

A DIMENSÃO DEMOCRÁTICA DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Frederico Montedonio Rego*

1 Introdução. 2 De onde vem a legitimidade democrática do Poder Judiciário?. 3 Pontos de convergência entre as trajetórias da democracia e do dever de motivação das decisões judiciais. 3.1 Os triunfos da democracia e do dever de motivação das decisões judiciais. 3.2 Os usos simbólicos da democracia e da motivação das decisões judiciais. 4 Algumas ideias-chave da democracia e sua relação com o dever de fundamentação das decisões judiciais. 4.1 Igualdade e soberania popular. 4.2 Publicidade. 4.3 Participação. 4.4 Estado de Direito. 4.5 Deliberação. 5 O artigo 489 do NCPC como concretização da Constituição de 1988. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO

O atual debate sobre os “novos” requisitos para a fundamentação das decisões judiciais, previstos no artigo 489 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), embora particularmente acirrado no contexto de uma sociedade brasileira hiperjudicializada, perde relevância ao se constatar que a maior parte daquelas exigências decorre da própria natureza de um regime que se pretende democrático. Depois de analisar sucintamente a fonte da legitimidade democrática do Poder Judiciário, o estudo traça um breve paralelo entre as trajetórias históricas da democracia e da fundamentação das decisões judiciais, ambas marcadas por triunfos e usos simbólicos. Em seguida, o dever de motivação das decisões judiciais é associado com alguns conceitos-chave da democracia, como igualdade e soberania popular, publicidade, participação, Estado de Direito e deliberação. À vista disso, o novo dispositivo processual pode ser apresentado em boa medida, como uma concretização daquilo que já poderia ser extraído da Constituição de 1988. A conclusão aponta para a validade do dispositivo, num esforço de aprofundamento da democracia que, embora disputada por teorias agregativas, deliberativas e agonistas, continua sendo a utopia do século XXI.

Palavras-chave: Democracia. Decisão judicial. Motivação. Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Constituição de 1988.

* Juiz Federal Substituto. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. <fmontedonio@gmail.com> .

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, doravante referido como “NCPC”) vem provocando intensos debates na academia e nos tribunais, particularmente quanto à fundamentação ou à motivação das decisões judiciais. Dispõe o art. 489 do NCPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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

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

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

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

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Processualistas em geral vêm aplaudindo o dispositivo: seria “uma nova forma não só de decidir no processo, mas de pensar e de ensinar o direito”¹, além de se tratar de um preceito adequado aos problemas existentes na realidade judicial brasileira:

O regramento estabelecido pelo novo Código de Processo Civil também está em sintonia com as necessidades da prática judiciária. A crise decisória, decorrente do excesso de litigiosidade, da falta de estrutura em vários níveis do Judiciário e da ausência de fundamentação adequada faz com que o legislador aumente o rigor no cumprimento do art. 93, IX, da CF/1988, tanto para

evitar decisões arbitrárias ou insuficientemente motivadas, quanto para ampliar a legitimação social da jurisdição.²

Por outro lado, juízes criticam: em março de 2015, entidades como a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA pediram à Presidência da República que vetasse boa parte do dispositivo (no que não foram atendidas).

Essa última associação sustentou que a nova disciplina é incompatível com a independência funcional dos juízes e com a garantia da razoável duração do processo. A necessidade de refutação de todas as razões apresentadas nos autos pelas partes nos autos, “ainda quando sejam argumentos de caráter sucessivo ou mesmo contraditórios entre si (...), tendo o juiz caminhado por uma linha lógica de decisão que obviamente exclui os outros argumentos, é exigir do agente público sobretrabalho inútil”. O dispositivo seria ainda inconstitucional por “restringir desarrazoadamente o conceito constitucional de fundamentação”, bem como porque “[o] Poder Legislativo não pode ditar ao Poder Judiciário como deve interpretar a Constituição”. Por fim, em tempos de peticionamento eletrônico de massa, a exigência de “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” seria uma “utopia totalitária”³.

Pode parecer estranho associar o dever de fundamentação das decisões judiciais a algum tipo de totalitarismo, isto é, de regime em que o Estado pretende controlar todos os aspectos da vida das pessoas, reduzindo-lhes drasticamente a liberdade. A fim de manter uma relação de plena dominação, regimes totalitários não admitem contestação: justamente por isso, são opacos e não tornam públicas as razões de seus atos. Já a motivação consiste numa atividade argumentativa em que se procura oferecer as razões – e refutar as contrarrazões – que sustentam a tomada de uma decisão, e não de outra possível, razões essas acessíveis aos destinatários, que poderão concordar ou discordar precisamente porque estão informados dos seus fundamentos. Numa democracia – isto é, num regime essencialmente caracterizado pela soberania popular e pelo respeito aos direitos dos cidadãos – exige-se que o poder político preste contas de seus atos e dê satisfações aos seus titulares sobre o seu modo de exercício.

Em verdade, a veemência das associações de magistrados contra o novo dispositivo parece estar mais ligada à hiperjudicialização da sociedade brasileira. O último relatório “Justiça em Números”⁴, do Conselho Nacional de Justiça, estimou que o País encerraria o ano de 2014 com cerca de 71,2 milhões de processos em estoque, pouco mais de 4.200 processos para cada um dos 16.927 juízes em atividade. A “taxa de congestionamento” em 2014 foi de 71,4%, a significar que, de cada 100 processos que tramitaram naquele ano, pouco menos de 29 foram baixados. Porém, os juízes brasileiros não podem ser considerados improdutivos: pelo contrário, segundo o CNJ, são em geral muito mais operosos que seus colegas europeus⁵.

Nesse ambiente, exigir mais requisitos para a fundamentação das decisões – sob pena de nulidade –, além de despertar uma resistência comum em contextos de mudança cultural, é uma providência vista pelas associações de magistrados como incompatível com a alta demanda numérica de decisões, o que agravaria ainda mais o quadro de acúmulo de processos. Sintomaticamente, a jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (AI 791.292 QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/6/2010), ou que “O Órgão Julgador não está obrigado a rebater pormenorizadamente todos os argumentos apresentados pela parte, bastando que motive o julgado com as razões que entendeu suficientes à formação do seu convencimento” (SS 4.836 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/10/2015), como se o juiz não precisasse explicar por que considerou insuficientes os argumentos que deixou de rebater.

Por outro lado, o Judiciário não é criticado apenas pela morosidade, mas também porque:

- a) textos genéricos e previamente elaborados (“modelos”) são largamente utilizados para decidir casos enquadrados como semelhantes, muitas vezes, sem análise das particularidades de cada um, ou das questões jurídicas especificamente suscitadas em cada processo, que poderiam conduzir a uma solução diferente e;
- b) paralelamente, situações idênticas podem ser decididas de forma diametralmente oposta por juízes distintos (ou, como, às vezes ocorre, pelo mesmo juiz), em nome da independência funcional e do “princípio do livre convencimento motivado”, e em prejuízo a um ideal de coerência e isonomia.

A hiperjudicialização e a morosidade da justiça no Brasil são fenômenos muito complexos, e não se pretende aqui estudar todas as suas causas. O tema da motivação das decisões, porém, é parte da crise do Judiciário. Mais do que objeto de uma simples contenda entre juízes e advogados, a fundamentação das decisões judiciais já estava, mesmo antes da edição do NCPC, no centro das preocupações de todos aqueles que se ocupam da racionalidade e da legitimidade do discurso jurídico, entendido como forma de exercício do poder. Nesse contexto, perdem relevância as discussões sobre a conveniência do novo dispositivo processual, já que – como o presente estudo pretende demonstrar – a entrega de uma prestação jurisdicional com motivação completa é uma *exigência* do regime democrático.

A democracia e a motivação das decisões judiciais são temas vastíssimos, impassíveis de tratamento analítico nos limites deste pequeno trabalho. Pretende-se aqui apenas relacionar ambas as ideias, expondo algumas das justificativas democráticas do dever de fundamentação das decisões judiciais. Serão tomados por base a Constituição de 1988 e o NCPC, cujos preceitos sobre motivação não

serão dissecados um a um, mas considerados à luz do sentido geral que os anima. Finalizada esta introdução (item 1), o trabalho analisará sucintamente a fonte da legitimidade democrática do Judiciário (item 2), relacionará a motivação das decisões judiciais com uma brevíssima trajetória da democracia (item 3) e com algumas de suas ideias-chave geralmente aceitas (item 4): igualdade e soberania popular (4.1), publicidade (4.2), participação (4.3), Estado de Direito (4.4) e deliberação (4.5). Assim, boa parte das exigências de fundamentação previstas no NCPC podem ser apresentadas como concretizações da Constituição de 1988 (item 5), o que se mostrará antes da conclusão (item 6).

2 DE ONDE VEM A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO?

No Brasil, uma lei federal precisa ser aprovada pela maioria dos 513 Deputados e dos 81 Senadores, além de sancionada pelo Presidente da República. Todos esses agentes são eleitos com milhões de votos e ocupam mandatos temporários, mas, para afastar a aplicação da mesma lei, basta a decisão de um único juiz: um agente não eleito, que ocupa um cargo vitalício, veste-se de toga e escreve coisas incompreensíveis para a maioria das pessoas.

A legitimidade democrática do Judiciário é um tema amplamente debatido no mundo, especialmente nos Estados Unidos, onde há verdadeira “obsessão acadêmica”⁶ em discutir se agentes não eleitos podem ou não invalidar decisões de representantes escolhidos por voto popular, a conhecida “dificuldade contra-majoritária”⁷. À vista disso, eleger juízes pode parecer uma ideia democrática: tanto que, em certo grau, é o que ocorre em 38 dos 50 Estados norte-americanos⁸, mas basta um exemplo para revelar as dificuldades desse modelo.

No ano de 2010, algumas propagandas televisivas tentaram persuadir os cidadãos do Estado americano de Illinois antes de uma eleição judicial. Numa delas, três homens atrás das grades, com os rostos encobertos por sombras, confessam terem praticado diversos crimes bárbaros. Em comum, entre eles, o fato de terem sido condenados judicialmente por maioria, com o voto contrário de um mesmo juiz. Uma voz feminina narra que tal juiz escolhe defender os direitos dos criminosos muito mais que qualquer outro magistrado, e, ao final, pede que os eleitores votem contra a sua recondução ao cargo. No anúncio seguinte, o juiz em pessoa se defende: rodeado por seus concidadãos num café local, ele se diz atacado por propagandas falsas, custeadas por grandes corporações financeiras, e afirma que policiais, promotores e veículos de comunicação apoiam sua candidatura, por ser “duro com o crime”⁹.

A necessidade de um candidato a juiz angariar votos e captar recursos em troca de promessas gera problemas tão evidentes que não é difícil entender a razão pela qual esse sistema constitui uma excentricidade estadunidense: pode ser difícil manter a imparcialidade quando se trata de julgar um doador de campanha, contrariar o clamor público para absolver um acusado por falta

de provas, ou tomar decisões em matérias moralmente polêmicas. “Se os americanos começarem a pensar que juízes são políticos de toga, nossa democracia está encerrada”, disse Sandra Day O’Connor, juíza aposentada da Suprema Corte dos EUA¹⁰, mas, embora quase nenhuma democracia do mundo eleja seus juízes, pode restar uma sensação incômoda quando se conclui que o poder de invalidar leis torna o Judiciário, na melhor das hipóteses, um mal necessário, uma exceção institucional, uma ilha cercada de democracia por todos os lados. Ou talvez a democracia não se limite a realizar eleições.

Não se concebe que o desenho institucional de uma democracia compreenda um poder estruturalmente não democrático. Tradicionalmente, a possibilidade de o Judiciário contrariar as maiorias de ocasião é justificada pela natureza predominantemente jurídica, e não política, de sua atividade. Juízes resguardam a observância das regras do jogo, previamente estabelecidas. Embora seja possível alterar as regras, existem limites para tais modificações, expressos em normas jurídicas de hierarquia superior. A Constituição é o repositório dessas normas supremas, elas próprias são resultado da mais simbólica e solene das deliberações majoritárias. Trata-se do momento da fundação jurídica de um Estado, do ato essencial que lhe confere identidade, com pretensões duradouras. Muito se discute acerca do que justificaria a vinculação das maiorias de hoje às do passado, havendo desde quem considere que isso significaria um ilegítimo “governo dos mortos sobre os vivos”¹¹, até quem explique essas limitações a partir da ideia de “pré-compromisso”¹². Mais modernamente, o papel contra-majoritário do Judiciário é justificado pela função de garantia das condições materiais e procedimentais de funcionamento da democracia, especialmente os direitos fundamentais^{13,14}.

Assim, o que explica que a investidura dos juízes em geral não dependa de eleições é a função própria que o Judiciário desempenha, como um árbitro da legalidade que, segundo Ronald Dworkin, deve estar pronto para fazer valer os direitos como “trunfos” contra a maioria¹⁵. É a própria democracia que exige condições para que os juízes atuem de forma independente e imparcial, repelindo assim a necessidade de campanhas eleitorais.

O princípio majoritário, embora constitua uma ideia essencial da democracia, não a esgota. Diversos conceitos democráticos, a serem vistos abaixo, exigem que os juízes não se orientem segundo uma lógica da maioria, como se fossem representantes do ideário predominante entre os habitantes da comarca. A democracia, porém, não se manifesta apenas protegendo a investidura dos juízes de disputas políticas: a fonte da sua legitimidade democrática reside menos na forma pela qual chegam ao cargo e mais no modo pelo qual o exercem¹⁶. E a melhor forma de aferir esse modo de exercício é a motivação das decisões.

Sendo a jurisdição uma atividade predominantemente jurídica, e não política, a motivação das decisões é o que permite aferir a legitimidade da atuação judicial, servindo não apenas para vinculá-la à legalidade (entendida como “capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico”¹⁷) – re-

conduzindo a decisão, assim, a uma escolha majoritária –, mas também para “condicionar o próprio conteúdo da decisão, na medida em que a necessidade de apresentar à opinião pública um discurso racional e coerente impõe determinado tipo de comportamento mental ao juiz no momento mesmo em que realiza as opções decisórias”¹⁸.

Para comprovar a existência de uma relação entre a democracia e o dever de fundamentação das decisões judiciais, será útil traçar um breve paralelo entre as trajetórias históricas de ambas as ideias, a fim de verificar eventuais pontos de convergência entre elas¹⁹.

3 PONTOS DE CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRAJETÓRIAS DA DEMOCRACIA E DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A análise das trajetórias da democracia e do dever de motivação das decisões judiciais revela se tratar de ideias que, embora tenham se sagrado vencedoras historicamente (item 3.1), por vezes ainda são usadas com caráter meramente simbólico (item 3.2).

3.1 Os triunfos da democracia e do dever de motivação das decisões judiciais

Há pelo menos 2.500, anos a democracia é objeto de debates e experiências políticas, desde o regime instituído na cidade grega de Atenas, em 507 a.C., como demonstra a etimologia da palavra (em grego: *demos* significa povo; *kratos*, governo). É interessante constatar que, cerca de cem anos antes do advento da democracia ateniense, talvez como um ato preparatório, as normas jurídicas assumiram a forma escrita, a fim de minimizar os violentos conflitos de então. Por volta de 600 a.C., Drácon e depois Sólon assumiram a tarefa de consolidar os enunciados normativos que todos conheciam. Embora tenha ficado famoso pelo rigor excessivo das leis *draconianas*, “a obra essencial de Drácon foi exigir que os juízes tornassem publicamente conhecidos os argumentos que legitimavam suas sentenças”²⁰.

Tal como a democracia, a motivação das decisões judiciais não possui uma história linear. Regimes mais ou menos democráticos foram erguidos e derrubados em vários lugares e épocas, demorando às vezes muitos séculos para serem reconstruídos. Na Grécia Antiga, eram discutidos seriamente os prós e contras da democracia em comparação com outros regimes, como a aristocracia e a monarquia. Hoje, ao menos no mundo ocidental, não há mais lugar para esse debate, o que não impede ninguém de ironizar a democracia²¹.

Já a fundamentação das decisões judiciais, antes de voltar a ser um dever, chegou a ser uma prática desaconselhada. Bártolo, considerado o maior jurista da Idade Média, dizia que “o juiz não era obrigado a exprimir a causa de decidir, de modo a não arriscar a nulidade de uma sentença dada com um fundamento errado, a qual, omitido o fundamento, poderia ser tida como válida”²². Na Europa

continental, a obrigação de motivar decisões se generaliza no final do século XVIII, a partir do ideal democrático francês de conter o arbítrio dos juízes²³.

Depois disso, a motivação das decisões judiciais constituiu traço comum a quase todas as grandes codificações processuais do século XIX, e adquiriu assento constitucional em diversos países²⁴. No Brasil, além de antecedentes remotos nas Ordenações Filipinas, a exigência de fundamentação das decisões judiciais já tinha sido contemplada em diversos Códigos de Processo Civil estaduais no início do século XX²⁵, mas, só com a *redemocratização* do País, a garantia assumiu caráter constitucional (CF/1988, art. 93, IX²⁶).

No final do século XX, a democracia, ou pelo menos a ideia de democracia, emergiu como a utopia triunfante sobre as experiências autoritárias precedentes. Com a iminente queda da União Soviética, houve quem anunciasse a vitória da democracia liberal como “o fim da história”, no sentido de que finalmente havia se atingido a “forma final de governo humano”²⁷. Ainda que se possa discordar do que se entende por democracia, é inegável o sucesso do *ideal democrático*, ao menos enquanto *slogan*, como se verá no próximo tópico.

3.2 Os usos simbólicos da democracia e da motivação das decisões judiciais

O triunfo da democracia foi tamanho que até mesmo regimes autoritários reivindicam-no para si. Um exemplo eloquente pode ser visto na Península Coreana, dividida depois da II Guerra pelas potências aliadas. Em 1950, as duas Coreias – uma apoiada pelos EUA, a outra pela URSS – iniciaram uma guerra que durou três anos, deixou mais de um milhão de mortos e não foi capaz de remover a divisão da península em dois Estados. Um desses países chama-se República Popular *Democrática* da Coreia. O outro, apenas República da Coreia.

O lado autointitulado democrático segue um regime unipartidário e é governado há três gerações pela mesma família. O culto à personalidade dos governantes é tal que, em 2012, uma jovem de 14 anos morreu afogada tentando salvar retratos dos dois últimos líderes da nação em uma enchente²⁸. Um relatório da ONU elaborado em 2014 atestou que no país “Há uma negação quase completa do direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, bem como dos direitos de liberdade de opinião, expressão, informação e associação”²⁹, além de outras violações: campos de concentração, abortos forçados, tortura, perseguições políticas, desaparecimentos. A ficção de Kafka poderia bem descrever esse regime³⁰, pois não se exigem *decisões judiciais fundamentadas para prender pessoas: as prisões ocorrem sem controle judicial, por ordem da promotoria, sem que os detidos sejam informados sobre os motivos da prisão na maioria dos casos*³¹. Segundo o relatório, “[a] gravidade, escala e natureza dessas violações revelam um Estado que não tem nenhum paralelo no mundo contemporâneo”³². Entre as 167 nações classificadas conforme o “índice de democracia” da revista *The Economist*, o país ocupa o último lugar, com 1,08 pontos de 10,00 possíveis³³.

Já a República da Coreia, cujo nome não ostenta adjetivações democráticas, é de fato uma democracia multipartidária, em que o Chefe de Estado é eleito por voto popular direto para um mandato de cinco anos. Trata-se de um dos países mais desenvolvidos do mundo, com uma economia dinâmica, industrializada e inovadora. A educação é prioritária, tanto que o país foi o primeiro do mundo a equipar todas as escolas primárias e secundárias com internet de banda larga³⁴. O art. 12 da Constituição nacional prevê que *toda pessoa deve ser informada dos motivos de sua prisão, e que ninguém será preso sem ordem judicial* (salvo em casos de flagrante, risco de fuga ou destruição de provas, casos em que se deve obter um mandado judicial *a posteriori*³⁵). No *ranking* do “índice de democracia” acima referido, o país ocupa o 22º lugar, com 8,06 pontos, sendo considerado uma “democracia plena”³⁶.

A par de constituir uma evidência da relação existente entre uma democracia efetiva e a fundamentação das decisões judiciais, a discrepância entre a Coreia do Norte (a “democrática”) e a Coreia do Sul evidencia um fenômeno mais amplo: o uso simbólico³⁷ do nome da democracia como uma fachada pretensamente legitimadora de regimes autoritários. Não se trata de uma particularidade coreana: o país situado do lado oriental do muro de Berlim chamava-se oficialmente “República Democrática Alemã”, onde se praticava censura. No Brasil, até hoje os círculos militares comemoram, no dia 31 de março, o aniversário da “Revolução Democrática de 1964”³⁸, quando foi instalada a Ditadura Militar. Cerca de 30 anos depois do fim desse regime autoritário, o Brasil soma 7,12 pontos e ocupa a 45ª posição na escala democrática mencionada acima, sendo considerado uma “democracia imperfeita”³⁹.

Como se percebe, o consenso teórico em torno do ideal de democracia é hoje tão forte que mesmo regimes autoritários jogam com as palavras para situar-se ao seu abrigo, não importa o quão distantes estejam de uma efetiva prática democrática. E, como visto, a obrigação de motivar as decisões judiciais também se sagrou como uma ideia vencedora e amplamente difundida. Mas, assim como a democracia, a fundamentação também pode assumir caráter meramente simbólico, dando aparência de legitimidade a atos autoritários.

Ao menos em matéria penal, o STF com frequência, corrige decisões com esse tipo de problema: *e.g.*, no HC 108.518, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j., em 6/9/2011, concedeu a ordem para revogar um decreto de prisão preventiva “lastreado, tão-somente, em suposições e fundamentos genéricos que serviriam para qualquer acusado em qualquer processo por tráfico de drogas. Tanto que a decisão é a mesma para os dois corréus, no entanto, a corré encontra-se respondendo ao processo em liberdade”. Decisões genéricas são apenas nominalmente fundamentadas, cumprindo o mesmo papel de embalagens servíveis para qualquer produto objeto de propaganda enganosa: não se entrega o prometido (uma prestação jurisdicional individualizada), mas um simulacro que o consumidor de justiça será obrigado a engolir. Há aqui um ranço de juspositivismo formal, que prega a suficiência da forma e a irrelevância do conteúdo. A validade da

decisão dependeria apenas da forma escrita e da competência da autoridade prolatora, e não da substância da motivação.

Não se pretende sustentar que o dever de motivação das decisões judiciais somente exista ou tenha existido em democracias, mas os pontos de convergência entre as trajetórias de ambas as ideias, traçadas acima em linhas bastante gerais, não parecem ser meras coincidências históricas. Isso porque o dever de fundamentação das decisões judiciais possui forte relação com algumas das ideias-chave da democracia, como se passa a expor.

4 ALGUMAS IDEIAS-CHAVE DA DEMOCRACIA E SUA RELAÇÃO COM O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Sem a pretensão de ser exaustivo ou de trabalhar sobre um modelo supostamente ideal, as ideias-chave da democracia a serem aqui examinadas são: igualdade e soberania popular (4.1), publicidade (4.2), participação (4.3) Estado de Direito (4.4) e deliberação (4.5).

4.1 Igualdade e soberania popular

A igualdade entre as pessoas é uma das principais ideias-força da democracia, uma premissa indispensável a todas as teorias democráticas. Robert Dahl, demonstrando a profundidade das raízes igualitárias desse regime, afirma que é provável ter existido alguma forma de democracia em governos tribais antes da história registrada, entre grupos homogêneos, que não sofressem interferência externa e se vissem como iguais, dando origem a uma *lógica da igualdade* que constituiria um impulso para a participação democrática⁴⁰.

Não se trata, evidentemente, de afirmar uma igualdade empírica, negando as perceptíveis diferenças existentes entre as pessoas, no que diz respeito a seus atributos físicos, capacidades intelectuais, idade etc., o que Rousseau chamou de “desigualdade natural ou física”, mas de neutralizar a “desigualdade moral ou política”, isto é, a que depende de “uma espécie de convenção”, pela qual se atribuem “diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos do que eles, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles”⁴¹. Segundo Dworkin, significa tratar todas as pessoas como merecedoras de “igual respeito e consideração”⁴², *apesar de suas diferenças*.

Embora essa noção ainda seja bastante vaga, é impressionante constatar que, ao longo dos séculos, proclamações de igualdade permaneceram indiferentes a situações odiosas, absolutamente intoleráveis aos olhos de hoje. Basta lembrar que a escravidão perdurou no Brasil até 1888, embora a Constituição de 1824 previsse uma cláusula de igualdade (art. 179, XIII), e que a discriminação racial era oficialmente admitida nos EUA até 1954, quando a decisão do caso *Brown vs. Board of Education* reverteu o precedente de *Plessy vs. Ferguson*.

A trajetória da igualdade é talvez tão acidentada quanto a da democracia. No plano das ideias, porém, um desenvolvimento decisivo da igualdade resultou na teoria da soberania popular. O conceito de soberania foi desenvolvido por Jean Bodin, no século XVI, para justificar a doutrina do direito divino dos reis e o poder absoluto do monarca. Nos dois séculos seguintes, pensadores como Hobbes, Locke e Rousseau transferem a soberania de lugar ao fundamentar diferentes teorias contratualistas, em que a fonte do poder político residiria num pacto ou contrato social, e a legitimidade de seu exercício dependeria, em alguma medida, do consentimento dos governados. Historicamente, essa ideia assumiu diversas formulações, tais como a de Rousseau (“O povo submetido às leis deve ser o autor delas”)⁴³ e a consta no art. 1º, p. único, da CF/1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ninguém que exerce o poder, portanto, pode considerar estar acima do povo, titular da soberania. Os agentes políticos são, em verdade, mandatários do povo, exercem o poder em seu nome e devem prestar contas desse exercício. O poder jurisdicional, como forma de manifestação do poder político, não escapa a essa lógica. Embora esteja numa posição de autoridade, o juiz é um mandatário de poder político que deve satisfações aos seus mandantes: ele deve explicações ao impor coercitivamente uma solução e não outra. E, por excelência, a forma de prestação de contas desse poder aos seus titulares – os jurisdicionados – é a fundamentação das decisões judiciais. Em larga medida, motivar é responder, e deixar de responder a uma pessoa significa deixar de tratá-la com “igual respeito e consideração”. A posição de autoridade que o juiz ocupa no processo não o dispensa, mas, em verdade, exige-lhe dar satisfações, num regime que se pretende marcado pela igualdade entre as pessoas.

Nesse sentido, Rainer Forst chega a sustentar que o direito a receber justificativas é o mais básico dos direitos humanos, como base do respeito devido a todas as pessoas⁴⁴:

Essa é, assim, a reivindicação mais básica e universal de todo ser humano, que outros seres humanos e estados não podem rejeitar: *o direito a justificativa*, o direito de ser respeitado como pessoa moral que é autônoma ao menos no sentido de que ele ou ela não podem ser tratados de certa maneira para a qual não se possa fornecer razões adequadas.⁴⁵

Em síntese: se a parte vencida numa lide não tiver expressamente analisadas e refutadas todas as razões apresentadas no contexto de uma postulação defensável, isso significa que ela foi tratada com menos respeito e consideração do que a parte vencedora. Assim, fundamentar uma decisão judicial significa levar a sério os argumentos apresentados tanto pela parte vencedora quanto pela vencida, tratando-as como merecedoras de igual respeito e consideração não apenas entre si, mas também em relação ao agente que profere a decisão.

4.2 Publicidade

Não basta que o juiz tenha efetivamente considerado todas as razões apresentadas pelas partes: é preciso que essa análise seja *exposta*, a fim de que possa ser submetida ao escrutínio não apenas dos diretamente envolvidos no processo, mas de toda a sociedade política. Se todo o poder é do público, não é possível omitir do público o modo pelo qual foi exercido.

A publicidade é um componente indissociável da democracia. A associação entre ambas as ideias pode ser evidenciada pela origem da palavra república (em latim: *res* significa coisa; *publica*, do povo): embora hoje a expressão seja usada para designar uma forma de Estado contraposta à monarquia (caracterizada pelo acesso hereditário ao poder), o sentido original do termo consistia essencialmente na democracia praticada pelos romanos⁴⁶. Entre nós, a publicidade é um princípio geral da Administração (CF, art. 37, *caput*) e, não à toa, o dever de fundamentação das decisões judiciais está expresso no mesmo dispositivo que prevê o princípio geral da publicidade nos julgamentos do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX). O que está em causa aqui, porém, são as razões jurídicas das decisões, e não as de natureza diversa⁴⁷.

Em obra clássica sobre o tema, Michele Taruffo identificou que a motivação das decisões judiciais não é importante apenas para as partes do processo e a instância recursal competente para revisá-la – o que chamou de função *endoprocessual* do dever de fundamentação –, mas também para a sociedade como um todo, já que permite o controle da forma pela qual o poder jurisdicional é exercido. Esta última função, classificada como *extraprocessual*, “pode ser compreendida somente no contexto das garantias fundamentais da administração da justiça, típicas do Estado democrático moderno”. Prossegue o autor:

Essa segunda função é estreitamente conexa com o conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um *controle externo difuso* das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo. Nesse sentido, o dever de motivação constitucionalmente garantido assume um *valor político fundamental*: é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto. Trata-se de um valor político *em si*, já que o controle do exercício do poder é a base da soberania da sociedade, que assim é posta em condições de exercê-lo. Trata-se também de um valor político *instrumental*, já que através do controle sobre a motivação é possível verificar se outros princípios fundamentais foram realizados, como o da legalidade e o da imparcialidade na administração da justiça, típicos do moderno Estado de Direito.

[...]

De qualquer forma, e malgrado as dificuldades, parece evidente que existe uma conexão direta entre o dever de motivação e o caráter democrático do sistema político e do sistema jurisdicional.⁴⁸

A exigência democrática de publicidade, portanto, prende-se à transparência de que devem ser dotados os julgamentos, o que só pode ser atingido pela exposição de seus motivos.

4.3 Participação

É da essência da democracia a ideia de que as pessoas potencialmente afetadas por uma decisão devem ter a oportunidade de participar de seu processo de formulação. Uma decisão autoritária não toma – nem quer tomar – conhecimento do que seus destinatários pensam a respeito. Enquanto os autoritarismos em geral excluem, alienam e tratam as pessoas como objetos, as verdadeiras democracias incluem, convidam e tratam as pessoas como sujeitos.

Na antiguidade grega e romana, a democracia era exercida de forma direta: os cidadãos compareciam pessoalmente às assembleias, deliberavam e votavam. Com o aumento da população e da área geográfica ocupada pelas sociedades políticas em geral, essa participação direta foi se tornando impraticável. Daí é que surge, modernamente, a ideia de representação política: se os cidadãos não podem se fazer pessoalmente presentes, devem eleger representantes que falarão por eles. A representação política, portanto, foi a maneira encontrada de viabilizar, de alguma forma, a democracia em grande escala.

Nos vinte e cinco séculos de experiência democrática, porém, apenas na última hora é que a cidadania foi expandida para toda a população adulta de uma sociedade. Até então, a cidadania – aqui entendida como a capacidade de participar diretamente da vida política ou de eleger representantes – era privilégio de poucos, em geral homens livres e ricos. Escravos, pobres e mulheres eram excluídos sem que isso suscitasse perplexidade. A lógica do princípio majoritário, segundo a qual o voto de cada pessoa tem o mesmo valor, não foi implantada sem grande esforço para a derrubada de diversas categorias de voto censitário. O sufrágio se universaliza no ocidente somente no século XX, incorporando-se de tal forma à paisagem política que hoje é quase inconcebível imaginar que uma sociedade possa ter se considerado verdadeiramente democrática sem esses predicados. A democracia passa a ser caracterizada por uma disputa competitiva pelos votos da maior quantidade possível de eleitores, a fim de formar um governo (concepção agregativa ou elitista da democracia)⁴⁹.

O processo judicial não é um dos espaços em que se possa votar, pois, como visto, decisões judiciais não seguem uma lógica majoritária. Ainda assim, trata-se de decisões que afetam a vida das pessoas, o que, por si só, justifica a participação dos potenciais afetados. Daí a inspiração democrática da garantia processual do contraditório, prevista no art. 5º, LV, da Constituição, a exigir que cada parte possa conhecer as razões formuladas pela parte contrária, oferecer

contra-argumentos e ter suas manifestações efetivamente levadas em conta na formação da convicção judicial que lastreará a decisão. Assim, por conter uma dimensão acentuadamente participativa, o processo judicial é um espaço democrático. Trata-se de uma participação direta – as partes falam diretamente ao juiz em depoimentos pessoais, audiências de conciliação etc. –, ou mediada por representantes (advogados), escolhidos segundo a confiança individual de cada parte e cujos mandatos podem ser revogados a qualquer tempo.

É conhecida a máxima segundo a qual a coisa julgada é “lei entre as partes”, ou, na terminologia processual, tem “força de lei” (CPC/1973, art. 468; NCPC, art. 503). Se isso é certo e o povo deve ser o autor das leis a que é submetido (Rousseau), não é possível que as razões oferecidas pelas partes sejam desconsideradas no momento da prolação da sentença. Essa consideração deve ser demonstrada na fundamentação da decisão. Nesse sentido, a motivação das decisões judiciais corresponde a um exercício de “microdemocracia”, em que devem ser consideradas as razões apresentadas individualmente por pessoa, e não apenas por grandes grupos de interesse politicamente mobilizados. Ensinam Marinoni *et al.*:

Bastava ao órgão jurisdicional, para ter considerada como motivada sua decisão, *demonstrar quais as razões que fundavam o dispositivo*. Bastava a *não contradição* entre as proposições constantes da sentença. Partia-se de um critério *intrínseco* para aferição da completude do dever de motivação.

Ocorre que entendimento dessa ordem *encontra-se em total descompasso com a nova visão a respeito do direito ao contraditório*. Se contraditório significa direito de influir (arts. 7º, 9º e 10), é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo, de consideração*. Como é de fácil intuição, *não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*. Daí a razão pela qual não basta o critério da não contradição: além de não ser contraditória, a fundamentação tem a sua completude pautada também por um *critério extrínseco* – a consideração pelos argumentos desenvolvidos pelas partes em suas manifestações processuais.⁵⁰

A ligação da fundamentação das decisões judiciais com o contraditório é, assim, evidente. A motivação é um momento de *validação* da participação das partes, no sentido de reconhecimento de sua legitimidade, de sua aptidão para produzir efeitos, e, portanto, de que se trata de uma provocação merecedora de resposta, ainda que essa resposta consista na exposição do motivo pelo qual o mérito do argumento não foi enfrentado. Por ela pode-se aferir exatamente em que extensão foi dada às partes a possibilidade de influir na formação da decisão. Não se busca aqui convencer os litigantes do acerto do julgamento, mas apenas prestar-lhes contas. Não por outra razão, a par de reforçar a garantia da motivação em seu art. 489, o NCPC também fortaleceu o contraditório, ampliando o grau de participação democrática no processo, ao prever: “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” (art. 10).

4.4 Estado de direito

O Estado de Direito é um arranjo institucional em que todos os membros da sociedade política – governantes e governados – estão *igualmente* submetidos ao império da lei. Essa figura moderna, estruturada depois da queda das monarquias absolutistas – em que o poder e o direito se confundiam na figura do príncipe –, representou para o ideário democrático da igualdade um desenvolvimento importantíssimo, pois “implicou a possibilidade de uma oposição ao poder, fundada sobre o direito”⁵¹. E o processo judicial constitui uma das possíveis formas de exercitar essa oposição, cuja efetividade só poderá ser aferida a partir da fundamentação da respectiva decisão, em que se delimitará o alcance do direito aplicável. Por garantir a legalidade, a motivação é uma “garantia inerente ao estado de direito”⁵², estado que “não está autorizado a interferir em nossa esfera pessoal sem *justificar* sua interferência”⁵³.

Esse direito decorreria das deliberações majoritárias tomadas pelos representantes do povo. Tal lógica sustentava a ideia de que a comunidade política seria capaz de se autogovernar, pois submetida apenas às leis por ela própria editadas. Seguindo a teoria de Rousseau, finalmente se teria obtido a “liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiro senhor de si, porquanto o impulso do mero apetite é a escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade”⁵⁴. Como se sabe, não foi bem assim que tudo se passou: sem limites materiais às deliberações majoritárias, o Estado de Direito assistiu impassível à tirania da maioria. Na Alemanha da década de 1930, o Nazismo chegou ao poder pela via democrática e, dentro da legalidade, cometeu o maior genocídio do século, assassinando em massa cerca de seis milhões de judeus durante a II Guerra Mundial.

O horror do holocausto levou o Estado de Direito a se reinventar. Era necessário instituir limites às majorias para salvar a própria democracia, já que exterminar minorias definitivamente não é tratá-las com igual respeito e consideração. José Saramago assim captou a questão: “O grande problema do nosso sistema democrático é que permite fazer coisas nada democráticas democraticamente”. Esse paradoxo foi resolvido pelo constitucionalismo do pós-guerra: em todo o mundo ocidental, foram editadas novas Constituições rígidas, contendo declarações de direitos que representavam limitações não apenas de forma, mas também de conteúdo às majorias. Para Luigi Ferrajoli, essa é a dimensão substancial da democracia, em contraste com o seu aspecto apenas formal (consistente na tomada de decisões políticas pelo princípio majoritário). Referindo-se a tais Constituições, o mencionado autor afirma que “a [sua] rigidez ata as mãos das gerações presentes para impedir que sejam por estas amputadas as mãos das gerações futuras”⁵⁵.

O aprofundamento das implicações democráticas da ideia de Estado de Direito levou a crescer um qualificativo em seu próprio nome: o Estado *Democrático* de Direito pretende ser um novo paradigma, em que a soberania popular convive com os direitos fundamentais. O efetivo respeito a tais direitos passa a ser uma marca da democracia, já que os regimes totalitários, por definição, não podem assegurá-los sem desnaturar-se enquanto tais. A dinâmica resultante do respeito a tais direitos resulta numa sociedade que pensa por si própria e discute abertamente os seus rumos, encarando as divergências como algo natural. O confronto de ideias nada mais é do que parte do processo dialético de construção de soluções: essa dimensão naturalmente conflitiva é enfatizada pela concepção agonista de democracia⁵⁶.

Nesse contexto, a motivação das decisões judiciais adquire papel fundamental, pois o processo judicial é justamente uma das arenas públicas em que ocorre o conflito de ideias natural ao regime democrático. O processo de reflexão que se desenvolve em tal sede é vital para o desenvolvimento do próprio direito, pois, ao construir soluções argumentativas para problemas reais, os sujeitos do processo testam constantemente o direito posto, revelando suas forças e fraquezas e contribuindo para seu aperfeiçoamento. Referindo-se aos direitos numa democracia, diz Lefort que “sua formulação contém a exigência de sua reformulação ou que os direitos adquiridos são necessariamente chamados a sustentar direitos novos”⁵⁷.

A Constituição brasileira de 1988 insere-se nesse movimento e consagra o *Estado Democrático de Direito* logo no *caput* de seu art. 1º. O renovado papel das Constituições e a preocupação com a garantia dos direitos fundamentais abriu o direito para uma reaproximação com a moral, da qual havia se afastado por força do positivismo jurídico. No atual momento da teoria jurídica, denominado de “pós-positivismo”, a natureza mais aberta das normas constitucionais enseja o debate sobre a força normativa dos princípios, reabilita a razão prática e a teoria da argumentação⁵⁸. Paralelamente, avanços tecnológicos aumentam espantosamente a velocidade e o volume de circulação de pessoas, de ideias e de mercadorias por todo o planeta. Novos problemas surgem, novas maneiras de ver o mundo ganham voz. Num mundo cada vez mais complexo e plural, o direito é cada vez menos determinado.

Nesse contexto, o Judiciário adquire poder e relevância. Ao contrário do que se supunha, o direito não se encontra pronto e acabado na lei: a norma passa a ser entendida como o resultado, e não o objeto da interpretação. O juiz, portanto, é coparticipante no processo de criação do direito⁵⁹. Não sendo único, o direito oferece diversas possibilidades interpretativas, e a contrapartida dessa indeterminação é precisamente a motivação que justifica a escolha do caminho adotado⁶⁰. Como afirma Ana Paula de Barcellos:

(...) a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, entre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo

um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito. Sob pena de serem acusadas de puramente arbitrárias e ilegítimas em um Estado democrático de direito, as escolhas do intérprete nesse ambiente demandam justificativas.⁶¹

Assim, mais do que uma garantia da legalidade – o que já justificaria um papel de destaque –, a motivação das decisões judiciais num Estado Democrático de Direito é condição indispensável à legitimidade, racionalidade e controlabilidade da atuação do Poder Judiciário.

4.5 Deliberação

A história da democracia, vista rapidamente nos tópicos anteriores, revela as insuficiências do princípio majoritário, ou mesmo a sua inadequação para a tomada de certos tipos de decisão num Estado Democrático de Direito. Sem descuidar da sua dimensão formal ou representativa (regra da maioria), nem do seu caráter substancial ou constitucional (proteção aos direitos), entre os desenvolvimentos mais recentes da teoria democrática está o reforço da sua dimensão deliberativa. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

(...) a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões – formal e substantiva – soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.⁶²

A ideia de deliberação democrática não parece ser propriamente nova, como se vê na famosa oração fúnebre de Péricles, um dos líderes militares da democracia de Atenas: “decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las claramente, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação”⁶³. A novidade reside na ênfase conferida à dimensão deliberativa da democracia, contraposta à importância dada à sua dimensão agregativa, como ensina Claudio Pereira de Souza Neto:

A democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do século XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha das elites governantes. Em oposição a essas teorias “agregativas” e “elitistas”, a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. A experiência histórica demonstra que, assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada. A democracia deve envolver, além da escolha de representantes, também

a possibilidade de deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da res pública. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada, pelo menos *prima facie*, legítima e racional. Mas para que essa função se realize, a deliberação deve se dar em um contexto aberto, livre e igualitário. Todos devem poder participar. A participação deve ocorrer livre de qualquer coerção física ou moral. Todos devem ter, de fato, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do estado de direito, que é, entendido, portanto, como condição, requisito ou pressuposto da democracia. De fato, não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais. Quando as cortes constitucionais os garantem contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização.⁶⁴

Sem que haja espaço aqui para discorrer sobre as diferentes vertentes substancialistas e procedimentalistas da teoria da democracia deliberativa, será feita a um dos pensadores mais representativo dessa linha, Jürgen Habermas, apenas uma menção sumária que não faz jus à sofisticação de sua teoria. Para Habermas, há uma relação de implicação recíproca entre a autonomia privada (direitos humanos) e a autonomia pública (soberania popular), que, assim, guardariam um nexo interno ou seriam “co-originárias”. Isso porque a observância dos direitos, notadamente os de liberdade e igualdade, seria condição necessária para uma deliberação verdadeiramente democrática, em que os participantes possam argumentar e contra-argumentar persuasivamente na esfera pública, de modo a construir consensos a partir da força das melhores razões. A vontade decorrente da soberania popular, assim, pressupõe que os participantes do seu processo de formação sejam tratados como livres e iguais.

Habermas formula um “princípio geral do discurso”, segundo o qual “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁶⁵. A projeção jurídica desse princípio, fonte de legitimidade das normas jurídicas, é o “princípio da democracia”⁶⁶. Assim, enfatiza-se a dimensão deliberativa da democracia como fonte de legitimidade do direito produzido.

O processo judicial tem uma dimensão deliberativa bastante evidente. Depois do oferecimento de razões e contrarrazões, a motivação da decisão ao final proferida permitirá aferir não apenas a racionalidade da resposta judicial, mas a efetividade da deliberação antes ocorrida e o respeito aos direitos das partes. Considerando que tais direitos são uma dimensão essencial da democracia, a motivação que lhes serve de garantia coloca a função do Judiciário como uma “representação argumentativa ou discursiva do povo”⁶⁷. Portanto, a elaboração de uma decisão judicial articulada e responsiva às razões ofereci-

das pelas partes é uma exigência básica da democracia, especialmente em sua dimensão deliberativa.

Vistas essas cinco ideias-chave da democracia, passa-se a analisar a compatibilidade das regras estabelecidas pelo art. 489 do NCPC com a Constituição de 1988.

5 O ARTIGO 489 DO NCPC COMO CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

À luz da exposição acima, em que se procurou relacionar – ainda que brevemente – a democracia e o dever de fundamentação das decisões judiciais, dos pontos de vista histórico e conceitual, parece evidente que o art. 489 constitui um aprofundamento das exigências democráticas constantes da Constituição de 1988. Os incisos I, II e III do *caput* do dispositivo se referem aos mesmos elementos da sentença previstos no art. 458 do CPC/1973 (relatório, fundamentação e dispositivo), enquanto o § 3º traz uma regra geral de interpretação da decisão judicial, a partir do princípio da boa-fé. Os §§ 1º e 2º despertam aqui maior interesse.

Como se nota, boa parte desses preceitos do NCPC já poderia ser extraída diretamente do texto constitucional de 1988: ou será que, por exemplo, a fundamentação de uma decisão judicial antes podia ser genérica a ponto de “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (NCPC, art. 489, § 1º, III)⁶⁸? Essa exigência de especificidade da motivação também se manifesta nos incisos I, II, V e VI do art. 489, § 1º, do NCPC: invocar fórmulas vazias, ainda que se trate de preceitos legais, conceitos jurídicos, súmulas ou precedentes, sem relacioná-los ao caso, equivale a um simulacro de fundamentação. No inciso VI, destaca-se a utilização da motivação como reforço do pretendido caráter vinculante dos precedentes. Sem problematizar a possibilidade de atribuir tal força aos precedentes por lei – tomando tal dado, ao contrário, como premissa –, parece fora de dúvida que a decisão judicial, para assumir uma motivação específica, não poderá deixar de seguir um precedente invocado caso não o justifique pela existência de distinção ou pela superação do entendimento.

Da mesma forma, o inciso IV pretende tornar efetiva a participação das partes no processo, como decorrência do princípio constitucional do contraditório. Antes mesmo do advento do NCPC a doutrina já sustentava esse entendimento:

(...) incumbe ao órgão judicial pronunciar-se sobre “as questões de fato e de direito” relevantes para o julgamento, sem que lhe seja lícito discriminar, manifestando-se a respeito de alguma(s) e silenciando acerca de outra(s). Não tem ele, por outro lado, o dever de expressar sua convicção acerca de todos os argumentos utilizados pelas partes, por mais impertinentes e irrelevantes que sejam; mas, salvo quando totalmente óbvia, há de declarar a razão pela qual assim os considerou.⁶⁹

Como se vê, ao contrário do que sustentou a ANAMATRA (v. item 1, acima), não há necessidade de o juiz analisar argumentos que tenham ficado prejudicados numa linha lógica de raciocínio, nem de julgar a procedência ou improcedência de razões de reforço, incapazes de trazer mais proveito à parte que as formulou. Se, numa ação de responsabilidade civil, o réu alega: (a) prescrição da pretensão do autor; (b) ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e (c) exorbitância do valor do pedido, tais defesas devem ser analisadas sucessivamente, pois a resolução de cada uma delas condiciona a análise das seguintes. Caso o juiz acolha a defesa (a), os argumentos (b) e (c) ficam prejudicados: não faz sentido discutir o nexo de causalidade ou o valor da indenização se a pretensão indenizatória está prescrita. Caso o juiz não acolha a exceção (a), deverá passar ao argumento (b): se acolhê-la, fica prejudicada a análise da tese (c), pois não há lógica em discutir o *quantum* indenizatório se reconhecido que o réu não causou o dano e não pode ser por ele responsabilizado. Por fim, se não acolhidos as razões (a) e (b), o juiz deve analisar a tese defensiva (c)⁷⁰.

Não é possível, porém, que o juiz acolha a tese (c) e condene o réu a pagar um valor menor que o pedido na inicial, sem analisar (a) ou (b), e dizer que considera isso “suficiente para embasar a sua decisão”. Caso o juiz não enfrente todos os argumentos contrários à solução encontrada, ele deve explicar, ainda que sumariamente, por que os considerou irrelevantes (isto é, incapazes de alterar suas conclusões). Isso porque, se for reconhecida ao juiz “a faculdade de silenciar os motivos por que concede ou rejeita a proteção na forma pleiteada, nenhuma certeza pode haver de que o mecanismo assecuratório está funcionando corretamente, está de veras preenchendo a finalidade para a qual foi criado”⁷¹.

O próprio dispositivo é claro ao dispor que a obrigatoriedade recai sobre a análise dos argumentos “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, sendo, por isso, relevantes. Mas a ausência de refutação, ou mesmo de menção – ainda que sumária –, sobre os motivos pelos quais um determinado argumento seria supostamente irrelevante para a solução da causa pode escamotear uma preferência ou viés do julgador, comprometendo a imparcialidade. É a observação que faz Ana Paula de Barcellos, em trabalho sugestivamente intitulado de “Voltando ao básico”, que nem sequer tinha em vista o advento do NCPC:

É fácil perceber que, se um dispositivo – relevante para o caso – for ignorado pelo intérprete, os elementos que sugerem uma solução contrária à que a disposição ignorada indicaria assumirão um peso artificialmente maior ao longo da argumentação. Além disso, as razões pelas quais o intérprete considerou determinado dispositivo irrelevante para o caso não são necessariamente óbvias e devem ser explicitadas.⁷²

Também não há aqui uma “restrição ao conceito constitucional de fundamentação”. É certo que, como visto, ao interpretar o art. 93, IX, da CF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o juiz não estaria obrigado a enfrentar

todos os argumentos deduzidos pelas partes, mas apenas os que entendesse bastantes para embasar sua decisão. O NCPC, portanto, parece uma clara reação a tal jurisprudência⁷³, mas não isso ofende o art. 93, IX. Ao contrário: há um reforço da referida norma constitucional⁷⁴, bem como da garantia do contraditório (art. 5º, LV), e, em última análise, do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

Não há ainda violação à “independência funcional dos juízes” ou à separação de Poderes, porque o Legislativo estaria dizendo como o Judiciário deve interpretar a Constituição. Como visto, a atividade jurisdicional é predominantemente jurídica e não política. Se isso é certo e as normas devem ser primariamente produzidas pelo Legislativo, que também é vinculado pela Constituição, segue-se que o Legislativo pode sim adotar uma interpretação constitucional que vinculará o Judiciário na sua tarefa de aplicar a lei, salvo, em nosso sistema, se a referida interpretação estiver em manifesto desacordo com a Constituição, o que não é o caso. A independência dos juízes não os coloca acima da lei: sua independência serve precisamente para que possam aplicar a lei sem constrangimentos indevidos.

O art. 489, § 2º, do NCPC disciplina como se deve dar a fundamentação em casos de ponderação de normas. A própria possibilidade de ponderar normas é polêmica, assim como os respectivos métodos. Mas, tomando tal *possibilidade* como premissa, de fato o juiz não poderá ponderar dizendo apenas: “sopesando-se a norma x e a norma y, chega-se ao resultado z”: deve ele tornar explícito o seu *modus operandi*, qualquer que ele seja. O Código não impõe a ponderação, nem um de seus métodos: prevê apenas que eles devem ser revelados⁷⁵.

Não se deve ignorar “o sem-número de obstáculos enfrentados pelo juiz para cumprir o dever de motivar adequadamente (número reduzido de juízes, grande quantidade de demandas repetidas etc.)”⁷⁶. Mas vícios de fundamentação resultam numa prestação jurisdicional defeituosa, provocando problemas como o aumento da duração dos processos (em razão da anulação de decisões), a multiplicação de conflitos (pelo não enfrentamento adequado das questões jurídicas neles veiculadas, o que perpetua dúvidas) e mesmo sérias dúvidas sobre a legitimidade das decisões (pela falta de clareza na exposição de seu raciocínio). Assim, embora demande um trabalho “adicional” em cada sentença individualmente considerada, o reforço da exigência de motivação das decisões judiciais talvez possa melhorar a qualidade da resposta judicial e atenuar o quadro de congestionamento de processos em longo prazo. Isso é especialmente verdadeiro quanto aos precedentes lavrados pelos Tribunais Superiores:

Da mesma forma não se ignora o volume de processos submetidos também às cortes superiores brasileiras. Entretanto, o argumento de que não se poderia investir o tempo necessário para motivar adequadamente uma decisão que terá o status de precedente não parece fazer muito sentido. Se nem mesmo os precedentes podem ser motivados por conta do volume de processos, há realmente

algo de muito errado com o sistema. De qualquer modo, a tensão volume – tempo – motivação parece um equívoco, além de outras razões, pelo fato de que a deficiência na motivação dará inevitavelmente ensejo a novas discussões que acabarão por resultar em mais processos, dirigidos a essas mesmas cortes.⁷⁷

Por todas essas razões, o cumprimento adequado do dever de fundamentação das decisões judiciais não pode ser visto como possível agravante da crise do Poder Judiciário, mas como parte da sua solução. Com a possível ressalva do caráter pretensamente vinculante dos precedentes, as exigências previstas no art. 489 do NCPC já decorrem da própria natureza de um regime que se pretende democrático, pois, numa democracia, não se concebe que o poder político – aí incluído o poder jurisdicional – possa ser exercido sem o oferecimento de uma justificativa completa, transparente, que trate os seus mandatários com igual respeito e consideração, legitime a participação de cada um e construa a solução que lhes será imposta a partir de um processo deliberativo, em que a força do melhor argumento seja determinante.

6 CONCLUSÃO

Segundo Jeremy Bentham, “boas decisões são aquelas para as quais boas razões podem ser dadas”⁷⁸. Embora a democracia ainda seja disputada por distintas teorias, trata-se de uma ideia vencedora, cuja prática deve ser aprofundada, assim como o dever de motivação das decisões judiciais. À luz da democracia e sua história, o art. 489 do NCPC perde seu ar de novidade, mas ganha sentido como reação a dificuldades presentes. Hoje, tanto quanto ontem, o juiz que deixa de cumprir essa obrigação em grau satisfatório potencialmente não trata as partes com igual respeito e consideração, exerce seu poder de forma opaca, pode ser acusado de parcialidade e viola direitos (no mínimo processuais, além do possível direito material da parte vencida). Assim, uma das formas de medir uma democracia é verificar em que extensão um determinado regime considera o dever de motivação das decisões dos seus juízes.

Motivar é um exercício democrático: significa ouvir e responder, validando a participação das partes. Os problemas relacionados ao acúmulo de processos não devem ser resolvidos com sacrifício da higidez do dever de fundamentação, cuja completude opera em benefício da qualidade da prestação jurisdicional e, em longo prazo, pode reduzir a demanda por julgamentos, pela diminuição do risco de decisões anuladas e pela maior segurança que confere ao sistema. Sem prejuízo disso, cabe exigir que também as partes tenham o ônus de justificar adequadamente suas pretensões, ao citar dispositivos, súmulas e precedentes, o que se justifica à luz do dever de cooperação (NCPC, art. 6º). Um bom tema para outro estudo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre T. Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. p. 143-165.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015.

BENTHAM, Jeremy. **The works of Jeremy Bentham**. Edimburgh: William Tate, 1843. v. 6. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, p. 413-438, mar. 2015.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

DAHL, Robert A. **On democracy**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza et al. São Paulo: RT, 2015.

FORST, Rainer. The basic right to justification: toward a constructivist conception of human rights. **Constellations**, Oxford, v. 6, n. 1, 1999. Disponível em: <http://spocri.unimc.it/it/site-news/eventi/seminars.-justice-citizenship-and-economic-development/4.%20Seminar%20May%207_%20recommended%20reading_%20Forst.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 59-83.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HELLMAN, René Francisco. Sobre como será difícil julgar com o novo Código de Processo Civil (PLC 8.046/2010): do prêt-à-porter à alta costura decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 97-103, 2015.

HESPANHA, António Manuel Hespânia, Os sentidos da motivação das sentenças na literatura jurídica pré-moderna. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 27-38.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. 2. ed. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. **Revista brasileira de direito processual**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 111-125, 1978.

_____. Prueba y motivación de la sentencia. In: _____. **Temas de direito processual civil: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107-115.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V: arts. 476 a 565**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOUFFE, Chantal. Radical democracy: modern or post-modern? In: BLAUG, Ricardo; SCHWARZMANTEL, John (Ed.). **Democracy: a reader**. New York: Columbia University Press, 2001. p. 526-529.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O contrato social**. Tradução de Antonio P. Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARMENTO, Daniel (Coord.). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalism, socialism and democracy. In: BLAUG, Ricardo; SCHWARZMANTEL, John (Ed.). **Democracy: a reader**. New York: Columbia University Press, 2001. p. 92-95.

SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 189-204.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni (Org.). Colisão entre normas, ponderação e o parágrafo segundo do artigo 489 do NCPC. In: _____; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 341-357.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil - a nova regra nem é assim tão nova. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 157-166.

1 HELLMAN, 2015, p. 1.

2 CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 10

3 Íntegra da nota da ANAMATRA. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

4 Íntegra do relatório. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

5 A informação consta do “Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016. Trata-se de levantamento comparativo feito pelo CNJ em 2011, segundo o qual os juízes brasileiros proferem em média 1.616 sentenças por ano, contra a média de 959 dos juízes italianos, 689 dos espanhóis e 397 dos portugueses, entre outros.

6 A expressão é de FRIEDMAN, Barry. **The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy**. 1998. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=60449>. Acesso em: 21 fev. 2016.

7 A expressão foi cunhada por BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1962.

8 Levantamento disponível em: <http://www.justiceatstake.org/issues/state_court_issues/index.cfm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

- 9 Trata-se do juiz Thomas L. Kilbride, que disputou – e venceu – a eleição por um novo mandato de dez anos na Suprema Corte do Estado americano de Illinois. Os dois anúncios podem ser vistos em sequência (2m50s a 3m51s), e estão disponíveis em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9HxaGFrViOE>>. Acesso em 21 fev. 2016. Embora não enfrentasse concorrentes, a recondução dependia de pelo menos 60% (sessenta por cento) de votos a favor. A oposição à candidatura reuniu cerca de US\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares) angariados entre médicos, hospitais e companhias de seguros, insatisfeitos com um voto do juiz que invalidou uma lei limitativa do valor dos danos punitivos por erros médicos e danos pessoais. O movimento em favor do candidato reuniu cerca de US\$ 3.000.000,00 (três milhões de dólares), arrecadados pelo partido democrata, sindicatos e advogados, tornando a campanha a segunda mais cara da história dos EUA para a recondução de um magistrado. Eis algumas notícias publicadas sobre o assunto, todas acessadas em 21 fev. 2016: <<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=130810189>>, <http://articles.chicagotribune.com/2010-10-21/news/ct-met-kilbride-court-ads-20101021_1_jury-awards-campaign-ad-illinois-judges-association>.
- 10 Matéria jornalística disponível em: <<http://www.politico.com/magazine/story/2014/09/elected-judges-110397?o=1>>. Acesso em: 21 fev. 2016. Tradução livre. No original: “If Americans start thinking of judges as politicians in robes, our democracy is in trouble”.
- 11 Nesse sentido: WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Orford: Oxford University Press, 1999.
- 12 Para essa linha de pensamento, as normas constitucionais refletiriam consensos tão importantes que deveriam ser imunizadas contra tentações de mudança, especialmente fortes em momentos de crise. Jon Elster invoca a mitologia grega, utilizando a imagem de Ulisses, que se acorrenta ao mastro do navio para não sucumbir ao canto das sereias (**Ulysses and the sirens**, 1979; **Ulysses unbound**, 2000). Stephen Holmes refere-se ao caráter vinculante das deliberações tomadas em momentos de sobriedade para evitar erros em momentos de embriaguez: personificando a metáfora em Pedro (“Peter”), a Constituição seria Pedro sóbrio (“Peter sober”) e o eleitorado seria Pedro bêbado (“Peter drunk”) (**Passions and constraint: on the theory of liberal democracy**, 1995).
- 13 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 424-425. Para uma formulação de parâmetros de atuação do Poder Judiciário numa democracia. MENDONÇA, Eduardo. **A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- 14 Registre-se a existência de posições críticas, segundo as quais o grau de proteção dos direitos das minorias é substancialmente o mesmo em democracias dotadas ou não de controle de constitucionalidade, e que – pior ainda –, as Cortes Constitucionais podem subverter a democracia: é o que afirma Ian Shapiro, referindo-se ao caso americano, em que a Suprema Corte equiparou o dinheiro à liberdade de expressão, inclusive para pessoas jurídicas, permitindo gastos virtualmente ilimitados em campanhas eleitorais, o que desequilibra as disputas (*In*: DAHL, 2015, p. ix, xiii e 200-208). O debate, porém, foge dos limites deste trabalho, que – partindo da premissa de um Poder Judiciário estabelecido e independente – centra esforços em analisar as exigências democráticas do dever de fundamentação das decisões judiciais.
- 15 DWORKIN, 1977, p. 11.
- 16 “É que a legitimação democrática dos membros do Judiciário – que não resulta da investidura no cargo por eleição –, deriva do modo pelo qual é exercida a sua função” (GOMES FILHO, 2009, p. 60).
- 17 BARCELLOS, 2014, p. 149.
- 18 GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 60.
- 19 Segundo Michele Taruffo, não é possível “nem mesmo dar uma explicação unitária ao problema no plano histórico-político, tendo em conta a diferença das finalidades que os diferentes legisladores parecem ter perseguido ao impor ao juiz civil o dever de motivar suas próprias decisões” (TARUFFO, 2015, p. 276). José Carlos Barbosa Moreira concorda e acrescenta que “Parece inviável qualquer tentativa de filiar a um princípio inspirador comum a emergência da regra nos muitos países em que ela se impôs” (MOREIRA, 1978, p. 114). A ideia a ser aqui desenvolvida é a de que o ideal democrático – ou ao menos algumas das suas projeções – inspirou ou foi favorecido de algum modo pela instituição do dever de motivação das decisões judiciais, seja permitindo um maior controle social da atividade jurisdicional (função extraprocessual), seja viabilizando uma maior participação das partes no processo (função endoprocessual).
- 20 CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 1985, p. 14.
- 21 Entre as muitas definições espirituosas de democracia formuladas ao longo da história, destacam-se as do estadista britânico Winston Churchill (“A democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos” – tradução livre) e do humorista

- brasileiro Millôr Fernandes (“Democracia é quando eu mando em você. Ditadura é quando você manda em mim”; ou “A diferença entre uma democracia e um país totalitário é que numa democracia – faça a sua pesquisa! – ninguém vive satisfeito”).
- 22 HESPANHA, 2015, p. 30.
- 23 TARUFFO, 2015, p. 280-281.
- 24 MOREIRA, 1978, p. 111-112. O autor cita Itália, Bélgica, Grécia, Colômbia, Haiti, México e Peru.
- 25 MOREIRA, 1978, p. 113-114.
- 26 CF/1988, art. 93, 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. A regra é repetida pelo art. 11 do NCPC.
- 27 FUKUYAMA, 1992, p. 11.
- 28 Matéria jornalística disponível em: <<http://en.people.cn/90777/7859315.html>>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 29 Notícia disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14255&LangID=E>>. Acesso em: 21 fev. 2016. Tradução livre. No original: “There is an almost complete denial of the right to freedom of thought, conscience and religion, as well as of the rights to freedom of opinion, expression, information and association”.
- 30 Sua clássica obra *O processo* (1925) começa com a prisão do protagonista, Josef K. Indagado sobre o motivo da prisão, o agente responsável retruca: “Não fomos incumbidos de dizê-lo. Vá para o seu quarto e espere. O procedimento acaba de ser iniciado e o senhor ficará sabendo de tudo no devido tempo. Ultrapasso os limites do meu encargo quando me dirijo com tanta amabilidade ao senhor” (tradução de Modesto Carone, 2005, p. 7-8).
- 31 V. itens 694 e 695 do relatório, em inglês. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoIDPRK/Report/A.HRC.25.CRP.1_ENG.doc>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 32 Notícia disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14255&LangID=E>>. Acesso em: 21 fev. 2016. Tradução livre. No original: “The gravity, scale and nature of these violations reveal a State that does not have any parallel in the contemporary world”.
- 33 O índice leva em conta cinco variáveis: processo eleitoral e pluralismo; liberdades civis; funcionamento do governo; participação política; e cultura política. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 34 Informação disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Coreia_do_Sul>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 35 O texto da referida Constituição (em inglês) está disponível em: <http://korea.assembly.go.kr/res/low_01_read.jsp>. Acesso em 21 fev. 2016.
- 36 Informação disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 37 A expressão aqui é usada para designar a maior importância atribuída à função latente de uma palavra do que à sua função manifesta. Sobre o tema, v. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**, 2011.
- 38 Pronunciamento disponível em: <<http://clubemilitar.com.br/comemoracao-do-51o-aniversario-da-revolucao-democratica-de-31-de-marco-grupo-araucaria-brasil-acima-de-tudo/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 39 Informação disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia>. Acesso em: 21 fev. 2016.
- 40 DAHL, 2015, p. 10.
- 41 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1999, p. 159.
- 42 DWORKIN, 1977, p. 180.
- 43 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 1999, p. 48.
- 44 Essa ideia pode fundamentar a exigência de justificativas em relação a todos os atos estatais, não apenas as decisões judiciais e administrativas, mas também quanto às próprias leis elaboradas pelo parlamento. Para uma defesa dessa tese, v. BARCELLOS, Ana Paula de. **Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa**. 2015. Tese aprovada no âmbito do concurso para professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mimeografada).

- 45 FORST, 1999, p. 40 (grifo do autor). Tradução livre. No original: “This is thus the most universal and basic claim of every human being, which other human beings or states cannot reject: *the right to justification*, the right to be respected as a moral person who is autonomous at least in the sense that he or she must not be treated in any manner for which adequate reasons cannot be provided”).
- 46 DAHL, 2015, p. 13, 16 e 17.
- 47 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 412.
- 48 TARUFFO, 2015, p. 21 e 23 (introdução à edição brasileira – grifo do autor).
- 49 Para Joseph A. Schumpeter, “o método democrático é o arranjo institucional para tomar decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma disputa competitiva pelos votos das pessoas” (*Capitalism, socialism and democracy*. In: BLAUG; SCHWARTZMANTEL [eds.], 2001, p. 92). Tradução livre. No original: “the democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people’s vote”.
- 50 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 445 (grifo do autor).
- 51 LEFORT, 1987, p. 56.
- 52 MOREIRA, 1978, p. 111-125.
- 53 MOREIRA, 2004, p. 107. Tradução livre (grifo nosso). No original: “El Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferencia”.
- 54 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 1999, p. 26.
- 55 FERRAJOLI, 2015, p. 70.
- 56 “Relações de autoridade e poder não podem desaparecer completamente, e é importante abandonar o mito de uma sociedade transparente, reconciliada consigo mesma, pois esse tipo de fantasia leva ao totalitarismo. O projeto de uma democracia radical e plural, pelo contrário, requer a existência de multiplicidade, de pluralidade, e de conflito, e vê neles a razão de ser da política” (MOUFFE, Chantal. *Radical democracy: modern or post-modern?* In: BLAUG; SCHWARTZMANTEL [eds.] 2001, p. 527). Tradução livre. No original: “Relations of authority and power cannot completely disappear, and it is important to abandon the myth of a transparent society, reconciled with itself, for that kind of fantasy leads to totalitarianism. A project of radical and plural democracy, on the contrary, requires the existence of multiplicity, of plurality, and of conflict, and sees in them the *raison d’être* of politics”.
- 57 LEFORT, 1987, p. 55-56. Prossegue o autor: “(...) o Estado democrático excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de direito. Experimenta direitos que ainda não lhe estão incorporados, é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido, mas que se forma a partir de focos que o poder não pode dominar inteiramente. Da legitimação da greve ou dos sindicatos ao direito relativo ao trabalho ou à segurança social, desenvolveu-se assim sobre a base dos direitos do homem toda uma história que transgredia as fronteiras nas quais o Estado pretendia se definir, uma história que continua aberta”.
- 58 BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 2015, p. 283.
- 59 “Nessa vertente da interpretação como concretização, situa-se, também, a denominada ‘metódica estruturante’, de Friedrich Müller, cuja proposta consiste, igualmente, em conciliar a perspectiva normativa com a sociológica. Müller parte da distinção entre texto (enunciado normativo) e norma, identificada esta como o ponto de chegada e não de partida do processo interpretativo. A norma jurídica resulta da conjugação do programa normativo com o âmbito normativo. O *programa normativo* consiste nas possibilidades de sentido do texto, estabelecidas de acordo com os recursos tradicionais da interpretação jurídica. Já o âmbito normativo se identifica com a parcela da realidade social dentro da qual se coloca o problema a resolver, de onde o intérprete extrairá os componentes fáticos e axiológicos que irão influenciar sua decisão. Este é o espaço da argumentação tópica, da busca da melhor solução para o caso concreto, tendo como limite as possibilidades contidas no programa normativo. Esse modelo metodológico procura harmonizar o pensamento tópico-problemático com o primado da norma” (BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 2015, p. 314-315. V. também p. 345).
- 60 Tal contrapartida, porém, nem sempre vem sendo observada. Nesse sentido: “Seria uma profunda injustiça com a teoria neoconstitucionalista acusá-la de promover o decisionismo ou de defender a tomada de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida. Pelo contrário, como foi destacado acima, um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação de suas decisões. Porém, a prática judiciária brasileira recebeu apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-

- positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões” (SARMENTO, 2009, p. 139).
- 61 BARCELLOS, 2014, p. 148.
- 62 A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, p. 25-26, 2015.
- 63 TUCÍDIDES, 1987, p. 110-111.
- 64 SOUZA NETO, 2011, p. 3-4.
- 65 HABERMAS, 2003, p. 142.
- 66 HABERMAS, 2003, p. 145.
- 67 ALEXY, 2014, p. 318-320, com análise de críticas de Habermas sobre a extensão do papel do Judiciário. V. ainda BARROSO, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, p. 40-41, 2015.
- 68 Nesse sentido: “A lei projetada considera não motivada a decisão ‘vestidinho preto’, que se prestaria a justificar qualquer *decisum*: como, por exemplo, ‘concedo a liminar porque presentes os seus pressupostos’. A fundamentação deve ser expressa e especificamente relacionada ao caso concreto que está sendo resolvido. Como afirmar que esta regras já não está no sistema, independentemente de sua formulação expressa?” (WAMBIER, 2015, p. 162).
- 69 MOREIRA, 2010, p. 555.
- 70 “Aí, pois, está o cerne da questão: para *acolher* o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos da defesa do réu; já para *negar* o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 336 – grifos dos autores).
- 71 MOREIRA, 1978, p. 118.
- 72 BARCELLOS, 2014, p. 153 e 154.
- 73 Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1045.
- 74 Nesse sentido: SILVA, 2013, p. 197.
- 75 Nesse sentido: VASCONCELLOS, 2015, p. 341-354.
- 76 BARCELLOS, 2014, p. 152.
- 77 BARCELLOS, 2014, p. 155.
- 78 BENTHAM, 1838-1843, p. 583. Tradução livre. No original: “good decisions are such decisions for which good reasons can be given”.

THE DEMOCRATIC DIMENSION OF THE DUTY TO MOTIVATE JUDICIAL DECISIONS: THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE AS FOLLOW-UP THE 1988 CONSTITUTION

ABSTRACT

The ongoing debate about the “new” requirements to motivate judicial decisions, provided for in article 489 of the new Brazilian Code of Civil Procedure (Law nº 13.105/2015), although particularly fierce in the context of a Brazilian society greatly accustomed to resorting to the Judiciary, loses relevance when one realizes that most of said stipulations derive from the very nature of a regime that intends to be democratic. After a succinct analysis about the source of the democratic legitimacy of the Judiciary, the study draws a brief parallel between the historical tracks of democracy and the reasoning of judicial decisions, both

featuring triumphs and symbolical uses. Afterwards, the duty to motivate judicial decisions is associated to some key concepts of democracy, such as equality and popular sovereignty, publicity, participation, rule of law and deliberation. In this sense, the new procedural provision can be largely presented as a follow-up of what could already be extracted from the Brazilian Constitution of 1988. The conclusion points to the validity of the provision, in an effort to deepen democracy, which, although disputed by aggregative, deliberative and agonistic theories, remains utopic in the 21st century.

Keywords: Democracy. Judicial decision. Motivation. New Brazilian Code of Civil Procedure (Law n^o 13.105/2015). Brazilian Constitution of 1988.

Submetido: 28 fev. 2016
Aprovado: 13 maio 2016