f698713b867664a&docguid=Icf64d36020cf11e7b2cc01000000000&hitguid=Icf64d36020cf11e7b2cc01000000000&spos=24&epos=24&td=3500&context=99&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&start Chunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 ago. 2017.

HART, Herbert Adolphus Lionel. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. 272 p. (Coleção: Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, v. 3).

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Processual, Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 95/2016, p.247-270, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015e1a8ee889d2d1b56a&docguid=Ic07bce900cfc11e6ad84010000000000&hitguid=Ic07bce900cfc11e6ad84010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 abr. 2017.

SLAIBI FILHO, Nagib; SÁ, Romar Navarro de. *Sentença cível: fundamentos e técnica*. 9. ed. rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973599/cfi/6/12!/4/2/4@0:0>. Acesso em: 03 ago. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Da "justeza dos nomes" à "justeza da resposta" constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 22/2008, p.134-154, jun./dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015e1a73a4432c4c98d7&docguid=I01cdc2b0f25811dfab6f010000000000&hitguid=I01cdc2b0f25811dfab6f010000000000&spos=15&epos=15&td=15&context=175&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 abr. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I*. 56. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p.317-354, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/787/631>. Acesso em: 15 nov. 2017.