PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015: Um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir
do modelo constitucional de processo**

Belo Horizonte

2017

Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: Um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais.

Área de concentração: Direito Processual

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S725d	<p>Sousa, Lorena Ribeiro de Carvalho O dever de fundamentação das decisões no código de processo civil de 2015: um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo / Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa. Belo Horizonte, 2018. 146 f.</p> <p>Orientador: Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Decisão judicial. 2. Reforma processual civil. 3. Positivismo jurídico. 4. Estado democrático de direito. 5. Direito – Filosofia. I. Moraes, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
-------	--

SIB PUC MINAS

CDU: 347.951

Ficha catalográfica elaborada por Rosane Alves Martins da Silva – CRB 6/2971

Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: Um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Professora Dra Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes – Orientadora – PUC Minas

Professor Doutor Dierle José Coelho Nunes – PUC Minas (Banca Examinadora)

Professor Doutor Alexandre Gustavo Franco Melo Bahia – UFOP (Banca Examinadora)

Professora Doutora Renata Furtado de Barros – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Tecer agradecimentos, após a longa jornada percorrida para se construir uma pesquisa, é mais que um gesto de gratidão, torna-se uma obrigação ao pesquisador. O conhecimento não é construído de forma solitária, de sorte que as interlocuções e os saberes – teóricos e de vida (porque não) – são contributos para a produção (e reflexão) das linhas aqui desenvolvidas.

De modo inequívoco, o primeiro agradecimento tenho que atribuir à minha orientadora, professora Flaviane de Magalhães Barros, que muito mais que uma mestra a me auxiliar na condução desta dissertação, soube suportar meus “dramas” e me ensinou a ser uma pessoa mais forte e determinada.

Agradeço, de igual forma, aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, professores doutores Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (que foi a alavanca propulsora para meu ingresso no programa); Rosemiro Pereira Leal; Alberico Alves da Silva Filho; Antônio Cota Marçal e, em especial, Dierle José Coelho Nunes, pela oportunidade de me conceder valiosas lições da docência durante o estágio realizado; sem sombra de dúvida, minha fonte de inspiração.

Não poderia me esquecer de agradecer aos colegas que o PPGD - PUC Minas me presenteou: Alisson Martins, Alexandre Rocha, Alexandre Varela, Alana Mendes, Allan Milagres, Érica Alves, Felipe Vaz, Helena Freitas, João Carlos Salles, Lidianie Reis, Lucas Theodoro Dias, Luís Gustavo Mundim, Natanel Lud, Márcio Melo e tantos outros que nestas breves linhas não cabem a expressar, pelas ricas interlocuções e pelas angústias compartilhadas.

Ademais, sem o suporte familiar, jamais conseguiria dar este passo. Por isso, meu agradecimento especial à minha amada família, sobretudo aos meus pais, Neison e Lucienne, e a minha irmã, Rafaela, que tiveram que lidar com minhas ausências e não mediram esforços para me amparar nesta árdua caminhada.

À Paulina e à Maria Cândida, pela hospitalidade em me acolher.

A Gustavo Andrade, pelo apoio e companheirismo prestado.

Aos colegas de escritório, pela compreensão e apoio conferido.

Aos que não foram citados neste singelo agradecimento, mas lembrados na memória, também deixo registrada a minha profunda gratidão.

“(...) se o destino das pessoas que litigam, afinal de contas, dependeria da intuição de quem julga; e se intuir é o mesmo que pressentir, ou que ter conhecimento sem recorrer ao raciocínio, então o julgamento não seria fruto da razão” (YARSHELL, 2016, p. 13).

“Sempre que você estiver disposto a avançar, estará sujeito a errar. Movimentar-se é arriscar-se.” (SAMER AGI, 2017).

RESUMO

A necessidade de se construir decisões judiciais que sejam adequadas e devidamente fundamentadas é uma exigência constitucional. Entretanto, reiteradamente, o que se vislumbra da prática jurídica brasileira é o desrespeito à aludida garantia processual constitucional, com simulacros de decisões fundamentadas, em dissonância ao caso concreto. Visando a fortalecer e dar cumprimento à garantia da fundamentação das decisões, foi editado o artigo 489, da Lei n. 13.105/15 – o novo Código de Processo Civil, que prevê maneiras adequadas de fundamentar decisões, principalmente quando se objetiva aplicar, como fundamento regras, princípios, súmulas ou precedentes ajustados às particularidades do caso. Nesse contexto, a pesquisa buscará responder em que medida o conteúdo decisório proferido pelos órgãos jurisdicionais brasileiros leva em consideração o caso concreto debatido pelas partes. Para tanto, o estudo perpassará pela discussão da insuficiência das matrizes positivistas na construção do ato decisório e da necessidade do resgate do caso concreto. A análise recairá ainda na compreensão da garantia da fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo, que em co-dependência com o contraditório, assegura decisões participadas e democraticamente legítimas. Após, serão estudadas as hipóteses normativas elencadas nos incisos do §1º do artigo 489, do CPC/15, delimitando o que se considera como adequadamente fundamentada uma decisão, para, ao final, analisar, empiricamente, decisões que foram extraídas do repositório do Superior Tribunal de Justiça e monitoradas pelo período de junho a dezembro de 2016, com o fito de entender como aludido órgão jurisdicional vem aplicando a respectiva norma jurídica. Concluir-se-á que, não obstante o ganho democrático propiciado pela novel legislação, a prática jurídica ainda não incorporou, por completo, seus preceitos.

Palavras-chaves: Fundamentação das decisões. Caso concreto. Lei n. 13.105/15. Modelo Constitucional de Processo.

ABSTRACT

The need to build adequate and properly reasoned judicial decisions is a constitutional requirement. However, what is seen repeatedly in the Brazilian legal practice is the disrespect to the aforementioned constitutional procedural guarantee, with mock decisions based on dissonance to the concrete case. In order to strengthen and comply with the guarantee of justification, it was published article 489 of Law no. 13.105/2015 - the new Code of Civil Procedure, which provides adequate ways of substantiating decisions, especially when it is intended to apply, as a basis, laws, principles, dockets or precedents adjusted to the particularities of the case. In this context, the research will seek to answer the extent to which the decision-making content of Brazilian courts takes into account the specific case debated by the parts, especially after the procedural rule established in paragraph 1 of article 489 of the mentioned law. For this, the study will be based on the discussion of the insufficiency of positivist matrices in the construction of the decision-making act and the need to rescue the concrete case. The analysis will also depend on the understanding of the guarantee of the reasoning of decisions from the constitutional model of process, which, in co-dependence with the contradictory, ensures participatory and democratically legitimate decisions. After that, the normative hypotheses listed in paragraphs 1 of article 489 of Code of Civil Procedure 2015 will be studied, delimiting what is considered as adequately grounded a decision, in order to analyze, empirically, decisions that were extracted from the repository of the Superior Court of Justice and are monitored in the period from June to December 2016, in order to understand how the referenced court is applying the respective legal norm. It will be concluded that, despite the gain provided by the novel legislation, legal practice has not yet fully incorporated its precepts.

Keywords: Decisions grounding. Specific case. Law number 13.105/2015. Constitutional Process Model.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental
Ampl	Ampliada
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
Atual	Atualizada
Coord.	Coordenador
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
Ed	Edição
EDcl	Embargos de Declaração
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
Nº	Número
Org.	Organizador
Rel	Relator
REsp	Recurso Especial
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
V.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 DECISÃO JUDICIAL E O RESGATE DO CASO CONCRETO	23
2.1 Enfrentando pontos críticos do Positivismo Jurídico.....	23
2.2 A insuficiência da decisão judicial como ato silogístico	30
2.3 A decisão judicial como ato não-silogístico: a relevância do caso concreto	33
2.3.1 <i>O contributo de Friedrich Müller</i>	33
2.3.2 <i>O contributo de Ronald Dworkin</i>	37
3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	45
3.1 Os órgãos jurisdicionais devem julgar casos e não “teses”.....	45
3.2 O que torna uma decisão fundamentada no Estado Democrático de Direito?	53
3.2.1 <i>Noção de Estado Democrático de Direito</i>	54
3.2.2 <i>O exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito</i>	61
3.2.3 <i>O modelo constitucional de processo e a garantia da fundamentação das decisões</i> ...	66
3.2.4 <i>A conexão entre o contraditório como garantia de influência e não surpresa e a fundamentação das decisões judiciais</i>	73
4 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 489, §1º, CPC/15.....	81
4.1 Indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo sem explicar a sua relação com a causa ou com a questão decidida (artigo 489, §1º, I, do CPC/2015)	84
4.2 Emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência ao caso (artigo 489, §1º, II, do CPC/2015)	86
4.3 Apresentação de motivos que se prestariam como justificação a qualquer outra decisão (artigo 489, §1º, III, do CPC/2015)	87
4.4 Enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (artigo 489, §1º, IV, do CPC/2015)	89
4.5 Emprego de precedente ou enunciado de súmula sem identificar sua ratio decidendi nem demonstrar que o caso em julgamento se ajusta aos mesmos fundamentos (artigo 489, §1º, V, do CPC/2015)	92
4.6 Inobservância de súmula, jurisprudência ou precedente suscitado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento jurisprudencial (artigo 489, §1º, VI, do CPC/2015)	98
5 ANÁLISE DE DECISÕES: O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO PÓS CPC/15.....	103
5.1 Introdução metodológica do levantamento de dados	105
5.2 Análise dos resultados obtidos.....	109
5.3 Aportes conclusivos	126
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	130
REFERÊNCIAS	133

1 INTRODUÇÃO

Perquirir as bases teóricas para estabelecer uma compreensão sobre o dever da fundamentação das decisões pode parecer – a princípio – uma reprodução de conhecimentos já expostos em várias obras, que, com profundidade, abordam o tema¹. Mas a proposta da presente pesquisa, como será desenvolvida aos longos dos capítulos, buscará evidenciar que, não obstante ser a temática um chamariz para o estudioso da ciência processual, ainda há pontos nebulosos sobre os quais ainda se faz necessária a investigação.

A preocupação com a fundamentação das decisões não é recente. Buscam os estudiosos da ciência processual encontrar mecanismos para assegurar que a garantia constitucional, estatuída no artigo 93, IX, da Constituição brasileira de 1988², seja observada em todos os tipos de processo, quer seja legislativo, jurisdicional ou administrativo.

Na atual quadra histórica, e com os avanços propiciados pelos estudos da ciência processual, tem-se que o conteúdo do ato decisório não pode mais se resumir no que o julgador acredita ser o direito aplicável, segundo seu livre convencimento; tampouco pode corresponder a uma aplicação mecânica sobre o que os tribunais superiores, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, atribuem como tese jurídica, a ser aplicada irrefletidamente e sem preocupação com o caso concreto, em prol da busca por uma eficiência quantitativa (de números).

Pensar a construção da decisão, sob este viés, só permite a perpetuação de um protagonismo judicial, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Faz-se necessário, de uma vez por todas, delimitar o conteúdo da decisão, em especial da judicial (objeto deste estudo), e garantir maior democraticidade e legitimidade da função jurisdicional.

Com efeito, parte-se da perspectiva de que, com a promulgação e vigência do novo Código de Processo Civil brasileiro – Lei nº 13.105/2015, editado sob a égide do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988, torna-se relevante o estudo e a

¹ Essa advertência é feita por Flávio Luiz Yarshell no prefácio da dissertação de Rodrigo Ramina de Lucca, haja vista os estudos desenvolvidos pela literatura jurídica nacional e estrangeira que cuidaram do objeto desta presente pesquisa. Contudo, é certo que “conquanto o tema (da motivação) já tenha sido objeto de clássica doutrina que a ele já se dedicou com profundidade, os desafios se renovam e parecem se tornar cada vez mais complexos, especialmente no contexto dos conflitos típicos da sociedade de produção” (YARSHELL, 2016, p. 14).

² “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” (BRASIL, 1988).

reflexão dos novos institutos implementados pela nova sistemática do código no que tange ao dever de fundamentar e, sobretudo, suas implicações na prática jurídica.

Não se pode perder de vista que a novel legislação processual visa a contribuir para uma expansividade à aplicação do direito, de modo a criar uma verdadeira sintonia aos princípios e garantias processuais – destaque para o contraditório (art. 5º, LV) e a fundamentação das decisões (art. 93, IX) – previstos na Constituição brasileira de 1988.

Nesse sentido, a presente pesquisa visa a responder a seguinte indagação: em que medida o conteúdo decisório proferido pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, especificamente o Superior Tribunal de Justiça, leva em consideração o caso concreto debatido pelas partes, após a vigência da regra processual prevista nos incisos do §1º do artigo 489, da Lei 13.105/2015?

Em uma análise de como os órgãos jurisdicionais brasileiros vêm interpretando os institutos consagrados pelo novo Código de Processo Civil, pretende-se demonstrar sinais de que um dos mais louváveis objetivos perseguidos pela nova sistemática não seja devidamente atendido, qual seja: a possibilidade das decisões serem proferidas em respeito a um *locus* procedimental, em que sejam assegurados os princípios e as garantias processuais constitucionais – em especial, o contraditório – inviabilizando a ascensão de foco de protagonismos, quer das partes, quer dos magistrados, e garantindo a elaboração participada da decisão, que enfrente todas as questões debatidas pelos sujeitos processuais, e que também se atente para análise contextualizada ao caso concreto.

Para se alcançarem os objetivos desta pesquisa e estabelecer uma hipótese ao problema levantado, fazem-se necessários aportes teóricos que permeiam conceitos da teoria do direito³ e da ciência processual, alicerçada numa perspectiva constitucional democrática, a partir do modelo constitucional de processo⁴. Da mesma forma, proceder-se-á um estudo empírico a partir da análise de decisões dos Tribunais Superiores brasileiros, para verificar se há a observância (ou não) do caso concreto contextualizado, nos termos do art. 489, §1º, do CPC/15, na fundamentação do ato decisório.

Em um primeiro momento, o estudo perpassará, brevemente, sobre o mito positivista da completude do ordenamento jurídico, associada à técnica de julgamento do silogismo, que mascara a discricionariedade no ato de decidir. Ao limitar o trabalho hermenêutico do

³ É de se ressaltar que a presente dissertação não tem a pretensão de fazer incursões aprofundadas sobre noções que permeiam à teoria do direito e à hermenêutica jurídica, embora tangencie alguns aspectos teóricos. A preocupação recai – mormente – em traçar condições para a compreensão mínima de decisão judicial e caso concreto, que se alinhe à perspectiva estudada sobre o dever de fundamentação das decisões.

⁴ Pontua-se que a presente pesquisa parte dos aportes teóricos ofertados por Ítalo Augusto Andolina e Giuseppe Vignera, sobretudo a partir da obra “*I fondamenti costituzionali della giustizia civile*”.

juiz a simples fórmulas (quase matemáticas) de acoplamento das circunstâncias fáticas ao texto normativo, autoriza-se que o aplicador deixe de expor os reais motivos que o levaram a deliberar sobre determinado argumento em detrimento de outro. Logo, inevitavelmente, a decisão jurisdicional, no contexto positivista, conduz à discricionariedade.

Para demonstrar que não há como a aplicação judicial ser dissociada do contexto do caso concreto, da realidade, parte-se, como suporte ao problema levantado, das concepções teóricas de Friedrich Müller, colhidas de suas obras “*Métodos de trabalho do direito constitucional*” e “*Teoria Estruturante do Direito*”, que sustenta a inviabilidade de aplicação de uma norma jurídica apartada das especificidades do caso concreto, ou seja: a norma jurídica não preexiste ao texto previsto nos códigos, regras, súmulas, mas sim é resultante de um processo de concretização, de modo que parte da realidade se comunica com o texto da norma. A norma é concreta e conconstitutiva do caso concreto.

Por outro lado, mostra-se, de igual forma, relevante para o desenvolvimento da pesquisa o estudo da Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, para quem todo o caso é único e deve ser reconstruído por meio do processo, de sorte que a aplicação da norma pressupõe uma reconstrução discursiva do caso.

Já em um segundo momento, será tecida crítica à tendência do julgamento de teses pelos órgãos jurisdicionais brasileiros em detrimento das particularidades do caso. Sob um discurso pautado no neoliberalismo processual, e visando contingenciar o problema alavancado pelo abarrotamento de causas submetidas ao Judiciário, em nome de uma “Justiça de números”, apostam-se em padrões decisórios, que são aplicados mecanicamente, em desatenção ao caso concreto e aos princípios que conformam o modelo constitucional de processo. Nesse cenário, a pesquisa centrará a importância da busca de legitimidade da função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, após a promulgação da Constituição brasileira de 1988.

Com a introdução do modelo constitucional de processo pela Constituição, o processo passa a ser visto em sua visão garantística de efetivação de direitos fundamentais e legitima a participação dos cidadãos na formação das decisões. Em um contexto democrático, não mais se admite práticas arraigadas a um processualismo de cunho socializador, que privilegia um protagonismo judicial. Ao revés, a decisão judicial deve ser fruto do diálogo e da participação dos sujeitos processuais. Logo, a fundamentação das decisões judiciais, em co-dependência ao contraditório substancial, permite a influência dos argumentos desenvolvidos pelos sujeitos processuais na formação do ato decisório permitindo maior controlabilidade e presivibilidade de seu conteúdo.

Partindo-se da premissa de que é preciso a institucionalização de um processo constitucionalizado, o Código de Processo Civil em vigor realça em seu capítulo introdutório a dimensão principiológica do sistema processual brasileiro, ao prever as normas fundamentais (art. 1º ao 12), dentre elas a cooperação processual (art. 6º); o contraditório substancial, enxergado sob três perspectivas: como paridade de “armas” (art. 7º), como bilateralidade de audiência (art. 9º), como garantia de influência e não surpresa (art. 10); a publicidade e a necessidade de fundamentação (art. 11 e art. 489). E dentro dessa nova sistemática inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 é que se estudará o dever de fundamentação.

Desse modo, torna-se relevante uma análise das principais modificações sobre o dever de fundamentação trazidas pelos incisos do §1º do artigo 489, do Código de Processo Civil de 2015, que estabelecem hipóteses do que não se considera como uma decisão fundamentada, a saber: dever de correlacionar os atos normativos suscitados com a questão debatida; incidência de conceitos jurídicos indeterminados em conformidade ao caso concreto; o enfrentamento de todas as questões e argumentos jurídicos relevantes; identificação e distinção de precedentes e enunciados de súmulas consubstanciados ao caso concreto; o enfrentamento de argumentos para superação de precedentes, súmulas ou jurisprudência levantada pela parte.

Após essa análise, realizar-se-á um estudo empírico de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça⁵, atinentes à aplicação do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, publicados durante o período de 1º de junho de 2016 a 31 de dezembro de 2016⁶, já na vigência da nova legislação processual. Buscar-se-á verificar em que medida a alteração legislativa modificou a compreensão e a prática jurídica deste órgão jurisdicional quanto ao dever de fundamentação, a partir da análise de seus julgados.

Para realização do estudo empírico, foram realizados levantamentos quantitativos e qualitativos, colhendo-se dados obtidos do repositório de jurisprudência do sítio eletrônico do

⁵ Justifica-se a opção pela análise das decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista ser órgão jurisdicional cuja competência precípua, definida pela Constituição brasileira de 1988, é apreciar e julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça do Estado, do Distrito Federal e Territórios, referentes à legislação federal infraconstitucional, nos termos do artigo 105, inciso III e suas respectivas alíneas, da Constituição de 1988.

⁶ A demarcação temporal é consubstanciada na análise de decisões judiciais por um período de seis meses, dada a escassez de recursos humanos e tecnológicos para a elaboração de um monitoramento por um período mais longo. Destaca-se que foi considerado o período compreendido entre 1º de junho de 2016 a 31 de dezembro de 2016, porquanto no mês de julho de 2016 não houve julgamentos e tampouco publicações no Superior Tribunal de Justiça, em virtude de suspensão do expediente forense, nos termos da Portaria STJ/GDG nº 522, de 21 de junho de 2016, publicada em 22 de junho de 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/102657/Prt%20_522_2016_GDG.pdf. Acesso em: 22 abr. 2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), selecionando como palavra-chave de busca: “art. 489, §1º, CPC/15”.

Delimitando o espectro dos dados levantados, foi conferido maior relevo às decisões prolatadas pelas Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, bem como as decisões das Seções⁷, desprezando-se a análise dos acórdãos proferidos pelas Quinta e Sexta Turma, cuja competência é apreciação de matéria penal, por não corresponder ao objeto de estudo da dissertação. Ao final, a partir dos critérios já assinalados, foram selecionados vinte e quatro acórdãos, que foram analisados objetivamente, especificando-se o número dos autos, a Turma, o relator, as partes, a data de julgamento, a data da publicação e o breve resumo dos votos exarados.

Nos aportes conclusivos do estudo empírico, verificar-se-á, como hipótese, que o Superior Tribunal de Justiça ainda não vem aplicando as hipóteses do §1º, do artigo 489, do CPC/15, tampouco vem privilegiando as particularidades do caso concreto no ato de decidir.

Ao fim, pretende-se chegar à conclusão de que, não obstante as alterações promovidas na legislação processual civil, em especial os contornos democráticos propiciados pela implementação de um modelo processual em que se respeite aos princípios e garantias processuais constitucionais, o Superior Tribunal de Justiça ainda não incorporou, em seus pronunciamentos decisórios, o dever de fundamentação das decisões, estatuído no §1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil de 2015.

⁷ De acordo com o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, as Primeira e Segunda Turmas, que compõem a Primeira Seção, têm a competência de apreciação de matéria de direito público em geral, ao passo que as Terceira e Quarta Turmas, que compõem a Segunda Seção, possuem atribuição para matéria de direito privado em geral (Art. 9º, §§1º e 2º, do RISTJ) (BRASIL, 2015b).

2 DECISÃO JUDICIAL E O RESGATE DO CASO CONCRETO

O estudo empreendido para a compreensão da decisão judicial e, via de consequência, do dever de fundamentação não é uma tarefa simples. A exigência de que a produção do ato decisório seja coerente com o debate democrático e com a concretude do caso tem incursões em campos de saberes distintos. Pensar em fundamentação dissociada das bases teóricas que permeiam a decisão judicial é incorrer em omissões, sem a apresentação de contributos para o avanço da ciência jurídica.

Não se trata, pois, do objetivo deste capítulo discorrer profundamente sobre a hermenêutica jurídica e sobre conceitos da teoria e da filosofia do direito, mas evidenciar alguns singelos contornos para um ajuste de rumos.

A prisão em que se encontra a práxis dos órgãos jurisdicionais brasileiros na mera reprodução de decisões como ato voluntarístico, em que os julgadores ainda se encontram arraigados a um ultrapassado modelo de decidir pautado em subjetivismos, aliado à crença de que, abstratamente, um enunciado é capaz de prever todas as futuras hipóteses de aplicação (STRECK, 2014, p. 220), faz com que seja necessário repensar – de forma crítica – a emanção dos provimentos.

Para além deste problema, outro ponto que se constata é o esquecimento do valor do caso concreto, com a aposta – cada vez mais recorrente – do julgamento de teses (o fenômeno da standardização do direito), com vinculações interpretativas, em nome de ser uma panaceia para conter o elevado trabalho dos tribunais e o congestionamento do Judiciário brasileiro (SCHMITZ, 2015, p. 30).

Por isso o anseio em se perquirir – ainda que brevemente – o aprisionamento à tradição vinculada ao positivismo jurídico, atrelado ao modelo silogístico, que se mostra insuficiente para a compreensão da decisão judicial, hodiernamente, e a negativa de se creditar relevância ao caso concreto na prolação de atos decisórios.

Logo, este será o primeiro passo para a investigação do dever de fundamentação das decisões judiciais consentâneas ao Estado Democrático de Direito.

2.1 Enfrentando pontos críticos do Positivismo Jurídico

Para compreender fundamentação, no século XXI, não se pode descurar de seu estudo ligado às bases da teoria do direito. E isso conduz em abordar até que ponto o Positivismo

Jurídico ainda mantém suas influências no modo de interpretação e aplicação do direito, no Brasil.

É evidenciado que, ao menos, duas espécies de positivismo jurídico ganharam fôlego nos estudos atinentes à teoria do direito: o positivismo exegético (ou paleojuspositivismo) e o positivismo normativista, difundido, sobretudo, pelos estudos empreendidos por Hans Kelsen (no contexto do *civil law*), Herbert L. Hart (de matriz *common law*), Alf Ross, a partir da década 20, do século passado. (SCHMITZ, 2015).

A principal ideia que permeia o positivismo jurídico é simples e consiste na depuração do conhecimento da Ciência do Direito de toda carga valorativa, metafísica, sociológica ou econômica que predominava até o século XVII. Em outras palavras: “No campo do direito, pode-se dizer que os valores ou juízos de valor, por o serem racional e cientificamente cognoscíveis, não podem fazer parte do conhecimento jurídico. O positivismo é pessimista com os valores”, de modo que só se chega a verdadeira ciência quando se abstrai do objeto de estudo qualquer carga axiológica (SCHMITZ, 2015, p. 53).

A primeira vertente do Positivismo jurídico, o denominado Positivismo Exegético, é alicerçada após Revolução Francesa, no século XVIII. A pós-revolução delineou uma ideologia liberal pautada no reforço do parlamento frente às demais funções estatais. E, com esta sobrevalorização, passou a ser o Legislativo detentor do monopólio do Direito, o que levou a cabo a elaboração da Codificação Napoleônica e o fortalecimento do papel hermenêutico do legislador (princípio da onipotência do legislador). É, neste contexto, que surge a Escola da Exegese:

O Poder Legislativo, que recém havia conquistado seu espaço na manutenção da democracia francesa, passou a ter o monopólio da produção do Direito. Nesse contexto surgiu a *École de l'exégèse*, que é o resultado do Código Napoleônico (1804), editado e promulgado para consolidar um novo regime que ali se iniciava e que enxergava o Direito como a mera reprodução, na prática, do que previam os dispositivos legais. “Lei” e “Direito” foram reduzidos a uma só coisa, e ao julgador caberia apenas verificar, no contexto fático que lhe era apresentado, qual dispositivo legal seria aplicável. Todo esforço hermenêutico teria sido feito, acreditava-se, pelo Legislador, e o Código era um texto onipotente, basicamente livre de lacunas (SCHMITZ, 2015, p. 54).

Complementando a passagem acima transcrita, em sua obra clássica “*O positivismo jurídico*”, Norberto Bobbio expõe que:

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria

seguida pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código (BOBBIO, 1995, p. 83).

A Codificação operada na França, no período Napoleônico, induziu a um dos dogmas fundamentais que mantém o Positivismo Jurídico, qual seja: o princípio da onipotência do legislador, inaugurando-se uma nova tradição jurídica. Percebe-se que a adoção deste princípio não foi em virtude, em si, dos próprios redatores do Código Napoleônico, mas sim de seus primeiros intérpretes (BOBBIO, 1995, p. 73).

Ademais, a própria Codificação conduziu a uma ideia de completude do ordenamento jurídico, já que, ante a ausência de quaisquer lacunas no texto legal, seria o Código a via mais simples para se encontrar a solução para qualquer caso, desprezando-se, pois, o auxílio de outras fontes, como os costumes, a jurisprudência e a doutrina (BOBBIO, 1995, p. 78).

Nesse rumo, Lenio Luiz Streck assevera que:

A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintático. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas (STRECK, 2010, p. 162).

A tradição brasileira incorporou a noção de completude do ordenamento jurídico oriunda do Código Napoleônico francês (1804), no qual Lei e Direito eram consideradas expressões sinônimas. Acreditava-se com isso, que o Código era expurgado de lacunas (vedação ao *non liquet*), bastando ao julgador, diante de um caso concreto, verificar qual o dispositivo legal seria aplicável. Perceba: naquela época, o esforço hermenêutico era atribuído ao Legislador, no momento de elaboração da regra, sendo capaz de captar todas as prováveis situações em que se caberia o Direito (SCHMITZ, 2016b, p. 216). Em complemento, a análise de Ovídio Baptista Silva sobre o trabalho hermenêutico do legislador mostra-se pertinente:

[a] produção do direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Concebendo o direito como uma ciência tão exata quanto a matemática, bem antes do século XVIII já se haviam proscrito tanto a retórica forense, enquanto arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminar-se a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico (SILVA, 2004, p. 24).

Todavia, é de relevo anotar que um dos próprios criadores da codificação napoleônica, Jean Portalis, já havia identificado que a completude do ordenamento era algo improvável de ser alcançado e que, pois, era possível a integração da lei por meio da equidade (SCHMITZ, 2016b, p. 219).

Outro ponto de destaque trata-se de uma ideologia predominante no contexto da Escola da Exegese, traduzida no princípio da certeza do Direito. É certo que, neste período histórico, se exigia por parte dos cidadãos maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões, o que levava a crer que “o jurista (deveria) renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está estabelecido na lei” (BOBBIO, 1995, p. 80).

O procedimento da lógica silogística é bem retratado por Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Thomaz de Oliveira (2013, p. 328), ao aduzirem que o intérprete, por ter conhecimento de tudo aquilo que está previsto nos Códigos, “simplesmente os aplica (enquanto premissa maior) ao caso que lhes é narrado (premissa menor). Do confronto entre caso (fato) e código (direito), nasce a decisão, que nada mais faz do que reproduzir o sentido normativo já contido na codificação”. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2013, p. 328).

Num segundo momento do Positivismo Jurídico, já no século XX, surgem propostas mais sofisticadas, que aperfeiçoam o rigor lógico do trabalho científico proposto por este viés. Emerge-se, então, o Positivismo Normativista, cujo um dos maiores expoentes é Hans Kelsen.

Em ensaio sobre o tema, Lenio Luiz Streck disserta que a proposta kelseniana, com sua Teoria Pura do Direito⁸, não é romper com as bases positivistas até então alicerçadas – dentre elas a denominada jurisprudência dos conceitos⁹, na Alemanha – mas buscar, com traços mais sofisticados, reforçar o método analítico frente ao rigor jurídico propagado pela Jurisprudência dos Interesses¹⁰ e pela Escola do Direito Livre¹¹, em ascensão no início do

⁸ Na construção de uma Teoria dita como Pura do Direito, Hans Kelsen se pauta em elementos epistemológicos da modernidade tais como a segurança e a verdade, que “constituem um método que se baseia em pressupostos gnoseológicos típicos das ciências positivistas, como a verificabilidade de pressupostos e a consequência inexorável dos mecanismos jurídicos” (ARAÚJO, 2007, p. 72). A teoria kelseniana visa combater a escola de Direito Natural, uma vez que admite, como validade do Direito, elementos axiológicos.

⁹ Em uma brevíssima síntese, a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), despontada na Alemanha, no século XIX, foi baseada, mormente, nas ideias de Friedrich Savigny e Bernhard Windscheid. À semelhança da escola da exegese francesa, esta corrente de pensamento defendia uma limitação à atividade criativa e interpretativa dos juízes, apostando na codificação da normatividade como resposta de todos os casos concretos que fossem submetidos ao órgão jurisdicional, em uma aplicação quase matemática do direito, considerado “como um sistema lógico fechado de conceitos, nos quais um conceito geral supremo permite, a partir dele desenvolver os demais conceitos particulares” (SCHMITZ, 2015, p. 91).

¹⁰ A jurisprudência dos interesses [*Interessenjurisprudenz*], em poucas linhas, surge na Alemanha, no século XX, influenciada pela obra tardia de Rudolf von Jhering (181-1892), sendo um dos seus principais fundadores e precursores Philipp Heck (1858-1943). O objetivo fundamental da Jurisprudência dos interesses é o problema das lacunas do ordenamento jurídico, partindo, como pressuposto metodológico, do princípio da obediência à lei

século XX, na Alemanha, que buscavam promover uma interpretação baseada em critérios psicológicos e ideológicos (STRECK, 2010).

Para Hans Kelsen, é impossível uma interpretação eivada de subjetivismos ser corrigida. No capítulo oitavo de sua obra clássica *“Teoria Pura do Direito”*, intitulado *“A interpretação”*, o autor austríaco propõe que a aplicação da norma ocorra a partir da denominada moldura semântica. Isso porque a oferta teórica por ele produzida é orientada à aplicação jurídica em casos de indeterminação (intencional ou não) de norma de escalão inferior, permitindo uma variedade de possibilidades postas à disposição do intérprete. Nesse sentido:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 1998, p. 247).

Seguindo esta linha de raciocínio, o autor austríaco disserta que o ato de interpretação se compreende pela *“fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”* (KELSEN, 1998, p. 247); desta feita, o resultado de uma interpretação jurídica somente será aquela fixada na moldura que representa o Direito a interpretar e, via de consequência, perpassa pelo conhecimento das diversas possibilidades que comportam esta moldura interpretativa.

O raciocínio desenvolvido por Kelsen conduz à tratativa de que da interpretação da norma é possível extrair inúmeras soluções para o caso – dentro da moldura estabelecida – e não uma única resposta correta. Para o autor, partir de um método que permita a extração da

e a perspectivização do direito pelos interesses. Como bem esclarece Nestor Castilho Gomes, em dissertação sobre o tema, *“A jurisprudência dos interesses defendia a necessária obediência do Juiz à lei, em virtude de uma valoração que privilegiava o argumento democrático, isto é, a submissão da vontade particular à vontade coletiva manifestada sob a forma da lei. Esta corrente mantém-se fiel à tradição legalista, pois se apresenta como uma técnica de aplicação judicial da lei, onde o Juiz deve seguir com uma obediência inteligente (na feliz expressão de Heck), a escolha de interesses feita pelo legislador, mesmo quando no caso concreto, o interesse protegido lhe parecer menos digno de tutela que o interesse contrário”* (GOMES, 2009, p. 30).

¹¹ A título de esclarecimento, cumpre aduzir que a Escola do Direito Livre, encabeçada pelos estudos de Eugen Ehrlich, surge, de igual forma, na Alemanha, no século XX, como forma de contestação à escola pandectística alemã (Jurisprudência dos Conceitos). Para esta linha de pensamento, o direito seria resultante da criação dos juristas, em especial dos julgadores, na sua atividade prática-decisória, incorrendo em uma liberalidade de conformação judicial e permitindo-se a inclusão de critérios extralegais e na própria sensibilidade do juiz para se alcançar a justiça do caso concreto. Portanto, o cerne desta escola é uma predominância de uma atividade criadora do julgador, não pautada em critérios racionais, mas na vontade e sentimento de justiça que carrega em si – o que lhe permitiria solucionar o caso antecipadamente. (GOMES, 2009, p. 32-34). Nas palavras de Karl Larenz, a Escola do Direito Livre faz com que a ciência do Direito tome *“caminho das ciências do espírito no século XIX e [entre] na sua fase voluntarística. É a vontade de chegar a uma decisão já antecipadamente conhecida que preside à escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão. O que num caso nos leva a interpretar extensiva ou analogicamente e em outro literal ou até restritivamente, não é a lei e a lógica, mas o Direito livre e a vontade. Em qualquer caso é a vontade, precisamente, o verdadeiro motor”*. (LARENZ, 1997, p. 80).

interpretação da lei aplicada ao caso concreto de uma única solução ajustada implica em reduzir a interpretação a um mero ato intelectual de clarificação, no qual o aplicador do Direito estaria apenas adstrito à sua razão, mas não à sua vontade. Tecendo maiores esclarecimentos, Hans Kelsen assevera que:

[...] de um ponto de vista orientado para o Direito Positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito Positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica (KELSEN, 1998, p. 248).

Ainda consoante Kelsen, a decisão judicial seria fruto de uma política judiciária e não da teoria do direito, uma vez que a questão central em saber qual é a interpretação correta, “não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito” (KELSEN, 1998, p. 393).

Ao lado de Hans Kelsen, outro teórico positivista também se despontou no âmbito da Teoria do Direito: Herbert L. A. Hart. A importância dos estudos levados a cabo por este autor se destaca por ser o contraponto sobre o qual recaem as principais críticas de Ronald Dworkin, cuja teoria é importante para a compreensão do problema identificado neste trabalho.

Se Hans Kelsen influenciou a concepção de direito continental, por outro lado, no direito anglo-saxônico, despontou-se a perspectiva de Herbert L. A. Hart, em uma revisão das lições então vigentes de John Austin¹². Em Hart, a noção de direito é muito mais ampla do que anteriormente defendido por Austin, qual seja: o direito é muito mais do que um conjunto

¹² Herbert L. A. Hart foi um dos principais teóricos da Teoria do Direito, no século XX. Em um contexto do positivismo legal das escolas inglesas de jurisprudência, Hart estabeleceu discussões com as perspectivas teóricas de John Austin (1790-1859) – que com a edição da obra *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), partia da premissa de que a regra deveria ser entendida como um comando. “As críticas de Hart à teoria do direito como comando o levaram a sustentar que o direito está fundado em “uma prática mais complexa”, nomeadamente, uma prática social normativa consistente em se aceitar regras sociais”, o que o leva a defender que a existência de regras sociais exige o hábito, isto é, ações recorrentes praticadas por uma pluralidade de indivíduos. Logo, o conceito de aceitação das regras sociais por ele proposta implica em três atividades sociais, quais sejam: “o hábito da obediência; o hábito de se criticar comportamentos desviantes e o hábito de se considerar essas críticas legítimas” (PULIDO, 2013, p. 55-56). No posfácio de obra *The Concept of Law*, Hart vem a sustentar que a aceitação das regras “consiste na permanente disposição dos indivíduos para adotar tais padrões de conduta tanto como guias para sua própria conduta futura como *standards* para críticas que podem legitimar demandas e várias formas de pressão” (HART, 1994, p. 89).

coercitivo de regras, mas também é concebido por regras que conferem poderes, competências, por meio de uma regra de reconhecimento¹³ (OMMATI, 2014, p. 133).

De uma forma muito similar ao concebido por Hans Kelsen, Hebert L. A. Hart também sustenta a possibilidade de uma margem discricionária conferida ao julgador (intérprete) no ato de aplicação do direito em casos difíceis, dando ainda mais munições para práticas consubstanciadas no decisionismo judicial.

Hart afirma a existência de casos em que não são amparados juridicamente por uma solução, mostrando-se, assim, o direito parcialmente indeterminado ou incompleto (lacunas). Diante de casos deste jaez, cabe ao julgador criar o direito aplicável aquela hipótese – buscando resposta para além do direito – ao invés de aplicar o direito já estabelecido previamente. (CARVALHO NETTO, 2011).

Ao justificar sua defesa ao poder discricionário conferido ao julgador, Hart assevera que:

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes dos juízes são objetos de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele sempre ter razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes (HART, 1994, p. 336).

Comentando a posição defendida por Herbet L. A. Hart, José Emílio Medauar Ommati pontua que:

¹³ “Hart sustenta que o direito é uma combinação de dois tipos de regras sociais: primárias e secundárias. Enquanto as regras primárias exigem que seus destinatários façam ou se abstenham de fazer certas ações (elas geram obrigações), as regras secundárias conferem poderes para criar, modificar e reconhecer regras primárias. A regra chave para solucionar o problema de se identificar apenas um conjunto de regras sociais como regras jurídicas é a regra secundária de reconhecimento. A regra de reconhecimento pretende solucionar o problema da incerteza sobre regras jurídicas. Ela é uma “regra para a identificação conclusiva de regras primárias”. Essa regra tem que ser aceita apenas pelos oficiais. O resto dos membros da sociedade pode simplesmente obedecer às regras primárias que passam pelo teste estabelecido pela regra de reconhecimento. A aceitação da regra de reconhecimento pelos oficiais do direito é a chave para se identificar o conjunto de regras pertencentes ao sistema jurídico”. (PULIDO, 2013, p. 60-61).

Hart dirá que nesses casos difíceis o juiz deterá um poder discricionário para poder fixar o que é o Direito, independentemente dos textos jurídicos existentes, e isso pelo fato de que ninguém consegue saber com certeza o que o Direito ordena fazer. E o juiz poderá fazer isso, porque o próprio Direito e, no final das contas, a própria sociedade, autorizaram o Judiciário a assim agir nesses casos excepcionais. Existiria uma regra de reconhecimento socialmente difundida que permitiria a práxis jurídica dos Tribunais, mesmo nesses casos em que o Direito não é claro e objetivo, inclusive para a continuidade do próprio Direito. (OMMATI, 2014, p. 134).

Novamente, a aposta do positivismo sustentado por Herbet L. A. Hart recai na vala da discricionariedade, permitindo-se que ao aplicador – tão somente – caberia a responsabilidade de se fixar o sentido do texto, o que nos leva a concluir que o ato interpretativo nada mais seria do que um ato de vontade.

Mas uma ressalva a todas as ponderações até aqui colocadas merece destaque: o positivismo jurídico não pode ser reduzido a uma simplificação teórica, de que há uma unanimidade quanto ao conceito de direito e à sua correlação com a moral. Ao contrário de tais cogitações, o positivismo jurídico não é caracterizado por uma única vertente de pensamento; ao revés, apresentam concepções distintas, contudo, dados os limites da presente pesquisa, não se delinearão maiores delongas.

Portanto, o que se extrai tanto do pensamento de Hans Kelsen quanto de Hart é uma aposta para o decisionismo, conduzindo a reflexões de como a decisão judicial deve escapar desta armadilha.

2.2 A insuficiência da decisão judicial como ato silogístico

A colocação de pontos cruciais para delinear a insuficiência da decisão como um ato silogístico e das lacunas existentes na proposição teórica do Positivismo Jurídico, mormente o normativista, cujo principal expoente é Hans Kelsen, fez-se necessário para estabelecer uma compreensão de decisão judicial.

É de se ressaltar novamente que o objetivo da presente dissertação não é refutar com profundidade os problemas advindos do positivismo jurídico e da abertura discricionária ao intérprete proporcionado por suas bases teóricas. Mas por ser um embate que tangencia a temática aqui desenvolvida, também não poderiam ser olvidados alguns apontamentos relevantes.

De longa data, defendeu-se, na literatura jurídica, que a decisão se resumiria ao silogismo – mero acoplamento dos fatos ao direito. Como pontua Michele Taruffo (2015, p. 12), predominava-se o entendimento de que “a estrutura da decisão judicial era de caráter

silogístico, com a premissa maior representada pela norma, a premissa menor representada pelo fato e a conclusão representada pela decisão final”. Fato é que a atividade decisória é um empreendimento muito mais sofisticado do que um mero raciocínio lógico-silogístico. Estruturar o ato decisório a um silogismo, além de não corresponder à operação realizada pelo magistrado, é uma simplificação da atividade, é creditar uma ideologia pautada “na pretensa certeza dedutiva da decisão” (TARUFFO, 2015). Isto é, o ato de decidir, que seja devidamente fundamentado, é muito mais complexo do que cogitá-lo apenas em bases silogísticas¹⁴.

Aproximando-se a crítica traçada neste capítulo com os problemas da atualidade, vê-se que ainda não foi superado o método subsuntivo no ato de decidir, como alertam Alexandre Bahia e Flávio Pedron:

Há muito já não é mais possível se sustentar o dogma da subsunção, supondo-se que a solução de um caso adviria da contraposição entre fatos e normas. Ao mesmo tempo e pelas mesmas razões, não é cabível a defesa de uma nova forma de subsunção: dos fatos a uma súmula/precedentes (abstratamente considerados, isto é, descolados dos casos que lhes deram origem) (BAHIA; PEDRON; 2016, p. 46).

A advertência de Alexandre Bahia e Flávio Pedron acerca de uma mística atribuída às decisões dos tribunais superiores de prever uma infinidade de soluções para os casos é corroborada pelas lições de Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti, para quem a aposta na capacidade do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal de criar superdecisões – criando uma multiplicidade de soluções prontas – e que mecanicamente aplicam-se aos casos (inclusive futuros) é retroceder à escola da exegese. E ainda complementa que a utilização de súmulas vinculantes e a *ratio decidendi* que são extraídas dos precedentes judiciais¹⁵ “não se caracterizam *per se* como normas jurídicas aplicáveis por subsunção a outros casos, mas sim textos ou enunciados normativos que precisam ser interpretados e aplicados ao caso concreto” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

¹⁴ Por oportuno ressaltar, com amparo nas lições apresentadas por Michele Taruffo, que os estudos acerca do direito processual, principalmente até a década de 1970, ainda não levavam em consideração os avanços científicos promovidos no campo da filosofia do direito, em que se ocupava em investigar os problemas advindos do raciocínio jurídico, em especial do julgador. Neste ponto, Taruffo destaca a importância de obras de autores como Neil MacCormick, Aleksander Peczenik, Aulis Aarnio, Robert Alexy, Ronald Dworkin (TARUFFO, 2015, p. 13). Pelos limites metodológicos da presente dissertação, não se adentrará com profundidade nos temas afetos à teoria e à filosofia do direito.

¹⁵ “Na realidade brasileira, a lei, a súmula e a *ratio decidendi* são textos normativos abstratos que preexistem à problematização do caso concreto e possuem o objetivo principal de resolver casos que venham a surgir futuramente. Por essa razão, é equivocado o entendimento de que os precedentes judiciais brasileiros possuem norma jurídica (ou, como alguns preferem, regra jurídica) a ser aplicada por simples subsunção aos casos repetitivos”. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015). Este ponto será melhor exposto no tópico 2.3.1 desta dissertação.

Para Georges Abboud, o silogismo apresenta-se como uma obsolescência, ao considerar que a norma (abstrata) permitiria a solução de inúmeros casos por mera subsunção, até porque “a norma é concreta e coconstitutiva do caso concreto, logo, ela nunca pode ser subsumida ao caso de forma mecânico-automática” (ABBOUD, 2014, p. 37).

Portanto, reduzir a atividade decisória a uma operação mecanizada é admitir que o julgador precise apenas de uma fórmula (de subsunção), acoplando os fatos sociais ao texto normativo, o que lhe gera uma postura reconfortante, enquanto intérprete.

Na mesma esteira do raciocínio delineado, e levando em consideração as lições de Hans-Georg Gadamer, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud salientam que:

Não devemos esquecer – e a advertência vem de Gadamer – que existem sempre dois mundos de experiência no qual o texto foi escrito e o mundo no qual se encontra o intérprete. O objetivo da compreensão é fundir esses dois mundos, em determinado contexto, que é a particularidade do caso, a partir da historicidade e da facticidade em que estão inseridos os atores jurídicos. Por isso, é possível acrescentar que fusão de horizontes não é acoplagem de universais a particulares, da generalidade à particularidade. Isso seria subsunção, e a justificação, nos moldes em que se desejam as decisões no Estado Democrático de Direito, não tem lugar nos raciocínios subsuntivos/dedutivos. (STRECK; ABBOD, 2013, p. 119).

Ademais, em obra sobre o tema, Antônio Magalhães Gomes Filho (2013, p. 99) aduz que a função do silogismo é, na verdade, meramente ideológica, já que “voltada a transmitir uma imagem de juiz neutro e só submetido à lei, com o que se ocultam, sob uma aparente lógica formal, as reais motivações subjacentes às diversas escolhas valorativas realizadas no curso do procedimento decisório”.

No mesmo sentido, Leonard Schmitz tece consideráveis críticas ao método silogístico de decisões e o “mascaramento” de fundamentação inidôneas:

O silogismo como método é, em resumo, uma porta aberta para decisões que não expõem sua verdadeira motivação. Aí reside o problema maior de não haver uma sistematização adequada da teoria da decisão judicial, já que o “caminho” percorrido entre lei e fato, entre tese e caso, entre texto e realidade, pode ser mascarado e racionalizado de diversas formas, dando uma falsa aparência de legitimidade democrática a decisões tomadas com base puramente em sentimentos pessoais de quem julga. (SCHMITZ, 2015, p. 80).

A partir dessas linhas, é perceptível que o silogismo, enquanto método decisório, implica em uma atividade interpretativa mecânica e, pior, uma atividade que mascara os reais motivos que levaram o julgador a decidir em determinado sentido, o que inibe a fiscalização dos fundamentos pelas partes e não leva em consideração o caso concreto.

Desta feita, como será detalhado com maior profundidade no tópico adiante, não é mais possível conceber decisão limitada ao método subsuntivo, de aplicação automática entre premissa maior (texto jurídico) e premissa menor (circunstâncias fáticas), dados os avanços teóricos dentro da Teoria do Direito; e, por essa razão, o próximo passo é analisar o contributo de Friedrich Müller e de Ronald Dworkin para a compreensão de decisão jurídica.

2.3 A decisão judicial como ato não-silogístico: a relevância do caso concreto

Neste tópico, a discussão perpassará pela necessidade de se explorar vertentes que visam a romper com a decisão oriunda de um processo silogístico e demonstrar a relevância do caso concreto no ato de decidir.

2.3.1 O contributo de Friedrich Müller

Friedrich Müller, a partir de sua teoria Estruturante do Direito, vem revisitar a noção atribuída a norma jurídica, corrigindo a deficiência do positivismo jurídico normativista e, via de consequência, a aplicação do direito pelo método subsuntivo. Com a obra *Juristische Methodic*, publicada originalmente em 1971, Müller cria o termo “pós-positivismo”, não como uma oposição ao positivismo jurídico de cunho normativista, mas como uma proposta de superação dos equívocos apresentados por meio de um novo paradigma do direito: a metódica estruturante do direito. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

A crítica de Müller recai sobre a conceituação atribuída por Hans Kelsen à norma jurídica. Segundo Kelsen, a norma jurídica é atribuída de um conceito semântico, formada por um esquema de interpretação que confere um sentido jurídico aos atos humanos. “O juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber de uma interpretação normativa” (KELSEN, 1999, p. 03). O ato que atribui o significado jurídico a uma conduta é produzido por um outro ato jurídico, que, de igual forma, recebe significação jurídica por outra norma, dentro da estrutura dinâmica da ordem jurídica¹⁶ (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Se na esteira da perspectiva *kelseniana*, a norma é ato de vontade e ordem materialmente vazia, “a rigorosa separação entre ser e dever-ser impede que Kelsen proponha

¹⁶ Nos dizeres do próprio Hans Kelsen: “A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma” (KELSEN, 1998, p. 03).

a racionalização de teores materiais normativos. A norma aparece como puro dever-ser, desconectado da realidade” (GOMES, 2009, p. 48). É sobre este ponto que recai a crítica central de Müller aos estudos de Hans Kelsen.

Para Müller, a norma jurídica – enquanto dever-ser – não pode ser dissociada da realidade subjacente. Ao revés, propõe um inter-relacionamento entre ser e dever-ser, preenchendo a norma jurídica pela realidade, pelo caso (seja concreto ou fictício). Nesse rumo, “a norma sofre influência da realidade (normatividade materialmente determinada), ao mesmo tempo em que, posteriormente, exerce influência sobre esta realidade (normatividade concreta). A realidade influencia a norma sem, contudo, abarcá-la totalmente” (GOMES, 2009, p. 48).

A proposta teórica de Müller, com a teoria e a metódica estruturante¹⁷, é cogitar um conceito dinâmico de normatividade, possibilitando que os teores materiais sejam controlados e generalizados na concretização; “a metódica estruturante pretende racionalizar o trabalho prático dos juristas, de forma a permitir a sua discutibilidade, revisibilidade e regularidade” (GOMES, 2009, p. 48).

A teoria da norma jurídica que é projetada, então, por este jurista, coloca-se a serviço da racionalidade jurídica, de sorte a contribuir para a diferenciação – racional – das reflexões constantes na decisão, tornando-a passível de controlabilidade e discussão. (MÜLLER, 2008, p. 161).

Prosseguindo na compreensão de norma jurídica desenvolvida por Müller (2008), tem-se que o pressuposto para sua teoria é o fato de que a norma jurídica não se constitui apenas de dever-ser, mas está estruturada em dados linguísticos e dados reais; ou nos termos do autor, a norma é constituída do programa da norma [*Normprogramm*] e do âmbito da norma [*Normbereich*].

O que vem a ser defendido por Friedrich Müller e sua metódica estruturante é a não-identificação entre texto e norma jurídica. “Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição”. (MÜLLER, 1999, p. 45).

Essa diferenciação torna-se importante ao considerar que o texto não é a norma em si, caso não haja o fenômeno da concretização dos seus preceitos, até porque “o texto da norma

¹⁷ Valendo do esclarecimento traçado por Nestor Castilho Gomes (2009, p. 52), a Teoria Estruturante do Direito [*Strukturierende Rechtslehre*] engloba tanto a dogmática, quanto a metodologia, a teoria do direito (da norma jurídica) e a teoria da constituição.

não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta”, como aduz Müller (1999, p. 47).

O texto da norma jurídica nada mais é do que a ponta do *iceberg*, exigindo-se o trabalho jurídico, de forma dinâmica e em permanente diálogo, entre o texto e os dados do caso. A norma jurídica somente ressurte após todo este processo concretizador¹⁸. (OMATTI, 2014).

Dentro do trabalho metódico desenvolvido por Müller, não há mais espaço para dualismos irrealistas, tais como ser/dever-ser, norma/caso, direito/realidade, expressões fracassadas do positivismo. Ao propor que a norma jurídica é formada pelo programa da norma e pelo âmbito da norma aposenta-se, de vez, a noção de que aplicação do direito é consubstanciada no silogismo ou subsunção (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015).

Como ensina Paulo Bonavides (2009), a teoria de Müller vem a estruturar normativamente tudo o que possibilita uma direção ao processo decisório, elementos sem os quais o caso poderia ser resolvido diferentemente. Esses elementos se baseariam em dados linguísticos (programa da norma) e em dados da realidade (âmbito da norma).

Assim, é preciso delinear, ainda que de forma sucinta, o que, para Müller, é entendido por programa da norma e âmbito da norma.

Em uma breve explicação, o programa da norma pode ser compreendido pelos dados linguísticos do texto jurídico – não apenas de um único texto, mas também de um conjunto de textos. É a ordem jurídica em si. Ademais, é o programa da norma que traz os limites essenciais para a interpretação e concretização da norma que se reputa como válida (OMMATTI, 2014). “Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro”. (MÜLLER, 1999, p. 47).

De outra banda, tem-se o âmbito da norma composto pelos elementos fáticos referidos do caso, como também pelas interpretações e concretizações que os textos normativos sofreram ao decorrer do tempo (OMMATTI, 2014). Desta feita, o âmbito da norma se refere ao “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso

¹⁸ José Emílio Medauar Ommati (2014, p. 172) esclarece que o uso da expressão “concretização” por Friedrich Müller não se trata apenas de predileção, mas há um fundo intencional no emprego do termo. Não há como esconder a influência de Gadamer nos estudos de Müller. Se para a hermenêutica *gadameriana* há uma unidade envolvendo interpretação, compreensão e aplicação, este último ato não corresponde apenas em transformar em concreto o abstrato, e sim buscar fundamentalmente intenções do passado para compreender melhor o que o texto significa. “Em outras palavras, aplicar significa concretizar, ou seja, dar realidade aos textos normativos, isto é, buscar de que modo esses textos podem ser melhor compreendidos, interpretados e tornados reais na atualidade”.

de prescrição referente à forma e questões similares). ” (MÜLLER, 1999, p. 48). E o jurista alemão ainda prossegue nas suas explicações:

O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra conformados de modo ao menos parcialmente jurídico. Em virtude da conformação jurídica do âmbito da norma e em virtude de sua seleção pela perspectiva do programa da norma o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica. (MÜLLER, 1999, p. 48).

Por fim, como resultante do trabalho metódico e logicamente estruturado do programa da norma e do âmbito da norma, tem-se a norma-decisão – que não é obtida de forma imediata, tal como se tratasse de uma relação matemática – mas é fruto do trabalho reflexivo, aberto aos dados do caso, a permitir que o intérprete seja influenciado pelas diversas pré-compreensões em relação ao texto normativo e aos dados do caso, “colocando essas pré-compreensões em diálogo em face de suas próprias pré-compreensões nesse jogo linguístico, em que o limite sempre é o texto das normas que, mais uma vez, é um limite que se constrói no curso do processo” (OMMATI, 2014, p. 174).

Para o problema desenvolvido neste trabalho, o que se retira do contributo de Friedrich Müller é que a norma jurídica não preexiste ao texto previsto nos códigos, nas regras, nas súmulas, por exemplo. A norma é resultante de um processo de concretização, de sorte que parte da realidade se comunica com o texto da norma, isto é, “a norma é concreta e co-constitutiva do caso concreto” (ABBOUD, 2014, p. 37). Disso chega-se à conclusão de que não é possível cindir questões de fato e questões de direito. Não é possível atribuir os fatos subjacentes à discussão jurídica somenos importância, posto que se constituem como parte da norma jurídica - que se individualizará em uma norma de decisão. Ao tecer essas considerações, percebe-se que, na perspectiva da metódica estruturante, não comporta guarida a defesa de que interpretação jurídica se resume a um trabalho silogístico, ainda mais quando referido à construção do ato decisório em um caso concreto.

Ao lado do contributo de Müller, se vislumbra ainda, no próximo tópico, as lições de Ronald Dworkin, que, partindo de uma interpretação construtivista, concorre para a compreensão de que cada caso é único e irrepetível, e pois, diante de um evento complexo e único, é necessário demonstrar que a decisão tomada é a melhor dentre todas as possíveis, justamente por pretender ser a resposta correta para o caso.

2.3.2 O contributo de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, de igual forma, busca enfrentar o problema advindo com a atribuição do carácter semântico pelas linhas positivistas à norma jurídica. Para este autor, a normatividade emerge concretamente da própria atividade interpretativa e não de um sistema lógico dado previamente. Para tanto, concebe o direito a partir de um processo interpretativo de construção e justificação, contrapondo-se às teorias semânticas da norma jurídica e que admitem a decisão fundada em processo de subsunção dos fatos à norma jurídico (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Nos moldes demonstrados no tópico anterior, para a concepção semântica, a norma jurídica já preexiste, de modo que cabe ao intérprete tão somente enquadrar os fatos à norma jurídica. Dworkin combate às teorias semânticas aduzindo sua contaminação pelo agulhão semântico (*semantic sting*)¹⁹, posto que advogados e juízes não compartilham dos mesmos critérios linguísticos, isto é, o equívoco teórico consiste no pressuposto de que todos os conceitos de direito partem de uma prática linguística convergente, o que não pode ser tomado como verdade absoluta. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Como crítico que é das teorias semânticas, Dworkin irá propor um processo interpretativo construtivo e pragmático (concreto) para aplicação do Direito. Para este autor, a “interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. (DWORKIN, 2007, p. 63-64).

Dworkin inicia a exposição quanto a sua teoria do direito partindo de críticas ao positivismo jurídico, sobretudo aquele defendido por Hart. Na década de 1970, após famoso embate travado com Hart²⁰, Ronald Dworkin passa a rechaçar o modelo jurídico fundado

¹⁹ “Os advogados e juízes apenas fingem, ou que só divergem porque o caso que tem em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns. Em ambos os casos (dizem eles), o melhor a fazer é ignorar os termos usados pelos juízes e tratá-los como se divergissem quanto à fidelidade ou reforma do direito, e não quanto ao direito. Aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência”. (DWORKIN, 2007, p. 56).

²⁰ Ronald Dworkin, na obra “Levando os direitos a sério”, cuja primeira edição é datada de 1977, lança um verdadeiro “ataque” ao positivismo jurídico e à discricionariedade, nos termos dos seguintes dizeres: “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direito e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. (DWORKIN, 2010, p. 36). Ultrapassadas quatro décadas do famoso debate, interroga-se se a discussão travada entre ambos os teóricos ainda se mostra pertinente. Em uma análise ao embate, Scott Shapiro (2007, p.

somente em regras. Isto é, o que o autor norte-americano expõe é que “o direito não pode ser concebido apenas como um modelo de regras, conforme propõe a filosofia jurídica de viés analítico, mas, sim, como um conjunto de padrões normativos que também compreendem princípios”. (TRINDADE, 2016, p. 20).

No combate à tese discricionariedade judicial oriunda desta percepção positivista, Dworkin sustenta que, na ausência de norma aplicável a um caso concreto, o julgador não tem liberdade, tampouco discricionariedade. É neste passo que os princípios e diretrizes entram em cena²¹. “O juiz deve acudir ao próprio direito para resolver o conflito. E o direito – composto por regras, princípios e diretrizes – pode oferecer uma resposta correta a qualquer conflito que surja”²² (CALSAMIGLIA, 1985, p. 162, tradução nossa).

Em um de seus primeiros escritos a cuidar do tema, intitulado “Modelo de regras”, veiculado na obra “Levando os Direitos a sério”, Ronald Dworkin estabelece uma diferença lógica entre princípios jurídicos e regras jurídicas:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2010, p. 39).

Pela noção atribuída por Dworkin às regras, resta claro que estas dizem respeito a padrões aplicáveis de modo “tudo ou nada”, isto é, diante de uma determinada situação fática ou se aplica a regra, ou se afasta a regra. Por outro lado, a dimensão de princípio é muito mais ampla e complexa. Isso porque “os princípios podem assim ser aplicados uns mais que os

54) chega à conclusão de que: “Relato de desaparecimento do debate entre Hart e Dworkin, portanto, seria muito exagerado. Os detalhes mudaram, mas a questão básica, e de importância fundamental, continua a ser a mesma hoje do que se fazia há quarenta anos. A lei está basicamente fundamentada em fatos sociais, ou os fatos morais também determinam a existência e o conteúdo da lei? Somente o futuro falará quem tem o direito de reivindicar a vitória neste debate”. (Tradução nossa). No original: “*Reports of the demise of the Hart-Dworkin debate, therefore, would be greatly exaggerated. The particulars have changed, but the basic issue, and its fundamental importance, remains the same today as it did forty years ago. Is the law ultimately grounded in social facts alone, or do moral facts also determine the existence and content of the law? Only the future will tell who has the right to claim victory in this debate*”.

²¹ Na linha de pensamento *dworkiniano*, o ordenamento jurídico não seria composto apenas por regras jurídicas, mas compreenderia também os princípios; “a sociedade é composta por pessoas que além de obedecerem às regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas (Comunidade de princípios). Em contraposição a Hart, estes princípios vedariam um juízo discricionário. Deste modo, ainda que existisse um caso de absoluta anomia, no sentido de nenhuma regra a ser aplicada, existiriam princípios que indicariam o direito para um dos demandantes”. (STRECK, 2016b, p. 59-60).

²² No original: “*El juez debe acudir al propio derecho para resolver el conflicto. Y el derecho – compuesto por normas, principios y directrices – puede ofrecer una respuesta correcta a cualquier conflicto que se le plantee*”.

outros em determinadas situações, nunca excluídos uns aos outros, e nunca vistos isoladamente” (SCHMITZ, 2015, p. 141).

Percebe-se que, em Dworkin, os princípios são concebidos com o fito de garantir coerência a um sistema jurídico. São *standards* determinados historicamente por uma comunidade política, pautado em seus valores máximos de equidade e integridade (SCHMITZ, 2015, p. 141).

Prosseguindo em sua exposição, Dworkin estabelece uma diferenciação entre princípios e diretrizes políticas:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2010, p. 36).

Em uma síntese das ideais desenvolvidas por Dworkin, André Karam Trindade (2015, p. 245) assevera que “os princípios descrevem direitos que visam a estabelecer um estado político de coisas individualizadas e as políticas descrevem metas que visam a estabelecer um estado político de coisas não individualizadas”.

Partindo desses pressupostos, Dworkin, então, passa a analisar de que modo devem ser decididos os denominados “*hard cases*”, aqueles casos cujas respostas não se encontram previstas nas regras.

Ao revés do verificado em tradições positivistas e realistas (que Dworkin também refuta), o autor norteamericano rejeita a tese da discricionariedade judicial, que permite ao julgador, diante de casos difíceis, escolher qual a decisão a ser tomada.

Como assevera Lenio Streck, Ronald Dworkin, em seus estudos, busca se desvencilhar da armadilha que tantos teóricos costumavam a cair: “a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil” (STRECK, 2009b, p. 214).

Não é porque se está diante de caso complexo (ou *hard case*, na leitura *dworkiniana*), que o magistrado tem uma ampla gama de opções para escolher qual fundamento irá seguir, uma vez que “os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam” (STRECK, 2009b, p. 214).

Menelick de Carvalho Netto (2011, p. 56) esclarece que, para se desvencilhar de um método mecanicista, Dworkin aposta numa postura a ser assumida pelo aplicador diante de um caso concreto e baseado nos princípios jurídicos, compreendidos em sua integridade, “o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta para cada caso exigida pelo Direito pode ocorrer entre os juízes, advogados, cidadãos”.

Partindo dessas premissas, a interpretação deve levar em conta toda a história institucional do Direito, a fim de que seja interpretado à sua melhor luz. Tecendo maiores considerações a este respeito, José Emílio Medauar Ommati assevera que a teoria proposta por Dworkin afasta-se do viés discricionário, típico das teorias semânticas (e dentre elas o próprio positivismo jurídico):

O juiz, portanto, não possui discricionariedade, já que limitado pela argumentação das partes e pelo caso concreto reconstruído pelas mesmas. Além disso, os juízes devem convencer todos os afetados por sua decisão de que a decisão tomada é a única correta, no sentido de única adequada para regular a situação que lhe foi colocada. (OMMATI, 2014, p. 148).

Nessa linha de raciocínio, a fim de levar a cabo uma interpretação que considere a história institucional do Direito, Dworkin propõe a figura metafórica do juiz Hércules²³, que promoveria o resgate da história institucional partindo-se dos princípios.

A metáfora *dworkiniana* conduz a noção de um julgador idealizado, o que já estabelece um limite: este juiz não existe na realidade e dificilmente alguém conseguirá imitá-lo por inteiro. A idealização é invocada justamente como fundamento à postura hermenêutica que um juiz deve adotar quando diante do julgamento de um caso concreto (PEDRON, 2016).

Flávio Quinaud Pedron pontua que ao julgador Hércules²⁴ é colocado o desafio de reconhecer o direito enquanto produto criado por leis, e, de igual forma, reconhecer e seguir

²³ “Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobrehumanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norteamericana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” (DWORKIN, 2010, p. 165).

²⁴ Apenas para melhor esclarecimento quanto à figura do juiz Hércules, a partir de sua releitura aos contornos do modelo constitucional de processo (capítulo 3), é a passagem de Nunes, Pedron e Horta (2017, p. 349): “Em seu magistrado, Hércules deve decidir à luz de todos os argumentos trazidos pelas partes, das provas produzidas nos autos e da história institucional, ou seja, do devido processo constitucional, comparando suas possíveis decisões com as decisões proferidas pelos demais juízes, a fim de verificar qual decisão melhor se ajusta a essa história, considerando os fatos ocorridos no processo em julgamento [...] o Juiz Hércules institucionaliza um pressuposto interpretativo contrafático que pode ser evidenciado mediante a necessidade de um processo democrático e participativo de formação decisória amplamente embasado pelo contraditório e fundamentação dinâmicos, contrariamente a um suposto isolamento decisório. A decisão que Hércules vier a tomar não é dele apenas, mas sim de todos os sujeitos implicados no processo e da história institucional da sociedade em que inseridos, e é isso

decisões passadas emanadas pelo próprio Judiciário. Dentro desta perspectiva traçada, Dworkin nada mais faz do que construir um sistema pautado em princípios jurídicos a fim de ofertar a melhor justificativa para os precedentes, como também para leis e a Constituição. (PEDRON, 2016, p. 171-172).

Todavia, diante das inúmeras críticas²⁵ ao aludido julgador imaginário, levou Dworkin a aprimorar sua teoria, ainda na década de 1980. Para reduzir as aporias vislumbradas sobre sua teoria, Dworkin apresenta, ao lado da figura de Hércules, a metáfora do “romance em cadeia” (*chain novel*)²⁶.

No tópico “De que maneira o Direito se assemelha à literatura”, da obra “Uma questão de princípio”, Dworkin (2000) vem propor a metáfora do romance em cadeia, para explicar porque o direito constitui-se de uma prática interpretativa. Em termos metafóricos, o autor se vale da interpretação literária para demonstrar a relevância de uma interpretação construtivista. O teórico norte-americano parte da seguinte suposição: um grupo de romancistas é contratado para um projeto. Após sorteio de dados, é definida a ordem de cada romancista na empreitada de se escrever um romance. Cada um dos romancistas fica responsável pela elaboração de um capítulo da obra, que deve ter sequência e coerência ao longo da cadeia, o que implica em responsabilidades: cada romancista, à exceção do primeiro (que inaugura a obra), deve interpretar e criar o romance até então desenvolvido, levando em conta personagens, tema, propósito. (DWORKIN, 2000, p. 235-237).

Transpondo para o direito este exercício literário proposto, Dworkin assevera que:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios do Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir

que Dworkin quer por única resposta correta ou na melhor decisão judicial [...] a discricionariedade cede em favor de um espaço hermenêutico e argumentativo”.

²⁵ Como não é objetivo da presente dissertação esmiuçar aspectos que compõem a Teoria do Direito, remete-se o leitor aos laboriosos textos dos críticos de Dworkin, ao exemplo: cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; MICHELMAN, Frank. Justification and the justifiability of Law in a contradictory world. In: PENNOCK, J. R; CHAPMAN, J. W. (Ed). *Nomos XXVIII: justification*. New York: New York University Press, 1986.

²⁶ “Na década de 1980, desenvolvendo melhor sua tese da única resposta correta, Dworkin alia à figura do juiz Hércules a metáfora do romance em cadeia (*chain novel*), a fim de ilustrar o processo de aprendizado subjacente ao direito compreendido como prática interpretativa e que, marcado pela capacidade de corrigir a si mesmo, ocorre ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios da moralidade política e que a ela conferem sentido” (TRINDADE, 2016, p. 23).

uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (DWORKIN, 2000, p. 237-238).

A ideia contida na metáfora do “romance em cadeia” impõe o compromisso com a integridade sob a dimensão de adequação. Ao se adotar uma postura interpretativa construtiva, a decisão de um caso concreto torna-se um acréscimo à história de determinada comunidade, de modo que cada magistrado exerce o papel de romancista na cadeia de textos, interpretando e criando, na busca da melhor interpretação.

Em linhas mais aprofundadas sobre o tema, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira esclarece que:

[...] a tese da única resposta correta pressupõe uma reconstrução de como interpretar o Direito: para além do dilema positivista e realista entre *descobrir* ou *inventar* uma decisão, Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. A tese da única resposta correta pressupõe, portanto, uma ruptura tanto com o paradigma positivista de ciência e teoria do Direito quanto com o próprio paradigma positivista do Direito, que se esgotaram (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 66).

Mas um ponto deve ser esclarecido: falar em única resposta correta não é sinônimo de que todos os julgadores terão que desvelar uma mesma resposta, ou até mesmo, formular uma solução ideal. A tese da única resposta correta centra-se na postura do intérprete, que deve ser “autorreflexiva, crítica, construtivista e fraterna” face ao Direito como integridade (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 64).

A proposição *dworkiniana* conduz o dever do magistrado, diante de um caso concreto em julgamento, decidir como se todos os casos apresentados fossem *hard cases*, a permitir uma solução condizente à integridade do Direito e não fruto de sua própria perspectiva.

Para impedir que os julgadores incorram em decisionismos, Dworkin apresenta uma proposta de interpretação construtivista, na qual a justificação deve se pautar no princípio de moralidade política, que conforma o próprio direito. (TRINDADE, 2016). Nesse rumo, para Dworkin, o conceito de direito não pode ser limitado pelas convenções estabelecidas no passado (sustentado pelos convencionalistas), posto que consideram “a melhor interpretação a

de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais”, e muito menos a noção determinada pelos pragmatistas, que encontram “na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente com os outros”. (DWORKIN, 2007, p. 488-489).

No afã de refutar aludidas teorias semânticas, e enquanto cogitado o direito como uma prática interpretativa, Dworkin apresenta a Teoria da Integridade como modelo interpretativo. Isso leva a crer que, diante de uma determinada controvérsia jurídica, haverá uma resposta correta vinculada ao caso concreto e à reconstrução feita pelos interessados. A “integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis no tribunal” (DWORKIN, 2007, p. 260).

Desta feita, a proposta *dworkiniana* se afasta de uma perspectiva utilitarista, dirigida a fins, ao considerar a complexidade do caso concreto, as argumentações expostas, objetivando a busca do Direito como melhor prática argumentativa (OMMATI, 2014, p. 148).

Nessa esteira, André Karam Trindade (2016) assevera que a integridade é uma virtude dentro de uma sociedade democrática, por pressupor que as normas jurídicas não sejam frutos de concepções de justiça subjetiva ou contraditória, mas sim sejam frutos da coerência, já que os atos estatais coercitivos se guiam em consonância com princípios²⁷.

Assim, quando se fala em coerência de princípios, estende-se ao legislador e ao julgador outros dois princípios, quais sejam: o princípio da integridade na legislação, no sentido de que a criação do Direito pela legislação se mantenha coerente quanto aos princípios; e o princípio da integridade na deliberação judicial, a exigir daqueles responsáveis por decidir que atuem com vistas a se alcançar uma interpretação das normas jurídicas que respeitem um conjunto coerente de princípios. (MOTTA; RAMIRES, 2016).

O direito como integridade, nas lições de Dworkin (2007, p. 291), reclama aos julgadores que admitam o direito estruturado por um conjunto coerente de princípios, e “pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”.

²⁷ Tecendo maiores comentários sobre o Direito como integridade Francisco José Borges Motta e Maurício Ramires (2016, p. 94): “Com efeito, a noção de “Direito como integridade” supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente o que isso significa; a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas”.

O que ressaí da obra de Dworkin é a defesa da concepção de direito como prática argumentativa, em que os participantes do debate estejam envolvidos na discussão das proposições jurídicas²⁸.

Pensar o Direito, nesse rumo, faz com que a própria atividade jurisdicional seja ressemantizada. Não se trata mais de soçobrar a aplicação do Direito aos limites propostos pelo Positivismo Jurídico. Buscar construir uma decisão que se repute adequada ao caso concreto – como refletido por Friedrich Müller e por Ronald Dworkin – é romper com a aposta em métodos que produzam decisões por simples fórmulas²⁹.

A necessidade de se encontrar uma resposta adequada para a solução de uma controvérsia só se efetiva com uma fundamentação que também leve em consideração as particularidades do caso concreto, a discussão desenvolvida entre os sujeitos processuais, e, sobretudo, que exponha as razões pelas quais o julgador chegou a determinada conclusão, como será melhor delineado nos próximos capítulos.

Portanto, a resposta correta exige do julgador que demonstre, por meio da fundamentação da decisão, o porquê daquela solução ser a melhor dentre todas as outras trazidas pelas partes no caso concreto ou que existam, porventura, nos demais órgãos jurisdicionais, de sorte a representar uma construção do romance em cadeia.

²⁸ Para Ronaldo Porto Macedo Júnior, na apresentação da obra “Ronald Dworkin”, de Stephen Guest, salienta que “Uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional. Note-se, contudo, que o próprio critério do que faz uma justificação melhor do que outra é, ele mesmo, interpretativo, razão pela qual jamais saímos completamente do jogo da argumentação e da interpretação”. (MACEDO JÚNIOR, 2010).

²⁹ Em obra dissertativa sobre o tema, Francisco Motta pontua uma advertência quanto à impossibilidade de se cogitar a decisão tal como uma fórmula: “Ora, evidentemente, não conseguiremos engendrar uma fórmula que garanta que os juízes chegarão a uma mesma (boa) resposta em casos complexos, inéditos ou controversos. Mas isso não nos permite consentir com a noção – “filosoficamente infantil”, como diz Dworkin – de que, como uma tal fórmula não existe, nenhuma concepção de igualdade e liberdade constitucional é melhor do que as outras, e, portanto, o exercício da atividade dos juízes é um simples exercício de poder” (MOTTA, 2009, p. 96).

3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para a compreensão do tema ainda importante estabelecer outros pontos necessários que permeiam o estudo do dever de fundamentação das decisões³⁰, para além de uma perspectiva filosófica e da teoria do direito, como vislumbrado no capítulo anterior.

Nesse sentido, o presente capítulo se propõe a apresentar um dos principais problemas que assola a questão da deficiência (e até mesmo em alguns casos insuficiência) de fundamentação das decisões judiciais, pós passagem neoliberal, no Brasil, na década de 1990: a massificação de conflitos, a busca por uma eficiência quantitativa, que levou, via de consequência, a configuração, cada vez mais presente na legislação processual civil brasileira, como também na prática forense, de que os órgãos jurisdicionais devem julgar “teses” ao invés de casos concretos.

Enfrentar-se-á o problema suscitado apresentando a noção de Estado Democrático de Direito e de fundamentação das decisões judiciais, dentro do marco teórico adotado, para evidenciar o que se entende como decisão devidamente fundamentada para o presente trabalho.

Tais delineamentos são relevantes para a compreensão do quarto capítulo desta dissertação, em que se procederá, analiticamente, à análise das disposições legais quanto ao dever de fundamentação das decisões (art. 489, §1º do CPC/15), a fim de vislumbrar se a atual formatação legislativa compatibiliza-se com a noção democrática de fundamentação das decisões e, sobretudo, se há avanços ou retrocessos com a vigência das novas regras processuais.

3.1 Os órgãos jurisdicionais devem julgar casos e não “teses”

Ao final da década de oitenta e início da década de noventa, mormente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o desbloqueio da litigiosidade propiciado

³⁰ A utilização do termo “dever de fundamentação da decisão” é apropriado da nomenclatura adotada pela literatura jurídica brasileira ao tratar da regra jurídica estatuída no artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. (vide BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo Código de Processo Civil*. 2016; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015.). Não se descarta do aspecto de garantia constitucionalmente assegurada pelo artigo 93, IX, da CRFB/88 que assume a fundamentação das decisões.

pelo movimento pelo acesso à justiça³¹, assistiu-se à assunção de uma tendência pragmática-utilitarista no direito processual brasileiro (NUNES, 2012).

Em uma perspectiva macroestrutural política e econômica, a partir deste período, nos influxos de uma ordem neoliberal³², viu-se a pressão dos órgãos financeiros mundiais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial³³, em países em desenvolvimento, para adoção de práticas neoliberais, a fim de se promover o resgate de fundamentos pautados na livre concorrência e na regência pelas regras da economia de mercado. (ROSA, MARCELLINO JÚNIOR., 2009, p. 9).

Enquanto modelo político-econômico, o neoliberalismo parte de uma lógica própria de custo-benefício, que acabou por se estender a outros campos de atuação humana:

O neoliberalismo prima pela sobreposição do mercado em relação a todos os demais campos de atuação humana, submetendo-os à sua lógica própria, o que significa a fragilização dos espaços democráticos pelo imperativo econômico, o desmantelamento das estruturas sociais e dos sistemas de direitos fundamentais consagrados nos ordenamentos jurídicos estatais, uma vez que não encontra barreiras a sua expansão e nem limites a sua atuação. (COPETTI NETO; FISCHER, 2015, p. 261).

O neoliberalismo, especificamente no contexto brasileiro, foi idealizado em um projeto “sob medida” para América Latina pelos dirigentes das instituições de Bretton Woods, que pretendiam uma formulação político-econômica tendo “como foco a readequação das políticas de ajustes estruturais e de condicionamento de políticas que já vinham sendo sistematicamente implementadas desde a década de 70 e 80”. (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 179-180).

³¹ Apenas a título de esclarecimento, cumpre asseverar que a partir de 1973, sob a direção de Mauro Cappelletti, surgiu o “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, cujos os resultados foram publicados em 1978. Abrangendo juristas de mais de vinte e três países, o objetivo do projeto foi elaborar um relatório que apontasse os relevantes problemas do sistema jurídico, apresentando soluções técnicas adequadas. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

³² Ugo Mattei e Laura Nader (2013, p. 74) pontuam que “A teoria política e econômica do neoliberalismo pode ser considerada produto de uma ideologia econômica conservadora, tornada acessível a não economistas por seguidores da Escola Austríaca, como Friedrich von Hayek”. O neoliberalismo busca suplantando o Estado Assistencialista, a partir do fim da década de 40 com o término da Segunda Guerra Mundial, por considerar que sua estrutura burocrática ia ao desencontro dos interesses econômicos e mercadológicos. Prosseguem os autores aduzindo, em síntese, que a lógica neoliberal busca: “1. Permitir que os mercados livres determinem os preços; 2. Diminuir o controle estatal dos preços; 3. Transferir os recursos mantidos pelo Estado para o setor privado; 4. Reduzir o orçamento do Estado ao máximo possível; 5. Reformar as instituições estatais (tribunais e burocracia) a fim de facilitar o setor privado (boa governança e Estado de Direito)”. (MATTEI; NADER, 2013, p. 105).

³³ A Conferência de New Hampshire, em Bretton Woods, nos Estados Unidos da América, realizada em 1944, antevendo a vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial, reuniu quarenta e quatro países visando estabelecer novas regras para a economia mundial. Nesse cenário, o ideário neoliberal começa a ganhar forma, principalmente com o advento de uma estrutura institucional que se mostrou relevante para afirmação desta nova ordem, nas décadas subsequentes. Neste encontro, foram criados o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 10).

E não obstante o neoliberalismo nos setores político e econômico brasileiro, não escapou o aparato jurisdicional das consequências desta tendência implementada³⁴. A esse movimento de imbricação entre o modelo político-econômico e o aspecto processual, denominou-se neoliberalismo processual.

No campo da técnica processual, vislumbrou-se a criação de modelo procedimental que não apresentasse risco aos interesses dos agentes econômicos e políticos de mercado, de reforço do papel da jurisdição (protagonismo judicial) e de seu ativismo, sem que isso correspondesse a uma ingerência estatal nos interesses privados. (NUNES, 2012, p. 158).

Aludido modelo procedimental conduziu o cidadão a um papel clientelístico face ao exercício da atividade jurisdicional e promoveu a estruturação de um modelo neoliberal de processo, que deveria assegurar, principalmente, os interesses hegemônicos do mercado financeiro:

a) uma uniformidade decisional que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acerto dos direitos (NUNES, 2012, p. 159).

De outro sentido, observa-se do movimento de reformas na legislação processual brasileira, iniciado a partir da década de 1990, que, muito além de buscar o reforço do papel dos magistrados, acarretou, na realidade, o esvaziamento das funções das partes, advogados e demais sujeitos processuais, como também do próprio processo, enquanto uma instituição garantidora dos direitos fundamentais (NUNES, 2012).

Como salientado pelo discurso burocratizante, o processo passou a ser visto como um obstáculo, um entrave que deveria ser extirpado, valendo-se, para tanto, da diminuição do espaço público procedimental discursivo e cognitivo e da defesa da celeridade resumida a uma rapidez extrema, que coloca em risco à efetivação dos direitos fundamentais:

Por essa razão é que o processo civil tem sido objeto de uma quase obsessão reformista que avança pela via do abreviamento procedimental, pela assimilação

³⁴ Em 1996, o Banco Mundial elaborou um relatório intitulado “Documento técnico nº 319”, em que traçou o “Elementos para a Reforma”, sobretudo voltado para o Judiciário da América Latina e do Caribe. Neste documento, que objetivava diagnosticar os obstáculos ao desenvolvimento dos países, o Judiciário surgiu como um destaque negativo (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2015, p. 19). Em trecho deste documento consta que: “um poder judiciário eficaz e funcional é relevante ao desenvolvimento econômico. [...] A reforma do Judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade na resolução de conflitos, ampliando o acesso à justiça e promovendo o desenvolvimento do setor privado”. (DAKOLIAS, 1996, p. 19).

tecnológica operacional, e, pela coisificação do sujeito-juiz, não raro, implicando em afronta a mandamentos constitucionais, os mais comezinhos. (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2015, p. 13).

Nesta perspectiva processual neoliberal, verifica-se um discurso pautado na busca por maior celeridade e eficiência, de modo que o sistema processual resta centrado em uma ótica de produtividade, reduzindo o cidadão a mero espectador privado (consumidor), ao passo que a prestação da tutela jurisdicional se limita ao mero fornecimento de soluções rápidas (produtos e serviços), mediante critérios quantitativos (e não qualitativos), em uma lógica de cunho empresarial. (NUNES, 2012, p. 159).

A partir desta onda neoliberal, surge uma profusão de demandas repetitivas (litigiosidade em massa ou serial), para além das já destacadas modalidades de litigiosidades – individual e coletiva³⁵, que abarrotam os órgãos jurisdicionais brasileiros, implicando numa prática decisória de mera aplicação mecânica de textos normativos (abrangendo-se também súmulas, súmulas vinculantes e os denominados precedentes) para solução de uma massa de causas tidas por idênticas. (NUNES, 2011).

Veem-se que as reformas promovidas na legislação processual civil, nos últimos anos, foram levadas a cabo, principalmente, para suplantarem o problema da desenfreada litigiosidade repetitiva, com conseqüente “desafogamento” dos órgãos jurisdicionais, em prol de uma eficiência quantitativa³⁶:

³⁵ Dentro do sistema processual, destacam-se três modalidades de litigiosidades: a) individual; b) coletiva; c) repetitiva. A litigiosidade individual é caracterizada pela determinação (quantificação) de quais são as partes envolvidas no litígio. Sobre esta modalidade é que a dogmática tradicionalmente se preocupou. Trata-se de alegações de lesões e ameaças a direito isoladas, envolvendo, em regra, um autor e um réu ou a possibilidade de formação de litisconsórcio (ativo, passivo ou misto). A litigiosidade coletiva torna-se uma preocupação para estudiosos a partir da década de 1950, com ascensão de questões envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Em regra, essas ações por se referirem a direitos metaindividuais, que atingem uma pluralidade de indivíduos que não são determináveis, os interesses das pessoas afetadas são representados por legitimados extraordinários (ex: Ministério Público; Associações representativas), ou seja, a lei determina, atribui legitimidade de quem poderá ingressar com uma ação coletiva. Via de regra, o cidadão, individualmente, não pode propor ações coletivas, à exceção da ação popular. Por fim, a litigiosidade repetitiva é um fenômeno originário das décadas de 1980-1990. É, em regra, um litígio que se repete em suas características. É uma litigiosidade serial. São pretensões isomórficas – mas que guardam suas especificidades – que apresentam questões fáticas e jurídicas comuns para resolução da causa. Atualmente, esta modalidade acarreta problemas de gerenciamento do Judiciário, implicando na criação de técnicas próprias para seu dimensionamento e julgamento. (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009).

³⁶ A este respeito torna-se imprescindível destacar as lições de Michelle Taruffo, que dedicou parte de seus estudos em estabelecer critérios de eficiência. Para o teórico italiano, há dois tipos de eficiência no sistema processual: a primeira, denominada eficiência “quantitativa”, que parte de uma perspectiva de que com a redução de tempo e de custos mais rápida será a resolução do conflito e, via de conseqüência, maior será a eficiência; e a segunda perspectiva, chamada eficiência “qualitativa”, na qual a eficiência é pautada na qualidade do ato jurisdicional decisório e de sua fundamentação, com vistas a se alcançar decisões adequadas, equânimes, corretas e justas. (TARUFFO, 2008).

Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial de entendimentos pelos tribunais (padronização decisória), mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos” (NUNES, 2011, p. 47).

Como delineado por Dierle Nunes, após a promulgação da CRFB/88, a preocupação para o sistema de aplicação do direito muda de foco. Não se trata mais do objetivo precípua da ciência processual dimensionar tão somente a denominada litigiosidade individual, mas se concentrar também na denominada litigiosidade repetitiva, sobretudo, a litigância de interesse público (*Public interest litigation – PIL*)³⁷ – que centra num papel contramajoritário de atuação do Judiciário para promover a defesa de direitos a minorias não alcançados na via majoritária (Legislativo e/ou Executivo), com a implementação de políticas públicas idôneas. (NUNES, 2011, p. 45).

A denominada litigância de interesse público consiste numa das principais fontes para a profusão de demandas repetitivas, o que implica na propositura de ações envolvendo pretensões isomórficas, por exemplo contra o poder público, que necessitam de um tratamento diferenciado, se comparado com a litigiosidade individual (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2016, p. 325).

Desse modo, é preciso que se proponham soluções técnicas para a alta litigiosidade, mas sem descurar do papel constitucional garantístico assumido pelo processo³⁸, tão somente numa busca desenfreada por resultados estatísticos³⁹ (eficiência quantitativa). (NUNES, 2011, p. 47).

Por outro lado, desde a elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 (PLS n° 166/2010 e Projeto de Lei n° 8046/2010), reforçou-se, dentro do sistema

³⁷ Aprofundando o estudo sobre a Litigância do Interesse Público destaca-se a dissertação elaborada por Helen Cristina de Almeida Silva. Cf. SILVA, Helen Cristina de Almeida. *Litigância de interesse público: Em busca da adequação dos provimentos jurisdicionais à luz da Teoria do Direito Como Integridade*. 2015. 135f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilvaHCA_1.pdf. Acesso em: 26 jan. 2017.

³⁸ Maiores esclarecimentos sobre o modelo constitucional de processo conferir tópico 3.2.3.

³⁹ “A assertiva recorrente de que os dados numéricos indicam que a filtragem de recursos nos Tribunais Superiores otimiza sua atuação em termos de celeridade, devido à diminuição do número de processos sob sua competência, não pode, em linha de princípio, obscurecer a busca de soluções mais consentâneas com o trato da normatividade nessa litigância de massa, uma vez que o desafogamento desses órgãos do Poder Judiciário não garante que a aplicação do Direito se torne qualitativamente melhor”. (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2016, p. 326).

processual civil brasileiro, a aposta na formação de padrão decisório⁴⁰ para aplicação do entendimento tribunalício (súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência, precedentes) como fonte imediata do direito. E essa finalidade é bem explicitada na exposição de motivos que ensejou a elaboração do CPC/15:

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da súmula vinculante do STF e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e recursos extraordinários (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízes singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. (BRASIL, 2010).

Resta clara a opção do legislador brasileiro pela estruturação de um sistema processual coeso, eficiente e menos complexo, sobretudo no âmbito recursal. Todavia, observam-se dos diversos institutos implementados ao longo das reformas na legislação processual civil⁴¹ uma tendência de dimensionar o problema da litigiosidade por meio do julgamento de teses jurídicas em detrimento da apreciação das peculiaridades do caso concreto.

O problema de uma atuação jurisdicional baseada na apreciação e julgamento de teses jurídicas torna-se ainda mais perigoso com a crença de que é possível estabelecer *standards* interpretativos com o julgamento de apenas alguns casos selecionados.

A ideia de que um Tribunal de maior hierarquia possa, diante de uma multiplicidade de casos submetidos a sua alçada, decidir um caso abstraído as suas especificidades e tomando-lhe apenas a “tese” a ele subjacente, e aplicá-la mecanicamente a inúmeros casos

⁴⁰ Deve-se deixar claro, com escoro nos ensinamentos de Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2015), que o sistema de uso de precedentes, na tradição do *common law*, se estruturou anteriormente ao surgimento da denominada litigiosidade repetitiva.

⁴¹ Desde a década de 1990, extrai-se a adoção e valorização de padrões decisórios para contingenciar o problema ocasionado com a litigiosidade repetitiva. Com as reformas operadas no revogado CPC de 1973, criou-se a técnica de julgamento liminar de ações repetitivas – artigo 285-A (reforma promovida pela Lei n° 11.277/2006), como também os padrões decisórios introduzidos nos Tribunais Superiores (repercussão geral e recurso especial repetitivo, conforme a dicção dos artigos 543-A, 543-B e 543-C, reformados pelas Leis n° 11.418/2006 e 11.672/2009), aliada, outrossim, à implementação das súmulas vinculantes, regulamentadas pelo artigo 103-A da CRFB/88 e pela Lei n° 11.417/2006.

futuros⁴², também desconsiderando as suas particularidades, vai em desencontro com toda a perspectiva constitucional atribuída ao processo e ao dever de fundamentação, como será visto adiante.

Para além do problema levantado, é preciso ter em mente que a estrutura recursal⁴³, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é nitidamente voltada para o julgamento de “teses” jurídicas em detrimento das especificidades do caso concreto.

Nesse ponto, é como se olvidasse o legislador (e os próprios órgãos jurisdicionais competentes para apreciação dos recursos) que a aplicação jurídica parte da premissa de que cada caso é único e irrepetível, e que por mais similar que possam lhes parecer um com outros, deve ser compreendido, interpretado e aplicado dentro da sua especificidade. (STRECK, 2009a, p. 14).

Dentro da problemática levantada quanto à necessidade de superação aos julgamentos pautados em teses e não casos concretos, como hipótese ao problema levantado, a tese de doutoramento de Alexandre Bahia oferta uma resposta que se reputa satisfatória.

Ao interrogar se, afinal, no atual contexto, os órgãos jurisdicionais devem decidir causas ou devem limitar a discussão – metafísica – de teses; ou ainda, se é possível cindir questões de fato e questões de direito, Alexandre Bahia (2009) já se adianta para responder: é

⁴² É de se destacar, mormente quanto à questão do direito jurisprudencial, que a formação idônea de precedentes, no contexto brasileiro, deve estar alinhada a conformação do modelo constitucional de processo, de modo que, em atenção ao contraditório substancial atrelado ao dever de fundamentação, todos os argumentos relevantes sejam levados em consideração (art. 10 e 489, §1º, IV; 927, §1º, CPC/15): “A aplicação do direito jurisprudencial constitui um processo de individualização do Direito e de universalização da regra estabelecida no precedente, na tese, ou no enunciado sumular a exigir do intérprete constante atenção e consideração à dimensão subjetiva (construída processualmente) do caso concreto, para que seja possível sua adequada conciliação à dimensão objetiva do Direito. No entanto, esse processo é diuturnamente ameaçado pelo formalismo dos enunciados sumulares e das teses (decisões-modelo) estabelecidas pelos tribunais superiores (repercussão geral, julgamento de recursos especiais repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas), mediante técnicas de causa modelo ou de procedimento-modelo, assim como pela leitura equivocada que parcela da comunidade jurídica tem feito acerca do precedente judicial”. (NUNES; HORTA, 2015a). Este ponto será retomado no tópico 3.2.4.

⁴³ Na esteira da problemática levantada, observa-se um difícil paradoxo a ser superado: de um lado, dentro da configuração do novo código de processo civil, tem-se a garantia do contraditório substancial e da fundamentação das decisões alicerçada na valorização do caso concreto e de outro, tem-se a formatação de um microsistema que tenta dimensionar a alta litigiosidade (sobretudo a repetitiva) e que, precipuamente, enaltece o julgamento de teses. Especificamente quanto ao tratamento conferido à litigiosidade repetitiva pelo legislador do CPC/15, percebe-se a tentativa de maior adequação da técnica processual para solução dos litígios repetitivos, buscando-se o respeito ao iter procedimental para emanação de decisões e ao contraditório dinâmico e substancial, a evitar que casos sem similitude sejam julgados de forma idênticas, em razão do nível de abstração. “Para que tal desiderato se implemente, haverá a absoluta necessidade de respeito ao iter de formação das decisões e um contraditório dinâmico que, no CPC-2015, se apresenta numa série de dispositivos: nos arts. 10 e 933, passando pela busca de escolha de causas representativas com “abrangente argumentação e discussão” (art. 1.036, §6), do respeito da regra da congruência e não surpresa que determina ao relator (em recursos repetitivos) a promoção da identificação com precisão da questão a ser submetida a julgamento e a vedação ao órgão colegiado decidir questão não delimitada (arts. 1.037, I e §2º), assegurando a manifestação dos *amici curiae* (arts. 983, caput, e 1.038, I) e a realização de audiências públicas” (NUNES; BAHIA, 2015, p. 22).

preciso delimitar que a função precípua do Judiciário é o julgamento de causas – e, pois, de casos concretos – e não de teses.

A proposta de Alexandre Bahia (2009) é romper com mecanismos que obstaculizam recursos e que levam a um aumento do protagonismo judicial, assentado na discricionariedade positivista, que acaba por distorcer a função dos Tribunais Superiores.

Tomando como objeto de investigação os Recursos Extraordinários, compreendidos de forma ampla como o Recurso Extraordinário (art. 102, III, CRFB/88) e o Recurso Especial (art. 105, III, CRFB/88), Alexandre Bahia (2009, p. 38) busca refutar as justificativas para os óbices apresentados ao acesso e conhecimento de aludidos recursos, e mais, traça uma crítica ao comportamento dos Tribunais Superiores de considerar as matérias subjacentes ao processo em julgamento como meros temas, a serem deliberadas em blocos de decisão homogêneas, em descompasso com as particularidades do caso.

A criação de *standard* decisório, no qual a solução de um caso poderá predeterminar a solução de outros idênticos (atuais e futuros), mostra-se contrária à noção de Estado Democrático de Direito, como será demonstrado no próximo tópico, até porque o direito não pode ser aprisionado a textos fechados⁴⁴ e refratário da realidade. (BAHIA, 2009, p. 323).

Melhor explicando a hipótese levantada em sua pesquisa, Alexandre Bahia (2009), adotando como marco teórico as proposições de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther, assevera que há a existência de um tensionamento entre o público e o privado, em co-originalidade, de sorte que a disputa entre ambas as concepções só se resolve discursivamente por meio do caso.

Neste ponto, sustenta que a decisão judicial somente se legitima com uma fundamentação interna e externa, ou seja, respectivamente, que leve em consideração a reconstrução do ordenamento jurídico, procedimentalmente formado por uma variedade de discursos (das partes e do juiz, inclusive), como também que observe a correção da decisão, com o cumprimento contrafático das condições comunicativas de argumentação, o que caracteriza a perspectiva externa. (BAHIA, 2009, p. 322).

Mais adiante conclui Alexandre Bahia que:

Assim, à exigência de que o processo represente uma resposta para o caso (o produto de um discurso de aplicação judicial que considere o ordenamento como um

⁴⁴ Na mesma direção, aduz Leonard Schmitz que fundamentar é uma tarefa hercúlea, posto que o direito não é um fenômeno dado e tampouco raso. “Se a comunidade jurídica persistir apostando nos julgamentos abstratos, na resolução de teses e de questões unicamente de direito, estaremos diante de mais e mais textos. Estes textos, que são linguagem, fornecerão sempre mais possibilidades interpretativas a quem se deparar com eles. Já que nenhum texto consegue ser unívoco, o movimento da doutrina parece estar indo às avessas: pretende “fechar” os sentidos e fornece ao intérprete mais material interpretativo”. (SCHMITZ, 2015, p. 351).

conjunto de princípios reconstruídos pelos sujeitos do processo), soma-se a exigência desse nível de transcendência, isto é, do cumprimento dos requisitos de interação linguística (aqui aparece o papel do juiz, como sujeito imparcial, pois que as perspectivas em concreto das partes devem ser relacionados com os fundamentos do discurso de justificação da comunidade de princípios, ali representada pelo juiz). (BAHIA, 2009, p. 322).

Em prefácio à obra dissertativa de Alexandre Bahia, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira registra que as controvérsias jurídicas, ao serem apreciadas pelos Tribunais Superiores, só serão consideradas como adequadas se representarem:

uma resposta correta às pretensões levantadas pelas partes, ao mesmo tempo em que, ou co-originalmente, como em qualquer outro ato jurisdicional, cumprimos a pretensão normativa de que a decisão construída ao longo do processo jurisdicional seja também coerente ao Direito. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 33).

Em síntese, o papel atribuído aos órgãos jurisdicionais deve ser, a partir da perspectiva constitucional democrática de processo, o de reconstruir uma resposta ao caso concreto submetido à apreciação jurisdicional, levando-se em conta procedimentos estabelecidos, para que os discursos dos sujeitos do processo (incluindo também o seu sujeito imparcial, o julgador) sejam considerados no ato de fundamentação da decisão judicial.

Dessa feita, vislumbra-se que, dados os avanços na ciência processual, não pode mais se creditar que o papel dos órgãos jurisdicionais brasileiros esteja baseado numa lógica de eficiência quantitativa, de elaboração de padrões decisórios que prestigiem apenas a tese jurídica, abstraída do caso concreto subjacente.

Busca-se, então, demonstrar que a valorização de julgamentos pautados nas particularidades do caso concreto e a sua reconstrução pelas partes por meio do processo, deve ser perseguida no Estado Democrático de Direito, a fim de se garantir maior ganho qualitativo e de legitimidade das decisões, como será desenvolvido a seguir.

3.2 O que torna uma decisão fundamentada no Estado Democrático de Direito?

No presente tópico, buscar-se-á construir uma noção do que seja uma decisão devidamente fundamentada, sobretudo diante dos pilares do Estado Democrático de Direito, partindo-se da perspectiva levada a cabo pelo modelo constitucional de processo. Portanto, a princípio, serão traçadas considerações acerca da noção de Estado Democrático de Direito, e, posteriormente, abordar-se-á aspectos relevantes da garantia da fundamentação das decisões cogitados dentro modelo constitucional de processo, proposto por Andolina e Vignera.

3.2.1 Noção de Estado Democrático de Direito

Para a temática desenvolvida na presente pesquisa, é preciso ter em mente a insuficiência do ideário perpetuado pelo discurso neoliberal (pseudo-socialização processual), como lógica regente na construção dos atos decisórios, minimizando a importância do processo e de suas garantias constitucionais, o que pode acarretar em decisões que não sejam frutos do diálogo, do debate.

Nessa esteira, necessário destacar a noção de Estado Democrático de Direito, em sua perspectiva procedimental, tal como proposto por Jürgen Habermas, para promover o resgate do papel técnico do processo e viabilizar democratização processual.

Portanto, a partir do delineamento de qual a compreensão de Estado que permeia o estudo do dever de fundamentação das decisões, é que se verificará do que se trata de decisão devidamente fundamentada e legitimada democraticamente.

Nesse ponto específico, a contribuição de Jürgen Habermas, com sua reconstrução paradigmática⁴⁵ de direito, lança bases consistentes para se definir o Estado Democrático de Direito.

Ao longo de sua obra, Jürgen Habermas busca esclarecer como se daria a participação dos interessados e de que maneira as decisões deveriam ser construídas para se tornarem legítimas, válidas e democráticas.

A partir da visão procedimentalista de Direito, Habermas delineia que os paradigmas de Estado Liberal, Estado Social e de Estado Democrático de Direito são perquiridos pela demarcação entre autonomia pública e autonomia privada dos sujeitos de direito.

De um lado, tem-se a sociedade civil – que não pode ser confundida com a noção de sociedade burguesa de tradição liberal – que, nos dizeres de Habermas, se constitui de “movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-no e os transmitem, a seguir, para a esfera pública

⁴⁵ Habermas procedeu a uma releitura do conceito de paradigma de Thomas Kuhn, que propunha como noção de paradigma “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 156). Para Habermas, o tensionamento entre realidade e normatividade nos processos de integração social propicia que a tomada de decisões, mormente na função jurisdicional, seja coerente, ao mesmo tempo, com o direito vigente e com os casos concretos submetidos à apreciação. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013). Por outro lado, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pautado numa revisão dos estudos de Thomas Kuhn sobre o tema, tem um posicionamento diverso do que se entende por paradigma. Para o processualista, os paradigmas “devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional” (BRÊTAS, 2015, p. 67).

política” (HABERMAS, 2003, p. 99). Por outro lado, a esfera pública – compreendida como sociedade política – se apoia em direitos fundamentais, tais como a “liberdade de opinião e reunião; o direito de fundar sociedades e associações que perseguem temas de interesse geral, tais como culturais, religiosos e humanitários; a liberdade de imprensa; o sistema político democrático; a cidadania; a privacidade; a proteção da família” (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 125).

Da leitura habermasiana é possível retirar uma tensão entre duas concepções políticas para determinar o processo democrático: o liberalismo e o republicanismo. Se de um lado há uma concepção liberal de Estado, o processo deliberativo está pautado em agregar os interesses da esfera privada (do indivíduo) ao aparato estatal, sob a regência de uma lógica de mercado; na outra face, tem-se a concepção republicana, que leva em consideração os interesses de uma comunidade solidária, de cidadãos portadores de direitos livres e igualitários, em relações de reconhecimento recíproco, orientados na busca pelo bem comum. A lógica por detrás do republicanismo é estratégica: o espaço público e político acopla com a sociedade civil, com vistas a assegurar “a força integradora e a autonomia prática de entendimento entre os cidadãos” (HABERMAS, 2002, p. 249).

O processo político e de tomada de decisões, numa perspectiva liberal, parte de uma interação estratégica muito mais de coordenação do que de cooperação. Em resumo: as pessoas irão deliberar e defender nada mais do que seu próprio interesse privado, até porque “seu meio é a barganha, não o argumento” (HABERMAS, 2002, p. 249). Já na perspectiva republicana, a tomada de vontade política no espaço público não se estrutura sob a estratégia e prática de mercado. A autodeterminação do cidadão não é firmada pelo que o mercado diz ser, mas construída pelo diálogo, e, justamente nessa concepção dialógica, “entende a política como um processo de argumentação racional e não exclusivamente de vontade, de persuasão e não exclusivamente de poder, orientado para consecução de um acordo acerca da forma boa e justa, ou pelo menos aceitável, de ordenar aqueles aspectos da vida”. (HABERMAS, 1995, p. 43).

A perspectiva liberal e a republicana fundam paradigmas de compreensão de Estado distintos: o Estado Liberal e o Estado Social, que, na crítica *habermasiana*, são superados por uma visão procedimentalista de Estado Democrático de Direito.

Assim, buscando se traçar maiores aportes para a compreensão de Estado Democrático de Direito, na leitura promovida por Jürgen Habermas, torna-se necessário aprofundar no que consiste o paradigma liberal de Estado, como também o social.

Retomando, na concepção de Estado Liberal, o Direito busca instituir limites preponderantemente negativos, a fim de demarcar os espaços de liberdades entre indivíduos. A lei discutida e aprovada pelos representantes do povo nada mais consiste do que uma autorização de um Estado Mínimo, com ínfima interferência na esfera privada do indivíduo:

Assim, o paradigma de Estado de Direito ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da ‘melhor sociedade autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras que asseguram o mais pleno exercício às liberdades individuais anteriormente referidas e, assim, garantia-se o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados (CARVALHO NETTO, 2004, p. 33-34).

Ainda nesse mesmo sentido, Flaviane de Magalhães Barros destaca elementos fundamentais para a compreensão do paradigma liberal:

Assim, no Estado Liberal o entendimento era de que o Estado deveria atuar de modo a intervir menos possível na esfera privada do indivíduo, compreendida como o espaço do direito privado: das relações familiares, contratuais e negociais. Dessa forma, o espectro de liberdades do cidadão poderia ser compreendido como toda atuação que não fosse contrária ao direito; ou seja, o que não é proibido por lei é permitido. A sociedade política constituída pela “melhor sociedade”, aquela que poderia votar, em virtude de sua capacidade econômica, estava, portanto, incumbida de formular leis, as quais deveriam ser de caráter genérico e abstrato (BARROS, 2008a, p. 24).

Em breves linhas, Jürgen Habermas descreve o modelo de Estado Liberal como uma “sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através de direitos de propriedade e de liberdade de contratos), [que] deveria ser do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos do mercado” (HABERMAS, 1997b, p. 138).

Sob o paradigma liberal, o Direito, legitimado por sua formalidade, é construído para assegurar a igualdade (formal), a propriedade e a liberdade do indivíduo, que tem autonomia para escolher seu projeto de vida boa, com a mínima intervenção estatal nestas questões privadas. Nessa senda, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2002, p. 55) pontua que “cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir a certeza nas relações sociais através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixa a felicidade ou busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”.

Todavia, aludido paradigma começa a ruir, mormente pela ausência de efetivação, no plano material, dos direitos e liberdades assegurados aos indivíduos. Tem-se uma premente necessidade de se estabelecer direitos sociais e coletivos, que possibilitem reconhecer diferenças materiais e sua adequada tratativa para ofertar um restabelecimento de igualdade

(agora material) aos menos privilegiados economicamente, superando a concepção egoística e individualista de uma sociedade ideal burguesa-liberal:

A liberdade e igualdade abstrata, bem como a propriedade terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto, as revoluções industriais e uma disseminação da miséria também sem precedentes. Ideias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar agora em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelo direito de voto, pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdências sociais, do acesso à saúde, à educação e ao lazer. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34).

O paradigma do Estado Social pressupõe, justamente como forma de superar a derrocada do Estado Liberal-burguês, a materialização de direitos e liberdades, dantes garantidas apenas no plano formal. Ressalta-se que não é apenas a inserção dos denominados direitos sociais e coletivos, que caracterizam este modelo de estado, mas também a própria ressemantização dos direitos individuais:

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de primeira (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, minimamente, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material, equitativa. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 35).

Com um contexto social modificado, assevera Habermas (1997, p. 139-140) que não bastaria mais o *status* negativo de sujeitos de direito, garantido por liberdades subjetivas iguais. Torna-se imperioso atribuir, por um lado, o conteúdo das normas de direito privado e, de outro, implementar novos direitos fundamentais, para propiciar pretensões de distribuição justa da riqueza produzida na sociedade, inclusive ofertando proteção aos próprios perigos advindos desta sociedade.

No afã de balancear as desigualdades materialmente existentes, o papel do Estado também se modifica, passando a ser um Estado mais dirigista e distribuidor, que se agiganta para suprir as deficiências – sobretudo dos mais fracos economicamente – por meio de prestações sociais. Este agigantamento do Estado refletiu, outrossim, no próprio exercício da função jurisdicional, atribuindo-se ao julgador um papel educativo e de porta-voz dos anseios

sociais por ele captados, de modo a possibilitar uma aplicação social e política do direito. (NUNES, 2012, p. 111).

Entretanto, o paradigma social apresentou inconsistências que levaram a sua derrocada, justificada pela “incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 167). Ao confundir-se o espaço público como o estatal propiciou os excessos que marcaram o Estado Social e as atrocidades perpetradas pelos regimes totalitários⁴⁶.

Enxergando pontos críticos em ambas as concepções de Estado, justamente pela insuficiência, por si só, de assegurarem uma autonomia privada que não se resumisse ao direito à liberdade e tampouco garantida por prestações sociais, Habermas propõe uma terceira via – o paradigma procedimental – em que autonomia privada e pública não mais se encontram em situação de confronto, mas sim em posição de referências recíprocas e de co-originalidade (HABERMAS, 1997b).

É a partir de um entrelaçamento racional entre essas duas concepções que Habermas irá ofertar um terceiro modelo de democracia – a procedimental – que se sustenta nas condições de comunicação, a fim de possibilitar que o processo político atinja resultados racionais⁴⁷.

A concepção procedimental apresenta formas de comunicação institucionalizadas e de procedimentos para formação da opinião e da vontade devidamente legitimados:

A política dialógica e a política instrumental podem entrelaçar-se no campo das deliberações, quando as correspondentes formas de comunicação estão suficientemente

⁴⁶ Apenas a título de conhecimento, ao longo da década de 1940 e 1950, a filósofa Hannah Arendt dedicou-se a refletir sobre o totalitarismo, findo o segundo pós-guerra. Em sua obra “As origens do totalitarismo”, finalizada em 1949, Arendt buscou denunciar o terror disseminado com o estabelecimento de governos totalitários. Para a filósofa, a ascensão de regimes totalitários – quer de esquerda ou de direita – tinha como pressuposto a aniquilação das classes sociais, a atomização das pessoas e a homogeneidade social. Graças à volubilidade das massas – essencial para os movimentos totalitários – foi que emergiu exemplos tão característicos de regimes pautados no totalitarismo, como o nazismo (na Alemanha, pós 1933 e assunção de Adolf Hitler ao poder dentro do sistema majoritário), o fascismo (na Itália, com o governo de Benito Mussolini) e o governo Russo pós 1929; episódios históricos marcados pela perversidade, crueldade e desumanidade. (ARENDR, 2004).

⁴⁷ Habermas, em todo seu estudo, visa a enfrentar e revisitar os pilares da filosofia moderna, máxime a questão da razão e da racionalidade, de modo a adequá-las a uma compreensão que se acomode nas sociedades plurais e complexas. Para tanto, parte-se de uma teoria crítica da sociedade moderna, como aduz Peter Dews, citado por Miracy Gustin (2002, p. 164), “que incorpore tanto suas falhas ou distorções como suas realizações positivas, com o objetivo de entender a potencialidade dessa sociedade de construir uma vida humana coletiva”. Habermas busca superar a ideia clássica de razão instrumental formulando a noção de razão comunicacional, na qual a racionalidade é cogitada “como uma disposição própria daqueles sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber falível” (HABERMAS, 2000, p. 437). A racionalidade comunicativa, então, decorre da relação intersubjetiva, em que se opera o discurso sem violência, permitindo-se, assim, o uso comunicativo do saber proposicional em atos de fala orientados para o entendimento e o consenso. (CARVALHO, 2007, p. 70).

institucionalizadas. Portanto, tudo gira em torno das condições de comunicação e dos procedimentos que outorgam à formação institucionalizada da opinião e da vontade política sua força legitimadora. (HABERMAS, 1995, p. 45).

A perspectiva de democracia procedimental defendida por Jürgen Habermas, a partir da Teoria do Discurso, aproveita-se de ambas as concepções (Liberal e Republicana), e com sua interligação, elabora uma noção de procedimento idealizado de deliberação e tomada de decisões. O procedimento democrático propõe “uma conexão interna entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e discursos relativos a questões de justiça e fundamenta a suposição de que sob tais condições obtêm-se resultados racionais e equitativo”. (HABERMAS, 1995, p. 46).

Mais à frente, Habermas tece, com maior riqueza de detalhes, sua proposta teórica, a fim de elucidar os principais contornos da Teoria do Discurso e do que vem a ser o modelo de democracia procedimental:

A teoria do discurso, que associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, toma elementos de ambos e os articula de uma forma nova e distinta [...]. Em vez disso, a teoria do discurso entende os Direitos Fundamentais e os princípios do Estado de Direito como uma resposta consequente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático. A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos (HABERMAS, 1995, p. 47).

Busca-se, com essa proposição teórica, uma articulação entre a autonomia privada – apoiada em um direito racionalmente fundado e universalizável – e a autonomia pública – sustentada em procedimentos democráticos. Nesse viés, é sobre a democracia que recai, dentro da concepção articulada por Habermas, toda a carga de legitimação. O autor funda seu estudo numa proposição de Direito que seja racionalmente aceito. Assim, volta-se, ao mesmo tempo, para as garantias de liberdade dos cidadãos, na sua esfera privada, e para as condições sob as quais eles devem se associar nos processos discursivos que orientarão as ações do sistema político e serão legitimadores de seus resultados:

Sobre o processo democrático pesa toda a carga da legitimação. Cabe a ele assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos jurídicos. Pois direitos privados individuais não podem nem mesmo ser formulados adequadamente, e muito menos implementados politicamente, quando aqueles afetados não se envolverem previamente em discussões públicas para esclarecer quais traços são relevantes para tratar casos típicos como semelhantes ou diferentes, e em seguida tenham mobilizado o poder comunicativo para consideração de suas necessidades recém-interpretadas. (HABERMAS, 1995, p. 49).

Discorrendo sobre a proposta teórica de Jürgen Habermas, Dierle Nunes traça linhas esclarecedoras:

Em decorrência dessa perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que nem a autonomia privada nem a autonomia pública possuem precedência, mas, sim, pressupõem-se mutuamente. No espaço procedimental discursivo criado, será possibilitada a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da deliberação. (NUNES, 2012, p. 49).

O princípio do discurso adquire formato de princípio de democracia a partir do momento que se estabelecem procedimentos racionalmente estruturados para formação de opinião e vontade, conferindo força legitimadora à produção da normatividade, em sociedades marcadas por pluralismo social. Segundo o princípio do discurso, os modos de agir dotados de legitimidade são aqueles em que todos os cidadãos passíveis de serem afetados tornam-se participantes de discursos racionais, estabelecendo quais direitos eles devem conceder mutuamente, ou nas palavras do teórico alemão, “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito” (HABERMAS, 1997a, p. 157).

Contudo, a autolegislação promovida pelos cidadãos deve ocorrer no seio da própria lei, institucionalizando – legalmente – pressupostos e procedimentos comunicativos de formação da vontade política fundados no princípio do discurso. (HABERMAS, 1995, p. 52)

Desse modo, comunga-se o princípio do discurso ao democrático ao permitir que a fixação da normatividade se dê amparado no direito de liberdade individual, complementado com direitos comunicativos e participativos que assegurem oportunidades iguais do uso da liberdade comunicativa. (HABERMAS, 1995, p. 52). Em complemento, outra passagem de Habermas discorre que:

A teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação – que são institucionalizados juridicamente – os quais permitem levantar a suposição de que os processo de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais. Do ponto de vista do conteúdo, as normas emitidas pelo legislador político e os direitos reconhecidos pela justiça são racionais pelo fato de os destinatários serem tratados como membros livres e iguais de uma comunidade de sujeitos de direito (HABERMAS, 2003b, p. 153).

Tomando a perspectiva democrática de Estado de Direito cogitada por Jürgen Habermas, se estabelece, com o princípio do discurso, que a legitimidade do direito decorre

por meio de procedimentos que assegurem a participação do cidadão na tomada de decisão e vontade política, de uma sociedade pluralista.

3.2.2 O exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito

A partir do momento em que se enuncia⁴⁸, desde o preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988⁴⁹, a instituição de um Estado Democrático de Direito, não se pode perder de vista que todo o poder e atividade estatal adquirem legitimidade se se atentarem para a construção democrática (participação do cidadão) na tomada de decisões e, sobretudo, se observarem os vetores constitucionalmente estabelecidos.

Discorrer, hodiernamente, sobre democracia não mais se limita à mera possibilidade de escolha dos atores políticos – os representantes do povo – a denominada democracia representativa.

Bernardo Gonçalves Fernandes, partindo de estudos empreendidos por Norberto Bobbio e Jürgen Habermas, afirma que democracia é uma junção entre aspectos quantitativos e qualitativos. Isto quer dizer, em outras palavras, que, dentro de um viés quantitativo, a democracia se constituiria de um conjunto de regras e procedimentos previamente estabelecidos, notadamente a conhecida regra da maioria, para se chegar a uma decisão coletiva. Por outro lado, pela racionalidade comunicativa proposta por Habermas, há uma defesa de um viés qualitativo atribuído à tomada de decisões: a decisão democrática parte de uma dinâmica procedimental em que os autores e os destinatários possam consentir e reconhecer que a decisão foi a correta, porquanto participantes do discurso que a conduziu. (FERNANDES, 2010, p. 206-207).

Transpondo a questão da democracia para o âmbito do exercício da Jurisdição – enquanto atividade-dever essencial do Estado a ser prestada por órgãos jurisdicionais competentes, sob a garantia do devido processo constitucional (BRÊTAS, 2015, p. 38) – tem-se o seguinte problema suscitado por Lúcio Delfino (2011): como é possível que os

⁴⁸ O artigo 1º da CRFB/88 assim dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)” (BRASIL, 1988).

⁴⁹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988)

juizadores, não eleitos e não sujeitos à avaliação periódica pelos cidadãos, tomem decisões que possam prevalecer sobre a vontade popular?

Nos regimes democráticos, a legitimação da função jurisdicional não está centrada na pessoa do juiz, enquanto agente estatal investido de jurisdição (BRÊTAS, 2015). Também não decorre da forma de investidura no cargo, por exemplo, um juiz eleito pelo povo ou segundo o princípio da maioria. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 152).

Ainda que se cogitasse, como fonte de legitimação da atividade jurisdicional, a escolha dos juizes pela vontade popular, através de eleições periódicas, tal como ocorre nos casos dos agentes políticos, esta perspectiva apresenta-se, de igual forma, temerária e não conduz necessariamente à legitimidade dos pronunciamentos estatais jurisdicionais, na esteira das lucubrações destacadas da obra de Eduardo Kroeff Machado Carrion:

Como instrumento de tutela dos direitos e liberdades do cidadão face ao poder, a magistratura deve tanto assegurar sua independência com relação a qualquer condicionamento do poder, seja interno, seja externo ao aparelho judicial, como vincular-se à soberania popular. Com relação a este último aspecto, o modelo de juiz eletivo pode ser um fator de quebra da lógica de casta da magistratura; entretanto, pode igualmente transformar-se numa expressão direta da classe política dominante. Sem contar com a possibilidade de aprofundar a separação vertical no interior da magistratura. Demais, o juiz eletivo não é inevitavelmente um juiz popular, na medida em que tende a ser recrutado, por razões “técnicas”, nos segmentos burgueses e pequenos burgueses. Por fim, a eleição do juiz não impede necessariamente sua dependência com respeito ao poder, podendo inclusive melhor legitimá-la. (CARRION, 1997, p. 89).

Buscando construir uma resposta que se repute satisfatória ao questionamento acima levantado, Luís Roberto Barroso sinaliza a existência de duas justificativas para conferir legitimidade à atividade desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais brasileiros.

A primeira, de ordem normativa, diz respeito à expressa previsão no texto constitucional de atribuição de parcela do poder estatal (e o exercício da função jurisdicional é manifestação de poder) “para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial” (BARROSO, 2008, p. 10). Continua o autor a asseverar que os juizes não têm vontade política própria, uma vez que a sua função se restringe à aplicação das normas jurídicas e da Constituição.

A segunda justificativa possui um cunho mais filosófico. Para Barroso, ao ser instituído o Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira estabelece as regras do jogo democrático, autorizando a participação política, o governo da maioria e a alternância do poder. Entretanto, a própria Constituição também prevê e assegura direitos fundamentais ao

cidadão justamente para se evitar que apenas a vontade da maioria (leia-se: de quem tem mais votos) prevaleça. (BARROSO, 2008).

Ao final, Barroso conclui, especificamente quanto ao exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que o Judiciário, enquanto intérprete máximo das normas constitucionais, não pode suprimir a vontade popular e o papel a ser desempenhado pelo Legislativo. “Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas”, e mais adiante, arremata que os “Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição” (BARROSO, 2008, p. 11-12).

Complementando o até aqui sustentado, Rodrigo Ramina de Lucca defende que a atividade jurisdicional não se legitima pela escolha popular dos membros do Judiciário, ao revés a “atividade jurisdicional extrai sua legitimidade pelo exercício procedimentalizado, da participação das partes no processo, e da juridicidade e racionalidade das decisões ao final proferidas”. (DE LUCCA, 2016, p. 125).

Certo é que, na atual quadra histórica, a legitimidade não mais se reduz a uma concepção liberal correspondente à representação política de interesses majoritários de uma sociedade; tampouco se coaduna com uma visão estatalista, em que o julgador assume o papel de canal de captação da carga valorativa da nação (enquanto unidade cultural-ideológica) e o direito. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 152). É preciso readequar a legitimidade aos parâmetros traçados pelo Estado Democrático de Direito, a fim de que se concretize o exercício da função jurisdicional aos contornos democráticos.

Para Friedrich Müller, “a democraticidade do exercício da função jurisdicional está diretamente ligada à sua vinculação ao povo, enquanto instância global da atribuição de legitimidade democrática”. Ao estatuir o texto constitucional que o poder emana do povo, entende-se que este poder deve ser exercido por encargo do povo, até porque não é o Estado o detentor do poder, mas sim seu “âmbito material de responsabilidade e atribuição”. (MÜLLER, 2003, p. 60-62).

André Cordeiro Leal, promovendo uma releitura, assevera que a noção de jurisdição apta a concretizar o Estado Democrático de Direito “não mais pode ser considerada atividade do julgador ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação

compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo”. (LEAL, 2008, p. 151).

Na mesma perspectiva, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2001, p. 160), construindo uma compreensão constitucionalmente adequada, pontua que a jurisdição deve ser entendida como a “atividade, o poder público-estatal que se realiza através de discursos jurídico-processualmente institucionalizados de aplicação jurídico-normativa”.

Com amparo nas lições habermasianas, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira aduz, ainda, que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o exercício da jurisdição deve construir decisões que sejam, simultaneamente, coerentes com o Direito vigente e adequadas ao caso concreto, de modo a se alcançar sua aceitabilidade racional e sua previsibilidade:

Em outros termos, o princípio da certeza jurídica requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente e a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigente, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos casos concretos, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p, 154).

Desta feita, parece ultrapassada e descolada do Estado Democrático de Direito a noção de jurisdição – enquanto foco da atividade processual – centralizada na figura do julgador, que busca atingir os escopos magnos da jurisdição, de índole extrajurídica, como os escopos políticos, econômicos e sociais, nos moldes apregoados por Cândido Rangel Dinamarco⁵⁰, para quem o poder é exercido unicamente pelo Estado (na pessoa do julgador), em detrimento dos demais sujeitos processuais⁵¹.

Ressalta-se, novamente, que o que legitima as decisões – legiferativa, administrativa e jurisdicional – são as garantias fundamentais processuais asseguradas aos cidadãos: o contraditório, a ampla defesa e, em especial, a fundamentação das decisões. (LEAL, 2002).

⁵⁰ Em trecho da obra “A Instrumentalidade do processo”, Cândido Dinamarco (2003, p. 182-183) aponta considerações sobre o que entende ser o papel da jurisdição e seus escopos: “Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado [...] Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação”. Prosseguindo sua exposição, “é preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. [...] A percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa”. (DINAMARCO, 2003, p. 186-188).

⁵¹ Acerca do tema, Lenio Luiz Streck lança uma crítica ao instrumentalismo construído por Dinamarco em *terras brasílicas*: “A concepção instrumentalista de processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juízes” e, conseqüentemente, de seu – como assinalam alguns doutrinadores – “sadio protagonismo”. (STRECK, 2013, p. 42).

Nesse mesmo sentido, são pertinentes as colocações de Álvaro Ricardo de Souza Cruz sobre o tema:

[...] num contexto contemporâneo de democracia participativa, a legitimidade do judiciário só pode ser encontrada na racionalidade de suas decisões, de forma a permitir ao cidadão e, especialmente, às partes a apuração e o exame da fundamentação de cada uma delas. Logo, a fundamentação de suas decisões judiciais, bem como de qualquer decisão estatal é elemento indispensável da formação do Estado Democrático de Direito (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988). (CRUZ, 2014, p. 6).

E a importância que se deve creditar à fundamentação das decisões – sobretudo – para se alcançar a legitimidade democrática dos pronunciamentos decisórios é destacada do excerto de Georges Abboud:

A função jurisdicional, principalmente a constitucional, ganha força e legitimidade, não com aumento inconsequente de suas decisões dotadas de efeito vinculante, como tem acontecido no Brasil, mas, sim, por meio de fundamentação constitucional rigorosa de suas decisões. Essa é a verdadeira fonte de legitimidade das decisões do Judiciário, que não podem mais se basear em meras convicções pessoais de seus julgadores, mas em critérios racionais imputáveis e contidos no próprio texto constitucional. (ABBOUD, 2014, p. 437).

Dentro desse espectro construído, pode-se constatar que a fundamentação das decisões torna-se uma relevante garantia processual contra os arbítrios do exercício do poder estatal (em suas três dimensões: legislativa, administrativa e jurisdicional), e também fator para a legitimidade democrática dos atos decisórios.

Em arremate as linhas traçadas neste tópico, as lições do processualista Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias trazem esclarecimentos essenciais à noção de jurisdição adotada nesta pesquisa, destacando-se a relevância argumentativa do processo para a legitimidade da atividade jurisdicional:

Essas considerações revelam a importância do processo constitucional na obtenção do pronunciamento estatal decisório reivindicado pelas partes, única forma de lhes permitir, democraticamente, dentro de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo informado pelo contraditório e pela ampla defesa, a possibilidade de individualizarem as normas jurídicas abstratas e gerais integrantes do ordenamento jurídico que deverão incidir na solução das particularidades do caso concreto reconstruído dialeticamente no processo. (BRÊTAS, 2015, p. 40).

Com escoro nos ensinamentos acima transcritos, vislumbra-se que a função jurisdicional, dentro do Estado Democrático de Direito, muito mais que uma atividade a ser

exercida pelo Estado, torna-se também um direito fundamental a ser assegurado ao cidadão, sob a inarredável principiologia constitucional que permeia o processo.

Dentro desse cenário desenhado a partir da Constituição de 1988, demanda-se a ressemantização das matrizes teóricas da ciência processual, extirpando, de vez, qualquer ranço estatalista de processo⁵², e propiciando uma leitura adequada da garantia das fundamentações das decisões.

Nessa toada, faz-se imprescindível ao estudo proposto nesta dissertação, traçar, ainda que de forma breve, as razões pelas quais o modelo constitucional de processo se apresenta como teoria hábil a concretizar os anseios do Estado Democrático de Direito, em oposição às correntes teóricas que a antecederam.

3.2.3 O modelo constitucional de processo e a garantia da fundamentação das decisões

Destrinchar as bases teóricas em que se promove a releitura da noção de fundamentação das decisões, que seja constitucional e democraticamente adequada, perpassa, via de necessidade, pela adoção de uma teoria processual que também se articule com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito.

É de se destacar que o processo civil brasileiro, desde a edição do Código de Processo Civil de 1939, e principalmente na codificação processual de 1973 (CPC/73), sofreu fortes influências⁵³ da teoria do processo como relação jurídica, engatilhada por Oskar Bülow, após a publicação da célebre obra *“Die Lehre von den Prozesseinreden und die*

⁵² Utiliza-se nesta pesquisa o termo “estatalista” para se referir a toda concepção de processo que remeta às bases socializadoras, cogitadas no campo legislativo, desde o fim do século XIX, na Alemanha, por Anton Menger e Franz Klein, e em âmbito doutrinário com a teoria da relação jurídica estruturada por Oskar Bülow. A socialização processual é marcada por uma tendência de privilegiar uma postura mais ativa do juiz (protagonismo judicial), que agiria em prol da parte mais débil, mediante a compensação dos déficits de igualdade material, tal como um engenheiro social. Dentro desta perspectiva, o processo torna-se uma instituição estatal de bem-estar social para se alcançar escopos políticos, sociais, econômicos, em nome da pacificação social. No Brasil, a concepção socializadora apresentou ressonâncias legislativas e doutrinárias, tendo como um dos maiores expoentes Cândido Rangel Dinamarco, com sua obra “A instrumentalidade do processo”, publicada originalmente em 1986. (NUNES, 2012).

⁵³ No magistério de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2015, p. 107-108): “O Código de Processo Civil de 1973, elaborado por Alfredo Buzaid, sob grande influência da doutrina de Liebman, este, por sua vez, aluno de Chiovenda, acolheu a teoria do processo como relação jurídica, pelos motivos que Alexandre Freias Câmara resume: ‘A influência de Liebman sobre o desenvolvimento do Direito Processual brasileiro é notável. Discípulo de Chiovenda (considerado o maior processualista de todos os tempos), Liebman morou no Brasil na época da Segunda Guerra Mundial. Através de sua atuação como professor na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Liebman foi o responsável por uma escola de pensamento, a qual ficaria conhecida como ‘Escola Processual de São Paulo’ e que hoje constitui-se numa verdadeira escola brasileira de processo. As principais teorias defendidas por Liebman foram consagradas em nosso Código de Processo Civil, o qual resultou num anteprojeto elaborado pelo mais notável de seus discípulos, o saudoso Professor Alfredo Buzaid”.

Prozessvoraussetzungen” (“A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”), em 1868, marco da autonomia científica do processo.

Como é evidenciado por Flaviane Barros (2003), o ponto de partida para as cogitações de Bülow foi o polêmico conceito de exceção dilatória. Bülow desenvolveu, então, sua teoria a partir dos pressupostos de existência e desenvolvimento do processo, através da relação entre Juiz, Autor e Réu. Para este autor, o processo seria uma relação jurídica, sendo certo que “as partes entre si e elas, com o juiz, encontram-se ligadas por uma série de vínculos, não somente por caráter material, como também por caráter pessoal”. (COUTURE, 1995, p. 41).

Tecendo comentários acerca da teoria do processo como relação jurídica, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2001, p. 192) vem elucidar que “a relação jurídico-processual se diferenciaria da relação jurídico-material em razão de pressupostos ou condições de existência específicos, quanto aos sujeitos e ao objeto. E é nesse sentido que os autores falam em pressupostos processuais”.

A relação jurídica, nos moldes concebidos por Bülow, todavia, não se distanciou das bases fundantes do Direito Privado do século XIX, impregnando-se de concepções individualistas daquela quadra histórica, como a noção de direito subjetivo. (GONÇALVES, 2012).

Nesse rumo, o processo, enquanto relação jurídica, parte-se da concepção civilística de direito subjetivo, no qual uma parte tem direito sobre a outra – que, conseqüentemente, tem dever de sujeição. Ou seja, a parte detentora de um direito (sujeito ativo) pode exigir do sujeito passivo determinada conduta, ante a existência de vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos processuais. (GONÇALVES, 2012).

Dentro desta concepção de processo, o papel do juiz se destaca em detrimento do papel exercido pelas partes, tornando-se verdadeiramente uma “super-parte” frente aos demais sujeitos processuais (BARROS, 2008b).

Entretanto, mostra-se insuficiente aludida matriz teórica ao cogitar a relação jurídico-processual como a sobreposição do papel do julgador em detrimento das partes, no atual paradigma democrático.

A guinada no campo da ciência processual, para conceber um modelo de processo desgarrado do direito subjetivo (dos vínculos jurídicos de sujeição, de exigibilidade), e com maiores contornos democráticos, veio com os estudos desenvolvidos por Elio Fazzalari, a partir da década de 1950.

Primeiramente, Fazzalari define a norma jurídica, em sua estrutura lógico-formal, não somente como cânone de valoração da conduta, mas também pela conduta descrita na norma e

seus elementos, qualificando-a como lícita ou devida. A posição do sujeito frente à norma caracteriza-se como posição subjetiva, que, nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves, “é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas”. (GONÇALVES, 2012, p. 93).

E justamente dessa definição é que Fazzalari, rompendo-se com a ideia tradicional de direito subjetivo – consistente no vínculo de exigibilidade sobre a conduta de outrem – propõe a sua noção de procedimento e de processo.

O autor italiano, ao revisitar os conceitos de processo e procedimento, por meio de lógica de inclusão, passou a conceber o contraditório como elemento técnico incorporado na estrutura procedimental – entendida como a sequência de atos, normas e posições jurídicas – para configuração do processo (enquanto espécie do gênero procedimento). (GONÇALVES, 2012).

Em síntese, a estrutura dialética do processo – o contraditório – para Fazzalari consiste:

[...] na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deve prestar contas do resultado. (FAZZALARI, 2006, p. 119-120).

Com o contraditório, as partes não mais se encontram em posição de sujeição ao julgador, por propiciar que as mesmas participem, em simétrica paridade, da construção do ato decisório, justamente por terem suas esferas jurídicas afetadas pela decisão⁵⁴ (GONÇALVES, 2012).

⁵⁴ Ou nas palavras do próprio Elio Fazzalari, extraídas de sua célebre obra “Istituzioni di diritto processuale”: “Se, então, o procedimento é regulado para que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final se destine a produzir efeitos (de modo que o autor deste ato deva levar em consideração a atividade deles), e se tal participação será entregue de modo que os opostos “interessados” (aqueles que aspiram à emanção do ato final – interessados em sentido estrito – e aqueles que querem evitá-la) – “contrainteressado” –, estejam no plano da igualdade simétrica; então o processo inclui o contraditório, torna-se mais articulado e complexo, e do gênero procedimento é permitido enuclear a espécie processo” (FAZZALARI, 1992, p. 60, tradução nossa). No original: “*Se, poi, el procedimento è regolato in modo che ci partecipino anche coloro nelle cui sfera giuridica l’atto finale è destinato svolgere effetti (talché l’autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione è consegnata in modo che i contrapposti “interessati” (quelli che aspirano alla emanazione dell’atto finale – “interessati” in senso stretto – e quelle che vogliono evitarla – “controinteressati” –, siano sul piano de simetrica parità; allora il procedimento comprende il contraddittorio, si fa più articolato e complesso, e dal genus procedimento è consentito enucleare la species processo*”.

É de se ressaltar que, a partir do século XX, quando as Constituições assumiram contornos democráticos, é que começaram a despontar estudos correlacionando Constituição e Processo, aproximação esta que proporcionou a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo” (BARACHO, 1984, p. 125).

Nesse passo, Ítalo Augusto Andolina (1997, p. 64-65), em observância à qualidade jurídica dos princípios processuais previstos na Constituição Republicana da Itália de 1947, realça que o texto constitucional traça “um verdadeiro e próprio modelo (constitucional, evidentemente) de processo [...] colocando no processo o centro de gravidade de toda a estrutura de atuação dos valores constitucionais”, até porque, prosseguindo o processualista italiano, o processo torna-se “instrumento dinâmico de leitura e releitura contínua, e portanto evolutiva, dos preceitos constitucionais e a ideia-força de sua atuação concreta”.

Partindo dessas premissas, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera defendem que no texto da Constituição está previsto um conjunto de normas comuns, um esquema geral normativo aplicável ao processo, o qual os processualistas italianos denominaram de “modelo constitucional de processo”, marcado por três características essenciais: a expansividade, variabilidade e a perfectibilidade (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 11). Nesse sentido, esclarece tais características Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

- a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo;
- b) na variabilidade, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam advir-se segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares;
- c) na perfectibilidade, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet*: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução dos objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 159-160).

Ao tecer maiores elucubrações sobre o tema, Flaviane de Magalhães Barros destaca que a compreensão de modelo constitucional de processo constitui-se de:

[...] um modelo único e de tipologia plúrima, adapta-se à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo. (BARROS, 2009, p. 335).

Flaviane Barros (2008a) ainda esclarece que aludido modelo é conformado por uma base principiológica uníssona, marcada pelos princípios do contraditório, da ampla defesa (ressemantizada para ampla argumentação), da fundamentação das decisões e da imparcialidade do juízo, regente de toda a sequência procedimental.

Ademais, dentro da compreensão procedimentalista do Direito adotado neste trabalho, a acepção de processo como garantia constitutiva de Direitos Fundamentais (contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e imparcialidade), em co-dependência, propicia um *locus* procedimental em que seja assegurada a participação dos sujeitos processuais, em uma perspectiva dinâmica e interdependente (NUNES, 2012).

Dessa feita, não há como compreender uma noção de processo que seja dissociada desses princípios inafastáveis, que se tornam elementos a serem observados na construção dos procedimentos.

Especificamente quanto à fundamentação das decisões – objeto do presente estudo – serão delineadas algumas considerações para sua adequada compreensão nos moldes do modelo constitucional de processo.

Em estudo aos clássicos que escreveram sobre o tema, via de regra, o ato de fundamentar uma decisão judicial nada mais seria do que um ato de justificação “das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinam a individuação das razões de decidir” (TUCCI, 1987, p. 15-16). Entretanto, continua Tucci (1987), fulcrado em Cappelletti, a dissertar que a exposição das razões de decidir, em muitas das vezes, não vem expressa na decisão, já que todo o sentimento que emana do julgador – simpatia, antipatia, ódios, rancores, podem vir disfarçados.

O problema com a deficiência da fundamentação do ato decisório também foi estudado por Michele Taruffo, para quem as verdadeiras razões que determinaram uma decisão não são possíveis de serem aferidas na realidade:

Pelo contrário, uma decisão pode ser mal justificada, ou nem mesmo motivada, independentemente do modo pelo qual o juiz a formulou e, portanto, também no caso em que o juiz chegue à decisão com um raciocínio fundado se esse raciocínio não é expresso na motivação, ninguém saberá nada e a sentença imotivada ou mal motivada não terá, de qualquer forma, uma justificação digna de consideração. (TARUFFO, 2015, p. 19).

Michele Taruffo pontua que uma maior preocupação teórico-científica acerca do dever de fundamentação das decisões somente se desponta após o período do segundo pós-guerra,

com a queda dos regimes autoritários. Opera-se, então, o fenômeno da constitucionalização do dever de fundamentar. Em destacada passagem, Michele Taruffo disserta que:

A constitucionalização do dever de motivação é um fenômeno cuja amplitude – como já me parecera então – não pode ser de modo algum subvalorizada. Existem vários elementos que sustentam essa opinião. Por um lado, a história: é verdade que normas relativas ao dever de motivação existiram, lá e cá, nos séculos precedentes, mas somente com a filosofia iluminista do século XVIII e com as reformas revolucionárias que deram origem ao conceito moderno de Estado, que o dever de motivação virou a regra geral. Ademais, como mostram os exemplos da Itália, da Espanha, de Portugal e do Brasil, é com as constituições democráticas adotadas depois da queda dos regimes autoritários que se afirma o valor de garantia fundamental do dever de motivação (TARUFFO, 2015, p. 20).

Prosseguindo nas suas elucidações, Michele Taruffo denuncia que conhecer o raciocínio⁵⁵ ao qual levou o julgador a decidir sobre determinada questão é relevante para os estudos da ciência processual, já que possibilita o controle das justificativas do decisor. Para que uma fundamentação se sustente, não se torna necessário que o juiz faça uma autoanálise do seu raciocínio jurídico, mas exige-se dele “que exponha seus argumentos em função dos quais o observador externo (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada” (TARUFFO, 2015, p 19).

Taruffo vem defender que uma distinção entre função endoprocessual – isto é, o papel das partes de um conflito impugnar, atacar a decisão – e uma função extraprocessual, consubstanciada na possibilidade de submeter à crítica de toda a comunidade, ao controle externo difuso. Nesse sentido, o teórico italiano discorre que 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 analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado”. (TARUFFO, 2015, p. 21).

Na mesma ordem de ideias, aduzem Andolina e Vignera que a fundamentação torna-se relevante mecanismo de controle democrático da atividade jurisdicional, tanto endoprocessual (conferindo às partes a possibilidade de fiscalização de argumentos), quanto extraprocessual (consentido ao povo – titular da soberania – controlabilidade dos atos estatais, premissa

⁵⁵ “A motivação da sentença seja uma espécie de registro, ou de prestação de contas, do procedimento mental com o qual o juiz chega à sua decisão” (TARUFFO, 2015, p. 18). Para Taruffo há uma cisão entre raciocínio decisório e raciocínio de justificação, uma vez que os instrumentos utilizados para decidir não são os mesmos para justificar. Nesse passo, um raciocínio decisório, nas palavras do autor, “é um procedimento com o qual o juiz formula a decisão final, mediante a concatenação de escolhas”, ao passo que o raciocínio de justificação diz respeito ao raciocínio “com o qual o juiz, depois de ter formulado a decisão final, organiza um raciocínio justificativo no qual expõe as “boas razões” em função das quais sua decisão deve ser aceita como válida e compartilhável” (TARUFFO, 2015, p. 17).

máxima do Estado de Direito) (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 192-193). O trecho abaixo sintetiza a concepção de fundamentação cogitada pelos processualistas italianos:

A citada *ratio* da norma em questão, afinal, condiciona também a reconstrução do conteúdo da fundamentação exigida constitucionalmente, a qual (para ser capaz de desempenhar plenamente a própria função de instrumento de controle democrático do exercício de jurisdição) deve "fornecer todos os elementos, porque *ex post* e fora do processo, quem quer que seja capaz de compreender as razões" da decisão: de onde a necessidade que a motivação seja mesmo completa investindo tanto "em fato" quanto "em direito" todos os pontos controversos. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 193-194, tradução nossa).⁵⁶

O que se extrai das lições dos processualistas italianos é que a fundamentação das decisões, enquanto exigência constitucional, torna-se destacado instrumento de controle democrático do conteúdo da decisão, como também do próprio exercício da função jurisdicional, permitindo-se tanto a controlabilidade exercida pelos participantes do processo, quanto a fiscalização do povo, por meio da publicidade e da transparência dos atos procedimentais.

Em terras brasileiras, desde a década de 1980, o processualista José Carlos Barbosa Moreira também já indicava a relevância da fundamentação da decisão para a controlabilidade, pelas partes, de seu conteúdo:

Com maior vigor ainda costuma-se acentuar o papel da motivação na economia das impugnações: mesmo deixando de lado, porque frequentemente desmentido na prática, o suposto valor persuasivo das boas fundamentações, a que se pretende atribuir o efeito de desencorajar a interposição de recursos, restam outros aspectos de inegável relevância: só o conhecimento das razões de decidir pode permitir que os interessados recorram adequadamente e que os órgãos superiores controlem com segurança a justiça e a legalidade das decisões submetidas à sua revisão. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 86).

Por essa razão, a fundamentação, enquanto garantia constitucional prevista no art. 93, IX, da CFRB/88, é concebida como forma de controle das justificações expostas na decisões, de modo a não se permitir que este conteúdo, esta justificação seja "abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional, discricionária ou arbitrária, formulada ao influxo das ideologias, do particular sentimento de justiça, do livre espírito de equidade, do prudente arbítrio ou das convicções pessoais" (BRÊTAS, 2015, p. 169-170).

⁵⁶No original: *La cennata ratio dela norma in questione, infine, condiziona altresì la ricostruzione del contenuto della motivazione costituzionalmente imposta, la quale (per potere svolgere compiutamente la própria funzione di strumento per il controllo democrático dell'esercizio della giurisdizione) deve "fornire tutti gli elementi perché ex post e al di fuori del processo, chiunque sai posto in grado di comprendere le ragioni" della decisione: donde la necessità che la motivazione medesima sia completa, investendo tanto "in fatto" quanto "in diritto" tutti i punti controversi.* (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 193-194).

Ou seja, a fundamentação das decisões impõe aos órgãos jurisdicionais o dever de fundamentar adequadamente as razões que os levaram a formar os pronunciamentos decisórios, como forma, sobretudo, de garantir fiscalidade à função jurisdicional e conter os arbítrios, discricionariedades, o solipsismo do julgador, que são incompatíveis com a noção de Estado Democrático de Direito.

Com a baliza teórico-normativa adotada pós Constituição de 1988, para que uma decisão seja adequadamente fundamentada e legítima se torna necessário que os cidadãos, que não são apenas destinatários das normas, mas seus co-autores, pelos princípios processuais, tenham assegurado a possibilidade participarem e influírem na formação de opinião e vontade públicas. (PINHEIRO, 2016a, p. 213).

Nessa esteira, a fundamentação das decisões judiciais, compreendida pela explicitação do fundamento, mantém uma co-dependência com o princípio do contraditório, de modo a ensejar que os sujeitos processuais possam influenciar com seus argumentos e provas a construção participada dos fundamentos da decisão.

3.2.4 A conexão entre o contraditório como garantia de influência e não surpresa e a fundamentação das decisões judiciais

Compreender o dever de fundamentação no Estado Democrático de Direito e numa concepção constitucional de processo implica em uma releitura constitucionalizada e democrática das “matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, como também o próprio legislador”. (FARIA, 2016, p. 262).

Desta feita, dentro do delineamento de um marco teórico pautado no paradigma democrático e no modelo constitucional de processo, pós Constituição Federal de 1988, torna-se necessária a adequação dos institutos e da própria legislação processual à luz de tais concepções, em estrita observância aos princípios e garantias constitucionais que norteiam a conformação do processo constitucional.

Como já registrado, no paradigma democrático, não há como dissociar processo e Constituição, o que, inclusive, propiciou reflexos no Código de Processo Civil de 2015, com a edição do capítulo destinado às normas fundamentais.

Percebe-se o esforço do legislador, ao criar o novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), em estabelecer uma sintonia fina entre as novas normas processuais e os preceitos da Constituição de 1988 (BRÊTAS, 2016). Para tanto, foram incluídos, nos atos

normativos do CPC/2015, os princípios processuais previstos no texto constitucional, sob a designação “normas fundamentais”.

Dentro da normatividade atualmente vigente, vislumbra-se o entrelaçamento entre as garantias do contraditório⁵⁷ (artigos 9º e 10, CPC/15) e da fundamentação das decisões (artigos 11 e 489, CPC/15), que propicia uma dinâmica democrática de argumentação fática e jurídica das partes, durante o *iter* procedimental, para a formação de uma decisão participada.

Diante do paradigma democrático e da constitucionalização do processo, o contraditório concebido como mera bilateralidade de audiência (informação-reação), dizer e contradizer acerca dos pontos controvertidos, não se mostra suficiente para assegurar a estrutura argumentativa na construção das decisões (legislativas, administrativas e jurisdicionais).

Já não mais se assenta, na processualidade democrática, a compreensão do contraditório sustentada, tradicionalmente, pela literatura jurídica, tal como a defendida por Sérgio La China, para quem o “princípio do contraditório se articula, em suas manifestações técnicas, em dois aspectos ou tempo essenciais: informação, reação; necessária sempre a primeira, eventual a segunda, mas necessário que seja possibilitada”⁵⁸ (LA CHINA, 1970, p. 394, tradução nossa); ou até mesmo, na literatura jurídica brasileira, como a defendida pelo processualista Nelson Nery Jr (2004, p. 172): “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”.

É de fácil constatação o problema advindo de uma compreensão de contraditório como mera bilateralidade de audiência: o conteúdo da decisão ainda permanece intacto na mente do julgador, já que ocorre tão somente uma participação fictícia e aparente dos demais sujeitos processuais. (NUNES et al, 2016, p. 224).

E se se permitir que o conteúdo decisório fique alojado na mente privilegiada do julgador é factível a tendência de emergirem as denominadas decisões de terceira via (*terza*

⁵⁷ Destaca-se que a relevância da aplicação dinâmica do princípio do contraditório foi uma das louvadas propostas da Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do texto do Código de Processo Civil de 2015: “Na busca de aumento da eficiência do sistema processual a Comissão percebeu, parcialmente, a necessidade de reforçar a cognição de primeiro grau, de maneira a ampliar o debate entre os sujeitos processuais (comparticipação) e, com tal medida, melhorar a qualidade das decisões judiciais. Tal aprimoramento geraria a diminuição de recursos e/ou redução das taxas de reformas dos provimentos judiciais perante os tribunais” (NUNES; BARROS, 2010, p. 41).

⁵⁸No original: “*il principio del contraddittorio se articola, nelle sue manifestazioni tecniche, in due aspetti o tempo essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda ma necessario che sai resa possibile*” (LA CHINA, 1970, p. 394).

via) ou decisões que surpreendam os demais sujeitos processuais, como na hipótese em que o magistrado suscita um argumento não debatido pelas partes ou na produção probatória *ex officio*. (NUNES *et al*, 2016, p. 225).

Isto gera uma perda do caráter argumentativo e fiscalizatório do processo para a formação legítima do pronunciamento decisório, porquanto os argumentos deduzidos pelas partes, ao longo do procedimento, não são sequer levados em consideração⁵⁹.

Em uma leitura atualizada à Constituição, o contraditório deve ser delineado como garantia de influência e não surpresa, ou seja, “como possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa” (NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 188).

Essa concepção de contraditório (como influência e não surpresa) impõe ao juiz um dever de consulta, de fomentar o debate de todas as questões (inclusive as de conhecimento oficioso) e fundamentos da decisão a ser emanada, sob pena de se criar um ato decisório nulo, cujos fundamentos são estranhos à dialética desenvolvida pelas partes (decisão surpresa). (NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 188):

Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação. [...] O contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em solitária onipotência aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes. (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 189-190).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2017) atribui relevância ao contraditório – técnica e cientificamente – por ser uma garantia constitucional de participação efetiva das partes ao longo do *iter* procedimental (suas fases lógicas e seus atos), de modo que, em igualdade de condições, as possibilitem influenciar o julgador nas questões fáticas-jurídicas debatidas.

Nesse aspecto, “a implementação do contraditório decorre da obrigatoriedade de o magistrado ter que se posicionar e fundamentar juridicamente toda questão suscitada pelos interessados no provimento”. (COSTA, 2015, p. 214), ou ainda, com apoio nos ensinamentos de Aroldo Plínio Gonçalves, que, embora não seja um contraditor, o julgador deve zelar e garantir que o contraditório seja observado e assegurado, já que “é necessário que esteja

⁵⁹ A título ilustrativo, Dierle Nunes e outros (2016) ressaltam a tendência dos Tribunais Superiores em firmar o entendimento de não ser obrigatório ao magistrado enfrentar todas as questões suscitadas pelas partes, bastando tão somente o pinçamento daquele argumento que o motivou a decidir em determinado sentido.

presente, operante nos atos judiciais que visem assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório”. (GONÇALVES, 2012, p. 107).

Ademais, é de se pontuar que tal perspectiva dinâmica e substancial do contraditório foi encampada pelo novo CPC, especificamente em seus artigos 9º e 10⁶⁰, que justamente prevê a necessidade de debater previamente todas as questões suscitadas pelas partes, bem como as matérias apreciáveis de ofício pelo julgador.

O contraditório substancial – como garantia de influência e não surpresa – assegura a prolação de um ato decisório legítimo democraticamente, eis que seu conteúdo não “soçobra diante das pré-compreensões para as quais o juiz obteve (ou não) comprovação nos autos ou que o mesmo gerou ancoramentos e bloqueios ao julgar” (NUNES *et al*, 2016, p. 216).

“Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade” toda vez que se desrespeitar esse caráter dialógico do contraditório (NUNES *et al*, 2016, p. 218).

Das linhas transcritas acima, pode-se chegar à conclusão de que o contraditório é uma garantia inafastável de oportunizar aos sujeitos processuais (aqueles que sofrerão os efeitos da decisão) participação, de modo a influir discursivamente na construção do ato decisório, propiciando a sua legitimidade e racionalidade e evitando-se, pois, as denominadas decisões surpresas.

Nessa toada, mostra-se indissociável a relação entre contraditório e fundamentação das decisões⁶¹, já que são nulas e ilegítimas as decisões que, em sua fundamentação, desconsiderem os argumentos fáticos e jurídicos debatidos no *iter* procedimental.

Flaviane de Magalhães Barros esclarece sobre a co-dependência entre a garantia da fundamentação das decisões e o contraditório, dentro da noção de modelo constitucional de processo:

⁶⁰ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (...)

Art. 10. 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. (BRASIL, 2015a).

⁶¹ Esta interconexão entre contraditório e fundamentação promove – como resultado lógico-formal – o que o processualista Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2017) denomina de quadrinômio estrutural do contraditório (informação-reação-diálogo-influência): “Dito quadrinômio estrutural do procedimento significa que o efetivo contraditório (Código de Processo Civil, art. 7º) garante regular informação às partes dos atos processuais e a oportunidade a cada uma delas de reação aos atos da parte adversa. Para que tal objetivo seja atingido, é necessário permanente diálogo do juiz com as partes a fim de lhes permitir a oportunidade de ampla manifestação sobre o desenvolvimento do processo e assim exercerem influência no seu resultado decisório”.

a fundamentação é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. (BARROS, 2008b, p. 135).

Não distante dessas elucubrações, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, influenciado pelas concepções teóricas de Fazzalari e Habermas, assevera a interligação entre contraditório e fundamentação das decisões, a ponto de considerar inconstitucional todo ato decisório que violar essa interconexão:

Nessa perspectiva, unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação, como se fossem irmãos siameses [...] Trata-se de concepção idealizada a partir da confluência da teoria discursiva do direito e da democracia (Habermas) com a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari), objeto de fecundos trabalhos doutrinários expostos por uma plêiade de notáveis juristas mineiros. Como já foi considerado, haverá inconstitucionalidade do julgamento, se a decisão do órgão julgador do Estado desconhecer essas premissas, que, sob rigor técnico, não será pronunciamento jurisdicional, via de consequência, tratando-se de decisão absolutamente nula, eis que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de qualquer ato do Estado, sobretudo ato decisório no processo, adentram no campo das nulidades. (BRÊTAS, 2015, p. 177-178).

Novamente, pontua-se que, no paradigma democrático, as decisões somente atingem grau de racionalidade se ambas as partes foram efetivamente ouvidas durante o *iter* procedimental, e mais, que os argumentos por elas deduzidos sejam capazes de influenciar a formação da decisão.

Em um Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões jurisdicionais, então, deve ser concebida como uma garantia fundamental, de inafastável observância ao cidadão, como forma de controle das justificativas apresentadas pelo órgão decisor, diante de um caso concreto.

Logo, não se cogita uma decisão adequadamente fundamentada se não for oportunizado o amplo debate sobre as questões e a prévia oitiva de ambas as partes (contraditório). Isto porque, em um contexto democrático, não há mais espaço para decisionismos e arbitrariedades. Não se pode mais admitir juízes hercúleos, salomônicos, que decidem solitariamente (BRÊTAS, 2015), entregues às suas pré-compreensões, sem levar em consideração a participação e influência das partes na construção da decisão. Complementando Dhenis Cruz Madeira disserta que:

Hodiernamente, a cognição judicial não é atividade solitária de inteligência do magistrado, tampouco técnica a serviço do julgador, já que a valoração das provas, no Estado Democrático de Direito, também deve ser compartilhada em todas as fases procedimentais do processo cognitivo. Quando se usa a expressão 'compartilhada' quer-se dizer que a cognição não pode ter por base, unicamente, a razão do julgador. O exercício argumentativo-racional das partes vincula a atividade cognitiva do juiz. A cognição não pertence só ao juiz, mas também (e mais ainda), àqueles que sofrerão os efeitos do provimento. (MADEIRA, 2014, p. 118-119).

Com esta co-dependência entre contraditório e fundamentação das decisões judiciais, o discurso do protagonismo judicial vai perdendo força, passando, então, a se desconcentrar da figura do julgador, horizontalizando a relação processual e garantindo uma participação mais efetiva das partes na construção da decisão que lhes atinge, resguardando que o processo não seja meramente instrumental, dirigida por um julgador onipresente, em sobreposição às partes, mas que seja um terreno democrático, no qual os sujeitos processuais possam apresentar seus argumentos jurídicos, assim como influenciar diretamente a formação (fundamentada) do resultado final.

A fundamentação das decisões, dentro do marco democrático e do modelo constitucional de processo, deve ser a resultante da equação argumentativa travada entre as partes na dinâmica processual (por meio do contraditório), inibindo que o julgador – de forma solitária – construa isolada e antidemocraticamente o ato decisório.

Se não houvesse essa conexão dinâmica entre contraditório e fundamentação das decisões, o processo refletiria a uma relação teatral, em que as partes argumentam (inocualemente, diga-se de passagem), porém, ao fim, acabam por se render ao que o julgador, de forma isolada, decidir.

Dessa forma, no ato de sua fundamentação, o magistrado deve levar em conta a postura hermenêutica; a alteridade e o diálogo (processualmente entendido como contraditório) para prestar contas⁶² aos litigantes (e à sociedade) de que sua decisão foi democraticamente construída, o que é condição de sua legitimidade na contemporaneidade. (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p. 349).

A partir desse necessário entrelaçamento entre as garantias do contraditório e da fundamentação das decisões é que se permite a construção participada dos atos decisórios, em

⁶² Leonard Schmitz (2015, p. 214) melhor elucida sobre o papel de *accountability* desempenhado pela fundamentação: “o prestar de conta não significa necessariamente que alguém, alheio a uma lide individual, vá exercer alguma espécie de correção da decisão; a ideia de controle externo é uma construção decorrente das exigências constitucionais feitas ao Judiciário. Em outras palavras, o controle da fundamentação pela sociedade, embora seja uma ficção, é ficção da qual depende a legitimidade das decisões jurisdicionais”.

uma releitura democrática da cooperação em perfil compaticipativo⁶³, de sorte a assegurar que todos os sujeitos processuais – sem posição de protagonismos – possam influir na formação das decisões e inibir atos processuais praticados em má-fé processual, como disserta Guilherme Lage Faria (2016).

E é justamente essa uma das principais contribuições do artigo 489, §1º do CPC/15, a ser abordada no próximo tópico: possibilitar uma releitura democrática da fundamentação das decisões, de modo a colaborar com a construção participada do provimento, em que, de fato, as questões debatidas sejam levadas em consideração pelo julgador, não mais se reduzindo a aplicação judicial a um ato silogístico, mecanizado, como destacado no primeiro capítulo.

Nessa esteira, o próximo passo do estudo empreendido nesta dissertação é verificar em que medida o vigente Código de Processo Civil aborda a temática do dever de fundamentação das decisões e sua correlação com o resgate da importância do caso concreto.

⁶³ As colocações de Lúcio Delfino e Lenio Streck (2014) evidenciam a releitura democrática da cooperação levada a cabo pela novel legislação processual: “Há de ser a cooperação não como dever ético da parte agir contra seus interesses, mas a partir do contraditório como garantia de influência e não surpresa (arts. 6º a 10 do Novo CPC), porque se criamos um ambiente procedimental em que, realmente, as partes possam (já que não são obrigadas, mas facultadas a tal), ao agir na defesa de seus interesses, contribuir para a construção do provimento em conjunto com o magistrado (que deve agir como facilitador desse procedimento); e mais, se compreendermos que esse provimento só é legítimo se for resultado direto daquilo que foi produzido no processo (art. 1§, 489, do Novo CPC), seja na reconstrução dos “fatos”, seja no levantamento de “pretensões de direito” (reconstrução do ordenamento), então ter-se-á uma compreensão adequada da cooperação no Novo CPC”.

4 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 489, §1º, CPC/15

Nos contornos apresentados nos capítulos anteriores, é de se destacar que, com base na noção de que a decisão não pode ser reduzida a um ato silogístico, que mascara a discricionariedade do julgador, é preciso promover o resgate do caso concreto, no ato de decidir.

Como delineado, dentro do paradigma Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988, impõe-se fundamentação detalhada dos atos decisórios. Em observação ao processo jurisdicional democrático a decisão assume relevante papel, em virtude da racionalidade que dela se extrai e dos efeitos que gera nas esferas jurídicas de seus destinatários, tornando uma exigência sua construção de forma participada, elaborada democraticamente.

O dever de fundamentação das decisões, na esteira desenvolvida nas linhas pretéritas, apresenta-se como garantia fundamental (art. 93, IX, CRFB/88), que assegura aos cidadãos controle da atividade jurisdicional⁶⁴.

Nessa configuração, o julgador tem o dever de prestar contas do exercício da função jurisdicional, “demonstrando às partes, aos tribunais que lhe são hierarquicamente superiores e à sociedade de modo geral que aquela era a decisão correta a ser tomada”, já que em consonância ao que foi debatido e provado pelas partes⁶⁵, assim como em congruência ao direito democraticamente produzido. (DE LUCCA, 2016, p. 30).

Na formatação do modelo constitucional de processo – e sua base principiológica delineada pela Constituição de 1988 (conformada pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e de um terceiro imparcial) – não se mais pode admitir que a decisão seja “um produto volitivo subjetivo da inteligência de um único intérprete do ordenamento jurídico e da Constituição” (BARROS, 2008b, p. 132).

⁶⁴ “Essa necessidade de justificação tem o papel essencial de racionalizar a valoração dos elementos de prova, com uma análise judicial não meramente discricionária, subjetiva ou pessoal, senão adequada e ponderadamente motivada. O magistrado deve demonstrar que sua decisão em torno dos fatos e da prova se funda em bases racionais e idôneas, que a tornem minimamente aceitável socialmente, além de controlável”. (ZANETTI JR.; CABRAL; CRAMER, 2015, p. 705).

⁶⁵ “A fundamentação da decisão não é de natureza atômica, ao contrário, reveste de caráter vetorial, cuja resultante se compõe da somatória dos vetores probatórios e argumentativos que as partes e o órgão julgador depositam no procedimento em contraditório. A fundamentação da decisão é produto que exige a obediência a um *script* delimitado, insuspeito, preciso e previsível, sob pena de se tornar, ao fim do processo, uma álea para as partes e uma certeza para o órgão julgador que conhece previamente o resultado, que ele isoladamente construiu”. (REZENDE, 2015, p. 126).

Desta feita, a fundamentação das decisões visa a romper com arbitrariedade e a discricionariedade do órgão julgador, e mais, busca ultrapassar uma visão de processo pautado em protagonismo judicial⁶⁶, afeito à crença de que ao juiz (e sua clarividência) cabe decidir conforme a sua convicção e preferência, desprezando as contribuições dos sujeitos processuais, da doutrina, da jurisprudência e da própria história institucional do direito a ser aplicado. (NUNES, 2012).

Não mais pode subsistir matrizes teóricas que celebrem o protagonismo judicial, e, pior, que autorizem a falta de fundamentação da decisão judicial justificada pelo princípio do livre convencimento (como o era no revogado Código de Processo Civil de 1973⁶⁷), constituindo-se mecanismo em que a vontade do julgador prevalece sobre os argumentos debatidos pelas partes para a solução do conflito⁶⁸ (SILVA FILHO, 2005).

Embora já estivesse consagrada no artigo 93, IX, da CRFB/88⁶⁹, a fundamentação das decisões vinha sendo mal compreendida na *práxis* brasileira, a teor de inúmeras decisões mal fundamentadas, como denunciam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron (2016, p. 302). Neste sentido, a regra prevista no artigo 489, §1º, do CPC/15 foi concebida numa tentativa de coibir práticas corriqueiras dos órgãos jurisdicionais brasileiros, que acabam por fundamentar uma decisão valendo-se de uma breve exposição da

⁶⁶ Vê-se que, no Estado Democrático de Direito, não há espaço para tirania dos julgadores: “No Estado Democrático de Direito, em que o exercício do poder é limitado, não há espaço para exercentes de funções públicas irresponsáveis. Não há lugar para tiranos. Dessa forma, o juiz não pode ser visto como o ‘senhor’ do processo. A despeito de expedir ordens, o magistrado tem o dever de se pautar por um critério objetivo fundamental em sua conduta: a lei. Além disso, deve justificar a decisão tomada, através de motivadas decisões a serem amplamente expostas a quem tiver interesse em conhece-las. A fundamentação das decisões judiciais é, pois, uma garantia constitucional contra o arbítrio e o abuso de autoridade”. (NOJIRI, 2000, p. 132).

⁶⁷ No Código de Processo Civil de 1973, especificamente no seu artigo 131, previa que: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, 1973). Ao tecer comentários ao aludido artigo do revogado Código, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (1999, p. 608) defendem que: “o juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpra ao magistrado dar as razões de seu convencimento”.

⁶⁸ Equivocadamente, o Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, apresentava entendimento de que ao julgador é permitido decidir (escolher) levando-se em conta os motivos que o convenceu, como, por exemplo, se colhe de trecho do acórdão prolatado pelo Ministro Humberto Martins, da 2ª Turma, do STJ: “É sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas alegações das partes, nem ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivos suficientes para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Ressalta-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entende aplicável ao caso” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 525.644/RJ. Relator Humberto Martins. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 19 de agosto de 2014).

⁶⁹ Humberto Theodoro Júnior *et al* (2016, p. 303) já advertem, diante da análise de como as decisões são fundamentadas, sobre a necessidade de se impor “uma nova perspectiva dinâmica (substancial) para a referida cláusula constitucional, também com o respaldo de uma legislação que promova a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro, ou seja, aplicação concreta da garantia e que expanda o próprio conteúdo do texto da Constituição”.

convicção que o julgador obteve ou situações em que sequer o órgão julgador fundamenta a decisão.

A ausência (ou a deficiência) de fundamentação implica na inviabilidade da decisão. “A inutilidade ou deficiência da fundamentação equivale à ausência de fundamentação. Justamente aí está a relevância do §1º do art. 489: ele relaciona alguns exemplos de situações em que a decisão, porque deficientemente justificada, considera-se não fundamentada”. (ZANETI JR; CABRAL; CRAMER, 2015, p. 710).

Se a fundamentação é um ato de justificação do exercício da atividade jurisdicional, impõe-se que o exercício desta atividade seja pautado no dever de concretude, no sentido de ser necessário o enfrentamento das alegações fáticas e jurídicas das partes em consonância ao caso concreto – e não de forma lacônica – levando-se em conta os fatos, as alegações, as provas produzidas e as normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. (DE LUCCA, 2016).

Desta feita, o objetivo central deste capítulo é destacar os principais pontos de inovação propiciados pelo advento do artigo 489, especificamente o seu parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil de 2015, que busca, de uma forma metodológica, elencar o que (não) deve ser compreendido como decisão fundamentada. “Isso permite um controle mais efetivo dos pronunciamentos judiciais, reduzindo a margem de subjetividade quanto à percepção do que é e do que não é uma decisão fundamentada”. (ZANETI JR; CABRAL; CRAMER, 2015, p. 710).

A inovação trazida pelo legislador no artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015⁷⁰ propõe-se a elencar, mediante um critério negativo, de exclusão – isto é, do que não se

⁷⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 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

considera uma decisão fundamentada – hipóteses⁷¹ a serem observadas quando da prolação de um ato decisório.

As hipóteses, então, elencadas no citado dispositivo pretendem atingir as exigências de legitimidade, dentro da ordem constitucional vigente, o que busca inviabilizar a crença em respostas pré-fabricadas (pautadas em teses decididas), antes mesmo do debate processual. Como já vem sendo defendido ao longo dos capítulos, somente em atenção às particularidades do caso concreto é que se torna condição de possibilidade a formação legítima e adequada da decisão, com a interação argumentativa entre os sujeitos processuais, nos moldes apregoados pelo modelo constitucional de processo.

Portanto, o dever de fundamentação que a presente dissertação busca enfrentar são justamente as hipóteses normativas estatuídas no §1º, do art. 489, do CPC/15.

Por fim, cumpre esclarecer que a análise apartada de cada hipótese elencada no artigo 489, §1º, do CPC/15, tem como objetivo precípuo construir a base teórica que servirá de compreensão para o exame dos julgados colhidos do Superior Tribunal de Justiça, no capítulo adiante. Portanto, ressalta-se que o esclarecimento das hipóteses do mencionado artigo é para fornecer mais um aporte teórico para pesquisa empírica, mas sem a pretensão de se proceder a uma análise mais aprofundada de seu conteúdo.

4.1 Indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo sem explicar a sua relação com a causa ou com a questão decidida (artigo 489, §1º, I, do CPC/2015)

Como já assinalado anteriormente, um dos pontos de tensão que prejudica a fundamentação das decisões, cogitado em bases democráticas como uma garantia, é desconsiderar as particularidades do caso concreto, no momento da elaboração do ato decisório.

Alexandre Bahia (2009), em obra especializada, expõe que, a partir do momento que decisões tratam os casos como teses e não observam a sua concretude, há problemas a serem enfrentados. Princípios, regras, súmulas, precedentes não podem ser invocados para a solução de questões submetidas aos órgãos jurisdicionais apartados das particularidades do caso.

Como traçado no primeiro capítulo, Friedrich Müller já ensinou que norma e texto não se confundem. Em mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula

⁷¹ É preciso deixar claro, a teor das lições de Alexandre Bahia e Flávio Pedron, que as hipóteses elencadas nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 489 constituem um rol exemplificativo. (BAHIA; PEDRON, 2016, p. 46).

Sarno Braga (2015, p. 708) aduzem que é preciso identificar a norma jurídica aplicável ao caso concreto, posto que a “norma é o sentido que, mediante interpretação, se extrai do texto”.

Nesse rumo:

necessário o cuidado de indicar por que a norma jurídica incide no caso concreto, expondo se e de que modo está preenchida a hipótese de incidência descrita no texto, ou em se tratando de princípio jurídico, explicando se e de que modo a finalidade buscada deve ser concretizada no caso concreto. (ZANETIR JR.; CABRAL; CRAMER, 2015, p. 708).

Retomando a construção teórica do primeiro capítulo desta dissertação, e adotando-se as proposições de Ronald Dworkin, tem-se uma diferença⁷² lógica entre princípios e regras jurídicas.

Como já exposto, e apenas para reforçar a ideia neste tópico, para Dworkin, as regras são aplicáveis à maneira “tudo ou nada”, delimitando exceções que torna mais completo o enunciado da regra. Por outro lado, os princípios não trazem consigo consequências jurídicas de sua aplicação ou descumprimento, posto que objetivam enunciar uma razão, um padrão a ser observado, se mostrando como expressão de justiça, equidade. (DWORKIN, 2010).

Ademais, a decisão legalista, baseada simplesmente na reprodução de ato normativo, é uma prática a ser combatida com a redação do presente inciso, por não se mostrar compatível com a noção da garantia da fundamentação das decisões em um contexto democrático, nos termos expostos por Leonard Schmitz:

O que se quer afirmar é que essa prática, muito comumente observada no País, seja fruto de dois problemas já expostos neste estudo. Em primeiro lugar, a falta de cuidado com o caso concreto e a produção do direito em massa; em segundo lugar, a constatação de que a simples menção aos “requisitos legais” na fundamentação seja equivalente a uma decisão calcada no “convencimento” do julgador, o que não pode ser considerado legítimo (SCHMITZ, 2015, p. 281).

Não se pode olvidar que não há norma sem a contextualização com o caso concreto. Logo, não é crível invocar um ato normativo sem confrontar com os fatos a que fazem referência, até porque, em referência novamente a Leonard Schmitz (2015, p. 281), “decidir,

⁷² Esclarece-se, por relevante, que a diferenciação de regras e princípios jurídicos não será objeto de análise mais aprofundada, por entender que essa investigação perde o sentido quando o principal ponto debatido cinge-se às discussões em torno das hipóteses normativas previstas para o dever de fundamentação, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015. Como a temática sobre as regras e princípios jurídicos é rica em produção científica, havendo notórios teóricos que dispensaram cuidados para a abordagem do tema, remete-se o leitor aos textos produzidos por: cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

desde sempre, significa interpretar e compreender os fatos e o texto normativo aplicável ao caso concreto”.

O que se retira desta hipótese é a necessidade de, ao se considerar como argumento algum ato normativo, que haja uma contextualização ao caso, mediante o debate travado pelas partes, levando-se em conta seus argumentos e provas, dentro do espaço processual assegurado pelas garantias constitucionais. Isto é, a decisão não pode ser resumida a uma aplicação mecanizada, sob pena de traduzir uma reprodução exegética no ato de decidir.

4.2 Emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência ao caso (artigo 489, §1º, II, do CPC/2015)

A segunda hipótese prevista na regra processual em exame cuida da necessidade de justificação contextualizada ao caso concreto, que o julgador deve operar ao se valer, no ato decisório, de conceito jurídico indeterminado. Trata-se de mais uma regra que visa à realização do dever de concretude.

Os denominados conceitos jurídicos indeterminados “exigem um cuidado maior do intérprete/aplicador do direito quando do preenchimento do seu sentido” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 330), o que, de certa forma, impõe, mormente ao julgador, “o ônus argumentativo de explicitar a razão da incidência daquela expressão ou palavra no caso concreto, justificando racionalmente a decisão proferida” (DE LUCCA, 2016, p. 238).

Observa-se das legislações brasileiras um movimento de adoção de expressões com maior abertura semântica⁷³. Tornou-se recorrente a presença em textos normativos de expressões abertas, tais como: “dignidade da pessoa humana”, “boa-fé” (artigo 113 do Código Civil), “bem comum” (artigo 8º do CPC/2015); isto é, uma forma estratégica que o legislador propôs a fim de permitir a perpetuação da discricionariedade judicial (DE LUCCA, 2016).

Rosa Maria Cardoso da Cunha chama a atenção para a vagueza e ambiguidade presentes em certas palavras ou expressões da norma jurídica, o que denomina como caráter retórico do princípio da legalidade, posto que essas indeterminações "viabilizariam a redefinição dos sentidos normativos estabelecidos e, na hipótese de interpretação judicial, a adoção de linhas decisórias alternativas". (CUNHA, 1979, p. 82).

⁷³ Fredie Didier Jr e outros sustentam como uma das justificativas para a adoção de conceitos jurídicos indeterminados em textos normativos a tendência destes durarem mais tempo, abrangendo um maior número de casos e adaptando com maior facilidade a novas realidades. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 330).

É justamente o perigo em se autorizar a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer constrangimento técnico ao julgador e demais sujeitos processuais, que se objetiva combater com esta hipótese normativa. Não se pode creditar a fixação do sentido normativo de forma solipsista e sem quaisquer critérios, como advertem Alexandre Bahia e Flávio Pedron que:

[...] se [os conceitos jurídicos indeterminados] não forem utilizados de forma constitucionalmente correta, podem representar uma autorização em branco para que o órgão julgador possa decidir “qualquer coisa” a partir de argumentos (não ditos) de religião, moral, preconceitos, etc., e tentar blindar sua decisão com a invocação de um conceito genérico que poderia servir, em tese, para outros dispositivos, quando não, para dispositivos justamente em sentido contrário. Por isso que a sentença/acórdão tem de estar em ligação direta nas especificidades do caso. (BAHIA; PEDRON, 2016, p. 49-50).

A existência de um conceito aberto não pode conduzir a um espaço incontrolável de manipulação na fundamentação, uma vez que pode encobrir uma manobra estratégica, baseada no subjetivismo do julgador, no ato de decidir.

Em suma, o julgador não pode escolher quais argumentos que se valerá para preencher o sentido normativo de um conceito indeterminado, sob pena de mascarar a fundamentação de vestes de legitimidade democrática, mas que, ao revés, encontra-se pautada na discricionariedade do intérprete.

O que se volta a frisar é que, na formatação de um modelo constitucional de processo em que contraditório e fundamentação da decisão se entrelaçam, não há mais espaço para o preenchimento de sentido de forma isolada, tão somente pelo julgador. Mais uma vez, torna-se necessária a participação das partes, para que, pela dialogicidade do processo, contribuam democraticamente e de forma constitucionalmente correta para estabelecer o sentido de determinado conceito jurídico aberto, sempre se atentando para as especificidades do caso.

4.3 Apresentação de motivos que se prestariam como justificção a qualquer outra decisão (artigo 489, §1º, III, do CPC/2015)

Conforme vem sendo desenvolvido ao logo deste capítulo, vislumbra-se que um dos precípuos objetivos do ato normativo estudado é compatibilizar o dever de fundamentação da decisão com o caso concreto. Em um contexto democrático, torna-se muito claro que a fundamentação de uma decisão não pode ser genérica, apta a ser invocada para quaisquer questões jurídicas submetidas à apreciação jurisdicional.

Nesse rumo, é preciso romper com o denominado “juiz-computador”⁷⁴, encontrado frequentemente em gabinetes, no Brasil. O dever de fundamentação das decisões perpassa pelo resgate do caso concreto, ao invés da missão incorporada pelos órgãos jurisdicionais brasileiros no sentido de decidirem abstratamente (questões unicamente de direito) para se extrair uma tese – a ser aplicada mecanicamente – fechando os sentidos normativos. E a hipótese do inciso III, do §1º, do artigo 489, do CPC/15, não destoia deste objetivo.

Como bem ressalta Rodrigo Ramina de Lucca, a intenção por detrás desta hipótese retratada é “pôr fim à utilização indiscriminada dessas decisões pré-preparadas que nitidamente deixavam de enfrentar as alegações fáticas e jurídicas específicas do caso em julgamento”. (DE LUCCA, 2016, p. 239).

Percebe-se, na realidade, que mencionada hipótese deve ser interpretada em harmonia com os dois primeiros incisos (I e II), do parágrafo primeiro, do artigo 489, do CPC/15, retratados nos tópicos anteriores, posto que a representação de motivos genéricos pode ser ilustrada a partir de uma indicação genérica de um ato normativo (abrangendo-se, também, súmulas e precedentes), como também da utilização de conceitos jurídicos indeterminados.

Mais uma vez, o que se busca com esta previsão legal, é o julgamento baseado nas particularidades do caso concreto:

Ora, se as partes gastam tempo e recursos próprios e do Judiciário para expor suas razões e fazer suas provas, uma decisão cujos fundamentos seja apenas a reprodução automática de outras tantas – ou que poderia ser reproduzida às centenas -, de fato, não se está provendo jurisdição, mas apenas dando uma falsa impressão de acesso à justiça. (BAHIA, 2017, p. 53).

Portanto, vislumbra-se o avanço democrático ao prever tal disposição na legislação processual. Evitar que decisões padronizadas – manipuláveis com um simples “copiar e colar” – perdurem é um objetivo que deve ser perseguido, a fim de consignar maior ganho sistêmico, em atenção aos princípios que regem o modelo constitucional de processo.

⁷⁴“Juiz-computador” é uma metáfora usada por Leonard Ziesemer Schmitz para indicar julgadores empenhados em aplicar mecanicamente textos normativos e sumulares sem interpretá-los; julgar teses abstratas e aplicá-las indiscriminadamente a casos análogos futuros; decidir por meio de silogismos. (SCHMITZ, 2015, p. 350).

4.4 Enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (artigo 489, §1º, IV, do CPC/2015)

A hipótese retratada no inciso IV, do §1º, do artigo 489, do CPC/2015, certamente, é o alvo das maiores polêmicas em torno do dever de fundamentação das decisões⁷⁵, após vigência do novo CPC. Entrementes, louvável foi a intenção do legislador ao inserir a hipótese legal, como forma de possibilitar um efetivo exercício do contraditório (art. 9º e 10 do CPC/2015).

Com escoro nos ensinamentos de Lenio Luiz Streck, tem-se que a mencionada hipótese:

Trata-se do direito fundamental que a parte tem de ver todos os seus argumentos examinados e rebatidos (ou aceitos) pelo órgão julgador. Ou seja, não basta tomar conhecimento dos argumentos e delineá-los no relatório. A parte tem direito a que sejam considerados os argumentos de modo sério e detido [...] Com isso, cai por terra, definitivamente, a decisão *slogan* muito utilizada em embargos de declaração e em outros recursos para rebater a alegação de que não foram examinados todos os argumentos (STRECK, 2016a, p. 685).

Nesse sentido, é inconcebível permitir ao juiz a escolha, no ato de decidir, de quais questões debatidas pelas partes queira apreciar⁷⁶, sob pena de se perpetuar a discricionariedade judicial, até porque “se o intérprete puder escolher sobre quais argumentos enfrentar, seu próprio convencimento será a medida do direito” (SCHMITZ, 2016a, p. 434). E a discricionariedade não se coaduna com a perspectiva democrática.

Em detida análise ao citado artigo, vislumbra-se uma adequada compreensão do dever de fundamentar os atos decisórios, de modo que, ao assegurar uma fundamentação detalhada e contextualizada com os pontos controvertidos, debatidos durante o *iter* procedimental,

⁷⁵ Parcela da magistratura brasileira mostra resistência ao dever de consideração estatuído na hipótese legal em destaque. Em artigo crítico sobre o tema, Lenio Luiz Streck enuncia exemplos em que julgadores se negam a cumprir o que foi legitimamente votado, aprovado e sancionado (em atenção ao devido processo legislativo), ao argumento de que não se faz necessária uma fundamentação amíúde. De modo enfático assevera que: “De fato, o Brasil vai mal. Quem deve respeitar a lei e fazê-la cumprir faz uma ode à... desobediência”. (STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?. **Consultor Jurídico**. 02 jul. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-npc-ao-obedecido>). Não obstante esta crítica à postura de resistência de alguns juízes em cumprir o disposto na legislação, não se descarta da elaboração de diversos enunciados interpretativos quanto à temática, que, da mesma forma, possibilitam uma interpretação *contra legem* do mencionado inciso, como, por exemplo, o enunciado nº 13 da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região, 1ª Jornada sobre o Novo CPC. (Cf. PINHEIRO, Guilherme César. **A integridade do Direito e os enunciados interpretativos do Novo Código de Processo Civil**, 2016b).

⁷⁶ Nesse rumo: “É mais frequente do que se imagina depararmos com decisões judiciais, cuja fundamentação preocupa-se em mostrar a preferência do juiz por uma das versões probatórias, ou por uma das incontáveis possibilidades de interpretação jurídica da norma, sem que ele, no entanto, examine criticamente as versões que a infirmem, para mostrar as razões pelas quais as desmerecera” (SILVA, 2006, p. 13).

“poderá impedir, de fato, o exercício da discricionariedade do julgador ao analisar o caso concreto de acordo com suas convicções pessoais ou elementos metajurídicos”. (FREITAS; LONDE, 2015, p. 8).

Neste ponto específico, é preciso lembrar da relevância do saneamento participativo, previsto no artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015⁷⁷, que funciona como verdadeiro filtro para o artigo 489, §1º, IV, do Código, delimitando os pontos controvertidos – fáticos e jurídicos – da discussão endoprocessual, por meio da cooperação. A demarcação das questões “representa um ganho discursivo processual às partes envolvidas na lide, vez que dificulta como seja proferida decisão com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes (decisão surpresa)” (ALVES, 2017, p. 195). Ademais:

a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui instrumento insubstituível para uma decisão correta. Porém, tal risco é bastante reduzido quando se leva a sério a fase técnica de preparação do procedimento e quando se impõe a necessidade de demonstração pela parte sucumbente do dano e da potencialidade de manifestação em sentido que altere o conteúdo da decisão. Assim, o novo CPC potencializa a fase preparatória da fase de conhecimento no seu art. 357 (saneador compartilhado), de modo a induzir o juiz a promover a fixação extenuante das questões objeto da cognição. (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p. 113-114).

Nessa ordem de ideias, o art. 489, §1º, inciso IV, do CPC/2015, visa a coibir comportamentos arbitrários do julgador ao fundamentar a decisão em argumentos não debatidos pelas partes, mas sim fruto da sua consciência (STRECK, 2016a, p. 683).

Outro ponto positivo de tal enunciado normativo diz respeito à possibilidade conferida às partes afetadas pelo provimento de fiscalizarem os fundamentos adotados ou não pelo julgador⁷⁸. Ao desrespeitar esse inciso notadamente a decisão será considerada nula.

Leonard Ziesemer Schmitz (2016a, p. 432) expõe que a “justificação de uma decisão envolve explicar o porquê, e o porquê não; abranger tanto razões para o que foi decidido

⁷⁷ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. (BRASIL, 2015)

⁷⁸ Em uma hipótese de decisão mal fundamentada, não há a possibilidade de pleno controle e fiscalidade da atuação judicial pelas partes. Tal situação implica num prejuízo da parte sucumbente ao se insurgir de aludida decisão (mal fundamentada), por meio do recurso correlato, haja vista que quando o julgador não enfrenta todos os argumentos debatidos, impede que a parte perdedora esteja ciente de seus equívocos e possa exercer devidamente o seu direito ao recurso, sem que isso acarrete a reprodução de uma peça já ofertada no procedimento, como, por exemplo, a petição inicial, no caso do autor e a defesa, no caso do réu. (SCHMITZ, 2016a, p. 432).

quanto razões para refutar argumentos contrários. Apenas quando a fundamentação põe a própria decisão à prova de possíveis críticas, ela é completa”.

É imperioso que ao decidir, o juiz exponha, claramente, quais fundamentos levou em consideração, porque considerou os argumentos da parte autora como mais consistentes em detrimento dos desenvolvidos pela parte ré, por exemplo; ou ainda, a insuficiência dos argumentos de direito e fato utilizados.

A decisão, no CPC/2015, deve corresponder a uma resposta a todas as questões levadas a cabo pelas partes, principalmente aquela parte que não terá seus interesses atendidos. Com isso, possibilitar-se-á o efetivo controle dos fundamentos da decisão, verificando se a mesma é a mais adequada para a solução do caso concreto.

Sustenta ainda Schmitz (2016a, p. 434), que a “a decisão deve ser robusta o suficiente para expor sua própria vulnerabilidade argumentativa, e superá-la”. Ao enfrentar os argumentos discutidos pelas partes, inclusive os contrários à deliberação tomada, propicia uma decisão legitimada democraticamente.

Portanto, o que se retira do artigo 489, §1º, inciso IV, do CPC/2015, em análise, é que, ao se determinar ao magistrado o dever de fundamentar detalhadamente, isto é, expondo as razões pelas quais ele acolhe ou rechaça determinado fundamento - dentre todos aqueles discutidos - propiciará maior controle pelas partes da decisão.

Todavia, ainda se torna necessário esclarecer um ponto que ainda é controvertido quanto à tema. A necessidade de se rebater os pontos debatidos pelas partes, capazes de infirmar a decisão, como é a redação legal, não implica na possibilidade de se selecionar quais pontos se queira debater, tampouco conduz a necessidade de enfrentamento de todas as questões. A este respeito, é a passagem esclarecedora de Alexandre Bahia e Flávio Pedron:

Perceba-se, no entanto, que a parte final do inciso poderia abrir uma porta para que o julgador não tenha, de fato, de responder a todas as teses [...] Alguém poderia dizer que não enfrentou determinado argumento da parte porque este não teria o condão de contrariar a conclusão a que afinal se chegou. Contudo, como também já defendido aqui, este dispositivo tem de ser lido a partir do conjunto normativo-principlógico do Código, razão pela qual o magistrado, se entender ser o caso, deverá também mostrar que sua compreensão resiste a qualquer outro argumento constante dos autos (BAHIA, PEDRON, 2016, p. 50).

No mesmo sentido, são elucidativas as observações de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e outros:

Assim, pode acontecer que, no julgamento do caso concreto, ao exame e solução das questões discutidas, as justificativas da decisão, por si só, explicitamente, afastem os

argumentos das partes. Também, pode acontecer que a decisão, no desate das questões, acolha os argumentos de uma das partes, o que, em princípio, estará afastando os argumentos da parte contrária. Pode até ocorrer que os argumentos tecidos pelas partes sejam estapafúrdios, inconsistentes, ilógicos, impertinentes ou teratológicos, parecendo-nos fora de propósito que o juiz, mesmo assim, tenha de enfrentá-los por esgotamento. Enfim, nem sempre, no caso concreto, é o que nos parece, a decisão terá de se manifestar sobre *todos os argumentos* das partes, devendo concentrar-se, sim, no desate atento e amplamente justificado das questões de fato e de direito debatidas pelas partes (BRÊTAS *et al*, 2016, p. 171).

O enfrentamento dos argumentos debatidos pelas partes possibilita a construção participada do ato decisório, como resultante do contraditório como influência e não surpresa, assegurado no *iter* procedimental. Desse modo, construindo uma decisão em espaço processual dialógico, fruto do entrelaçamento das garantias do contraditório e da fundamentação das decisões, coíbe-se o subjetivismo, a arbitrariedade e a discricionariedade do julgador e permite-se maior previsibilidade da decisão, nos termos do modelo constitucional de processo.

Atrelar contraditório e dever de fundamentação representa um avanço por permitir o controle pelos sujeitos processuais dos argumentos levados a cabo no ato de decidir. Ou seja, se devidamente observadas as disposições normativas do art. 489, §1º, IV, suplantará-se, de certa forma, a possibilidade do julgador – a seu bel-prazer – escolher quais argumentos queira enfrentar, inibindo, pois, uma postura mais arbitrária, pautada em um viés de protagonismo judicial.

4.5 Emprego de precedente ou enunciado de súmula sem identificar sua *ratio decidendi* nem demonstrar que o caso em julgamento se ajusta aos mesmos fundamentos (artigo 489, §1º, V, do CPC/2015)

De início, já cumpre esclarecer que, embora não seja o centro das atenções da presente pesquisa discorrer sobre questões e problemas atinentes à formação e aplicação de precedentes, de forma breve, serão abordados pontos de tal temática para maior elucidação quanto à hipótese retratada no artigo 489, §1º, V, do CPC/2015.

Em diversos trabalhos acadêmicos-científicos⁷⁹ – que hodiernamente tomaram a atenção dos pesquisadores da ciência processual –, há demonstração da influência das bases

⁷⁹ Por ser um tema que chama a atenção dos estudiosos da ciência processual na atualidade, muito são os trabalhos acadêmicos-científicos que abordam com maior profundidade a temática. Conferir: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito brasileiro**: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões

do denominado sistema *common law* no direito brasileiro. Fato é que a sistemática implementada pela novel legislação busca garantir maior racionalidade decisória bem como a efetivação de um sistema de precedentes íntegro, estável e coerente (art. 926, CPC/2015⁸⁰).

Não obstante este influxo do *common law* no direito brasileiro, Eduardo Cambi observa que:

Apesar de sofrer influências do *common law*, o fato de o Brasil passar a preocupar-se com a estruturação de um sistema de precedentes, não significa que deixará de enquadrar-se no sistema do *civil law*, notadamente porque o legislador, ao instituir esse novo sistema por meio da lei, indica que o primeiro norte principiológico a ser observado é o da legalidade (CAMBI, 2015, p. 416).

Nesse sentido, percebe-se que não é pelo simples fato de se implementar um sistema de precedentes judicial, no ordenamento jurídico brasileiro, que o tornará vinculado à tradição baseada no *stare decisis*⁸¹. A previsão constitucional do artigo 5º, inciso II, da CRFB/88⁸², é uma prova de que o ordenamento jurídico brasileiro está sob o jugo do princípio da reserva legal, e, pois, não rompe com suas raízes romanas-germânicas; até porque, como assevera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, os órgãos jurisdicionais, ao proferirem suas decisões devem ser guiados “pelo princípio da permanente vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, rigorosa observância do ordenamento jurídico vigente (reserva ou prevalência da lei), visando à sua realização na maior medida possível” (BRÊTAS, 2015, p. 159).

Mas apesar da vinculação do ordenamento jurídico brasileiro ser predominantemente arraigada aos vieses do sistema de *civil law*, é inegável a mixagem de sistemas operada diuturnamente. E compreender o direito, nestes moldes de mudanças paradigmáticas e de convergência dos sistemas da tradição de *civil law* e *common law*, implica em compreender também as bases da implantação de um direito jurisprudencial, que passa a dar maior atenção às decisões jurisdicionais.

vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2016. 314f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

⁸⁰ Art. 926, CPC/2015. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (BRASIL, 2015a).

⁸¹ Cumpre esclarecer que *stare decisis* não é sinônimo para a doutrina dos precedentes, embora, de forma rotineira, confunda-se precedente e *stare decisis*. Esta última refere-se a uma redução da expressão *stare decisis et non quieta movere*; doutrina surgida no século XIX, que dotava de vinculatividade decisão de um caso concreto aos demais tribunais, que, obrigatoriamente, deveriam observá-la em casos análogos futuros (Cf. STRECK; ABOUD, 2013, p. 36-37).

⁸² Art. 5º. (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 1988).

Seguindo esse rumo, é nítida a maior valorização e aplicação de precedentes, o que torna imprescindível para a comunidade jurídica, por outro lado, compreender este fenômeno jurídico. Apropriando-se de uma definição traçada por Chamberlain, Maurício Ramires aponta que o precedente é visto como:

[...] uma decisão de um tribunal ou juiz, tomada depois de um raciocínio sobre uma questão de direito levantada de um caso, e necessária para o estabelecimento do mesmo, convertendo-se em uma autoridade [...] para o mesmo tribunal e para outros tribunais de igual ou inferior hierarquia, em subsequentes casos em que se apresenta outra vez a mesma questão. (Tradução nossa) (CHAMBERLAIN *apud* RAMIRES, 2009, p. 49)⁸³.

Prosseguindo esta linha de raciocínio, afirma Maurício Ramires (2009, p. 47) que o precedente é confeccionado “sobre uma questão de direito exposta em um caso”⁸⁴, isto é, uma questão jurídica que se retira do caso que lhe deu origem. A força vinculante de um precedente não é absoluta e é limitada aos questionamentos futuros de uma questão. É preciso apontar, no caso presente, um padrão de identificação juridicamente relevante com o caso passado.

E se o precedente cuida de uma decisão jurisdicional, é imprescindível estabelecer bases para se identificar o que vem a ser uma decisão formadora de um precedente e, sobretudo, quais dos elementos da decisão possuem aspecto vinculante a casos futuros, daqueles que trazem em si apenas uma carga persuasiva. Nessa perspectiva, buscando apoio nos estudos lançados no sistema do *common law* extrai-se que:

Como no Brasil, a decisão de uma corte da *common law* é documentada em um acórdão, que contém a *opinion of the court*. Contudo, nem todo o conteúdo da *opinion* constitui um precedente: apenas o seu *holding*. O *holding* é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da questão. Apenas o *holding* pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido. O *dictum* é o que é tido como meramente circunstancial em um dado caso (RAMIRES, 2009, p. 47-48).

Desse modo, é o *holding*⁸⁵ (ou *ratio decidendi*) o elemento definidor do precedente, a essência da fundamentação que servirá de padrão para solução de casos futuros, de forma

⁸³ No texto original: “[...] una decision de un tribunal o un juiz, tomada después de un razonamiento sobre una cuestion de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, convertiendo-se en “una autoridad [...] para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, em subsiguientes casos em que se plantee outra vez la misma cuestion”.

⁸⁴ O autor referenciado deixa exposto em sua obra que a acepção empregada para estabelecer uma “questão de direito” não é mera contraposição a “questão de fato”, como vulgarmente utilizado. (RAMIRES, 2009, p. 47).

⁸⁵ Como expõe Maurício Ramires (2009), não é fácil identificar o que vem a ser o *holding*. Baseado em um estudo de Karl Llewellyn, de 1960, é possível verificar sessenta e quatro técnicas para identificar o que vem ser o

vinculativa; ao passo que o *dictum* se refere a discurso não autorizativo de um pronunciamento decisório.

Deve-se ter em mente que não é toda e qualquer decisão que possui as características necessárias para que seja considerada um precedente. É preciso, antes de tudo, verificar a transcendentalidade da decisão para se conceber um precedente.

Como disserta Leonard Ziesemer Schmitz:

A decisão anterior não pode significar desde já o resultado do julgamento concreto, mas sim o início do raciocínio jurídico que solucionará o caso, pois precedentes são, no processo de compreensão, como experiências, e servem para reduzir o conteúdo inesperado do resultado da questão jurídica decidida (SCHMITZ, 2015, p. 312).

O precedente, dentro de uma tradição de *common law*, induz a um raciocínio jurídico que, futuramente, pode ser aplicado a outro caso concreto. Trata-se de um ponto inicial para se articular argumentos, levando-se em conta todo o histórico de aplicação acerca de determinada questão jurídica, em atenção à cadeia de integridade, nos moldes propostos por Ronald Dworkin (tópico 2.3.2).

Ultrapassadas essas colocações iniciais, vê-se que estabelecer uma noção de precedente, no contexto brasileiro, torna-se uma missão imperiosa, a partir do momento que não se pode confundi-lo com outras noções aproximadas, tais como jurisprudência e súmulas. Isto é, precedente não é sinônimo de jurisprudência, tampouco de súmulas.

Segundo Eduardo Cambi, a diferença entre precedentes e jurisprudência é quantitativa. Ao passo que o precedente se origina de uma decisão ou de um conjunto específico de julgados – passíveis de identificação dos elementos que levaram a tomá-lo como precedente – a jurisprudência está intimamente ligada a uma quantidade imprecisa de julgados sobre determinado tema, de forma que o acesso à decisão que tenha sido condutora do entendimento firmado por algum órgão jurisdicional torna-se mais dificultoso (CAMBI, 2015, p. 416). Valendo-se das lições de Leonard Schmitz, tem-se que, “para lançar mão de uma linguagem *dworkiana*, a jurisprudência é o conjunto de capítulos do romance que é o direito. Sozinhas, as decisões judiciais nunca podem ser o próprio direito, porque sozinhas nem mesmo normas são” (SCHMITZ, 2015, p. 311).

holding. A título de exemplo, dentre as mais influentes técnicas, destacam-se: a) Teste de Wambaugh; b) Teste de Goodhart; c) Tese de Oliphant; d) Fórmula Scalia. Para maiores elucidações acerca do tema (cf. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010). Ainda com relação à identificação da *ratio decidendi/ holding* ou fundamentos determinantes (terminologia adotada no CPC/15), é de se destacar a crítica traçada por Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2015), uma vez que, no Brasil, os fundamentos determinantes são identificáveis acidentalmente.

Por outro lado, o precedente também se distingue da súmula. Em que pesem as súmulas poderem se originar de algum precedente, via de regra, estas “se caracterizam pela concentração em breves textos (enunciados) que tem normalmente um conteúdo mais específico do que o texto da norma da qual constituem uma interpretação”. Ademais, ressalta-se que a aplicação da súmula, tal como vem sendo empreendida no contexto brasileiro, não envolve a análise de casos concretos por analogia. Dada a sua maior carga de abstração, as súmulas – tais como as regras – são aplicáveis por método de subsunção; diferentemente, o precedente, ao ser aplicado em casos futuros, não pode se desprender do caso que lhe originou – ao revés – tem-se que considerar todas as suas peculiaridades (fáticas e jurídicas) para se universalizar (CAMBI, 2015, p. 416).

Entretanto, é preciso sempre rememorar as lições de Alexandre Bahia, quando aduz que:

Súmulas e precedentes, da mesma forma que normas, não são ‘trunfos que zeram o jogo argumentativo’, de maneira que uma vez transcrita a Súmula ou feita referência a um caso com repercussão geral não haja necessidade de acrescentar mais nada. Ao contrário das leis (gerais e abstratas) precedentes e súmulas não o são. Eles são decorrentes diretos – e só fazem sentido assim – dos casos que lhes deram origem; e isso mesmo no caso de Súmulas, que, como entendemos, não se “descolam” da jurisprudência que lhes ocasionou. Não é constitucionalmente adequado (seja aqui no Brasil, seja em qualquer país que se vale de precedentes) querer aplicá-los sem buscar-lhes o sentido nos casos originais (BAHIA, 2017, p. 54-55).

Da mesma forma que a “letra da lei” não pode ser utilizada como fundamento sem a devida adequação ao caso concreto (tópico 4.1), também não é crível valer-se de enunciados de súmulas e de precedentes sem o esforço argumentativo de correlacioná-los à contextualidade do caso.

E este é um perigo real à implementação de um sistema de precedentes coerente, como também à fundamentação de decisão que se conceba legítima no Estado Democrático de Direito, quando, na prática jurídica, há a perpetuação da denominada “cultura do ementário”. Veja-se que, a cada dia, torna-se mais recorrente o emprego de ementas (simples transcrição do resumo do acórdão para fins de catalogação) (RAMIRES, 2009) – como forma de acoplamento do caso pretérito ao caso *sub examine*.

A disseminação do uso de ementários é facilitada pelos avanços tecnológicos, que promoveram, por meio de mecanismo virtual, maior cambiamento de informações e dados, de modo que, a “um clique”, consulta-se uma ementa para fundamentar uma decisão. Nas palavras de Maurício Ramires (2009, p. 14), com o repositório de jurisprudência “tornou-se muito fácil encontrar respostas para dilemas jurídicos através de consultas a mecanismos

eletrônicos de buscas de julgados na internet, bastando para isso digitar algumas palavras-chaves e clicar num botão”.

Essa busca incessante em atrelar a fundamentação aos ementários, súmulas e precedentes de forma não compatibilizada com o caso concreto, faz com que se predomine, nos órgãos jurisdicionais, a tendência de que se deve julgar teses e não casos⁸⁶, como já destacado em tópico anterior (tópico 3.1), o que não se coaduna com uma perspectiva democrática de construção de decisões. A este respeito, Lenio Luiz Streck discorre que:

As súmulas, assim como ementários que (pré)dominam as práticas judiciárias, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas as “demandas” (causas). Isso explica as razões pelas quais não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses. Essas teses – transformadas em super-enunciados – proporcionam “respostas antecipadas”. No fundo, trata-se de um “sonho” de que a interpretação do direito seja isomórfica (STRECK, 2013, p. 75).

A solução apresentada pelo legislador mostra-se louvável para coibir a prática reiterada de fundamentação baseada em mera reprodução de *standards*, desprovidos de conteúdo fático originário do caso concreto, e, principalmente, para uma implementação efetiva de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, para a construção de um sistema de precedentes que se mostre adequado ao modelo democrático de processo, tem-se que considerar que: 1) o precedente não nasce com a pretensão de fechamento argumentativo, mas é uma atividade reconstrutiva do passado, no

⁸⁶ Em que pese não ser objeto de análise, é de se destacar a existência de uma corrente de estudiosos da ciência processual que (equivocadamente) defendem a necessidade de uma “reconstrução do sistema judiciário”. Para Daniel Mitidiero, é preciso diferenciar o papel atribuído aos tribunais brasileiros. Na esteira de seu entendimento, torna-se necessário haver uma adequada organização das cortes judiciárias, propondo, a tanto, que se estabeleçam Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes ou Cortes Supremas. A primeira forma consiste na assunção de tribunais que visam a “controlar retrospectivamente as decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau mediante recursos de apelação e de agravo de instrumento a fim de que o caso concreto possa ser decidido de forma justa. Por essa razão, diante do direito brasileiro vigente, abre-se oportunidade de ampla discussão da causa. Vale dizer: em todos os seus aspectos fáticos-probatórios-jurídicos podem as Cortes de Justiça reexaminar a causa” (MITIDIERO, 2016, p 90). Por outro lado, as denominadas Cortes Supremas “visam a outorgar interpretação prospectiva e unidade do direito mediante a formação de precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. Devem atuar a fim de guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. Vale dizer: devem atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação” (MITIDIERO, 2016, p. 91). Somando voz a esta corrente, há também as lições de Luiz Guilherme Marinoni (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC). Novamente, reforça-se a crítica traçada no tópico 3.1 desta pesquisa: não há como conceber a existência de julgamentos dissociados do caso concreto. O equívoco da proposição de Cortes Supremas, que, no contexto brasileiro, seriam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, é a crença de que – por um juízo prospectivo – se conseguirá dar unidade ao direito, formando-se precedentes sem análise das particularidades do caso. Frisa-se que o caso concreto não pode ser pretexto para que essas Cortes possam dar unidade ao direito. Rememorando as lições de Dierle Nunes (2011), os precedentes, na tradição do sistema de *common law*, não se originam para a solução de casos futuros (juízo prospectivo), o que torna ainda mais leviano sustentar o discurso de Cortes Supremas.

qual juízes de casos futuros invocam decisões passadas, após verificados se seus fundamentos determinantes apresentam identidade fático-jurídico; 2) o artigo 489, §1º, do CPC/15 possibilita ao sistema de precedentes um maior esgotamento discursivo do caso, uma vez que exige, para a construção da fundamentação, o enfrentamento dos pontos debatidos pelas partes, considerados relevantes para o caso concreto.

Com isso, precedentes e enunciados de súmulas não podem ser reduzidos a simples análise de teses, descoladas do caso, aplicáveis tais como se fossem normas gerais e abstratas, em um retorno à prática decisória combatida no primeiro capítulo deste estudo. Isso reforça o papel dialógico do processo, com sua base de princípios e garantias, para a formação idônea de precedentes e súmulas.

4.6 Inobservância de súmula, jurisprudência ou precedente suscitado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento jurisprudencial (artigo 489, §1º, VI, do CPC/2015)

Da mesma forma como traçado no tópico anterior, a hipótese delineada no inciso VI, do §1º, do art. 489, do CPC/2015, é mais um aspecto relevante para compreensão da sistemática de precedentes inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro.

Exige-se de toda a comunidade jurídica integrante de um sistema de precedentes o processo de raciocínio jurídico e ônus argumentativo⁸⁷ para verificar em que medida o precedente é aplicável ao caso concreto, ou se resta configurada situação de diferenciação (*distinguishing*)⁸⁸ ou de superação (*overruling*)⁸⁹, a partir de sua *ratio decidendi* ou *holding*.

⁸⁷ Para maiores elucidações sobre o ônus argumentativo no Código de Processo Civil de 2015, sobretudo o do advogado, conferir a dissertação de VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2016. 314f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VianaAA_1.pdf. Acesso em: 24 mai. 2017.

⁸⁸ A distinção (*distinguishing*) é uma técnica (*judicial departures*) desenvolvida para propiciar que a parte demonstre a diferenciação entre seu caso dos precedentes ou padrões decisórios que orbitam a matéria discutida. Quando se raciocina por precedentes parte-se de comparações, analogias e contra-analogias, o que significa dizer que “tais comparações são fortes o suficiente para que coisas diferentes sejam tratadas de forma igual, ou se são fracas o bastante para que coisas diferentes não sejam tratadas de forma desigual” (NUNES; HORTA, 2015b, p. 311). Nesse sentido, o *distinguishing* seria uma contra-analogia, em que, num sentido amplo, “consiste no processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta”, e, em sentido estrito, “refere-se ao resultado do processo argumentativo, quando se chega a efetivamente diferenciar dois casos ou duas situações, afastando-se a aplicação de determinado precedente”. (NUNES; HORTA, 2015b, p. 312).

⁸⁹ Em obra especializada sobre o tema, Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p. 387) salienta que o *overruling* é uma espécie de *judicial departures*, isto é, situações em que uma regra jurisprudencial deva ser afastada. No *overruling*, da mesma forma que no *distinguishing*, muda-se uma regra do *common law* estabelecida por um precedente. Como aludida técnica implica na ab-rogação da própria norma, as razões que o embasarem devem ser mais fortes daquelas empregadas no *distinguishing*. Nos dizeres de Neil Duxbury (2008, p. 117), “os juízes

Estas técnicas de superação e diferenciação, no sistema do *common law*, mostram-se de grande valia para impedir a cristalização do direito ou até mesmo evitar uma aplicação impertinente.

Nesse rumo, valendo-se das lições esposadas por Maurício Ramires:

(...) na *common Law* é curial a noção de que o sentido de um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu. Aquele juiz, afinal, só pretendia resolver um caso concreto, não uma infinidade de outros. A própria noção de precedente resulta da possibilidade de novos juízos darem novos sentidos ao mesmo texto, e daí derivam todas as potencialidades de distinguir (*to distinguish*), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) o precedente, de acordo com as exigências do caso (RAMIRES, 2009, p. 51).

A proposta legislativa é aparentemente simples, mas impõe maior esforço argumentativo por parte daquele que invoca (ou não) um precedente ou súmula, como bem disserta Humberto Theodoro Júnior e outros:

Ora, se a parte invoca na petição inicial as normas jurídicas “a”, “b” e “c” e o juiz julga improcedente a ação invocando a norma jurídica “f”, ele tem o dever de explicar por que as normas jurídicas “a”, “b” e “c” seriam inaplicáveis ao caso, sob pena de estar ocasionando uma antinomia real entre normas jurídicas de mesma hierarquia entre si (pois, se de hierarquia diferentes, a de hierarquia superior evidentemente irá prevalecer, com a invalidade da inferior contrária – mas, se no exemplo citado, o juiz invocar a norma jurídica “f” superior, ele precisa explicar por que as normas “a”, “b” e “c” em questão seriam contrárias à norma “f” por ele invocada). Se o Juízo/Tribunal rejeita a pretensão da parte sem enfrentar a argumentação jurídica que o justifica, ele passa a mensagem de que pura e simplesmente não sabe como enfrentar referida argumentação, mas, mesmo assim, decide da forma como decidiu por mero “ato de vontade”, em uma lamentável ressurreição da Escola do Direito Livre que entende que não estaria vinculada a todas as normas jurídicas vigentes no país – ao menos por aquelas invocadas pela parte. (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2016, p. 320-321).

Como já evidenciado, para uma implementação de um sistema de precedentes consentâneo aos ditames do Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a possibilidade de participação de todos os sujeitos processuais na construção da decisão jurisdicional, o que implica em dizer, com o próprio regramento do inciso desenvolvido neste tópico, que aos sujeitos processuais incumbem desempenhar ônus argumentativo, “demonstrando maior ou

que desejam afastar precedentes deverão ser responsáveis por si mesmos: o *overruling* de precedentes não pode ser simplesmente considerado arbitrário; os juízes muitas vezes insistem que, se um precedente é revogado, a razão para fazê-lo, deve ser especialmente grave ou forte” (tradução nossa). No original: “(...) *is that judges who wish to depart from precedents are expected to account for themselves: ‘the overruling of precedents cannot simply be regarded as arbitrary; judges have, and publish, their reasons’ – indeed, judges quite often insist that, if a precedent is to be overruled, the reason for so doing must be especially serious or strong*”.

menor profundidade – a depender de cada situação – que a *ratio decidendi* do precedente invocado deve ser igualmente aplicada ao caso em julgamento”. (DE LUCCA, 2016, p. 242).

De todas as hipóteses retiradas dos incisos previstos no §1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil de 2015, tem-se uma conclusão parcial: o dever de fundamentação estatuído na novel legislação exige respeito ao dever de concretude e às premissas do modelo constitucional de processo.

Isso conduz a reflexão de que o magistrado não mais pode ser considerado um mero repetidor do entendimento consolidado em atos normativos, súmulas, ementas ou jurisprudência dominante, mas, ao revés, deve, atentamente, levar em consideração à argumentação desenvolvida pelas partes, dentro do ambiente dialógico procedimental, em atenção ao modelo constitucional de processo.

Ademais, a correta compreensão do artigo 489, §1º, do CPC/15 exige por parte do julgador o enfrentamento de todos os argumentos levados a cabo pelas partes, sobretudo da parte sucumbente, a fim de permitir maior controlabilidade de suas justificativas, sob pena de se restar caracterizada violação ao princípio do contraditório e à fundamentação das decisões.

O artigo 489, §1º, do CPC/15 demonstra que, para se construir uma fundamentação adequada, é preciso abandonar métodos decisórios obsoletos desde a exegese, como denunciado no primeiro capítulo, e se apostar na reconstrução argumentativa do caso concreto, em respeito às suas particularidades. E essa reconstrução só é realizável quando se cogita o processo fincado nas bases do modelo constitucional.

Essas conclusões parciais obtidas pela análise do artigo 489, §1º, do CPC/15, associadas as bases teóricas aduzidas nos capítulos anteriores, compõem elementos necessários para verificação da medida em que o Superior Tribunal de Justiça está alinhado à nova proposta legislativa ou se ainda apresenta resistência na incorporação de seus preceitos.

5 ANÁLISE DE DECISÕES: O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO PÓS CPC/15

Traçadas as linhas teóricas que concernem à temática da fundamentação das decisões jurisdicionais, torna-se imperiosa a análise, para melhor averiguação, de como o Superior Tribunal de Justiça, após advento e vigência do Código de Processo Civil de 2015, vem interpretando e aplicando o dever de fundamentação, estampado no artigo 489, §1º, do citado código.

Entretanto, de antemão, algumas premissas devem ser pontuadas quando se está diante de uma pesquisa empírica e de análise de dados obtidos dos repositórios jurisprudenciais.

À guisa de introdução, há de se pontuar que não é muito comum, no campo das ciências humanas (e, em especial, na ciência do Direito), a elaboração de pesquisas empíricas. Marcos Nobre (2003) esclarece que esta dificuldade é constatada por alguns fatores. Primeiro, o autor considera a existência de um anacronismo no âmbito jurídico, em que se constata uma indistinção entre prática, teoria e ensino jurídico, o que conduz a uma confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica, refletindo no ensino jurídico que se pauta na transmissão dos resultados da prática, mas não em uma produção acadêmica atenta aos critérios da pesquisa científica. Pontua, ainda, como um dos fatores, o isolamento da ciência do Direito em relação às outras ciências humanas, o que faz carecer de pesquisas com maior interdisciplinariedade.

É neste cenário – um tanto quanto nebuloso – que se busca construir a presente pesquisa empírica, atenta à diretriz de que é necessária uma evolução, um crescimento qualitativo da pesquisa científica, em especial no ramo do Direito.

Para tanto, é preciso delinear técnicas e métodos⁹⁰ para que a análise da realidade seja objetivamente possível⁹¹, até porque, seguindo de perto as lições de Emerson Gabardo e Felipe Tadeu Ribeiro Morettini (2013, p. 152), do contrário, “ficaríamos em uma infinita

⁹⁰ De acordo com a passagem de Emerson Gabardo e Felipe Morettini, o método constitui-se como “orientador geral para obtenção do conhecimento, sendo composto por um conjunto de procedimento que, observados, garantem a legitimidade do saber obtido ao final da pesquisa”, ao passo que a técnica é a “tática, o modo específico e mais adequado pelo qual a ação se desenvolve em cada etapa da pesquisa” (GABARDO; MORETTINI, 2013, p. 152).

⁹¹ “A Objetividade está relacionada muitas vezes à ideia de quantificação que permite ao pesquisador sistematizar fatos para posterior análise em função da frequência em que eles ocorrem ou em que quantidade. (...) Esta quantificação nas ciências sociais não pode seguir a lógica do falso *versus* verdadeiro para pensar a realidade, que deve ser substituída por outros conceitos, como o de probabilidade e o de estimativas” (GABARDO; MORETTINI, 2013, p. 153).

espiral de elucubrações que não produzem ou não chegam a qualquer objetivo direcionado à resolução de problemas ou descrição de fenômenos”.

Antes da análise e da interpretação dos dados obtidos da realidade, Miracy Barbosa de Souza Gustin, Mariana Alves Lara e Maria Batista Leite Corrêa da Costa assinalam um caminho a ser percorrido pelo pesquisador, composto de três etapas:

- a) Seleção: o pesquisador procede a uma verificação crítica dos dados coletados a fim de detectar erros, informações confusas, distorcidas ou incompletas.
- b) Codificação: os dados são transformados em símbolos (números ou letras passíveis de contagem e tabulação) e categorizados, ou seja, separados em classes.
- c) Tabulação: os dados são dispostos em tabelas ou gráficos, facilitando a verificação das relações entre eles. (GUSTIN; LARA; CORRÊA DA COSTA, 2012, p. 298).

Depois de realizados estes procedimentos, os resultados serão objetos de análise do pesquisador, que deverá verificar as imbricações entre os dados coletados e as hipóteses da pesquisa.

Valendo-se da analogia apresentada por Luc Albarello, a colheita e o tratamento de dados colhidos de uma realidade é tal como uma fotografia. O autor realça que da mesma forma que a fotografia pode se apropriar de diversos objetos que estão sujeitos à observação, a colheita de dados também implica numa técnica de observação que se comunica com determinados parâmetros, quais sejam: com questões adequadas, procedimentos por amostragem, procedimentos de recolhimento de dados, tratamentos informáticos apropriados dos dados (ALBARELLO *et al*, 2005, p. 48).

Essas considerações preliminares se tornam necessárias, porquanto, em uma verificação de informações colhidas da realidade, se pode distorcer dados ou imprimir-lhes uma análise estritamente subjetiva de suas informações, comprometendo a lisura dos resultados a serem alcançados com a pesquisa empírica. Inclusive, Luc Albarello sinaliza esta advertência:

[...] a abordagem quantitativa, empírica, baseada em questionários (padronizados) e realizada em amostras representativas, compõe-se de uma sucessão de escolhas metodológicas delicadas. Essas múltiplas escolhas e decisões inscrevem-se no quadro frequentemente restritivo dos meios postos à disposição de cada investigação em particular: meios orçamentais ou humanos, prazos, etc. Dominar este contexto global será, evidentemente, essencial se se pretender evitar a orientação do estudo para vias utópicas e irrealizáveis. (ALBARELLO *et al*, 2005, p. 51).

Por fim, com o fito de se alcançar as conclusões da pesquisa, os dados – dispostos em tabelas ou gráficos deverão ser interpretados, relacionando-os a outros conhecimentos e teorias, tudo visando a atingir os objetivos do pesquisador. “Obtém-se, dessa forma, um

diagnóstico quantitativo que não contém apenas números, mas interpretações qualitativas que, sem elas, este diagnóstico seria um conjunto de números vazios”. (GUSTIN; LARA; CORRÊA DA COSTA, 2012, p. 299).

Em atenção a estas recomendações, a proposta que se busca atingir com este capítulo, especificamente, é propiciar uma pequena visão de como o Superior Tribunal de Justiça vem interpretando e aplicando o dever de fundamentação das decisões, estatuído no art. 489, §1º, do CPC/15. Almeja-se, portanto, responder se aludido órgão jurisdicional vem observando a novel legislação, fundamentando suas decisões em consonância com a dicção legal vigente ou se ainda permanece decidindo de forma dissociada ao caso concreto e à fundamentação substancial dos atos decisórios, hipótese esta que veio a ser confirmada ao final da análise.

5.1 Introdução metodológica do levantamento de dados

O objeto da pesquisa empírica realizada é a análise de acórdãos prolatados no Superior Tribunal de Justiça atinentes à aplicação do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, publicados durante o período de 1º de junho de 2016 a 31 de dezembro de 2016⁹², já na vigência da legislação processual. Busca-se verificar em que medida a alteração legislativa modificou a compreensão e a prática jurídica deste órgão jurisdicional quanto ao dever de fundamentação, a partir da análise de seus julgados.

Justifica-se a opção pela análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em razão de sua competência precípua em apreciar e julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça do Estado, do Distrito Federal e Territórios, referentes à legislação federal, como é a disposição do artigo 105, inciso III e suas respectivas alíneas, da Constituição de 1988⁹³.

⁹² A demarcação temporal é consubstanciada na análise de decisões judiciais por um período de seis meses, dada a escassez de recursos humanos e tecnológicos para a elaboração de um monitoramento por um período mais longo. Destaca-se que foi considerado o período compreendido entre 1º de junho de 2016 a 31 de dezembro de 2016, porquanto no mês de julho de 2016 não houve julgamentos e tampouco publicações no Superior Tribunal de Justiça, em virtude de suspensão do expediente forense, nos termos da Portaria STJ/GDG n° 522, de 21 de junho de 2016, publicada em 22 de junho de 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/102657/Prt%20_522_2016_GDG.pdf. Acesso em: 22 abr. 2017.

⁹³ Art.105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.) (BRASIL, 1988).

A análise dos casos selecionados parte-se dos marcos teóricos já traçados nos capítulos antecessores: isto é, de como deve ser compreendido o dever de fundamentação das decisões jurisdicionais, dentro do paradigma democrático e do modelo constitucional de processo.

Ao se considerar a fundamentação adequada das decisões jurisdicionais como aquela que deve permitir a influência dos argumentos suscitados pelos sujeitos processuais, na construção participada do ato decisório (correlação entre o princípio do contraditório e da fundamentação das decisões, dentro do modelo constitucional de processo); e mais, que esta decisão (interlocutória, sentença ou acórdão) esteja condizente com o caso concreto que lhe deu origem, a observação dos acórdãos selecionados partirá dessas premissas pontuadas nos tópicos anteriores, para verificar em que medida o dever de fundamentação (estatuído pelo vigente art. 489, §1º, do CPC/15) vem sendo observado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para o desenvolvimento desta pesquisa foram realizados levantamentos quantitativos e qualitativos, colhendo-se dados obtidos do repositório de jurisprudência do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Selecionou-se como palavra-chave de busca: “art. 489, §1º, CPC/15”, limitando o período pela data de publicação do acórdão, de 1º de junho de 2016 a 31 de dezembro de 2016.

A opção por esta palavra-chave foi justamente para reduzir o espectro de buscas no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, de sorte a diagnosticar o entendimento que vem sendo construído por este órgão quanto à interpretação do dispositivo legal. Caso contrário, sem esta demarcação, toda e qualquer decisão poderia se prestar a análise, já que, por força do art. 93, IX, da CRFB/88, toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

A seleção dos julgados tem uma dupla estratégia de pesquisa, quais sejam: dar uma dimensão de quantas demandas chegam ao Superior Tribunal de Justiça que discutem o artigo 489, §1º, CPC/15, bem como avaliar como este órgão jurisdicional vem aplicando em seus votos à referida determinação legal.

Delimitando o espectro dos dados levantados foi conferido maior relevo às decisões prolatadas pelas Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, bem como as decisões das Seções⁹⁴, desprezando-se a análise dos acórdãos proferidos pelas Quinta e Sexta Turma, cuja competência é apreciação de matéria penal, por não corresponder ao objeto de estudo da dissertação. Logo, foram desprezados da análise os acórdãos

⁹⁴ De acordo com o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, as Primeira e Segunda Turmas, que compõem a Primeira Seção, têm a competência de apreciação de matéria de direito público em geral, ao passo que as Terceira e Quarta Turma, que compõem a Segunda Seção, possuem atribuição para matéria de direito privado em geral (Art. 9º, §§1º e 2º, do RISTJ) (BRASIL, 2015b).

prolatados nos *Habeas Corpus* n° 345.745/AM (publicado em 24/11/2016); *Habeas Corpus* n° 357252/RS (publicado em 15/09/2016); no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n° 70674/MG (publicado em 23/06/2016); Agravo Regimental no Recurso Especial n° 1.577.943/SP (publicado em 21/10/2016); Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n° 353049/MG (publicado em 06/06/2016).

Realizou-se a coleta de dados a partir dos critérios já assinalados, sendo selecionados vinte e quatro acórdãos, que foram analisados objetivamente, especificando-se o número dos autos, a Turma julgadora, o relator, as partes, a data de julgamento, a data da publicação e o breve resumo dos votos exarados.

Ao todo foram vinte e quatro acórdãos levantados e devidamente analisados, quais sejam:

- 1) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 853.152/RS (publicado em 19/12/2016);
- 2) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 911.502/SP (publicado em 07/12/2016);
- 3) Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 793.589/SP (publicado em 02/12/2016);
- 4) Recurso Especial n° 1.622.386/MT (publicado em 25/10/2016);
- 5) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 801.104/DF (publicado em 13/10/2016);
- 6) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 774.436/RS (publicado em 27/09/2016);
- 7) Agravo Interno no Recurso Especial n° 1.600.922/SP (publicado em 04/10/2016);
- 8) Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 680.900/RJ (publicado em 23/09/2016);
- 9) Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 670.609/RJ (publicado em 23/09/2016);
- 10) Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n° 698.747/MG (publicado em 21/09/2016);
- 11) Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 866.060/SP (publicado em 16/09/2016);

12) Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n° 954.759/SP (publicado em 16/09/2016);

13) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n° 1.302.132/DF (publicado em 06/09/2016);

14) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 637.841/PR (publicado em 08/09/2016);

15) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 567.352/SP (publicado em 08/09/2016);

16) Embargos de Declaração no Recurso Especial n° 1.468.734/SP (publicado em 15/09/2016);

17) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n° 1.552.550/SP (publicado em 19/08/2016);

18) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 823.796/PR (publicado em 24/06/2016);

19) Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 743.156/SP (publicado em 22/06/2016);

20) Agravo Interno no Recurso Especial n° 1.584.831/CE (publicado em 21/06/2016);

21) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 826.310/SP (publicado em 14/06/2016);

22) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n° 1.446.879/ES (publicado em 13/06/2016);

23) Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial n° 611.803/RS (publicado em 13/06/2016);

24) Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 636.846/SP (publicado em 13/06/2016).

Após selecionados e organizados os acórdãos, como próximo passo, procedeu-se ao levantamento de dados a partir das seguintes questões:

- a) A ementa é representativa da situação fática? (SIM/NÃO)
- b) A fundamentação do relator analisa a situação fática? (SIM/NÃO)
- c) A fundamentação dos demais julgadores analisa a situação fática? (SIM/NÃO)
- d) Na fundamentação existe citação de enunciados de súmulas? (SIM/NÃO)
- e) Na fundamentação existe citação de ementas ou remissão a julgados? (SIM/NÃO)

Com a tabulação dos dados discutiu-se os avanços e retrocessos das decisões no tocante à compreensão do dever de fundamentação estatuído no art. 489, §1º, do CPC/15 e se, de fato, é possível constatar se a fundamentação leva em consideração ao caso concreto subjacente.

5.2 Análise dos resultados obtidos

A fim de facilitar a compreensão dos resultados extraídos ao longo da pesquisa, apresenta-se, a princípio, uma análise geral de acordo com cada quesito elaborado, para, posteriormente, destacar particularidades dos julgados analisados que merecem maiores considerações, correlacionando-os ao marco teórico traçado nos capítulos anteriores.

Ao serem respondidas as questões apresentadas na metodologia da pesquisa, pode-se perceber uma tendência do Superior Tribunal de Justiça, ao menos nos casos apresentados e analisados, de não conferir maior importância à situação fática, tanto no momento de elaboração da ementa, quanto na fundamentação contextualizada com a narrativa fática do caso.

Quanto à primeira questão, qual seja, “A ementa é representativa da situação fática?”, dos vinte e quatro acórdãos analisados, é possível constatar que, em vinte e três, não houve indicação representativa da situação fática. Somente na decisão do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 853.152-RS é que a ementa, ainda que minimamente, cuidou por ser representativa da situação fática.

Embora constasse de alguns dos julgados selecionados a matéria debatida nos recursos apresentados ao Superior Tribunal de Justiça, isto é, se a matéria é relacionada a contratos, a direito de servidor, à indenização, à questão eminentemente de admissibilidade de recurso, a ementa não remete a discussão fática-jurídica que permeia o caso a ser decidido.

A título exemplificativo, colacionam-se algumas ementas dos acórdãos selecionados que, de uma simples leitura, não se pode deduzir qual a questão fática-jurídica por detrás do julgamento feito pelo Superior Tribunal de Justiça, mostrando-se ementas extremamente genéricas e que se prestariam para uma infinidade de casos (semelhantes ou não):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMINAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO NCPC. OMISSÃO. NÃO CONFUGRADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS COM APLICAÇÃO DE MULTA EM VIRTUDE DO CARÁTER PROTTELATÓRIO.

1. Aplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.
2. De acordo com o NCPC, considera-se omissa a decisão que deixa de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º, do NCPC.
3. Não foi demonstrado nenhum vício na decisão embargada a ensejar a integração do julgado, porquanto a fundamentação adotada no acórdão é clara e suficiente para respaldar a conclusão alcançada quanto à deserção do apelo nobre.
4. Os aclaratórios não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado.
5. No caso em apreço, verifica-se a oposição dos segundos aclaratórios com manifesto intuito, já que as omissões apontadas foram expressamente decididas pela decisão embargada.
6. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa em virtude do caráter protelatório. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 743.156/SP (2015/0169348-5). Relator Ministro Moura Ribeiro. **Diário de Justiça**. Brasília, 22 de junho de 2016).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.022 E INCISOS DO CPC DE 2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador, ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida. Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso.
2. No caso dos autos não ocorre nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo CPC, pois o acórdão embargado apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamento sua conclusão.
3. O entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça prevê que em observância ao princípio da instrumentalidade das formas os atos judiciais não devem ser anulados, salvo quando comprovado o prejuízo. A eventual falta de observância da regra prevista no art. 265, I, do CPC de 1973 (art. 313, I do NCPC) que determina a suspensão do processo com a morte de qualquer das partes, enseja apenas nulidade relativa, sendo válidos os atos praticados, desde que não haja prejuízo para os interessados. Na presente hipótese, não vislumbro a ocorrência de prejuízo às partes e muito menos o embargante demonstrou a existência de dano. Precedentes.
4. Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 823.796/PR (2015/0307111-1). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça**. Brasília, 24 de junho de 2016).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ÓBICE DA SÚMULA 211/STJ. CONTRATO DE SEGURO. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO. DESPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de

Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 637.841/PR (2015/0001232-3). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Diário de Justiça. Brasília, 08 de setembro de 2016).

Como já demonstrado no tópico 4.5, as ementas são consideradas resumos dos julgados, elaboradas, via de regra, para serem o mais geral possível. A ementa é mecanismo de catalogação das informações dos julgados, a ser registrada nos repositórios jurisprudenciais e facilitar futuras pesquisas.

Todavia, após análise, vê-se que se predomina a ausência de técnica adequada para elaboração das ementas dos acórdãos e decisões prolatadas pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, o que, certamente, pode induzir a erro o profissional do direito, quando se deparar com uma ementa de que não é sequer possível extrair qual a discussão do caso concreto.

A partir do momento em que se torna corriqueiro, na prática jurídica, a utilização de ementários jurisprudenciais – ao revés dos acórdãos e/ou decisões judiciais em sua completude – vislumbra-se um “caminho mais curto para o esquecimento do mundo concreto” (RAMIRES, 2009, p. 30), ainda mais se tais ementas não correspondem à situação fática.

Maurício Ramires (2009) bem registra, em obra dissertativa, que as ementas, pelo prestígio que possuem no meio jurídico – sobretudo por serem transcritas em peças processuais, pareceres e decisões⁹⁵, devem ser elaboradas tecnicamente, ainda que limitadas suas funções, com o fim de catalogação biblioteconômica.

Isso porque, como defende o mencionado autor, o problema da elaboração das ementas diz respeito à “pretensão de que elas venham a ser diretamente transcritas em textos jurídicos a serem produzidos futuramente, como se uma resposta a um problema jurídico pudesse abranger, em si mesma, outras hipóteses de sua aplicação, para casos ainda sequer nascidos”. (RAMIRES, 2009, p. 32).

⁹⁵ Deve ser chamada a atenção sobre a relevância da utilização dos ementários pelos demais sujeitos processuais em seus arrazoados, já que a responsabilidade pelo mau emprego das ementas não pode ser atribuída tão somente aos órgãos jurisdicionais: “mostra-se indispensável que os sujeitos processuais na feitura de seus arrazoados reconstruam não apenas as sínteses ementárias de acórdãos ou enunciados de súmulas, mas principalmente (e exaustivamente) os fundamentos teórico-normativos a eles subjacentes. Isso porque a adequada compreensão de um entendimento judicial não se dá pela explicitação de suas ementas ou verbetes sumulares, antes pela clarificação de suas razões justificantes”. (PINHEIRO, 2016a, p. 199). Na mesma perspectiva são as críticas de Dierle Nunes, Flávio Pedron e André Horta (2017, p. 338), no sentido de que a mera citação de ementas e súmulas, de forma descontextualizada, em que não “se evidencia uma preocupação em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especialmente se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário, de se conformar em repetir o ementário e os enunciados sumulares”, perpetuar-se-á o julgamento mecânico de teses.

A elaboração de ementas com esta pretensão universalizante, de generalidade dos seus enunciados, implica no seu uso de forma transcendente ao caso que lhe deu origem. Toma-se, muitas das vezes, o ementário para a solução de futuros casos, mas sem pontuar a casuística que o permeia.

Nessa toada, e diante da generalidade dos enunciados das ementas, uma consequência perigosa pode advir: a utilização de ementas em casos cujos fundamentos fáticos-jurídicos são destoantes daquele que originou o ementário.

Retomando ao exemplo da ementa extraída do julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 637.841/PR, cujo acórdão foi publicado em 08 de setembro de 2016, a generalidade com que foi elaborada pode induzir a interpretação de que, em todo e qualquer contrato de seguro, não há necessidade de inversão do ônus da prova:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ÓBICE DA SÚMULA 211/STJ. CONTRATO DE SEGURO. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO. DESPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 637.841/PR (2015/0001232-3). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Diário de Justiça. Brasília, 08 de setembro de 2016).

Entretanto, ao consultar o voto do Ministro Relator, constata-se que a discussão central do recurso submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça corresponde à aplicabilidade ou não do entendimento firmado em sede da sistemática de recursos repetitivos (artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973), quanto ao declínio de competência do feito à justiça federal. A questão atinente à inversão do ônus da prova sequer foi analisada, por não ter sido a matéria prequestionada, conforme os termos do fundamento do voto abaixo:

Ressalta-se que nos termos de processo repetitivo nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, já analisado por esta Corte, não cabe o deslocamento do presente feito à justiça federal conforme requisitado na peça de agravo interno tendo em vista esta encaixar-se no descrito no respectivo acórdão (...)

Por fim, a questão da inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor) não foi objeto de debate ou deliberação pelo acórdão recorrido, restando ausente, assim, o requisito indispensável do prequestionamento da matéria, incidindo, dessa forma, o teor da Súmula 211/STJ, não se conhecendo do recurso, no ponto. (BRASIL, 2016).

Observa-se deste exemplo que a ementa, justamente por ser genérica e com pretensão universalizante, além de não assinalar a situação fática do caso, tampouco corresponde ao que, de fato, foi apreciado e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, a única ementa que, ainda que minimamente, fez referência à situação fática que permeia o caso concreto, foi a elaborada a partir do julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 853.152/RS (2016/0037496-9), publicado em 19 de dezembro de 2016:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO À PENSÃO POR MORTE DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. OCORRÊNCIA. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I – Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática publicada em 28/09/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira o Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/73.

II – Na origem, trata-se de demanda objetivando a habilitação do autor, ora agravante, como pensionista por morte de sua companheira, ex-servidora pública estadual.

III – Consoante a firme jurisprudência do STJ, nos termos do art. 1º do Decreto 20.190/32, a prescrição atinge o próprio direito de ação, quando transcorridos mais de 5 (cinco) anos entre a morte do instituidor da pensão, servidor público estadual, e o ajuizamento da ação em que se postula o reconhecimento do benefício da pensão por morte. Com efeito, “a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, na sentada do dia 16.10.2013, quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.164.224/PR, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, firmou a compreensão de que a “prescrição atinge o próprio fundo de direito quando transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre a morte do instituidor (servidor público estadual) e o ajuizamento da ação em que se postula o reconhecimento do benefício da pensão por morte”, bem como o entendimento de que o “requerimento administrativo formulado quando já operada a prescrição do próprio fundo de direito não tem o poder de reabrir o prazo prescricional” (STJ, AgRg no REsp 1.298.200/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJE de 05/02/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.618.037/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 13/09/2016; AgRg no REsp 1.332.952/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJE de 07/03/2013.

IV – Consoante a novel jurisprudência desta Corte, “a existência de precedentes persuasivos autoriza, na forma do art. 927, IV, do CPC/2015 c/c a Súmula n. 568/STJ que: ‘O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema’. Tal a eficácia mínima dos precedentes persuasivos que vinculam horizontalmente, por seus fundamentos determinantes, os ministros relatores de determinado órgão colegiado à jurisprudência nele formada, atendendo às exigências de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme o art. 926, do CPC/2015” (STJ, AgInt no AREsp 871.076/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/08/2016).

V – Agravo Interno improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 853.152/RS (2016/0037496-9). Relatora Ministra Assusete Magalhães. Diário de Justiça. Brasília, 13 de dezembro de 2016).

Desta feita, a mal técnica empregada na elaboração dos ementários jurisprudenciais, em que se distancia do caso concreto julgado para formar enunciados genéricos e universalizantes é um sinal de crise, o que impõe a necessidade de se repensar em novos

mecanismos para elaboração de ementas que, no mínimo, sejam condizentes à situação fática e à discussão jurídica travada pelas partes a ser dirimida pelo órgão jurisdicional.

O segundo (“A fundamentação do relator analisa a situação fática?”) e o terceiro questionamento (“A fundamentação dos demais julgadores analisa a situação fática?”) se correlacionam com o primeiro levantado e acima analisado. De igual maneira, parte-se da necessidade de se verificar se a situação fática dos casos foi levada em consideração quando da fundamentação dos votos dos julgadores.

Como resultado parcial das análises, destaca-se que, dos vinte e quatro acórdãos selecionados, apenas 08 (oito) decisões contextualizaram em seus fundamentos os argumentos deduzidos pelas partes com as particularidades dos casos concretos, quais sejam: Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 853.152/RS; Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.584.831/CE; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.552.550/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 826.310/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.302.132/DF; Recurso Especial n. 1.622.386/MT; Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 743.156/SP.

Ao analisar as decisões, pode-se perceber a não valorização do Superior Tribunal de Justiça às particularidades do caso concreto quando da emanção de seus fundamentos. Os 16 (dezesesseis) acórdãos analisados – que sequer correlacionaram a fundamentação à situação fática que permeia o caso – se mostram genéricos, de modo que se prestaria a qualquer outro caso que fosse apresentado para deliberação deste órgão jurisdicional.

A citação de atos normativos, ementas de julgados, súmulas sem a sua devida correlação ao caso concreto, ou ainda a invocação de motivos que se prestariam a qualquer decisão, na esteira do estatuído no artigo 489, §1º, incisos I, III e V, do Código de Processo Civil de 2015, constituem hipóteses em que há deficiência na fundamentação, o que se reputa como não fundamentado o ato decisório, como já esclarecido no quarto capítulo do presente estudo.

Novamente, a título de ilustração, vislumbraram-se duas decisões emanadas pela mesma Ministra Relatora Regina Helena Costa, em que, além de não haver prévia contextualização da situação fática que permeia a discussão do caso, valeu-se de idênticos fundamentos para apreciar casos que são completamente distintos, quais sejam: os acórdãos prolatados nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 680.900/RJ (2015/0061101-9), publicado em 23 de setembro de 2016, e os Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso

Especial nº 670.609/ RJ (2015/0046014-0), também publicado na mesma data. Cuidam-se de casos com partes, pedido e causa de pedir distintos, inclusive o próprio mérito de ambos recursos se destoam.

No primeiro caso mencionado, o principal argumento suscitado pela parte Embargante consiste na omissão existente no acórdão vergastado sobre o não enfrentamento do pedido de suspensão do processo por existir julgamento pendente em embargos de divergência, assim como o não enfrentamento do argumento de não ser possível cumular indenizações. O segundo julgado, por outro lado, tem como ponto de debate a omissão sobre questões relevantes de fato e de direito relacionadas à lide, que precisam ser solucionadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ainda assim, a Ministra Relatora se valeu em sua decisão, repisa-se, nos dois julgados, do mesmo fundamento para rejeitar ambos os embargos de declaração:

No caso dos autos, a Embargante não aponta nenhuma das hipóteses previstas no art. 1.022 do Código de Processo Civil, razão pela qual se impõe a rejeição dos aclaratórios.

Com efeito, depreende-se da leitura do acórdão que a controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante a apreciação da disciplina normativa e cotejo ao firme posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a rejeição dos embargos declaratórios uma vez ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/2015 (v.g. Corte Especial, EDcl no AgRG nos EREsp 141157/PB, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJe de 29.06.2016; 1ª Turma; EDcl no AgRg no AgRg no REsp 11041181/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes, DJe de 29.06.2016; e 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1332203/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 24.06.2016).

Assim, verifico, no caso, não haver nenhum vício a ensejar a declaração do julgado ou sua revisão mediante embargos de declaração.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 670.609/RJ (2015/0046014-0). Relatora Ministra Regina Helena Costa. Diário de Justiça. Brasília, 23 de setembro de 2016).

No caso dos autos, a Embargante não aponta nenhuma das hipóteses previstas no art. 1.022 do Código de Processo Civil, razão pela qual se impõe a rejeição dos aclaratórios.

Com efeito, depreende-se da leitura do acórdão que a controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante a apreciação da disciplina normativa e cotejo ao firme posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a rejeição dos embargos declaratórios uma vez ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/2015 (v.g. Corte Especial, EDcl no AgRG nos EREsp 141157/PB, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJe de 29.06.2016; 1ª Turma; EDcl no AgRg no AgRg no REsp 11041181/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes, DJe de 29.06.2016; e 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1332203/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 24.06.2016).

Assim, verifico, no caso, não haver nenhum vício a ensejar a declaração do julgado ou sua revisão mediante embargos de declaração. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial

680.900/RJ (2015/0061101-9). Relatora Ministra Regina Helena Costa. Diário de Justiça. Brasília, 23 de setembro de 2016).

Com a vigência do artigo 489, §1º, do CPC/2015, decisões como as acima transcritas não se reputam como devidamente fundamentadas, porquanto são genéricas e se prestariam a qualquer decisão, sobre qualquer questão fático-jurídica. Aludidos atos decisórios, na realidade, são reflexos do já exposto modelo de juiz-computador (tópico 4.3), que dada a profusão de demandas submetidas a julgamento, acaba por se valer de decisões padrões universais, que – em tese – se amoldariam a qualquer questão *sub exame*.

Mas é daí que se surge um problema a ser superado: a utilização mecânica de um mesmo fundamento (genérico) para todo e qualquer caso. É preciso, de uma vez por todas, que, no corpo da fundamentação, cada fundamento levado a cabo seja demonstrado como cabível ao caso em concreto, ao argumento suscitado, as provas produzidas (SCHMITZ, 2015).

Ao buscar o resgate do caso concreto na fundamentação das decisões jurisdicionais o dever de fundamentar sofre uma mutação. Isso porque cabe ao julgador enfrentar os argumentos das partes de forma a contextualizar com as particularidades do caso concreto, e assim, garantir a emanção de um provimento participado, em consonância ao debatido pelas partes. É dessa forma que os sujeitos processuais alcançarão uma decisão legitimada e mais, conseguirão fiscalizar a atividade jurisdicional.

Em síntese, decisões jurisdicionais que se valem de fundamentos genéricos, como acima demonstrado, negam vigência à normatividade implementada com o Código de Processo Civil de 2015.

Ainda é de se registrar outra espécie de fundamento que, de igual forma, viola à dicção do art. 489, §1º, inciso IV, do CPC/15, uma vez que não enfrenta os argumentos deduzidos e debatidos pelas partes, como é o caso do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.600.922/SP (2016/0132996-3), publicado em 04 de outubro de 2016, em que o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze consignou que: “Anote-se, ainda, que o magistrado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas em juízo quando já houver encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”. (BRASIL, 2016).

Ao determinar a mencionada hipótese do inciso IV que o magistrado tem o dever de fundamentar, detalhadamente, expondo as razões pela qual acolhe ou refuta algum argumento suscitado, dentre todos aqueles discutidos, é que se propiciará maior controle e fiscalidade da decisão. Isso porque, como defende Leonardo Schmitz (2016a, p. 434), “a decisão deve ser robusta o suficiente para expor sua própria vulnerabilidade argumentativa, e superá-la”. Ao

enfrentar todos os argumentos discutidos pelas partes, inclusive, os contrários à deliberação tomada, propicia uma decisão legitimada democraticamente.

O dever de consideração (art. 489, §1º, IV), que também é previsto na Constituição, é corolário do princípio do contraditório substancial atrelado à fundamentação das decisões e, pois, merece ser observado para se garantir a produção legitimada de decisões (administrativas, jurisdicionais, legislativas) e evitar que se perpetue arbitrariedades, no qual é passível ao julgador, diante do caso concreto, dizer qual o direito a ser aplicado.

Olvida-se que decidir contra o que é estabelecido pela lei é decisionismo, que não encontra mais espaço em um Estado Democrático de Direito, marcado pela principiologia do modelo constitucional de processo. O juiz não pode, a seu bel-prazer, suspender a vigência de uma lei (art. 489, §1º, IV, CPC/15), plenamente válida, para criar o seu próprio entendimento.

Diametralmente oposto ao modelo de decisão genérica colacionado nas linhas pretéritas, vislumbra-se, ainda que de forma minoritária, a existência de decisões que buscam enfrentar os argumentos deduzidos pelas partes, confrontando-os com o caso concreto.

Como exemplo de acórdão que levou em consideração os argumentos despendidos pelas partes e o caso concreto em si, tem-se o julgamento do Recurso Especial nº 1.622.386/MT (2016/0224914-1), publicado em 25 de outubro de 2016.

Da leitura de mencionada decisão judicial, desde o seu relatório, já é possível inferir do que se trata o caso concreto e o principal ponto jurídico de irrisignação da parte Recorrente. O argumento que sustenta o recurso especial diz respeito à suposta ofensa ao artigo 489, §1º, inciso IV, do CPC/15, uma vez que a decisão do agravo regimental prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso limitou-se a reproduzir a decisão monocrática do Relator, sem enfrentar os argumentos deduzidos, capazes de modificar o resultado do julgamento.

Ao apreciar o aludido recurso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na esteira do voto do relator, à unanimidade, deu provimento ao pedido recursal, enfrentando pontualmente cada questão suscitada pela parte, em consonância às particularidades do caso.

De início, a Turma julgadora, ao enfrentar o argumento de violação ao artigo 489, §1º, IV, do CPC/15, se valeu do fundamento a seguir:

Na hipótese, o Relator da apelação decidiu, monocraticamente, manter o indeferimento da gratuidade de justiça em favor da recorrente, sem considerar duas importantes questões – a primeira, relativa à situação econômica da recorrente; a segunda, relacionada ao deferimento do mesmo benefício aos recorridos -, as quais estão assim deduzidas nas razões do recurso:
(...)

O TJ/MT, todavia, manteve o entendimento, transcrevendo, integralmente, como fundamento, a decisão agravada.

Mostra-se, pois, deficiente a fundamentação do acórdão, na medida em que foi indeferida a gratuidade de justiça, sem a apreciação das questões pertinentes e relevantes suscitadas pela recorrente, as quais indicam que ela, diferentemente dos recorridos, não possui recursos suficientes para arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios.

Chama também atenção o fato de o benefício ter sido concedido aos recorridos e indeferido à recorrente, quando aqueles, segundo o alegado, teriam melhores condições financeiras, circunstância essa sobre a qual, a despeito de impugnada, não se manifestou o TJ/MT.

Ademais, conforme prevê o §3º do art. 1.021 do CPC/15, é vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno, ainda que “com o fito de evitar tautologia” (fl. 97, e-STJ).

Assim, à luz do que dispõe o art. 489, §1º, IV, do CPC/15, tem-se como não fundamentado o acórdão, vício grave que invalida o julgamento proferido pelo TJ/MT. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.622.386/MT (2016/0224914-1). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça. Brasília, 25 de outubro de 2016).

O posicionamento assumido pelo Superior Tribunal de Justiça, diante do caso concreto, foi coerente aos ditames estatuídos com a novel legislação em comento, reconhecendo como nula uma decisão judicial que se limita a reproduzir os mesmos fundamentos, sem enfrentar os argumentos diversos alegados pelas partes capazes de infirmar a conclusão do julgador, art. 489, §1º, IV, CPC/15, (BRASIL, 2015).

Ainda há, de outro vértice, decisões que simplesmente ainda se encontram aprisionadas ao falido modelo silogístico de emanção decisória, já denunciado no primeiro capítulo desta dissertação.

Além de não considerar a situação fática que permeia a questão discutida nos autos do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 636.846/SP, publicada em 13 de junho de 2016, não permitindo aquele que tenha um primeiro contato com a decisão saber, de plano, do que se trata a controvérsia jurídica entre as partes, quais são os argumentos suscitados nos recursos e os fundamentos impugnados da decisão, o acórdão selecionado ainda se pauta, como fundamento, de critério silogístico para dirimir o conflito:

(...) Recorre-se a silogismos para motivar a decisão.

Assim, utilizam-se premissas para se chegar a determinada conclusão. Há uma premissa maior, que constitui o fundamento para negar seguimento ao recurso, e uma premissa menor, que constitui a apresentação dos elementos do caso concreto que permitem concluir ser possível a aplicação da premissa maior. Por tal motivo, para que haja efetiva impugnação dos fundamentos da decisão, não basta refutar as conclusões apresentadas, é imprescindível que se ataque as premissas, que constituem, de fato, a motivação da decisão. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 636846/SP (2014/0317740-4). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Diário de Justiça. Brasília, 13 de junho de 2016).

Decisão com fundamento deste viés implica no regresso à tendência juspositivista de motivação da decisão através da categoria de silogismo judicial, que, como já delineado no primeiro capítulo deste estudo, encontra-se em crise; este método de decisão, ao revés de evidenciar a motivação do julgador, nada mais faz do que mascarar seus ideologismos, sua subjetividade, haja vista não ser possível aferir quais motivos que levaram a decidir de tal forma (SCHMITZ, 2015).

Ainda com relação ao segundo quesito, é de se pontuar que não se desconhece o óbice ao reexame de fatos e provas enunciado pela súmula n° 7 do Superior Tribunal de Justiça⁹⁶. Contudo, como já defendido ao longo deste trabalho, não é mais concebível que haja uma cisão entre questões de fato e questões de direito. Embora haja institutos no Novo Código de Processo Civil, que acentuam esta dicotomia, a exemplo dos incidentes de assunção de competência (artigo 947 do CPC/15) e de resolução de demandas repetitivas (artigo 976 do CPC/15), ou ainda, dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (artigo 1.036 do CPC/15), tornando o Superior Tribunal de Justiça como um órgão decisor de teses, não se pode esquecer das lições traçadas nos capítulos anteriores no sentido de não ser possível o julgamento apenas de teses: “a compreensão meramente burocrática do decidir despe o juiz de responsabilidade e o afasta do compromisso com o caso. Quando se deixam de julgar casos, para julgarem-se teses, tem-se sintoma inequívoco da suplantação da atividade judicial pela burocracia”. (SCHMITZ, 2015, p. 148).

Prosseguindo a análise dos questionamentos levantados, o terceiro ponto (“A fundamentação dos demais julgadores analisa a situação fática?”) restou prejudicado, posto que, dos julgados selecionados, as Turmas julgadoras, à unanimidade, seguiram o voto do(a) Ministro(a) Relator(a).

Por fim, a quarta e a quinta questão, respectivamente, “na fundamentação existe citação de enunciados de súmulas?” e “na fundamentação existe citação de ementas ou remissão a julgados?”, também se correlacionam entre si e com os questionamentos anteriores, motivo pelo qual serão analisadas de forma conjunta.

O objetivo com a elaboração destas últimas questões é justamente confrontá-las com a novel disposição dos incisos V e VI, do parágrafo primeiro, do artigo 489, do CPC/15 e com o dever de concretude que se exige no emprego de súmulas e ementas jurisprudenciais na fundamentação de uma decisão judicial.

⁹⁶ Súmula n° 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (BRASIL, 1990).

No capítulo anterior, foram delineadas considerações a respeito da mixagem entre os sistemas de *civil law* e *common law*, que evidenciam, no contexto brasileiro, cada dia mais, uma predileção pela cultura do ementário jurisprudencial e a utilização de súmulas e precedentes para fundamentar uma decisão ou um voto.

Os dados aferidos, neste ponto, sinalizam a tendência do Superior Tribunal de Justiça em empregar enunciados sumulados e ementas de julgados para fundamentar seus acórdãos. No quesito “na fundamentação existe citação de enunciados de súmulas?”, dos vinte e quatro acórdãos analisados, em doze foram empregados súmulas na sua fundamentação, quais sejam: Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 853.152/RS; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 911.502/SP; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 801.104/DF; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 774.436/RS; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 826.310/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 823.796/RS; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.302.132/DF; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 611.803/RS; Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 866.060/SP; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 567.352/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.446.879/ES; Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1.468.734/SP.

Já no quesito “na fundamentação existe citação de ementas ou remissão a julgados?”, verifica-se que, dos vinte e quatro acórdãos analisados, em dezoito deles foram fundamentados em ementas ou julgados anteriores: Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 853.152/RS; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 911.502/SP; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 801.104/DF; Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.600.922/SP; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 793.589/SP; Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.584.831/CE; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 636.846/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.552.550/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 774.436/RS; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 826.310/SP; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 611.803/RS; Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 954.759/SP; Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 866.066/SP; Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 670.609/RJ; Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos

de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 698.747/MG; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.446.879/ES; Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 680.900/RJ; Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.468.734/SP.

O que se observa, de maneira geral, da pequena amostra colhida, é a predominância de referência às súmulas, a julgados e a ementários na fundamentação das decisões jurisdicionais, em especial do Superior Tribunal de Justiça, sem, contudo, haver a sua correlação ao caso concreto, em desarmonia com o dever de concretude exigido pelo regramento processual do art. 489, §1º, do CPC/15.

Em um primeiro momento, verifica-se o emprego das súmulas tal como se fosse uma regra – dado o caráter de abstração e generalidade que carregam em si. Em um exemplo colhido da análise, nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 567.352/SP, publicado em 08 de setembro de 2016, o julgador invoca o óbice da súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça para se abster de enfrentar o pedido formulado pela parte recorrente, ao simples fundamento de que a questão envolve o reexame de provas e circunstâncias fáticas dos autos. Não há confrontação com os argumentos deduzidos pelas partes, não há confrontação com o caso concreto.

O perigo advindo de uma prática jurídica pautada na mera reprodução de súmulas – cuja solução foi extraída de um (ou um conjunto) de casos – para serem aplicadas a casos futuros, que se mostram análogos, sem a exigência do dever de concretude, incorre no que Lenio Luiz Streck denomina de “resposta antecipada”, já que as súmulas (incluindo também os ementários) possuem a pretensão de abarcar todas as demandas (causas). “Isso explica as razões pelas quais não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses. Essas teses – transformadas em super-enunciados – proporcionam “respostas antecipadas””. (STRECK, 2013, p. 75).

E, todavia, mesmo com a edição da regra estatuída no artigo 489, §1º, V, do CPC/15, em que não se considera fundamentada decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos invocados – ainda se constata uma resistência do órgão jurisdicional em examinar a proceder a uma mudança na formulação de suas decisões (BRASIL, 2015).

De uma forma ainda mais grave, se vislumbra a predominância de ementários jurisprudenciais – considerados por muitos julgadores, impropriamente, como precedentes –

em total desatenção às particularidades do caso, à história institucional e a uma cadeia de coerência e integridade do direito, como enunciado nos capítulos anteriores.

Como visto, dos vinte e quatro acórdãos selecionados, dezoito se valem de ementas ou referência a julgados pretéritos, como fundamento da decisão judicial. E isso não é nenhuma novidade; desde 2013, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2013, p. 78) já apontam como uma prática recorrente “afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões”.

Se a novel legislação propugna que o emprego de precedente ou enunciado de súmula deve se atentar para os fundamentos determinantes e para as particularidades do caso sob julgamento, não é mais crível admitir que se perpetue decisões desse jaez:

Verifica-se, portanto, que o órgão colegiado dirimiu a controvérsia em sintonia com os precedentes desta Corte Superior exarados em casos análogos, os quais enfrentaram a mesma controvérsia jurídica, qual seja, o momento da exigência da carteira de habilitação nos concursos de Soldado Motorista. O embargante pretende modificar a jurisprudência do STJ por meio dos embargos declaratórios, o que não é admissível. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIDO. OMISSÃO SOBRE O TEMA DE FUNDO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. De acordo com o art. 1.022 do CPC/15, os embargos declaratórios são cabíveis para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição nas decisões judiciais, bem como para suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento da parte, ou para corrigir erro material.
 2. Não há vício de embargabilidade quando o aresto recorrido decide integralmente a controvérsia de maneira sólida e fundamentada.
 3. Descabe falar em omissão sobre o tema de fundo quando não ultrapassado o conhecimento.
 4. Embargos de declaração rejeitados.
- (EDcl no AgRg no AREsp nº 791.758/DF, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 4/5/2016).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houve na decisão obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o art. 1.022 do CPC/15.
 2. No caso concreto, não se constata os vícios alegados pela parte embargante que busca rediscutir matéria devidamente examinada pela decisão embargada, o que é incabível nos embargos declaratórios.
 3. Embargos de declaração rejeitados.
- (EDcl no AgRg no AREsp 801.800/RJ, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016).
 Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.
 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1446879/ES (2014/0076715-5). Relatora Ministra Diva Malerbi. **Diário de Justiça**. Brasília, 13 de junho de 2016).

No caso acima retratado, os julgadores se limitaram a invocar os “precedentes” do Superior Tribunal de Justiça sem, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes; além do que, colacionaram ementas sem contextualizar com o caso concreto, aduzindo, como fundamento, que modificar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio dos embargos declaratórios não é admissível.

Em outro acórdão extraído das buscas realizadas, pode-se constatar que, além da não identificação dos fundamentos determinantes, as ementas dos julgados colacionados se referem, nitidamente, às causas distintas entre si, o que, mais uma vez, demonstra a necessidade da particularização do caso, quando da aplicação de ementas como fundamento:

Firmou-se nesta Corte o entendimento segundo o qual o Recurso Especial, interposto com fundamento nas alíneas “a” e/ou “c” do inciso III, do art. 105, da Constituição, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontrar-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula 83. Cumpre sublinhar que o alcance de tal entendimento aos recursos interpostos com fundamento na alínea “a”, do permissivo constitucional, decorre do fato de que a aludida divergência diz respeito à interpretação da própria lei federal. Anote-se que, para aplicação do entendimento previsto na Súmula 83/STJ, basta que o acórdão recorrido esteja de acordo com a orientação jurisprudencial firmada por esta Corte, sendo prescindível a consolidação do entendimento em enunciado sumular ou a sujeição à sistemática dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil, com trânsito em julgado.

Assim, perfeitamente possível a aplicação da Súmula 83 do STJ aos recursos especiais interpostos tanto pela alínea “a” quanto pela alínea “c” do permissivo constitucional, conforme a jurisprudência desta Corte. Precedentes:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SISTEMA DE COPARTICIPAÇÃO. PREVISÃO CONTRATUAL CLARA E EXPRESSA. ABUSIVIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 282 DO STF, RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. DECISÃO MANTIDA.

1. (...)

2. Logo, o acórdão de origem encontra-se alinhado com a jurisprudência desta Corte, sendo inafastável, no caso em tela, a incidência da Súmula n. 83 do STJ, aplicável também aos recursos especiais interpostos pelas alíneas a e c do permissivo constitucional, segundo iterativa jurisprudência aqui dominante.

3. No que se refere aos arts. 39, V, 47 e 51, IV e §1º, II, todos do CDC e 422 do CPC/73, verifica-se que o conteúdo normativo desses dispositivos não foi objeto de debate no v. acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicável, assim, por analogia, a Súmula nº 282 do STF.

4. (...)

5. Inaplicabilidade das disposições do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado nº 1 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de

março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1415804/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 23/05/2016).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. REGIME ESTATUTÁRIO. PROMOÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ.

I - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual em caso de ato omissivo da Administração Pública, consubstanciado na inércia em conceder progressão funcional aos servidores, em que não tenha havido negativa expressa do direito pretendido, não se opera a prescrição do fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, porquanto resta caracterizada relação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, nos termos da Súmula n. 85 desta Corte.

II - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83.

III - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 628.948/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRETENSÃO QUE PERPASSA PELA ANÁLISE FÁTICA DA CAUSA. INCIDÊNCIA DA SÚM. 7/STJ. DECISÃO EM HARMONIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚM. 83 DESTA CORTE, APLICÁVEL INCLUSIVE EM RECURSO FUNDADO NA ALÍNEA "A" DA NORMA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 284 DO STF E INVIABILIDADE DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No presente caso, para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, quanto a não ocorrência de dano moral, seria imprescindível o reexame de prova, sendo inviável nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

2. Não se conhece de recurso em consonância com a orientação jurisprudencial predominante neste Tribunal, pelo que incide na espécie a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável inclusive quando fundado o recurso especial na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

3. A ausência de indicação do dispositivo legal a que se tenha dado interpretação divergente pelo acórdão recorrido atrai o óbice previsto no enunciado da Súmula 284 do STF.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 685.255/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 26/06/2015).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 182/STJ.

1. É inviável o agravo em recurso especial que deixa de atacar, de modo específico, os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem para negar trânsito ao apelo especial. Incidência, por analogia, da Súmula 182 do STJ.

2. A Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça é aplicável aos recursos especiais amparados na alínea c do permissivo constitucional, como também àqueles fundamentados na alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 322.523/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 11/10/2013)

Das ementas colacionadas pelo Ministro Relator no caso acima destacado, pode-se verificar que, na primeira ementa invocada, a questão fática-jurídica permeia as normas do Código de Defesa do Consumidor; na segunda, a discussão cinge-se a direito de servidor público estatutário; na terceira, trata-se de ação de repetição de indébito cumulada com indenização por danos morais; e na quarta, questão de admissibilidade de recurso.

Considerar apenas a tese jurídica extraída pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, “a súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça é aplicável aos recursos especiais amparados na alínea c do permissivo constitucional, como também àqueles fundamentados na alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal” (BRASIL, 2016), é admitir sua aplicação mecânica e indistinta a uma infinidade de casos que – entre si não guardam compatibilidade – o que corresponde a um retorno ao positivismo exegético (retratado no primeiro capítulo desta dissertação).

A aplicação mecânica de julgados e ementários (considerados como “precedentes” pelo Superior Tribunal de Justiça) foram vislumbrados nos acórdãos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 911.502/SP; Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 793.589/SP; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 801.104/DF; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 774.436/RS; Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.600.922/SP; Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 680.900/RJ; Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 670.609/RJ; Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial nº 698.747/MG; Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 866.060/SP; Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 954.759/SP; Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.468.734/SP; Embargos de Declaração no Agravo

Regimental no Recurso Especial nº 1.552.550/SP; Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.584.831/CE; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 826.310/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.446.879/ES; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 611.803/RS; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 636.846/SP.

Da análise dos acórdãos extraídos do Superior Tribunal de Justiça, é possível constatar que as hipóteses previstas nos incisos do parágrafo primeiro, do artigo 489, do CPC/15, foram, na sua grande maioria, olvidadas por este órgão jurisdicional, que, ainda, se mostra resistente à incorporação dos preceitos da nova normatividade.

5.3 Aportes conclusivos

Após a colheita, análise, tabulação dos resultados obtidos com a presente pesquisa empírica, a conclusão que se pode chegar com a amostragem colhida é a de que o Superior Tribunal de Justiça ainda não incorporou, por completo, em seus pronunciamentos decisórios, o dever de fundamentação das decisões estatuído no artigo 489, §1º e seus incisos, do CPC/15 e sua correlação com o caso concreto.

A modificação legislativa inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 é benéfica e traduz em melhorias para o dimensionamento de conflitos, com a formação de uma decisão que seja participada e democraticamente legítima, como demonstrado nos capítulos antecessores.

No entanto, apenas a alteração da normatividade vigente – ainda que possibilite contornos mais democráticos ao processo e à emanção de decisões judiciais legítimas – por si só, não consegue transformar a realidade, a prática jurídica.

Dos julgados analisados, chega-se à conclusão de que, enquanto perpetuada a prática pelos órgãos jurisdicionais, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça (órgão cujas decisões foram objeto de exame), de aplicação mecanizada de súmulas, precedentes e ementários dificilmente se alcançará uma decisão que seja adequadamente fundamentada, nos termos do modelo constitucional de processo, e que prestigie o caso concreto e suas particularidades.

O que se vislumbra das decisões selecionadas é a negligência do Judiciário com o caso concreto. Reforça-se, cada vez mais, nos Tribunais Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, a tônica de julgamento de teses, sobretudo para contingenciar o problema do congestionamento propiciado pelas demandas repetitivas, já exposto no capítulo segundo.

A pretensão de aprisionar os fatos de antemão, como foi ensinado por Lenio Streck e Georges Abboud (2013), é propiciar que as respostas sejam dadas antes mesmos das perguntas. Ou seja, aprisionam-se em teses jurídicas firmadas pelos Tribunais Superiores soluções para casos futuros, em um nítido juízo prospectivo.

Essa aposta em julgamento de teses faz com que se retome preceitos da suplantada Escola positivista da Exegese, do século XIX e a crença de que ao se elaborar (ou se valer) de súmulas, ementas ou padrões decisórios resolverá todos os problemas relacionados à aplicação do direito, gerando uniformidade, segurança e clareza (THEODORO JÚNIOR et al, 2016).

Ademais, não se pode descurar do papel relevante que o Superior Tribunal de Justiça possui como órgão responsável pela uniformização de interpretação quanto à legislação federal. As decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça se constituem de exemplos, de orientações aos tribunais e juízes de hierarquia inferior. Nessa esteira, se o próprio STJ não cumpre as disposições do §1º, do artigo 489, do CPC/15 e não impõe sanções para os outros órgãos jurisdicionais que a desobedecem, a norma em questão nunca será observada.

Desta feita, operacionalizar um sistema jurídico em que seus próprios órgãos jurisdicionais negam vigência à lei legítima e constitucional é uma tarefa hercúlea. E a pequena amostragem colhida a partir desta pesquisa, ao menos, é um ponto indiciário para mostrar que a mera alteração legislativa não promove ganhos senão somadas com outros fatores tão relevantes quanto, como, por exemplo, a necessidade de capacitação dos profissionais que conduzem as atividades jurídicas (englobando-se magistrados, membros do Ministério Público, advogados, delegados, procuradores e, inclusive, o próprio cidadão); a atribuição de força persuasiva da doutrina e seu papel crítico de formação da ciência jurídica; a mudança da cultura jurídica que permeia os profissionais jurídicos e a própria comunidade.

Nesta mesma ordem de ideias, Dierle Nunes e Flaviane Barros, quanto às reformas processuais macroestruturais, já tiveram a oportunidade de esclarecer que:

Não se pode esquecer que o aprimoramento das técnicas processuais (com as reformas legislativas) somente viabilizará eficiência no sistema jurídico caso seja acompanhada de uma política pública de acesso à justiça, amplamente debatida, que problematize a questão das reformas processuais, mas também de gestão processual e da infraestrutura do Poder Judiciário de modo conjunto, ou seja, caso se realize uma verdadeira reforma do sistema de aplicação, eis que a mera alteração legislativa não terá o condão de obter a melhoria que se almeja. (NUNES; BARROS, 2010, p. 30).

Avançando nessas linhas, o que se vislumbra é que não se pode conceber uma alteração legislativa desacompanhada de uma mudança – tão relevante quanto – dos profissionais que atuam no âmbito do Direito. E a crítica que se tece ao se constatar, a partir da amostragem colhida, que os julgadores não se alinham completamente à normatividade implementada com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 é extensível aos demais profissionais.

A culpa pela não observância às regras jurídicas previstas na novel legislação – e, em especial, ao artigo debatido ao longo deste estudo – não pode ser atribuída somente aos decisores, sob pena de se autorizar a perpetuação de foco de protagonismo na figura do magistrado (NUNES; BAHIA, 2008).

Em um modelo de processo constitucionalizado e democrático, e “em face da percepção da interdependência entre todos os sujeitos de direito envolvidos na aplicação processual (jurisdicional) do direito, deve-se investir na formação continuada de todos” (NUNES; BAHIA, 2008, p. 88), com a realização de cursos de atualização e de permanente formação, a ensejar que o exercício de suas respectivas atividades se coadunem às mudanças legislativas⁹⁷; até porque, “mostra-se no mínimo temerário permitir que a lei seja aplicada por profissionais que não tenham sido preparados para sua utilização” (NUNES; BAHIA, 2008, p. 88).

No mesmo sentido, Flaviane Barros de Magalhães realça que a necessidade de conformação do processo legislativo e da aplicação da reforma processual perpassa pela formação dos juízes, membros do Ministério Público e advogados, de modo a aperfeiçoar as instituições democráticas:

O que demonstra [é] que não basta um processo legislativo concluído, mas sim o constante debate, discussão, acompanhamento e estudo do tema. Responsabilidade que deve ser conduzida não só pelos pesquisadores do direito processual vinculados às pós-graduações brasileiras, mas também pelas escolas profissionais da Magistratura, do Ministério Público e Advocacia, ao se dedicarem a formação continuada dos operadores do direito (BARROS, 2012, p. 421).

⁹⁷ “Estou convencido de que, para a concretização do projeto político-jurídico de refundação democrática da justiça, é necessário mudar completamente o ensino e a formação de todos os operadores do direito: funcionários, membros do ministério público, defensores públicos, juízes e advogados. É necessária uma revolução. Em relação aos profissionais, distingue-se entre a formação inicial e a formação permanente. Ao contrário do que sempre se pensou, a formação permanente é hoje considerada a mais importante. Dou-vos um exemplo. Na Alemanha, não há nenhuma inovação legislativa sem que os juízes sejam submetidos a cursos de formação para poderem aplicar a nova lei. O pressuposto é que, se não houver uma formação específica, a lei obviamente não será bem aplicada. Temos que formar os profissionais para a complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos” (SANTOS, 2011, p. 82).

Ademais, registre-se que, muito além das mudanças legislativas, da devida capacitação de profissionais, da estruturação de gestão processual, é preciso que a própria cultura jurídica, no contexto brasileiro, absorva as inovações, o que decorre de forma paulatina. (BAHIA, 2017).

Essa advertência também é extraída dos estudos de Boaventura de Sousa Santos, que, não obstante centrar sua preocupação com os problemas práticos – jurídicos e judiciários – do contexto português, já ressalta a importância de se atrelar as reformas legislativas à compreensão da cultura jurídica de determinada comunidade:

No Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, realizamos dois inquéritos à opinião pública com um intervalo de dez anos sobre o que pensam os cidadãos do sistema judicial português. Em dez anos, as opiniões negativas continuam a dominar as opiniões positivas, apesar das reformas. Na verdade, tivemos muitas reformas, mas a cultura jurídica e judiciária não se modificou. Essa é uma das principais razões que levou a que muitas reformas tenham tido efeitos perversos. Muitas vezes, o poder político tem a ideia de que com a promulgação da lei a reforma está feita, o problema está resolvido. Mas, não é assim. Ao contrário, o problema começa com a promulgação da nova lei. Sem uma outra cultura jurídica não se faz nenhuma reforma. (SANTOS, 2011, p. 123-124).

Desta feita, tais mudanças legislativas não ocorrem de modo instantâneo, como evidenciado ao longo da pesquisa empírica. Transformar a forma de como as decisões devem ser adequadamente fundamentadas exige-se preparo, estudo e mudança de mentalidade de todos aqueles que atuam no sistema jurídico. Não se pode ter uma “letra de lei” nova e praticá-la nos moldes da legislação revogada, pois assim, nenhum avanço será alcançado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo empreendido nas linhas pretéritas, restaram evidenciadas algumas relevantes considerações sobre o tema o qual se buscou envidar esforços: o dever de fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015, a partir do marco teórico do modelo constitucional de processo e da análise crítica às decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça, após a vigência da regra processual prevista no §1º, do artigo 489, do já citado Código.

Como delineado ao longo do desenvolvimento dos capítulos que compõem a presente dissertação, enfrentar a temática da fundamentação das decisões jurídicas é uma tarefa tortuosa, densa e que exige a compreensão de outros ramos dos saberes.

A produção de um ato decisório que seja coerente com o debate democrático e a concretude do caso perpassa pela necessidade de rompimento com as matrizes de viés positivista e a redução da decisão judicial como mero ato de silogismo, que camuflam fundamentos pautados em ideologias e na subjetividade do julgador. Decerto, perpetua-se a discricionariedade daquele que decide (solitariamente), sem se deixar influir pelo contributo da argumentação despendida pelas partes ao longo do procedimento.

Buscou-se defender que a fundamentação adequada das decisões está atrelada ao resgate da importância do caso concreto e a ruptura com a aposta em emanção de decisões por simples fórmulas quase matemáticas. A tanto, o contributo de Friedrich Müller nos alerta para abertura aos dados do caso, conduzindo a decisão a um trabalho reflexivo (e não mais mecânico), a fim de que o próprio julgador seja influenciado. De outro lado, com as proposições de Ronald Dworkin, tem-se como dever imposto ao decisor a demonstração de que a decisão tomada é a mais adequada dentre as possíveis soluções cogitadas, até porque cada caso é único e irrepetível.

Assim, vê-se que é somente ao se atentar para as particularidades do caso concreto – a ser reconstruído endoprocessualmente pelos sujeitos processuais, em contraditório – é que se conduzirá a formação adequada e constitucionalmente legítima dos atos decisórios, na quadra do Estado Democrático de Direito. Essa conclusão parcial nos levou a outra reflexão, também denunciada nas linhas desta pesquisa: ao Judiciário não cabe apreciar teses jurídicas, descoladas do caso concreto subjacente, como se possíveis julgamentos abstratos, sob pena de reprimenda do positivismo exegético denunciado no primeiro capítulo deste estudo.

O dever de fundamentação das decisões consentâneo ao Estado Democrático de Direito, e dentro do marco do modelo constitucional de processo, como observado, constitui-se como garantia constitucional (art. 93, IX, CRFB/88) assegurada aos cidadãos de controlabilidade do exercício do poder estatal (inclusive de suas arbitrariedades) e de legitimação dos pronunciamentos decisórios.

Não obstante ser esta garantia uma exigência constitucional, o que se vislumbra, na prática jurídica, são reiteradas decisões jurisdicionais em que os fundamentos se constituem simulacros (insuficiência de fundamentação), incidindo-se, continuamente, em ofensa à garantia constitucional.

Para a correção de rumos e visando a dar cumprimento à previsão constitucional, foi elaborado o artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, em especial ao parágrafo primeiro (objeto deste estudo) cuja disposição confere maiores contornos democráticos ao sistema processual brasileiro.

Na perspectiva da novel legislação processual civil, é imposto ao órgão julgador o dever de fundamentar toda e qualquer decisão, associados a um *plus*: o dever de correlacionar os fundamentos às especificidades do caso concreto.

Nesse sentido, a aplicação de atos normativos, ementas, enunciados de súmulas, precedentes não podem decorrer de forma automática e mecânica, o que, de igual modo, conduz a indicação de seus conteúdos à crítica dos demais sujeitos processuais, em espaço procedimentalizado, e assegurado aos cidadãos as garantias processuais constitucionais, para a emanção de atos decisórios em atenção às peculiaridades do caso concreto, homenageando-se, pois, o que se denominou, ao longo da pesquisa, de dever de concretude.

Ademais, após a análise empírica das decisões colhidas do repositório eletrônico do Superior Tribunal de Justiça pode-se chegar à conclusão de que aludido órgão jurisdicional não incorporou – por completo – as modificações legislativas, em especial ao dever de fundamentação das decisões, previsto no §1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil de 2015.

Em que pese a proposta legislativa inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 ser benéfica e traduzir em melhorias para o dimensionamento de conflitos, com a formação de uma decisão que seja participada e democraticamente legítima, como demonstrado nos capítulos antecessores, por si só, não é capaz de transformar a prática jurídica.

Dos julgados analisados, chega-se à conclusão de que, enquanto perpetuada a prática pelos órgãos jurisdicionais, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça (órgão jurisdicional cujas decisões foram objeto de exame), de aplicação mecanizada de atos normativos, súmulas,

precedentes e ementários, dissociada das particularidades do caso, dificilmente se alcançará uma decisão que seja adequadamente fundamentada, nos termos do modelo constitucional de processo e que prestigie o caso concreto.

Operacionalizar um sistema jurídico em que seus próprios órgãos jurisdicionais negam vigência à lei legítima e constitucional é o obstáculo a ser vencido.

Diagnosticar o problema, pois, é o pontapé inicial, mas isto não é o suficiente. A pesquisa, logo, não pode cessar. Há, ainda, um longo caminho a ser investigado, o que exigirá mais estudo, mais esforços e mais tempo de pesquisa.

O que se chega à conclusão é que a responsabilidade para se alcançarem decisões fundamentadas adequadamente, em respeito ao que dispõe o art. 489, §1º, CPC/15, não pode (e nem deve) ser atribuída somente ao julgador ou as partes que litigam em juízo. Tampouco somente aos serventuários, advogados, defensores e membros do Ministério Público. É sim, responsabilidade, de igual forma, de toda a comunidade jurídica e – principalmente – do papel crítico a ser exercido pela academia.

É preciso denunciar os problemas existentes e buscar apresentar soluções teorizadas que refletem e impactam o modo de ser da prática jurídica. Desta feita, uma alteração legislativa, que apresenta ganhos democráticos em seu texto, somente será aplicada e respeitada se todos os demais sujeitos forem responsáveis por sua efetivação, aliada a fatores como a capacitação profissional continuada, a atribuição de força persuasiva da doutrina e seu papel crítico no ensino jurídico, e, por fim, a mudança da cultura jurídica de seus operadores.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Editora RT, 2013.
- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Editora RT, 2014.
- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**. Vol. 245. Ano 2015, p. 351-377. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2015.
- ALBARELLO, Luc et al. **Práticas e métodos de investigação em ciências sociais**. Tradução: Luísa Baptista. 2ª ed. Lisboa: Gravida, 2005.
- ALVES, Isabella Fonseca. **A cooperação processual no Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de processo**, v. 87, São Paulo, 1997.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile – Seconda edizione ampliata ed aggiornata** – Torino: Giappichelli Editore, 1997.
- ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. Schocken book, New York, 2004.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. Vol. 256. Ano 41, p. 35-64. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. 2016.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Fundamentação das decisões judiciais – mudanças no judiciário face o CPC 2015. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. **Temas de Direito Processual, segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito/PUC (MG)*, Belo Horizonte, v. 1, ano 2, p. 01-29, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?**, vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008b, p. 131-148.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo Constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRAN, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O papel dos sujeitos processuais nas reformas do Código de Processo Penal: a necessidade de discutir a formação dos juízes. In: Vladmir Oliveira da Silveira, Aires José Rover. (Org.). **Processo e Jurisdição**. 1ed. Flarianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 402-427.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. In: **Revista da OAB**, ano 2008. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 26 fev. 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Estrutural do Direito, de Friedrich Müller. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Tradução de Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucao.htm> Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 jul. 1990. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno**. Edição revista, ampliada e atualizada. Brasília, 2015b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 611803/RS (2014/0291896-0). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402918960&dt_publicacao=13/06/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 636846/SP (2014/0317740-4). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402918960&dt_publicacao=13/06/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1446879/ES (2014/0076715-5). Relatora Ministra Diva Malerbi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 de junho de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518670&num_registro=201400767155&data=20160613&formato=PDF. Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 826310/SP (2015/0298825-6). Relator Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502988256&dt_publicacao=14/06/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1584831/CE (2015/0323238-8). Relator Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503232388&dt_publicacao=21/06/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 743.156/SP (2015/0169348-5). Relator Ministro Moura Ribeiro. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 22 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501693485&dt_publicacao=22/06/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 823.796/PR (2015/0307111-1). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503071111&dt_publicacao=24/06/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.552.550/SP (2014/0188722-7). Relator Ministro Moura Ribeiro. **Diário**

de Justiça Eletrônico. Brasília, 19 de agosto de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401887227&dt_publicacao=19/08/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.302.132/DF (2012/0000047-9). Relator Ministro Luis Felipe Salomão.

Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 06 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200000479&dt_publicacao=06/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 567.352/SP (2014/0207487-4). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 08 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402074874&dt_publicacao=08/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 637.841/PR (2015/0001232-3). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 08 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500012323&dt_publicacao=08/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 1468734/SP (2014/0165573-2). Relator Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 15 de setembro de 2016. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401655732&dt_publicacao=15/09/2016. Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 866.060/SP (2016/0039574-6). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 16 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600395746&dt_publicacao=16/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 954.759/SP (2016/0190885-1). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 16 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601908851&dt_publicacao=16/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 698.747/MG (2015/0071863-1). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 21 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500718631&dt_publicacao=21/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 680.900/RJ (2015/0061101-9). Relatora Ministra Regina Helena Costa. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 23 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500611019&dt_publicacao=23/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 670.609/RJ (2015/0046014-0). Relatora Ministra Regina Helena Costa. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500460140&dt_publicacao=23/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 774.436/RS (2015/0224330-3). Relator Ministro Og Fernandes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502243303&dt_publicacao=27/09/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.600.922/SP (2016/0134996-3). Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 04 de outubro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601349963&dt_publicacao=04/10/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 801.104/DF (2015/0265406-2). Relator Ministro Mauro Campbell Marques. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 de outubro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502654062&dt_publicacao=13/10/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.622.386/MT (2016/0224914-1). Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 de outubro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602249141&dt_publicacao=25/10/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 793.589/SP (2015/0249369-1). Relator Ministro Gurgel de Faria. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 de dezembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502493691&dt_publicacao=02/12/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 911.502 (2016/0111290-0). Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 de dezembro de 2016. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601112900&dt_publicacao=07/12/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 853.152/RS (2016/0037496-9). Relatora Ministra Assusete Magalhães. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 de dezembro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600374969&dt_publicacao=19/12/2016> Acesso em: 07 abr. 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª ed., rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - **Normas Fundamentais**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 59-74.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et al.* **Estudo Sistemático do NCPD** (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Que é cooperação processual? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247557>>. Acesso em: 18 set. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que és importante Dworkin? In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 2, p. 159-165, 1985. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1985.2.10>> Acesso em: 23 set. 2017.

CAMBI, Eduardo. Precedentes e Dever de Motivação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. Vol. 241/2015. Mar. 2015. p. 413-438.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Fundamentação Racional das decisões jurídicas. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 59-122.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. In: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA. **Processo Constitucional**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. Estado de Direito Garantista, Neoliberalismo e Globalização: os direitos fundamentais como limites e vínculos aos poderes econômicos desregulados. In: **Revista de Direitos Fundamentais Democráticos**, v. 18, n. 18, p. 254-274, jul./dez. 2015.

COSTA, Fabrício Veiga. Imparcialidade do juízo x a consciência do julgador no ato de decidir: um estudo crítico da processualidade democrática e do artigo 489 do novo Código de Processo Civil. **Conpedi**. Belo Horizonte. 2015. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/.../sQ91Nq15J0rSiPHW.pdf> Acesso em: 15 jan. 2016.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2ª ed rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para a reforma. Documento Técnico 319, Washington, Banco Mundial, 1996.

DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: ROSSI, Fernando *et al* (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 367-405.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 2ª ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: volume 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios – 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. Contraditório substancial e fundamentação das decisões no Novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - **Normas Fundamentais**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 59-74.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova, Cedam, 1992.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREITAS, Gabriela Oliveira; LONDE, Stella Mesquita. O princípio da fundamentação das decisões no novo código de processo civil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL EM DIREITO E INOVAÇÃO. 2., 2015, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. **Anais**. 2015, p. 8.

GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 63, p. 151-180, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p151>> Acesso em: ago. 2017.

GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica**. 2009. 132f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/93157>. Acesso em: 26 set. 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e teoria do processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUSTIN, Miracy. **Das necessidades Humanas aos Direitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LARA, Mariana Alves; CORRÊA DA COSTA, Maria Batista Leite. Pesquisa Quantitativa na produção de conhecimento jurídico. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, p. 291-316, jan./jun. 2012. Disponível em: < <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186> >. Acesso em 15 set. 2017.

HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. **Revista Lua Nova**, n. 36, p.39-53, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HABERMAS, Jürgen. **Discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: DIFEL, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LA CHINA, Sergio. **L'escuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile**. Milano, 1970.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação do livro. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. 1ª ed. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2014.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio César. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. 2009. 186f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp112709.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85-111.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução: Peter Naumann. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução: Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**: e legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 66, jul. 2003. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/items/view/174>). Acesso em: 14 set. 2017.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Por um novo paradigma processual. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, n. 26, p. 79-98, jan./jun. 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência,

de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, v. 168, p. 107-141, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Coord.) **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15-53.

NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. **Revista de Processo**. Ano 36. Vol. 199. p. 41-82. 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 57, jul/set. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; HORTA, André Frederico. A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Org.). **Novo CPC**. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP, 2015a.

NUNES, Dierle José Coelho; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al (Org.). **Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2015b, v. 3, p. 301-304.

NUNES, Dierle et al. O contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC 2015. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 59-74.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**. Vol. 263/2017, p. 335-396 – Jan/2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir do julgamento da ADPF n. 132. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**. Ano 2, vol. 2, n. 1. Jan/Jun 2016, p. 157-182.

PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito brasileiro**: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016a.

PINHEIRO, Guilherme César. A integridade do Direito e os enunciados interpretativos do Novo Código de Processo Civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.). **Ronald**

Dworkin e O Direito Brasileiro. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b, v. 2, p. 297-328.

PULIDO, Carlos Bernal. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em uma prática social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** Belo Horizonte, n. 107, p. 43-98, jul./dez. 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional,** Curitiba, n. 1, p. 16, ago./dez. 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica:** desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

REZENDE, Marcos. **Precedentes, uma contribuição à fundamentação da decisão no Estado Democrático de Direito.** 2015. 173f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RezendeM_1.pdf. Acesso em: 07 out. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2011.

SHAPIRO, Scott. **The Hart-Dworkin debate:** a short guide for the perplexed. University of Michigan Public Law, Working Paper n. 77, Feb. 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf. Acesso em: 22 set. 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Processo e ideologia.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: **Revista magister de direito civil e processual civil,** vol. 10. Porto Alegre: Magister, jan/fev. 2006.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. **A racionalidade das decisões judiciais à luz dos princípios da publicidade e da fundamentação.** 2005. 308f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Por que fundamentar, o que fundamentar e como (não) fundamentar no CPC/2015. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais.** 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016a, v. 8, p. 411-450.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte: o (ab)uso de máximas de experiência na valoração e interpretação

probatória In: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de (Orgs.). **Novo CPC: Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro**. Vol. 2. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2016b, p. 215-234.

STRECK, Lenio Luiz. Apresentação de livro. In: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009a.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan/abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor Jurídico**, 23.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 13 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 02 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>>. Acesso em: 25 out. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: SRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016a.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016b.

TARUFFO, Michele. **Oralidad y escritura em um proceso civil eficiente**. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TRINDADE, André Karam. *Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro*. RECHTD. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, p. 243-252, 2015.

TRINDADE, André Karam. *O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro*. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 15-40.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2016. 314f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VianaAA_1.pdf. Acesso em: 24 mai. 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. Prefácio. In: DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR, Hermes. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [E-book].