



## O PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO JUIZ À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Carlos Alberto Ferri<sup>1</sup>

André de Carvalho Okano<sup>2</sup>

Karol Linley Portera<sup>3</sup>

### RESUMO

A presente pesquisa versa sobre o princípio da livre manifestação do juiz à luz do novo código de processo civil, tendo por objetivo geral analisar a aplicabilidade desse princípio e a sua fundamentação. O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo, pois, partiu-se de conhecimentos genéricos para os específicos, com o intuito de identificar um denominador comum e quiçá, contribuir para o avanço do estado da técnica. A título de breves resultados, salienta-se a influência do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo para a formação de uma nova identidade cultural jurídica brasileira que teve por início, em solo pátrio, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, resvalando seus efeitos na criação do novo Código de Processo Civil. O referido códex traz em seu bojo o princípio da livre manifestação do juiz, como uma forma de garantir a aplicação dos valores e da ética aos casos concretos. Contudo, como um instrumento para frear os abusos das decisões do juiz, é necessário que esse fundamente as suas decisões.

**Palavras-chave:** Livre manifestação do juiz; Código de Processo Civil; Princípios; Neoconstitucionalismo; Pós-positivismo;

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela FADISP-SP. Mestre em Direito (2014) pela UNIMEP/SP. Advogado, Coordenador-Adjunto do Curso de Direito do UNASP no qual também é Professor, é autor ou co-autor de artigos em revistas científicas e de livros, conciliador judicial. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB Campinas.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2017). Advogado, atualmente é professor do Centro Universitário Adventista de São Paulo. Conciliador judicial.

<sup>3</sup> Graduanda do 10 semestre do curso de Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP EC.



## INTRODUÇÃO

Hodiernamente sob a égide do Estado democrático de direito, o ordenamento jurídico brasileiro assim como de outros países, vive os efeitos de um fenômeno denominado constitucionalização do direito. Com isso aplica-se a todos os ramos do direito, os preceitos constitucionais. Deve-se, portanto, aplicar a Constituição a todos os demais ramos do direito, fortalecendo assim a ideia de constitucionalização do Direito.

Tal fenômeno, de expansão do direito constitucional sobre os demais ramos do direito, se dá muito em razão do chamado neoconstitucionalismo, onde o direito está mais integrado, e a Constituição mais que uma Carta Política, é dotada de aplicabilidade, e deve no caso concreto fazer valer seus dogmas e axiomas.

Tais preceitos elevam as normas para além da simples classificação de eficácia de normas dado por José Afonso da Silva e o principal efeito disso é valorização do Estado democrático de direito, por meio dos princípios gerais do direito, previstos na Constituição Federal.

Portanto, é notório que passa a haver maior integração entre o ramo processual e o direito constitucional, sendo impossível dissociar um ramo do outro. Não há mais como estudar o processo (seja ele penal ou civil), sem conhecer o direito constitucional, que valoriza o Estado democrático de direito e busca também o maior respeito as garantias e aos direitos individuais. Sendo observado o princípio do devido processo legal, e os princípios que dele se extraem.

E como forma de se observar o princípio do devido processo legal, o processo contemporâneo impõe a observância dos princípios, do juiz natural, da ampla defesa, e do livre convencimento motivado do juiz, que funciona como uma forma de controle da jurisdição, de forma a evitar abusos por parte dos magistrados.

O princípio do livre convencimento está intimamente ligado a obrigatoriedade do juiz em fundamentar e motivar todas as suas decisões de forma clara e precisa,



essa discussão ganhou força novamente com a égide do novo Código de Processo Civil.

O que se ressalta e se discute nesse artigo é a aplicação do preceito constitucional, da obrigatoriedade de motivação das decisões, pois embora o juiz possa decidir conforme seu convencimento, não o deve fazer da forma que lhe aprouver, devendo sempre respeitar o preceito de fundamentar sua decisão e deve fazê-lo de acordo com o as evidencias e provas juntadas aos autos.

Com o intuito metodológico de melhor organizar o estudo, o presente artigo encontra-se dividido em três partes.

Primeiramente, serão abordados princípios genéricos constitucionais, que tem aplicabilidade nos demais ramos do direito, mais especificamente no direito processual.

Posteriormente, tratar-se-á do neoconstitucionalismo e sua influência na elaboração do novo Código de Processo Civil. E, por último, falar-se-á da livre manifestação do juiz e a sua motivação como uma maneira de garantir a democracia e os preceitos constitucionais.

No que concerne a metodologia adotada no trabalho, foi adotado o método dedutivo pois, partiu-se de conhecimentos genéricos para os específicos, com o intuito de identificar um denominador comum e quiçá, contribuir para o avanço do estado da técnica.

## **1. DOS PRINCÍPIOS GENÉRICOS**

Não há possibilidade de dissociar o estudo do processo, seja ele penal ou civil, do aspecto constitucional. Isso porque o direito brasileiro como um todo recebe forte influência dos direitos e das garantias individuais, que funcionam como verdadeiros suportes que freiam todo e qualquer abuso que possa ser praticado contra o individuo (NUCCI, 2014, p. 56).





Segundo Dworkin, na vida prática de um profissional do Direito, a maior importância está nas regras que regem seu trabalho e em muitos casos ditam a estratégia a ser adotada pelo advogado. Contudo, daí se insurge inúmeras discussões de cunho filosófico, a respeito do teor dessas regras e de seu teor filosófico. Um desses preceitos diz que as pessoas devem ser julgadas de maneira a não serem injustiçadas, ainda que isso seja mais viável, ou compense mais para a coletividade. Esses preceitos servem para fortalecer o ideal de Estado democrático de Direito (DWORKIN, 2001, p. 115).

Dessa forma, o fortalecimento do ideal de Estado democrático de direito, passa pela natural compreensão e apreensão do significado da Constituição Federal para ordenamento jurídico quanto estrutura e, dessa forma analisar a própria Carta à luz do ideal democrático (NUCCI, 2014, p. 56).

Assim, não se pode imaginar um cenário em que exista relação processual dissociada das garantias constitucionais. Muito embora exista a necessidade de associação desses ramos do direito, não se pode ver a relação do processo com o direito constitucional, “como se este fosse uma ciência correlata ou um corpo de normas de igual valor, o que não ocorre” (NUCCI, 2014, p. 57).

É de fundamental importância, que se diferencie ambos os direitos, devendo sempre o Direito Constitucional servir de luz, ao direito processual, de modo que este jamais se afaste dos princípios estruturantes e das normas principiológicas daquele.

Tal axioma advém do fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o direito constitucional, deve ter sempre como meta o objetivo de se fazer cumprir os postulados basilares do Estado democrático de direito. E, para isso, é necessário que no máximo possível se cumpra as garantias e os direitos individuais (NUCCI, 2014, p. 58).



Não se nega que deve-se aplicar as premissas processuais conforme estabelecido no Código de Processo, no entanto, tendo o cuidado de fazê-lo sob à luz da Constituição Federal.

Portanto, o âmbito infraconstitucional processual deve ter sua aplicação em conformidade com o plano constitucional. Como forma de fazer valer os postulados de um Estado democrático de direito (NUCCI, 2014, p. 59).

Até aqui se falou muito que o aspecto processual deve estar em consonância com o Direito constitucional, principalmente no que se refere à valorização das garantias e dos direitos individuais.

Tal assertiva se dá pelo cumprimento dos princípios, sendo necessário que a análise do texto processual se dê através de um aspecto que seja possível “utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais”. E nessa situação, por se estar fazendo uma abordagem a partir dos direitos fundamentais, é necessário que proceder alguma forma de distinção entre princípios de regras. Haja vista que, a todo o momento nesse trabalho se fala da importância da observância dos princípios no âmbito infraconstitucional (ALEXY, 2015, p. 85).

Vale ressaltar que “essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Isso, pois, sem que haja essa distinção a tarefa de promover uma teoria adequada a respeito de qualquer restrição que se pense a respeito de direitos individuais, se torna prejudicada. “Nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” (ALEXY, 2015, p. 85).

Portanto, não é forçoso dizer que, a distinção entre princípios e regras, vai além de qualquer dogmática acerca de direitos relativos a liberdade e/ou igualdade, mas também se apresenta como forma de preservação aos ditos direitos de proteção. Seja por cumprir os procedimentos ou mesmo as ditas prestações, mesmo que em seu sentido estrito (ALEXY, 2015, p. 85).



Destaca-se que a distinção entre regras e princípios aponta para que,

Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 85)

A principal distinção entre princípios e regras, está no fato que esses são normas de conteúdo aberto, ou seja, são normas que na maioria das vezes ordenam que algo seja realizado de forma abstrata, portanto, na maior medida do possível. Sempre levando em consideração a realidade fática ou mesmo jurídica, e essa realidade propicia condições para sua efetividade (ALEXY, 2015, p. 85).

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – p.9091 (ALEXY, 2015, p. 85).

Enquanto que regras:

[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou





uma regra ou um princípio. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – p.91 (ALEXY, 2015, p. 86).

Quando se tem a compreensão que é por meio do processo, que o Estado consegue atingir o objetivo de trazer pacificação social e das relações jurídicas. Isso, pois, o Estado ao proibir o exercício privado das razões, exceto nas situações que a lei admite exceções, atrai para si o dever da prestação jurisdicional (MAGALHÃES, 1999, p. 166).

Ademais, o processo funciona como ferramenta para que o Estado satisfaça o direito o substantivo. Resulta daí “um sem número de princípios, ou pressupostos lógicos ou normas, buscando cumprir seus compromissos com a moral e a ética, valendo como algo anterior e externo ao sistema processual e”, acima de qualquer coisa funciona como objeto norteador na “aplicação das regras processuais em busca dos objetivos sociais e políticos do próprio sistema jurídico” (GRINOVER, 1975, p. 6).

Segundo Magalhães:

É no sistema das normas de direito processual que se apresentam os princípios gerais, informativos e fundamentais do processo civil moderno, consoante a regra imposta pela Carta Magna de 88, em seu art. 5º. Efetivamente, só a preexistência de regras processuais imutáveis, ou pelo menos, cuja alteração não acarreta prejuízo a qualquer das partes, é que pode garantir não apenas a igualdade entre as pessoas, como a própria justiça da decisão (MAGALHÃES, 1999, p.166).

O Devido processo legal, princípio orientador do nosso sistema processual, que tem origem no *due process law*, importado para o ordenamento jurídico brasileiro do direito americano do qual decorrem outros princípios processuais com assento constitucional, tais como o princípio do juiz natural, tem como característica evitar em qualquer instância a instauração de tribunais de exceção (GRINOVER, 1975, p. 6).



O referido princípio também está expresso na Constituição de 1988, junto ao rol de direitos e garantias fundamentais elencadas no artigo 5º, Inciso LIV, onde ali preleciona que, para que um cidadão seja privado de seus bens ou sua liberdade, deverá passar por um devido processo legal (TAVARES, 2012, p. 751).

É necessário pois, destrinchar bem a expressão devido processo legal, a fim de que se demonstrem os elementos formadores de tal princípio. Portanto, quando se fala em devido processo legal, deve se ter atenção ao termo devido, que quer dizer que quando alguém for processado, deve ser pelo procedimento previsto, estabelecido previamente, ou até tipificado (TAVARES, 2012, p. 751).

Todavia, não apenas deve ser aplicado um procedimento previsto previamente, mas respeitado os preceitos que tornem esse processo justo. No tocante ao termo processo, quer dizer que para se saciar o direito objetivo a que se busca, deve se observar uma série de formalidades que, consistem em provar o direito, dá chance ao requerido de tentar provar sua inocência, ou mitigar sua culpa. Enfim, procedimentos formais que assegurem as garantias e que conduzam a alcançar e demonstrar o direito objetivo. Dessa forma nessa expressão, estão reunidos componentes, que expressam sucintamente o teor do devido processo legal que é “garantias previstas juridicamente” (GRINOVER, 1975, p. 9).

Há ainda o princípio do duplo grau de jurisdição, que, assegura que toda decisão judicial deve revista, como forma de assegurar maior conformação dos jurisdicionados com as decisões emanadas do Poder Judiciário. Bem como a motivação das decisões judiciais, e sua devida obediência as formas procedimentos estabelecidas previamente. Todos esses princípios decorrem diretamente do princípio do devido processo legal (MAGALHÃES, 1999, p. 166).

Todavia, os princípios gerais do processo podem ser encerrados em dois tipos, o objetivo e jurídico. Aqueles orientam a buscar encontrar a verdade, o mais isento de erro possível. Enquanto que esses buscam por meio encontrar a igualdade, seja ela no processo, seja na decisão (MAGALHÃES, 1999, p. 166).





Ademais, há ainda os princípios político e o econômico. Onde no primeiro, se busca o máximo de pacificação social com o mínimo de sacrifício individual. E, no econômico se busca tornar a todos, independente de seu poderio econômico, o acesso à justiça (MAGALHÃES, 1999, p. 167).

Contudo, o princípio que emana diretamente do devido processo legal, é o chamado princípio do juiz natural. Pois, além de reforçar que não há tribunal de exceção, consagra que somente uma pessoa investida na função de jurisdição pode ser juiz. Dessa forma, impede em todas as perspectivas os julgamentos por outro poder, tanto para o âmbito cível ou mesmo penal (GRINOVER, 1975, p. 7).

A Constituição Federal dentre os direitos e garantias expressos em seu rol, tratou de incorporar também o conceito de um juiz natural para julgar as causas, e o fez em dois dispositivos, a saber os Incisos LIII e XXXVII do artigo 5º da Carta Magna. Onde nesse Ela estabelece que ninguém será processado nem sentenciado, a não ser que seja por uma autoridade provida de competência (TAVARES, 2012, p. 751).

Bem como naquele ela estabelece que não haverá no país, enquanto viger a Constituição Tribunal ou mesmo Juízo de exceção. Dessa forma estabeleceu em dois dispositivos diversos o princípio do juiz natural, ou ainda como é também conhecido “princípio do juiz legal” (GRINOVER, 1975, p. 7).

O princípio do juiz natural é fundamental para o Estado democrático de direito, pois assegura que todos somente serão julgados por órgãos jurisdicionais previamente estabelecidos. Dessa forma, a Constituição vedou que, qualquer pessoa seja julgada por qualquer órgão jurisdicional, seja ele Tribunal ou Juízo singular, que venha a surgir após a data dos fatos a serem jurisdicionados (VILAS-BÔAS).

O princípio do juiz natural se desdobra de dois outros princípios, o da legalidade, que é também uma garantia individual de todos os cidadãos. Bem como do princípio da igualdade. O Princípio do juiz natural se demonstra como verdadeira



proibição, como já apresentado. Entretanto, o destinatário dessa proibição é o Estado, portanto, tal princípio se revela um compromisso do Estado em não criar Tribunais ou juízos de exceção. Quando olhado desse prisma, é perceptível que se trata de uma verdadeira garantia individual. Mas também estabelece que assim como somente pode o cidadão ser processado diante de um juízo competente (TAVARES, 2012, p. 751).

O aludido princípio estabelece também que, o cidadão ao buscar o poder jurisdicional para solucionar alguma controvérsia, deve fazê-lo de forma a respeitar as regras de competência e distribuição do litígio (TAVARES, 2012, p. 751).

Também assegura que, o juiz competente, e que recebeu a capacidade de jurisdição advindo da constituição, e que fora indicado, de ser subtraído da função. Dessa forma essa:

garantia se desdobra em 3 princípios a saber: a) só são órgãos jurisdicionais aqueles que tenham sido constituídos pela constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato, já que isso importaria num tribunal de exceção, criado precipuamente para aquele julgamento; c) entre os juízes pré-constituídos, vigora uma ordem expressa de competências, a qual exclui qualquer possibilidade de discricionariedade de quem quer que seja (MAGALHÃES, 1999, p. 167).

O princípio do devido processo legal encontra importante amparo na justa imparcialidade do juiz, que é assegurado principalmente pelas prerrogativas da magistratura. Ademais, assegura ainda as partes de um processo, decisões mais justas e a lisura de na prestação do poder jurisdicional. Jorge Miranda – p. 166 -167 (GRINOVER, 1975, p. 7).

O princípio do devido processo legal tem como característica apresentar dois sentidos, de um lado significa um grupo de garantias de ordem constitucional, que tem por um lado o objetivo de assegurar a qualquer parte de um processo o “exercício de suas faculdades poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional” (VILAS-BÔAS).



Contudo, o que se questiona é qual o sentido deve ser empregado ao devido processo legal, qual interpretação deve ser dada, se do aspecto material ou substantivo (VILAS-BÔAS).

No aspecto material visa unicamente assegurar o direito material em si. “Enquanto que no sentido formal trata-se da efetiva possibilidade da parte ter acesso à justiça, em sentido material ou substantivo que visam garantir o direito material em si” (GRINOVER, 1975, p. 7).

O devido processo legal estabelece que um processo deve estar vinculado a uma visão do direito que leve em conta os aspectos social, político e até econômico, como forma de dar ao processo maior efetividade e eficácia possível (VILAS-BÔAS).

Contudo, depreende-se que essência do devido processo tem como essência que sua sistemática embora prime pela formalidade “não existe por si só, mas sim para alcançar o escopo a que se propôs que é muito mais do que apenas decidir a lide, mas sim, atingir o escopo social, político, ético e econômico a que a nossa sociedade se impõem” (GRINOVER, 1975, p. 7)

No entanto, assim como o devido processo legal deve se aplicar a todos os processos, sejam eles de natureza penal ou civil. Há a imposição constitucional de que todas as decisões judiciais sejam motivadas, sendo esse um pressuposto para o controle das decisões judiciais. Portanto, as razões da decisão judicial devem aparecer de forma clara em seu texto, sob a forma de fundamentação. Que deve se apresentada de maneira explícita, a maneira que o juiz chegou a esse convencimento. É a maneira de fiscalizar o convencimento do juiz, ainda que esse seja livre.

## **2. O PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO JUIZ E A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO**





Em um contexto histórico posterior a grandes afrontas aos Direitos Humanos, em que se utilizou o Direito para justificar a barbárie, surgiu um movimento intitulado neoconstitucionalismo<sup>4</sup> que serviu por fundamentar o pós-positivismo. Tal movimento ocorre em razão do cenário catastrófico que se apresentou após a segunda guerra mundial (BARROSO, 2005, p.3-5).

O sentimento por mudança foi tamanho, em razão dos abusos perpetrados pelos regimes totalitários, - principalmente o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália-, que ensejou uma nova leitura da aplicação do Direito pelo Estado. E, foi, justamente, nessa conjuntura que surge a valorização da dignidade da pessoa humana (CAMBI, 2007, p.4-5).

Passou-se, então, a fazer parte do debate no seio jurídico a razoabilidade, senso comum e interesse público, questionando a relação de poder do Estado, passando, portanto, a ser inaceitável a legitimação de todos os seus atos (CAMBI, 2007, p. 4-5).

Com esse intento que as cartas constitucionais européias iniciaram uma mudança no seu *modus operandi*, principalmente, no que concerne a aplicabilidade da constituição. Haja vista que, passou-se a conter um alto teor axiológico “que contém importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família” (SARMENTO, 2009, p.1-2).

Nesse espectro, a releitura constitucional pautou-se na valorização da ética e dos valores, antes excluídos da apreciação do fato social pelo magistrado. Esse movimento trouxe para o debate a filosofia, a discussão da norma, a não simples aplicação desta, mas sim, discutir o justo e o legal (BARROSO, 2005, p.3-5).

---

<sup>4</sup> O termo neoconstitucionalismo é bastante controverso conforme se depreende de leituras do artigo “anotações sobre o “neoconstitucionalismo” e sua crítica”, por Dimitri Dimoulis. Para o referido autor, os elementos pertencentes a esse movimento não permite defini-lo satisfatoriamente (DIMOULIS, 2008,p.5-6).



O neoconstitucionalismo tem uma construção filosófica que alicerça a ideia do pós-positivismo, ao que se pretende ser uma releitura do fato social. Nessa ideia, o Poder Judiciário deve fazer uma valoração da norma ante o fato social, de modo que se tenha uma decisão o mais justa possível (FERNANDES, BICALHA, 2011, p.111).

Nesse novo cenário social, político e jurídico cabe ao magistrado incumbir-se do dever de controlar as atividades políticas do Estado e legislativo. Contudo, é necessário que o juiz aja dentro dos limites da lei, não sobrepujando a teoria dos três poderes (OLIVEIRA NETO, 2015, p.100).

Cumprir destacar que, o juiz exerce papel fundamental no julgamento de controvérsias no seio da sociedade, entretanto, o mesmo não pode se afastar dos princípios insculpidos na Carta Magna, devendo sempre tê-los como norte para a solução do caso concreto, sendo que sua atuação deve estar pautada nos limites impostos pelo próprio texto constitucional.

Deve-se romper com a ideia de que o juiz figura no centro da relação jurídica, no qual não lhe cabe analisar o caso concreto e aplicar os princípios constitucionais para solucionar a lide. A ideia de juiz, simples aplicador da lei é antiga e ultrapassada (FONTOURA *et al*, 2011, p.327).

O abandono da clássica teoria ontológica do direito representa o caráter pós-positivista aqui referido, na medida em que caracteriza o teor literal das disposições normativas como apenas um dos elementos no processo de concretização, um elemento de importância notável que deverá nortear as inferências do intérprete, mas que não possui, porém, uma correspondência absoluta com os objetos a que se refere (FONTOURA *et al*, 2011, p. 329).

Conforme já dito, essa ideia de Juiz mais atuante decorreu do mundo pós-guerra. Em que traz por fundamento o *Welfare state*, bem estar social, de que a sociedade não deve sofrer com a inoperância e/ou abuso do Poder Legislativo e Executivo. Por isso, para que haja o equilíbrio entre os poderes é que o Judiciário



deve atuar nos espaços em necessidade criado pelos outros dois Poderes (OLIVEIRA NETO, 2015, p.101).

Por sua vez, o aparecimento de um Estado que assumiu uma postura ativa, conhecido como Estado do bem estar social, implicou o crescimento dos poderes do magistrado, chamado a desenvolver tarefas às quais até então não estava acostumada a realizar. Surgiram novos direitos e a ampliação da atividade do Estado legislador implicou a elaboração de leis repletas de normas de conceitos não determinados, onde a criatividade do juiz deveria completar aquilo que a lei não disse. Ademais, não tendo os direitos sociais uma natureza meramente normativa, mas também um aspecto promocional e projetado para o futuro, com a finalidade da gradual realização de seus objetivos, coube ao magistrado zelar pela efetivação das aspirações contidas no ideal do novo método, decidindo em consonância com seus valores” (OLIVEIRA NETO, 2015, p.101).

Não obstante ao exposto, para natural o entendimento, reitera-se que o juiz não podia, realmente, decidir, ficando adstrito a lei, conforme conhecido jargão jurídico de que o “juiz é a boca da lei”. E, outrossim, que o magistrado deveria apenas interpretar a vontade do legislador e cumpri-la (OLIVEIRA NETO, 2015, p.95).

Entretanto, há que se objetar a ideia de que o juiz pode ir além da simples interpretação legislativa, haja vista o salientado sobre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Então, fala-se do princípio da motivação ou também, princípio da fundamentação das decisões judiciais. Esta ideia possui resguardo no artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil e no artigo 11 do Novo Código de Processo Civil (MONTENEGRO FILHO, 2006, p.69).

Faz-se por necessário aduzir o espaço ideológico em que foi criado o novo código de processo civil que seu bojo todo um aparato principiológico que teve por marco legal, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.





A constituição brasileira de 1988 rompeu com o pensamento legalista da simples aplicação da lei, haja vista a importância dada aos Direitos Fundamentais, passando, desse modo, na hierarquia das normas, ensejar a criação de uma nova dogmática jurídica. Alçando um novo status jurídico, pois deixou de ser tido apenas como uma carta política, mas, desde então, como um documento jurídico (CAMBI, 2007, p. 21-22)

Foi nessa conjuntura que o Código de Processo Civil de 2015 foi criado, pois, o novo CPC reafirmou a constitucionalização do direito em solo pátrio, garantindo a aplicação de uma nova interpretação processual pautada nos princípios constitucionais.

Ademais, insta aludir que a interpretação do novo Código de Processo Civil deve se pautar na Constituição Brasileira, pois, exige-se que o operador do direito vivencie uma nova cultura, “para que seja possível resistir a toda a forma de retrocessos, para a concretização da consciência constitucional e a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais” (LOURENÇO, 2012, p.12).

É nesse sentido que o princípio do juiz natural se enleva, tendo em vista que o Estado se faz presente na figura de um magistrado que irá, além de julgar questões controversas da sociedade, deverá também fundamentar a sua decisão.

É nesse sentido que, o princípio constitucional do juiz natural que tem aplicação processual “impõe que toda decisão proferida por representante do Poder Judiciário seja fundamentada, fornecendo às partes da relação jurídico-processual condições de compreendê-la e de combatê-la por meio do recurso adequado” (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 69).

Elpídio Donizetti (2016, p.117) salienta que, o magistrado poderá ter a sua formação do convencimento para a decisão judicial de maneira livre. Todavia, tal



independência atrela-se a obrigatoriedade em motivar as decisões. Desse modo, o juiz ao decidir deve submeter-se as provas “e aos demais elementos existentes nos autos, bem como às regras legais porventura existentes e às máximas de experiência”.

Por existir esse enquadramento legal é que a livre persuasão do juiz se encontra “entre o sistema da prova legal, no qual há prévia valoração dos elementos probatórios, e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*, no qual o juiz pode apreciar livremente as provas e decidir até contrariamente a elas” (DONIZETTI, 2016, p.117).

O princípio em testilha merece atenção, pois, mesmo que não expresso de maneira incontestada na parte pertinente a principiologia do Direito Processual no novo CPC, já vigora no sistema pátrio desde o Código de Processo Civil anterior, tal argumento encontra guarida no artigo 371 do novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Percebe-se, portanto, que o novo Código de Processo Civil, manteve nas mãos do magistrado o poder de decidir de acordo com suas convicções, entretanto, o mesmo código impõe a necessidade de fundamentação. Observa-se, em verdade, que o magistrado ganhou maior liberdade dentro do processo, mas em contrapartida, também aumentaram suas responsabilidades, tendo em vista que não basta apenas indicar o dispositivo legal mas sobretudo se valorar o mesmo através das lentes da Constituição Federal, de forma a deixar cristalina a sua decisão.

Se antes bastava justificar a razão pela qual aplicava ou não uma determinada norma no plano meramente jurídico; agora a operação tornou-se mais trabalhosa, na medida em que há de acrescentar, à sua antiga tarefa, a tarefa de justificar a opção por um ou outro valor



utilizado no preenchimento das normas de conceitos não determinados” (OLIVEIRA NETO, 2015, p.102).

A justificativa do juiz não deve restringe-se apenas às partes envolvidas processualmente, mas sim, a toda a sociedade. Uma vez que, necessita-se que reste por comprovado que a decisão do magistrado se pautou nos valores da sociedade, compreensão de mundo da sociedade daquele local, e não nos seus próprios valores (OLIVEIRA NETO, 2015, p.102).

É importante frisar, que, a fundamentação da decisão judicial é uma característica que assegura a democracia, pois garante a publicidade ao ato e também, de que será aplicada a vontade do poder legiferante - representantes do povo - e não a vontade do juiz. Outrossim, essa fundamentação exteriorizada garante que as decisões não sejam reformadas (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 69).

Ao revés, a ausência de fundamentação em qualquer decisão, ensejará a interposição de inúmeros recursos, inclusive pleiteando a nulidade da decisão.

Nas palavras de Misael Montenegro Filho (2016, p. 69) não há exceção no que concerne a fundamentação das decisões, pois todas devem ser fundamentadas. “Com especial enfoque para as de natureza interlocutória, sobrelevando ressaltar as liminares concedidas em resposta a pedidos de tutelas provisórias, mandados de segurança, ações possessórias e ações civis públicas” (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 69).

Desse modo, pode-se perceber que, com a amplitude interpretativa trazida pelo pós-positivismo, referente às novas interpretações da lei, de maneira que haja uma adequação da lei a vontade da constituição, de forma a possibilitar a aplicação da mesma de forma mais equânime e sobretudo de forma mais transparente, tendo em vista a necessidade de fundamentação das decisões.





### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, pôde-se compreender as circunstâncias sociais, econômicas e políticas do mundo após a segunda-guerra mundial que interferiu na criação da Constituição da República do Brasil de 1988 e posteriormente, com a mudança cultural no seio jurídico, foi possível a criação de um novo Código de Processo Civil tendo por base uma relação constitucional principiológica.

Desse modo é que se fala que essa mudança de paradigmas provocou a constitucionalização do Direito pátrio, de modo que o novo Código de Processo Civil pauta-se nos princípios constitucionais para a sua aplicabilidade, como um instrumento de acesso ao Poder Judiciário.

O neoconstitucionalismo e o pós-positivismo foi fator preponderante para a criação desse novo código pois este movimento ideológico traz em seu bojo a ideia da aplicação dos valores e da ética na interpretação jurídica, portanto, ocorre uma releitura do fato social por meio dos valores e da moral.

Contudo, percebeu-se que, o magistrado não ficou tão livre para decidir, pois deve aplicar a legislação e fundamentar a decisão, para que não haja autoritarismo por parte desse.

Registra-se aqui, o avanço da legislação processual, ao impor ao magistrado a necessidade de fundamentação. Tal medida além de proporcionar maior transparência nas decisões, busca garantir que o magistrado se pautar em valores estruturantes do nosso ordenamento jurídico, a saber princípios constitucionais, que devem inspirar e servir de lupa para a leitura desse novo Código de Processo Civil.



#### 4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 04 março de 2017.

BRASIL. **Código de processo civil**. Lei 13.105 de 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. *Panóptica – Direito e Sociedade e Cultura*, v. 2, n.2, abr. 2007. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_2.2\\_2007\\_1-44/64](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64)>. Acesso em: 10 março de 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” [e sua crítica]**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 17, março 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 março de 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011, Brasília. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>>. Acesso em 07 março de 2017.

FONTOURA, J. F. S. *et al.* **Hermenêutica constitucional e pós-positivismo**: notas sobre a retórica estruturante e sobre a técnica da ponderação. Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em 12 março de 2017.



GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil.** São Paulo: Bushatasky, 1975.

LOURENÇO, Haroldo. **O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC.** Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012>>. Acesso em 09 março de 2017.

MAGALHÃES, Jorge de Miranda. **Princípios gerais do direito no processo civil.** Revista da EMERJ, v.2, n.5, 1999.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil de acordo com o novo CPC.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA NETO, Olavo de *et al.* **Curso de direito processual.** São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no brasil:** riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 3, n.9, jan. 2009. Disponível: <[http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf)>. Acesso em 05 março de 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 11 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Princípios constitucionais do Direito Processual Civil. Portal âmbito jurídico.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10180&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10180&revista_caderno=21)>. Acesso em: 06 mar. 2017.