

## **O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DO LIVRE CONVENCIMENTO: ANÁLISE EM UM UNIVERSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL - O SUJEITO SOLIPSISTA QUE NÃO SE ADMITE.**

**Lucas Trompieri Rodrigues**

**Resumo:** O artigo busca discutir a questão da motivação de decisões judiciais, expondo o previsto no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, em um universo de judicialização da política e ativismo judicial. Trata-se de assunto de extrema importância em um Estado Democrático de Direito, havendo, de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, o dever de o Estado-Juiz fundamentar suas decisões. Esse dever de motivar se converte em um direito de ordem fundamental do cidadão, sendo relevante questionar o que seria uma decisão efetivamente fundamentada, ante o protagonismo do Poder Judiciário e a perspectiva da filosofia da consciência que parece ter forte apelo no sistema jurisdicional brasileiro. Com base neste último conceito se ampara a “criação” do direito, perante os juízos de primeiro grau e tribunais, conforme convicções pessoais, campo de “decisionismos” ou arbítrio que ferem o ideal constitucional de fundamentação.

**Palavras-chave:** Motivação de decisões judiciais. Judicialização da política. Ativismo judicial. Direito fundamental. Filosofia da consciência. “Decisionismos”. Arbítrio.

**Abstract:** The article seeks to discuss the motivation of judicial decisions, exposing the provisions of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, in an universe of judicialization of politics and judicial activism. This is a matter of extreme importance in a Democratic State of Law, as expressed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, the duty of the legal State to base its decisions. This duty to motivate becomes a fundamental right of the citizen, and it is relevant to question what would be an effectively reasoned decision, in view of the protagonism of the Judiciary and the perspective of the conscience philosophy that seems to have a strong appeal in the Brazilian jurisdictional system. On the basis of this last concept, the "creation" of the law would be protected, according to personal convictions, a field of "decisionisms" or arbitration that hurt the constitutional ideal of reasoning.

**Keywords:** Motivation of judicial decisions. judicialization of politics. Judicial activism. Fundamental right. Consciousness philosophy. "Decisionism". Discretion.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.**

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 – CPC/15 - trouxe previsão normativa de destaque para as considerações que serão apresentadas neste artigo, quanto ao dever de motivar decisões judiciais. No art. 489, §1<sup>o</sup>, do Código Processual, há um conjunto de situações práticas que instigam a considerar decisões judiciais sem fundamentação, inovação legislativa que enriquece o debate acerca das motivações.

No antigo Código de Processo – CPC/73 -, apesar de haver previsão de necessidade de motivar os provimentos, não se estipulava qualquer disposição tão clara quanto à existente no CPC/15. O legislador atuou de forma a tratar com maior cuidado o dever de fundamentação, provocado pela prática estabelecida por juízes e tribunais espalhados pelo país – que muitas vezes falham em seus papéis constitucionais, colocando em risco a estabilidade do Judiciário.

Amparou-se, portanto, por meio do diploma infraconstitucional, o próprio texto Constitucional e sua previsão de fundamentação das decisões. A partir do momento em que o regramento processual existente se torna mais claro e expresso, é possível pensar em um “adensamento” da estipulação constitucional, bem como em benefícios na ordem de segurança jurídica. Nada mais do que a previsibilidade do comportamento do Estado-Juiz no exercício da atividade jurisdicional ao permitir contornos mais precisos para compreender uma decisão como fundamentada, o que

---

<sup>1</sup> Art. 489 (CPC/15). São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1<sup>o</sup> Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

seria um imperativo a ser observado por julgadores - buscou-se afastar, portanto, decisões arbitrárias.

O assunto permite discussões, havendo posições diversas a partir da perspectiva de magistrados, advogados ou outros operadores do Direito. Em uma análise da prática jurisdicional, verifica-se ainda certa desconsideração da amplitude do dispositivo legal, até mesmo por tribunais superiores. O que não parece ser o melhor caminho a trilhar, em uma avaliação constitucional da matéria.

A previsão constitucional de fundamentar ou motivar decisões judiciais está no art. 93, IX<sup>2</sup> do texto Magno. Saliente-se que não estamos diante de norma vazia, mas de importante elemento a ser considerado pelo sistema de Justiça. Não se pode considerar a disposição estabelecida pelo constituinte originário como uma “lógica”, uma norma constitucional da qual nada se espera.

Nessa perspectiva, o CPC/15 segue em um bom curso, ao visar estimular a atividade judicante a efetivamente observar previsão da Constituição de fundamentação. Fala-se aqui, na verdade, no devido processo legal, a possibilitar uma ampla análise de conjuntos decisórios.

Quanto ao “livre convencimento motivado”, previsto no Código de Processo de 1973<sup>3</sup>, foi retirado do conjunto normativo atual. Na perspectiva adotada neste artigo, tal fato ocorre, visto que a mencionada “liberdade” seria incompatível com dever de fundamentar previsto na Constituição. Os provimentos jurisdicionais não podem ser baseados em livres convicções, não em um Estado que se pretende Democrático de Direito.

Para Lucio Delfino e Ziel Ferreira Lopes:

[...] Em escritos mais recentes, a ênfase atribuída por nós a essa novidade é nada menos que notória – um dos pontos altos do novo

---

<sup>2</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>3</sup> Art. 131 (CPC/1973). O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

CPC: representa passo fundamental para a superação de resquícios do velho positivismo fático (realismo jurídico) que ainda tem lugar de relevo na mente de muitos profissionais que militam no foro. Algo, aliás, sempre e desde há muito elucidado por Lenio Streck, o mentor da emenda supressiva do livre convencimento. (...) Acertou o legislador ao proscrever do sistema processual esse rastro autoritário ainda sustentado pelo CPC-1973 e que mantém escancarada, em pleno século XXI, uma janela para emanações concretas da ideologia socialista no palco processual (Menger, Klein, Bulow), confiando aos julgadores liberdade para decidirem conforme pensam e segundo a prova que melhor se amolde ao seu pensamento, desde que depois se justifiquem, como se o dever de fundamentação (por mais oneroso que se apresente) impermeabilizasse sozinho o livre atribuir de sentidos<sup>4</sup>.

A discussão descrita assume ainda maior relevância, uma vez analisado o contexto de judicialização da política, bem como do ativismo judicial. Conceitos esses próximos, mas que não se confundem e de forma conjunta representam uma primazia do Poder Judiciário, ante outros Poderes da República, por causas múltiplas, algumas das quais serão abordadas nas linhas seguintes deste artigo.

Havendo o destaque do Judiciário com o ganho de importância aventado, deve-se atentar ainda mais para os provimentos jurisdicionais proferidos e suas fundamentações. Pois o dever não é de apenas fundamentar, mas demonstrar a aplicação correta do ordenamento jurídico pátrio, com o primado da Constituição.

Não há espaço para “decisionismos”, discricionariedade ou arbítrio na ordem constitucional. Aos juízes não se permite a utilização de crenças pessoais no momento decisório, do contrário não haveria como se vislumbrar segurança jurídica, estar-se-ia tutelando um processo inventivo, com toda a carga negativa que a palavra possa ter, onde o Direito posto não possui relevância, acaba por ser deixado de lado, sendo substituído por opiniões subjetivas.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em abordagem de princípios democráticos:

A democracia contemporânea, do ângulo jurídico, pode ser resumida nalguns princípios. Ou seja: 1) ela tem o povo como fonte de todo poder – princípio da soberania popular; 2) todavia, o povo não exerce o poder, mas o faz por meio de representantes – princípio

---

<sup>4</sup> DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. Justificando. Abr./2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>> Acesso em: 8 abril 2019.

representativo – embora excepcionalmente o exerça; 3) tal poder é, ademais, limitado por freios e contrapesos e, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos – princípio da limitação do poder<sup>5</sup>.

Vive-se em um Estado Democrático de Direito, fato que gera implicações e deve ser necessariamente considerado por todos os operadores do Direito. Os freios e contrapesos estabelecidos pelo sistema, por exemplo, devem ser acatados – não respeitando-os, tem-se a tensão entre o ativismo solipsista e a democracia.

Com o objetivo de expor o tema com acuidade, parte-se de uma análise do dever de fundamentação de decisões judiciais, envolvendo a Constituição e o CPC/15, passando-se para a contextualização da judicialização da política e do ativismo judicial, de modo a estabelecer um posicionamento crítico ao solipsismo – fenômeno atrelado à filosofia da consciência – prática nociva, conforme se estabelecerá.

Adiantando um pouco da temática, expõe-se posição de Lênio Streck que, discorrendo sobre o sujeito solipsista, constrói um argumento com base na concepção de arbitrariedade:

O sujeito solipsista é o *Selbstsüchtiger*, ou *viciado em si mesmo*. É aquele que se coloca na contramão dos *constrangimentos cotidianos*: isto é, ignorando que o dia a dia nos ensina que não se pode estabelecer sentidos arbitrários às palavras, ele *pensa* que pode e assim o *faz*, pois dá às palavras o sentido que quer<sup>6</sup>.

Tecidas as premissas iniciais, compreende-se que a indicação de motivos de decisões judiciais, de forma simples, não inviabiliza o arbítrio. A palavra motivar, neste trabalho, assume um diferente patamar, em especial com a verificação da judicialização da política e do ativismo judicial, exposição dos próximos tópicos.

## **2. MOTIVAÇÃO/ FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.**

---

<sup>5</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.51.

<sup>6</sup> STRECK, Lênio Luiz. Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>>. Acesso em: 8 abril 2019.

Quando se alude ao Estado Democrático de Direito, busca-se destacar o primado da lei. Em qualquer Estado com as características antes expressas não se admite abusos de qualquer ordem, destarte é necessário que o dever de fundamentação de decisões seja efetivamente considerado um encargo. Caso contrário, estar-se-ia tutelando decisões arbitrárias que não esclarecem aos seus destinatários as razões que a chancelam com base no arcabouço normativo existente.

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988 – alinha-se ao posicionamento apresentado, a partir do momento em que traz a obrigação de motivar decisões, sob pena de nulidade. Há ainda uma perspectiva subjetiva da norma que correspondente ao direito fundamental dos cidadãos de ter decisões devidamente fundamentadas. Os magistrados no exercício da profissão possuem o dever de atentar aos ditames constitucionais e trabalhar para concretizar o texto maior da República.

Como imaginar que o cidadão não possua a prerrogativa de saber em qual medida e em que termos uma decisão judicial o favorece ou não? Não havendo motivação real, que se estabeleça entre as balizas existentes no mundo jurídico, não há como se falar em decisão válida.

Como sustentar um Estado Democrático de Direito em que o campo decisório de juízes não é marcado por fundamentação de acordo com o regramento jurídico existente? Não se autoriza, conseqüentemente, sujeitos solipsistas, a filosofia da consciência – o uso de convicções pessoais, elementos que serão oportunamente explicitados, a cumprir com o desiderato do estudo.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero tratam, por exemplo, da questão de padronização de decisões, questão costumeira quando se fala em decisões imotivadas, comportamento inadmissível que fere o direito constitucional do jurisdicionado de ter suas demandas respondidas de forma fundamentada:

Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto. A existência de respostas padronizadas que servem indistintamente para qualquer caso justamente pela ausência de referências às particularidades do caso demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Com

fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado<sup>7</sup>.

O Direito como um dos fenômenos relevantes da vida humana não ampara qualquer agir irresponsável, não se tolera autoritarismos. O que orienta as condutas são as leis. Daí se tem o dever de fidedigna fundamentação como cláusula pétrea, considerando-o como um direito de ordem fundamental do jurisdicionado, inviável de ser abolido sem descaracterizar o núcleo duro da ordem jurídica posta.

Nelson Nery Junior, esclarecendo a concepção de motivação, a partir de um viés substancial, diz:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões de fato e de direito que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão<sup>8</sup>.

Uma decisão motivada, portanto, é uma decisão que respeita a Constituição, onde as razões que apoiam um dado julgamento são apresentadas, é necessário clareza, coerência do raciocínio e completude da resposta à provocação do jurisdicionado. O CPC/15 ajuda na compreensão, ao estabelecer balizas mínimas a serem observadas pelas decisões motivadas, “regulamentando” a matriz do texto magno.

Sabe-se que o papel do julgador é de grande importância no processo jurisdicional, mas as partes por intermédio de seus causídicos também possuem peso, vez que todos são participantes do processo criatório do Direito, seja apresentando a demanda, estabelecendo os limites da lide pelos pedidos ou apresentando a tese de resistência em contestação.

A começar de uma decisão fundamentada, quando é dada importância à atuação de todos os sujeitos processuais, o trabalho de elaboração de teses recursais, por exemplo, se amplia, a possibilitar bons meios de reforma de eventuais equívocos. Dado isso, existe a indispensabilidade de fundamentação para o devido processo legal,

---

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: Editora RT, 2015. V2. P. 444-455.

<sup>8</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 9ª. ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p.286.

controlando a imparcialidade do julgador, a legalidade da decisão, bem como em que medida houve respaldo ou enfrentamento aos argumentos da defesa.

Fundamentar garantirá de forma inequívoca a legitimidade democrática de uma decisão, observando-se as alegações das partes em sua completude. O art. 489, §1º, do Código Processual, como já dito, fortalece a disposição constitucional, concretiza o disposto no art. 93, IX da CRFB/1988.

De acordo com Humberto Santarosa de Oliveria:

[...] o dever de motivação das decisões jurisdicionais somente alcança o status de garantia fundamental do cidadão com a Constituição datada do final da década de oitenta, quando do movimento de resgate da democracia no Brasil. O documento promulgado – ou melhor, a norma jurídica – simboliza o nascedouro do Estado Democrático de Direito, em verdadeira resposta aos mazeados Estados Liberal e Social pelos quais o país atravessou, trazendo em seu bojo a previsão das mais diversas garantias inalienáveis dos cidadãos<sup>9</sup>.

A posição da Constituição no ordenamento jurídico torna a questão de compreensão natural, há supremacia do texto constitucional. A norma ocupa patamar mais elevado e é fundamento de validade de toda a ordem jurídica. A legitimidade do Poder Estatal, incluindo-se o Judiciário, existe a partir da norma superior. A disposição do Código Processual Civil sublinha a mencionada supremacia ao estabelecer um rol exemplificativo a ser observado no processo de jurisdição, do dizer o direito.

Aponta-se, no regramento processual, o que não seria uma decisão fundamentada. Doravante, abre-se espaço para chegar à conclusão do que seria uma decisão fundamentada. As orientações previstas em norma infraconstitucional fazem com que a ideia de motivação não fique vazia. São requisitos mínimos. A partir deles se concretiza o ideal constitucional, a viabilizar o controle de decisões.

Defendido o papel da inovação do CPC/15, amparando e fortalecendo o fundamento constitucional de motivação de decisões, cabe apontar que os juízos de primeiro grau e tribunais pátrios controvertem sobre o tema. Aparentemente, a importância da motivação não é vista da mesma forma por todos os operadores do direito.

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais. Revista ética e Filosofia Política – n. 15 – volume 2 – Dezembro de 2012. p.131.

Argumentos como a desnecessidade de enfrentar todas as teses apresentadas para firmar posição parecem destoantes da teoria que deveria imperar. Qual a razão de não enfrentar certos argumentos? Não é razoável ignorar, escolher teses sem critérios. Deve-se motivar, mesmo que para alegar a ausência de confronto a teses. Questiona-se, dessa forma, que tipo de jurisdição seria esta.

Para Jorge Miranda:

A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irreduzíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber como sujeita ao influxo das normas e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no *subjectivismo* ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação da norma – realidade constitucional<sup>10</sup>.

Para relacionar de forma direta os apontamentos tradicionais sobre a temática expostos, nas primeiras linhas deste tópico, com o presente estudo, é imprescindível destacar que além de a decisão ser clara, coerente e completa, nunca poderá ser fruto de um aspecto unicamente pessoal. Deve haver responsabilidade ao decidir. Esclarecer o que é fundamentar de forma suficiente, com amparo legal. Os argumentos apresentados são relevantes para se chegar ao desenlace de que o dever de fundamentar se contrapõe ao livre convencimento, prática que se amparava apenas no antigo Código de Processo.

Não há mais nenhum reduto normativo da livre convicção e a partir da construção do artigo processual, que traz os parâmetros de uma decisão fundamentada, pode-se falar em incompatibilidade com o Código de 2015, bem como com a Constituição. Ora, o processo interpretativo exercido por juízes é criador do Direito, mas existe um conjunto normativo a ser observado no processo. Não há caminho para a discricionariedade do julgador na formação do seu convencimento.

Conferir poderes de tal monta aos julgadores, colocaria em risco até mesmo garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa. Afastar subjetivismos

---

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 288.

indevidos do magistrado, de modo a garantir o Estado Democrático de Direito, é medida que se impõe.

A inovação processual civil nada mais foi do que uma reação a uma provocação, qual seja um universo de provimentos jurisdicionais inadequados, amparados em jurisprudência defensiva de tribunais que contrariam a CRFB/1988, a contar do descumprimento do dever de motivar que pode acontecer, entre outras hipóteses, com a deliberação e julgamento a partir tão somente da “livre consciência”, desconsiderando as balizas normativas estabelecidas pelo Legislador. Em outras palavras, o universo das leis se torna morto e o caráter criacionista do processo de jurisdição atinge níveis que colocam em risco a ordem constitucional democrática.

### **3. ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O SUJEITO SOLIPSISTA.**

Não se pretende neste artigo esgotar o debate sobre ativismo judicial e judicialização da política, não corresponde ao objeto da pesquisa. Contudo, o tratamento do ideário central desses dois fenômenos é imprescindível e será suficiente para a análise pretendida do argumento que aqui se coloca.

Ativismo e Judicialização são fenômenos distintos, mas intrinsecamente relacionados. A questão conceitual não é irrefutável, existem diferentes perspectivas, não sendo adequado falar em correção ou incorreção de determinados pensamentos. Mas o primado do Judiciário surge como ponto em comum, de modo geral.

Essa constatação inicial já abre espaço para considerações. Daniel Sarmento, a observar o papel de instituições na República, assim disserta:

[...] essa obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: A novas faces do Ativismo Judicial. 2ª tiragem. Salvador: Juspodivm. 2013. P. 84.

O novo patamar judicial, exacerbado, produz preocupações, pois em muitas situações, tem gerado julgamentos fundados em mero arbítrio, sem motivação, num processo criatório do direito que não pode ser visto como típico. Tratam-se de “invenções” que ultrapassam o arcabouço jurídico existente, assumindo a alcunha de ativismo judicial. Frise-se, um ato único de vontade como componente de uma decisão judicial apenas permite uma visão irracional e incompatível com o quadro constitucional pátrio.

Um dos caminhos interpretativos desenvolvidos por estudiosos aponta o ativismo como uma postura do julgador, com a interpretação do arcabouço legal posto em detrimento da atividade legiferante do Parlamento. O ativismo se relacionaria, sob esse enfoque, a decisões baseadas apenas em convicções pessoais, um processo criativo/imaginativo, onde o julgador diz no exercício de sua profissão, ao formatar e proferir decisões, o que não se poderia, contrapondo-se à ordem legal.

Lênio Streck, dispondo sobre o tema, traz uma visão ampla do ativismo, da seguinte forma:

Solapar direitos legítimos, que materializam garantias constitucionais, é, sim, ativismo. Na veia. Só que às avessas. Permitir que o Legislativo faça o que bem entende, reduzindo a democracia a uma questão formal, à maioria e nada mais que a maioria, é, também, ativismo. Dizer mais do que se deve dizer, inventando direito, é igualmente ativismo; assim como dizer menos do que se deve dizer... também é ativismo<sup>12</sup>.

Outros estudiosos apontariam o ativismo como uma performance do Judiciário em seara de outros “poderes”, fora de seu caminho usual, buscando concretização de seu papel constitucional. Pode-se verificar o fenômeno de forma clara com a atuação judicial em âmbito de implementação de políticas públicas, área própria do Poder Executivo.

Os enfoques conferidos ao fenômeno, como aferível, são diversos. Ao tratar do ativismo, Luís Roberto Barroso assevera, fundado em noções de participação e postura, o seguinte:

---

<sup>12</sup> STRECK, Lênio. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>>. Acesso em: 06 abril 2019.

A ideia 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<sup>13</sup>.

A perspectiva adotada por Luís Roberto Barrosa sinaliza um entendimento mais permissivo ao ativismo judicial, adequando-o aos termos constitucionais. Os defensores do ativismo, da forma colocada, vão sinalizar no sentido de correspondência a uma primazia do Judiciário para preservação de direitos de índole constitucional. O primado da Constituição justificaria o agir ativista. Percebe-se que classificar uma decisão como ativista ou não nem sempre será uma tarefa fácil.

Contrapondo-se à visão mais elogiosa apresentada, existem teorias no sentido de que, havendo respaldo constitucional para a atuação jurisdicional e para a decisão proferida, não haveria qualquer ativismo, este existiria apenas na extrapolação dos limites da Constituição, com decisões criadoras infundadas, baseadas em convicções pessoais. Se o objetivo é concretizar o texto da Constituição, a partir de corretas técnicas hermenêuticas, não ocorreria qualquer usurpação de “poderes” ou competências.

No ponto de vista de Georges Abboud:

O ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo<sup>14</sup>.

Do mesmo modo, segundo Fernando Vieira Luiz:

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: < [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) >. Acesso em: 06 abril 2019.

<sup>14</sup> ABOUD, Georges. Discricionarietà administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. RT, 2014.

No ativismo há a substituição dos juízos institucionalmente (e democraticamente) estabelecidos – através de um ordenamento jurídico construído sob a égide de uma Constituição democrática, ou seja, numa ordem em que há uma filtragem hermenêutico-constitucional das leis - pelos juízos dos próprios magistrados<sup>15</sup>.

Na acepção negativa do termo, que hodiernamente aparenta se sobressair, observa-se um Judiciário atuando fora de seus limites, uma falta de harmonia no sistema ou violação da separação de poderes. Os provimentos judiciais estariam viciados por desrespeito às demarcações do texto fundamental. Decisões controversas que poderiam colocar em risco a legitimidade do sistema decisório.

Ainda em uma análise desenvolvida por Lênio Streck, a versar sobre o “criacionismo jurídico” e o decisionismo:

Isto porque a caixa de pandora do “criacionismo jurídico” (que, fazendo uma paródia, é “antievolucionista”, acreditando na fé do intérprete e não na estrutura do Direito), de onde se tira todo tipo de decisionismo, de subjetivismo, livre convencimento, enfim, todo tipo de decisão *ad hoc* fundamentada em nada além da consciência daquele que escolhe. Direito vira “escolha a partir da opinião pessoal”<sup>16</sup>.

O autor ataca de maneira direta a problemática da pesquisa, a questão da fundamentação real. Uma decisão ativista, motivada com base tão só em consciência, em livre convencimento, ignorando os limites constitucionais, não pode ser compreendida como uma decisão válida, visto que ignora o Direito.

Cumpra agora estabelecer algumas premissas sobre a Judicialização da Política. Não é um tema recente, mas ganhou popularidade distinta nos últimos anos, com a ampliação da litigiosidade. Significa, de forma simples, o deslocamento do debate sobre determinados temas do âmbito da política para o Judiciário. Apresenta-se um crescimento de demandas, sobre os mais diversos temas, perante os tribunais.

Mais uma vez, tem-se a ideia de protagonismo do Judiciário em face de outros poderes. É a atribuição disseminada estabelecida ao poder Judiciário em democracias da contemporaneidade. Distintos podem ser os fatores da Judicialização,

---

<sup>15</sup> LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>16</sup> STRECK, Lênio. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>>. Acesso em: 06 abril 2019.

como a falência de instituições (Executivo e Legislativo), a própria democracia e a necessidade de concretizar direitos, o controle de constitucionalidade de leis, a ampliação da litigiosidade das relações etc. É uma face do ativismo, mas que com ele não se confunde.

O ativismo está atrelado a escolhas decisórias, a partir de interpretação de normas. Representa um agir. Na judicialização, Executivo e Legislativo perdem parte de suas atribuições decisórias (caráter político) para o Judiciário, ante sua inércia.

Lênio Streck disserta sobre o tema:

[...] a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, constituindo um ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos<sup>17</sup>.

Dentro do contexto narrado, coloca-se a importância ainda mais acentuada da motivação das decisões judiciais. Do contrário, temos um Judiciário completamente sem freios, um governo discricionário de juízes. Pode-se, sob a égide do ativismo judicial, amparar a filosofia da consciência e decisões judiciais distorcidas.

Daniel Sarmiento aponta o caráter nocivo da indevida atuação judicial à democracia:

Essa prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes<sup>18</sup>.

O perigo que se destaca, como declara Lênio Streck, é o do sujeito solipsista, aquele que dá o sentido que quiser às palavras. A expressão “livre convencimento” traduz bem a noção, nada mais do que indevida discricionariedade que afronta a Constituição.

As convicções pessoais em decisões judiciais levam ao caminho da insegurança jurídica, do arbítrio e da incerteza. Fernando Vieira Luiz afirma que “se o reforço judicial dos direitos é uma precaução auxiliar contra a tirania dos governos, o controle epistemológico sobre como decidir é outra precaução necessária contra a tirania do Judiciário”<sup>19</sup>. O sistema deve corresponder a um todo que se harmoniza, achando-se instrumentos para tanto, em especial em um meio onde se constata o primado Judiciário.

Mauro Capelleti expressa a atividade criativa do julgador, salientando a razão da ascensão do ativismo:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, a poderosa causa da acentuação, que em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim a criatividade<sup>20</sup>.

O julgador participa do processo de criação do direito, fato inegável a partir do recurso de interpretação. No entanto, não se pode desconsiderar o Direito existente e inventá-lo, deixando de trabalhar a motivação jurídica em suas decisões. Esse papel criador é inerente à linguagem – substrato do trabalho de juristas, “a linguagem, como

---

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: Sarmento, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.191.

<sup>19</sup> LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56.

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Editora: safe, 1993, p. 42.

instrumento de saber, é saturada de vícios, a ponto de, não raramente, em determinadas circunstâncias, aniquilar o processo comunicacional”<sup>21</sup>. No entanto, esse processo formador encontra marcos na Constituição Federal.

Rodrigo Mazzei, desenvolvendo a temática, apontará a questão da insuficiência dos motivos formais no corpo da decisão, “as palavras do jurista nos dão apoio para compreender que a fundamentação decisória implica não apenas em constar formalmente motivos no corpo da decisão, mas sim os motivos que justificam a decisão”<sup>22</sup>.

Sobre a filosofia da consciência que se mostra incompatível com qualquer decisão motivada, Lênio Streck assevera:

Não é possível concordar com essa espécie de fatalismo relativista, do estilo “é assim que acontece no mundo prático”, “é assim que os juízes pensam e decidem” ou “nada há para fazer”. Permitam-me dizer, “na forma da Constituição e da lei”: se, de fato, os juízes “pensam assim”, é porque se expressam a partir de um paradigma ultrapassado, em que um sujeito “assujeita” o objeto. A essa situação — de “assujeitamento do objeto” pelo “sujeito do conhecimento” — em uma apreciação, digamos assim, generosa, poderíamos chamar de filosofia da consciência, com as ressalvas que já fiz anteriormente, isto é, os filósofos desse paradigma são (ou eram) bem mais complexos do que o adágio “decido conforme minha consciência”<sup>23</sup>.

O primado do ordenamento jurídico deve ser preservado, estabelecendo-se a criação do Direito a partir da normatividade existente. A livre convicção do julgador não se compatibiliza com a Constituição da República. Como admitir que cada órgão julgador decida conforme sua consciência? O caminho do arbítrio é natural apenas em regimes totalitários. Os motivos da decisão, obedecendo aos contornos constitucionais é um encargo inafastável.

---

<sup>21</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, pg. 32.

<sup>22</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. Honorários de advogados judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. In: *Unisul de fato e de direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Palhoça: Unisul, v. 6, n. 11. 2015. p. 24.

<sup>23</sup> STRECK, Lênio Luiz. E o professor me disse: "Isso é assim mesmo! *Revista Consultor Jurídico*, 30 ago. 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-ago-30/senso-incomum-professor-me-disse-isso-assim-mesmo>>. Acesso em: 11 abril 2018.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Motivar decisões judiciais é um poder/ dever do Estado-Juiz, estando previsto na CRFB/1988, em seu art. 93, inciso IX. A ideia do que seria uma motivação adequada gera controvérsia. A codificação processual civil colabora ao estabelecer um patamar mínimo para se vislumbrar uma decisão motivada (art. 489, §1º), na medida em que expõe decisões que não seriam fundamentadas.

A disposição infraconstitucional ampara e torna ainda mais robusto o ideal constitucional de motivação. Essa aspiração é fundamental para um Estado Democrático de Direito que não se pauta em arbítrios ou discricionariedades, possibilitando a análise e recursos contra decisões viciadas.

A problemática cresce em relevância ao se constatar o fenômeno da judicialização da política, o que criará um maior campo de agir ativista. Com o ativismo, supera-se os juízos democráticos, construídos validamente em premissas constitucionais. O fenômeno abre o caminho para a discricionariedade, a prevalência de “convicções pessoais”.

O Judiciário ganha destaque, hodiernamente, e seus provimentos devem respeito à Constituição, base da decisão legítima a ser proferida, sob pena de nulidade. De outra forma, o protagonismo judicial colocará em risco o próprio Direito.

Sabe-se que o juiz participa do processo criador do Direito, mas esse processo encontra limites. Os provimentos precisam estar amparados no ordenamento jurídico, convicções pessoais e consciência devem se afastar. Não ocorrendo o distanciamento, tem-se um processo inventivo infundado.

Caso a decisão judicial deixe de ter parâmetros amparados pelo Direito, passando a representar apenas convicções daquele que julga, observar-se-á uma derrocada constitucional.

#### **5. REFERÊNCIAS.**

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)> Acesso em: 06 abril 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Editora: safe, 1993, p. 42.

DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. Justificando. Abr./2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>> Acesso em: 8 abril 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Editora RT, 2015. V2. P. 444-455.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Honorários de advogados judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. In: Unisul de fato e de direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça: Unisul, v. 6, n. 11. 2015. p. 24.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, pg. 32.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 9ª. ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p.286.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais. Revista ética e Filosofia Política – n. 15 – volume 2 – Dezembro de 2012. p.131.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: A novas faces do Ativismo Judicial. 2ª tiragem. Salvador: Juspodivm. 2013. P. 84.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: Sarmento, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>>. Acesso em: 8 abril 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

STRECK, Lênio. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>>. Acesso em: 06 abril 2019.