

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015**

João Vitor Villar Raposo

Presidente Prudente/SP

2015

RAPOSO, João Vitor Villar.

A Fundamentação da Decisão Judicial no Código de Processo Civil de 2015 / João Vitor Villar Raposo. Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2015.

Nº. de folhas: 234.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

Decisão Judicial. Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Dever de fundamentação. Código de Processo Civil de 2015.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015**

João Vitor Villar Raposo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wellington Boigues Corbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP

2015

A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wellington Boigues Corbalan Tebar.

Wellington Boigues Corbalan Tebar

Wilton Boigues Corbalan Tebar

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Presidente Prudente/SP, 25 de novembro de 2015.

*Dedico este trabalho a quem, sempre consciente do altíssimo valor do conhecimento, me proporcionara uma educação de qualidade por toda uma vida; e de quem herdei a paixão pelo Direito.
A meu avô, com eterno reconhecimento.*

“Concentrated power has always been the enemy of liberty.”

Ronald Reagan

“A função do magistrado civil, entre os homens, não é menor do que a do pão, da água, do sol e do ar; na verdade, seu lugar de honra é ainda mais excelente.”

João Calvino – As Institutas da Religião Cristã

“Não pude dormir; estirei-me na cama, é certo, mas foi o mesmo que nada. Ouvi as horas todas da noite. Usualmente, quando eu perdia o sono, o bater da pêndula fazia-me muito mal; esse tic-tac soturno, vagaroso e seco, parecia dizer a cada golpe que eu ia ter um instante menos de vida. Imaginava então um velho diabo, sentado entre dous sacos, o da vida e o da morte, a tirar as moedas da vida para dá-las à morte, e a contá-las assim:

*-- Outra de menos...
-- Outra de menos...
-- Outra de menos...
-- Outra de menos...”*

Machado de Assis – Memórias Póstumas de Brás Cubas

AGRADECIMENTOS

A realização de qualquer trabalho, certamente, é fruto de dedicação pessoal, esforço e tempo. Acredito que a vontade, mais que a perícia ou o conhecimento técnico, sempre fora o principal elemento propulsor dos avanços civilizatórios experimentados pela humanidade.

É com esse sentimento que procurei, aqui, dar minha tímida contribuição à Ciência Jurídica e aos colegas operadores do Direito em questões atinentes ao novo Código de Processo Civil, sem qualquer pretensão de grandeza ou vaidade pessoais. Nos lugares de honra, onde se situam os mais consagrados juristas de todo o mundo, muitos deles já mortos, não há espaço para principiantes.

O Direito é vastíssimo, antigo e fascinante, o que me coloca em posição de reverência; silente diante daqueles que são dignos de louvor, que me apontaram o caminho ou, de qualquer forma, contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Contudo, o esforço, individualmente considerado, é inútil, e a vontade desprovida de recursos é estéril. Estou moralmente constrangido a reconhecer e demonstrar meu sentimento de gratidão a todos os que, direta ou indiretamente, me forneceram todos os meios para que esta primeira etapa de minha vida profissional fosse concluída com sucesso.

Em primeiro lugar e acima de todos, agradeço e louvo ao Senhor Jesus Cristo, Deus dos deuses, em quem estão ocultos todos os tesouros da sabedoria e do conhecimento, e cujo favor me acompanha todos os dias da minha vida. Sou eternamente grato a Ele, porque Ele é bom e sua misericórdia dura para sempre. Nas intempéries da vida, jamais me desamparara e, por isso, exclamo como o profeta: “A quem, pois, podeis assemelhar a Deus? Que coisa semelhante confrontareis com Ele”? (Isaías 40:18).

À minha família, que me suportou durante todo o tempo de escrita deste trabalho: muito obrigado pela paciência, pela compreensão, pelo apoio e incentivo nos momentos de desânimo. Somente aqueles que dividem os fardos cotidianos conhecem os sacrifícios feitos para que se alcance a vitória; um passo de cada vez.

À minha mãe, por tudo que já passamos, meu amor e minha gratidão. Sei que sempre fez o melhor que pôde. A vitória já pode ser vista no horizonte, por isso não há motivos para preocupações.

Agradeço, especialmente, por todo apoio e recursos materiais, ao meu tio, Wellington Villar, e ao meu avô, Jairo Villar, a quem dediquei esta obra. Deles recebi tudo que me foi necessário para o desenvolvimento deste trabalho. Ambos são, para mim, exemplos de competência, integridade e hombridade. Certamente, modelos a serem seguidos e lembrados.

Gosto sempre de trazer à memória uma frase da autoria de C.S. Lewis, que disse, certa vez, que “a amizade é o prato principal do banquete da vida”. Não poderia deixar de agradecer, imensamente, a todos os meus amigos - que sabem quem são - e que me proporcionam alegrias e momentos inesquecíveis; e com os quais partilho meus sonhos, conquistas e dificuldades. Sem vocês, a vida seria insuportável.

Agradeço humildemente a todos os professores e mestres do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, pelo ensino, pela paciência e pelas lições que, certamente, serão levadas por toda a vida. A Ciência Jurídica demanda zelo, de modo que é, para mim, grande honra formar-me na mesma Casa que meu avô, meu tio e muitos outros de minha família. Grato!

Meus agradecimentos ao orientador e amigo, Professor Wellington Boigues, que conduziu este trabalho criteriosamente e com brilhantismo peculiar. Sua dedicação e esmero no ensino e na aplicação do Direito certamente o levarão a lugares altos. Muito obrigado!

Aos meus queridos colegas de sala ofereço meus sinceros votos de sucesso e agradeço grandemente, a cada um, por partilharem comigo tão importante etapa, que é a graduação. Sem dúvida, uma turma inesquecível, que sempre me trará boas lembranças e um sorriso no rosto. A todos, não desejo nada menos que o melhor dessa vida.

RESUMO

Este trabalho tece, a partir de uma análise histórica e contemporânea, os reflexos jurídicos da aplicação dos dispositivos constitucionais concernentes à fundamentação da decisão judicial, bem como, e principalmente, as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil. Demonstrou-se que o crescente ativismo judicial tem causado efeitos extremamente negativos na prestação jurisdicional, considerando o crescente negativismo legislativo, bem como o descrédito moral que acometeu a classe política; que formaram um ambiente propício para o protagonismo judicial. Tal comportamento por parte dos magistrados não raro tem criado tensões institucionais e aberrações jurídicas, visando assumir um papel que não lhes fora outorgado pela Constituição Federal. Visando neutralizar esses efeitos, democratizar efetivamente o processo e dar concretude à Magna Carta, o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 trouxe uma série de inovações legislativas que interferem diretamente na fundamentação das decisões, elencando hipóteses em que estas serão consideradas desprovidas de motivação. É possível perceber um retorno aos princípios da legalidade e da segurança jurídica em relação às decisões, na medida em que critérios objetivos foram estabelecidos para o ato de julgar. Preocupado com a legitimidade democrática do Judiciário brasileiro, que consubstancia-se na fundamentação das decisões, o novo Código traz mudanças significativas, tais como a vedação da mera invocação de ato normativo, sem relacioná-lo com o caso concreto; o uso indiscriminado de termos vagos; proibição da fundamentação genérica; imposição do dever de enfrentar, na decisão, todos os argumentos jurídicos invocados pelas partes; proibição de prolação de decisões surpresa e a incorporação de métodos de formação e superação de precedentes judiciais, trazendo características do *common law* para o direito brasileiro. Cada um dos incisos do artigo 489, §1º do novo Código fora analisado minuciosamente, procurando traçar seu conteúdo normativo, esclarecendo dubiedades e buscando seu alcance semântico. Perquiriu-se também a respeito da inclusão da técnica da ponderação, pelo novo Código, ao ordenamento jurídico pátrio, bem como sua compatibilidade com as novas diretrizes trazidas pelo novo diploma. Analisou-se, por fim, os desdobramentos processuais da inovação legislativa, destacando-se os mecanismos recursais e autônomos aptos a atacar as decisões não fundamentadas, bem como definiu-se a natureza jurídica destas últimas. Toda a pesquisa fora permeada pela ideia da necessidade de democratização do processo jurisdicional, buscando concretizar valores constitucionalmente elevados e aperfeiçoar a decisão judicial à luz da racionalidade.

Palavras-chave: Decisão judicial. Poder Judiciário. Ativismo judicial. Dever de fundamentação. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

This work presents, from a historical and contemporary analysis, the legal consequences of the application of constitutional provisions concerning the reasoning of the judicial decision and, especially, the changes introduced by the new Civil Procedure Code. It has been shown that the increasing of the judicial activism has caused extremely negative effects on adjudication, considering the growing legislative negativity, as well as the moral discredit which affected the political class; who formed an environment conducive to judicial prominence. Such behavior on the part of magistrates has often generated institutional tensions and legal aberrations in order to assume a role that they had not been granted for them by the Federal Constitution. Seeking to neutralize the effects, democratizing effectively the process and give concreteness to the Magna Carta, the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 brought a number of legislative innovations that directly interfere in the reasons of decisions, listing cases in which these will be considered devoid of motivation. It is possible to see a return to the principles of legality and legal certainty in relation to decisions, to the extent that objective criteria were established for the act of judging. Concerned about the democratic legitimacy of the Brazilian Judiciary, which is embodied in the reasons of the decisions, the new Code brings significant changes, such as the sealing of mere invocation from normative act, without relating it to the specific case; the indiscriminate use of vague terms; prohibition of generic fundaments; imposition of duty to face, in the decision, all the legal arguments presented by the parties; prohibition of delivering surprises decisions and incorporation of training and overcoming methods from judicial precedents, bringing the *common law* characteristics to Brazilian law. Each of the items of Article 489, Paragraph 1 from the new Code had been analyzed thoroughly, trying to trace its normative content, clarifying the ambiguousness and seeking its semantic range. It also was inquired about the inclusion of the weighting technique, by the new Code, the Brazilian legal system, as well as its compatibility with the new guidelines introduced by the new law. Lastly, analyzed the procedural consequences of the legislative innovation, highlighting the appeals and autonomous mechanisms able to attack the decisions unsubstantiated and, so as defined the legal nature of these latter. All the research was permeated by the idea of the need for the democratization of the judicial process, seeking to materialize constitutionally high values and improve the judicial decision on the sight of rationality.

Keywords: Judicial Decision. Judicial Power. Judicial Activism. Obligation to state reasons. Civil Procedure Code of 2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ESCORÇO HISTÓRICO	14
2.1 Protagonismo Judicial, Ativismo e Decisão: da Necessidade de uma Revisão Metodológica.....	16
2.2 Os Paradigmas Trazidos Pelo Novo Código de Processo Civil.....	27
3 O PODER JUDICIÁRIO COMO NOVO <i>LOCUS</i> DEMOCRATICO	31
3.1 A Legitimidade Democrática Dos Juízes no Estado de Direito: Desmistificando Algumas Questões	37
3.2 O Processo Jurisdicional como Instrumento Democrático	46
3.3 Da Fundamentação das Decisões Judiciais como Direito Fundamental.....	57
3.4 Os Contornos da Decisão Judicial na Constituição Federal de 1988: Conteúdo Normativo dos Dispositivos Constitucionais.....	63
4 A DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	71
4.1 Da Necessidade de Resgate do Princípio da Legalidade na Dogmática Jurídica e na Jurisprudência	75
4.2 Legalidade e Segurança Jurídica	83
4.3 As Inovações do Novo Código de Processo Civil: Aspectos Constitucionais.....	92
4.3.1 Espécies decisórias abrangidas pela norma	96
4.3.1.1 Da incidência do art. 489 no âmbito das decisões administrativas	98
4.3.2 A mera invocação de ato normativo	100
4.3.2.1 Desmistificando o brocardo <i>in claris non fit interpretatio</i>	105
4.3.3 A aplicação de conceitos jurídicos indeterminados	106
4.3.4 A fundamentação genérica.....	116
4.3.4.1 Decisões concisas e decisões genéricas: uma diferenciação	126
4.3.4.2 Decisões genéricas e a necessidade de uniformização da jurisprudência..	128
4.3.5 O dever de apreciar todos os argumentos aduzidos no processo.....	130
4.3.5.1 O que é um argumento?.....	134
4.3.5.2 Abrangência da norma: uma mitigação do dever de enfrentar todas as questões.....	141
4.3.5.3 A decisão surpresa.....	142
4.3.6 A incorporação do sistema de precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro pelo novo Código de Processo Civil.....	150
4.3.6.1 Contexto histórico do desenvolvimento do Common Law e do Civil Law....	151
4.3.6.2 O mito da incompatibilidade do sistema de precedentes judiciais com o <i>civil law</i>	158
4.3.6.3 Diferenciação entre enunciado de súmula e precedente e outras distinções	161
4.3.6.4 A formação e identificação do precedente na sistemática do Novo Código de Processo Civil.....	163
4.3.6.5 A aplicação do enunciado de súmula e do precedente judicial ao caso concreto	168
4.3.6.6 Métodos de superação de precedentes no NCPC: o <i>distinguishing</i> e o <i>overruling</i>	177
4.3.7 Breves considerações a respeito da ponderação no NCPC.....	185

4.4 A Natureza Jurídica das Decisões Não Fundamentadas e os Mecanismos Processuais Aptos a Atacá-las.....	189
4.4.1 Fundamentação ausente e/ou deficiente: <i>error in iudicando</i> ou <i>error in procedendo</i> ?	194
4.4.2 Os embargos declaratórios	198
4.4.3 O agravo instrumental	202
4.4.4 O recurso de apelação	205
4.4.5 O recurso extraordinário e o recurso especial.....	209
4.4.6 A ação rescisória.....	215
5 CONCLUSÃO	220
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	227

1 INTRODUÇÃO

Faz-se necessário, no início deste trabalho, delimitar seu objeto de estudo, de modo a determinar o que será analisado em seu desenvolvimento.

Primeiramente, cumpre ressaltar que este trabalho não tem a pretensão de apresentar uma nova Teoria da Decisão Judicial.

Tampouco pretende aprofundar sua análise em nuances hermenêuticas e filosóficas, seja em teorias da argumentação jurídica seja na Filosofia propriamente dita, muito embora far-se-ão referências à estas no decorrer do trabalho.

Trata-se, sim, de uma análise jurídico-positiva das alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que tange à fundamentação das decisões judiciais, perquirindo seu conteúdo normativo, estabelecendo limites semântico de dispositivos legais e buscando esclarecer possíveis equívocos.

Evidentemente que a teoria da decisão judicial se pauta em séculos de pesquisa científica, jurídica e filosófica, mas o objeto de estudo deste trabalho será o ordenamento jurídico positivo, o que facilitará a análise de questões imbricadas.

Também não se pretende estabelecer uma nova teoria hermenêutica ou se pretende resolver, por definitivo, todos os problemas cotidianos enfrentados pela jurisprudência, no que tange ao ativismo judicial. O que se procura é contribuir para uma boa aplicação dos dispositivos do novo Código.

Assim, o trabalho se aterá a questões mais pontuais, práticas e relevantes do artigo 489, §1º e outros dispositivos do NCPC.

O Código de Processo Civil de 2015, promulgado pela Lei Federal nº 13.105, trouxe significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre essas mudanças, as mais paradigmáticas foram as concernentes à decisão judicial e seu conteúdo formal e material.

O artigo 489, em seu parágrafo primeiro e incisos, trouxe uma série de hipóteses em que as decisões emanadas pelos órgãos do Poder Judiciário não serão consideradas como fundamentadas.

A fundamentação, também chamada justificação ou motivação, das decisões judiciais fora objeto de tratamento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX.

Conforme demonstrado no Capítulo 2 deste trabalho, o ativismo judicial trouxe consequências nefastas à aplicação do Direito, colocando em risco a estabilidade das instituições republicanas e incorporando à realidade forense um sincretismo metodológico, no que tange às decisões.

Em seguida, demonstrou-se, no Capítulo terceiro, a legitimidade democrática e constitucional do Poder Judiciário, e de como este exerce sua função republicana com base em princípios processuais pétreos, tais como o contraditório e a ampla defesa.

Discorreu-se a respeito dos contornos da decisão judicial na Constituição Federal, que se tornara elemento legitimante do exercício do terceiro Poder.

No quarto capítulo, adentrando-se nas inovações do NCPC, procurou-se delimitar o conteúdo normativo e semântico dos diversos dispositivos concernentes à decisão judicial, utilizando-se conceitos doutrinários e analisando-se alguns julgados.

Buscou-se conferir maior objetividade nas decisões judiciais, através de mecanismos que forcem o magistrado a expor, minuciosamente suas razões.

Nesse sentido, combateu-se as fundamentações que se limitam a invocar textos normativos, ou princípios, sem relacioná-los com os fatos do caso *sub judice*; vedou-se o uso indiscriminado e desprovido de critérios dos conceitos jurídicos indeterminados; cominou-se a pena de nulidade às decisões fundadas em generalidades; impôs-se ao julgador o dever de enfrentar todos os argumentos jurídicos invocados pelas partes no processo; vedou-se, ainda, a prolação de decisões surpresa, ou seja, toda aquela cuja fundamentação não passou pelo crivo do contraditório; incorporou-se, definitivamente, o sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, prevendo-se os respectivos métodos de formação e superação.

O Código de Processo Civil de 2015 previu, ainda, mecanismos processuais recursais e autônomos para impugnar decisões não fundamentadas nos termos do próprio código.

Aqui, os embargos declaratórios sobressaíram-se como meio recursal por excelência para combater discricionariedades e problemas na fundamentação. O NCPC vedou, contudo, a possibilidade de impugnar decisões interlocutórias não

fundamentadas via agravo instrumental. Preservou-se, contudo, a possibilidade de atacar sentenças mal fundamentadas via recurso de apelação, bem como manteve-se a admissibilidade dos recursos constitucionais para o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Abrangeu-se, ainda, a decisão não fundamentada como hipótese ensejadora de ação de impugnação autônoma, ou seja, a ação rescisória, desde que proposta no prazo legal.

Foram utilizados os seguintes métodos: o histórico, porque que se fez uma breve abordagem histórica do ofício da magistratura e suas atribuições no Brasil e no mundo; dedutivo, pois, a partir das premissas apresentadas no decorrer do trabalho – na análise de determinadas teorias jurídicas – extraiu-se as consequentes conclusões lógicas.

Lançou-se mão, ainda, do método indutivo, procedendo-se à análise e comento de algumas decisões judiciais, especificamente, apontando seus acertos e equívocos, numa visão panorâmica e abrangente da teoria da decisão judicial.

O método dialético também fora utilizado, conjuntamente com o método indutivo, a fim de se obter as antíteses, fundamentais para as sínteses explanadas no decorrer do trabalho.

Por fim, o método comparativo permitiu criar uma espécie de escala qualitativa das sentenças dos juízes, conforme suas decisões estejam, racionalmente, cumprindo o que determina a Constituição Federal e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Também fora possível, através do derradeiro método, estabelecer um modelo constitucional da decisão jurídica, à luz das inovações do NCPC, desde seu procedimento de elaboração até seu conteúdo; analisando-se determinadas decisões judiciais.

Os recursos de pesquisa utilizados foram livros históricos (de cunho científico ou não científico); doutrinas nacionais e internacionais; sentenças publicadas em diários oficiais; artigos científicos disponíveis em jornais, revistas e rede mundial de computadores; filmes e documentários; legislação e jurisprudência.

2 ESCORÇO HISTÓRICO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase da vida nacional, marcada pela positivação de extenso rol de direitos fundamentais, criando e fortalecendo, para a proteção e efetivação desses direitos, instituições republicanas, órgãos e poderes que foram revestidos de autoridade para tanto.

Do ponto de vista estritamente jurídico, seguindo as transformações ocorridas no Ocidente no decorrer do século passado, houve uma sensível mudança de paradigma em relação à função do Estado na sociedade, bem como qual seria seu papel na persecução da efetivação da Justiça.

Despertando de um estado de passividade política, os cidadãos passaram a exigir maior participação nas decisões do governo, principalmente após a queda do regime militar e restabelecimento do regime democrático.

Em decorrência destes acontecimentos históricos, houve uma tomada de consciência, por parte da população, no que tange aos seus direitos individuais e coletivos, bem como das garantias constitucionais que lhes assistem.

Como qualquer sociedade que passa por uma transição dessa magnitude, a sociedade brasileira veio, aos poucos, absorvendo em sua consciência coletiva o conteúdo material do até então novo documento fundante do Estado: a Constituição da República, ora vigente.

Muito embora a participação popular ainda não seja vigorosa a ponto de influenciar de maneira determinante a agenda política do país – seja pela fase embrionária em que se encontram os valores republicanos na identidade nacional, seja devido às peculiaridades culturais do Brasil –, vemos uma crescente exigência por probidade e lisura por parte daqueles que estão investidos de autoridade.

Tem-se, hoje, uma generalizada crise representativa, marcada pelo descrédito da classe política – principalmente dos Poderes Executivo e Legislativo –, cuja imagem deteriora-se na medida em que os órgãos de investigação têm revelado a prática sistemática e organizada de infrações penais no seio das instituições.

Nessa dinâmica, paulatinamente, os órgãos jurisdicionais tem sido, também, alvos desse mesmo controle.

Em um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário desempenha papel fundamental e insubstituível na vida cívica de seus jurisdicionados. A ele cabe, como exaustivamente nos ensina a doutrina, a composição dos conflitos sociais que, internalizados no processo judicial, tomam o contorno de lide e submetem-se ao crivo do contraditório, ensejando, ao final, um pronunciamento estatal, na pessoa do magistrado, que irá dizer o direito aplicável (ou não) àquele caso.

No caso brasileiro, bem como nos demais países de “modernidade tardia”, conforme sugere Lenio Streck¹, pode-se dizer que, hoje, o Judiciário se tornou o novo *locus* da democracia. Uma das causas desse protagonismo judicial se encontra no negativismo legislativo, tendo em vista que o Poder Legislativo mantém um diálogo pobre e superficial com a sociedade, impelindo-a a buscar guarida no Poder Judiciário.

O mesmo se pode dizer do Poder Executivo, cujos membros caíram no descrédito popular e, não raro, perdem sua legitimidade governamental, dados os constantes envolvimento na prática de delitos e má gestão da coisa pública.

Nesse sentido, no Estado moderno, exsurge o Poder Judiciário, cuja função típica é estabilizar os interesses conflitantes, velar pelo cumprimento da lei e assegurar a manutenção da ordem constitucional.

Em *terrae brasiliis*, a efervescência democrática vivida nas últimas décadas, conforme dito acima, bem como a ampla abertura do Judiciário, aumentaram exponencialmente o antagonismo jurisprudencial que, embora seja inerente à atividade judicante, avolumou-se na mesma proporção em que aumentaram o número de ações ajuizadas em todos os tribunais do país.

Hoje, é praticamente cultural a lentidão com que se arrastam os processos judiciais, a ponto de incutir uma desesperança – quase certa, aos olhos do jurisdicionado - na consciência coletiva de que o pronunciamento judicial não virá em momento oportuno, fazendo perecer, muitas vezes, o próprio direito material daquele que se vale do processo.

Não bastasse isso, aquele que recorre à justiça ainda tem de conviver com a angústia da possibilidade de ver sua causa ser julgada segundo critérios absolutamente irracionais e incoerentes se comparado, a título de exemplo, com

¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 23.

pronunciamentos judiciais diversos em lides idênticas ou extremamente semelhantes.

Trata-se, assim, a decisão judicial, de questão de maior importância na esfera da Ciência Jurídica.

2.1 Protagonismo Judicial, Ativismo e Decisão: da Necessidade de uma Revisão Metodológica

Seja no julgamento de demandas individuais em primeira instância, seja no julgamento de casos de repercussão nacional nos tribunais superiores, os juízes passaram – como nunca antes – a desempenhar um papel decisivo e central na resolução de questões controversas, que geralmente acirram os ânimos de diversos setores da sociedade brasileira.

Viu-se, recentemente, o Supremo Tribunal Federal debruçar-se sobre delicadas questões: descriminalização do aborto em casos de anencefalia comprovada (ADPF 54); o tratamento isonômico de casais homossexuais no que tange à união estável; condenação criminal de parlamentares e autoridades políticas (Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão”); a chamada Lei da Ficha Limpa; extensão dos poderes conferidos ao Conselho Nacional de Justiça pela EC 45/04; poder de investigação do Ministério Público; a constitucionalidade do sistema de cotas raciais e inúmeros outros processos, cujos objetos revestem-se de maior relevância.

Isso demonstra, evidentemente, o papel fundamental a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no alvorecer deste novo século. De fato, ensina Gilmar Mendes e Paulo Branco que “a compensação entre diferentes opiniões, interesses e aspirações, como a resolução e regulação de conflitos, converteram-se em tarefa arquetípica e condição de existência do Estado”².

Os julgados citados acima, a título de exemplo, revelam, de um lado, o acanhamento do Congresso Nacional, por motivos políticos, em debater de maneira ampla com a sociedade as questões em comento; e, de outro, um marcante ativismo

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed.; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

judicial que procura assumir – como, de fato, o faz - a responsabilidade política de realizar as profundas mudanças reivindicadas.

Antoine Garapon, advogando pelo ativismo judicial, bem observou³:

Vallinder distingue, com efeito, dois modos de colonização do político pela justiça: seja diretamente pela extensão da competência da justiça em detrimento do poder executivo (colonização externa), seja indiretamente pela atração que o modelo jurisdicional exerce sobre o raciocínio político (colonização interna). **A politização da razão judiciária não tem outro equivalente senão a judicialização do discurso político. As reivindicações políticas se exprimem mais facilmente em termo jurídicos que ideológicos, os direitos individuais e formais suplantando os direitos coletivos e substanciais. Esses dois fenômenos – desnacionalização do direito e exaustão da soberania parlamentar – designam o cerne da evolução, a saber, a migração do centro de gravidade da democracia para um lugar mais externo. A judicialização da vida pública comprova esse deslocamento: é a partir dos métodos da justiça que nossa época reconhece uma ação coletiva justa. O juiz – e a constelação de representações que gravita à sua volta – proporciona à democracia imagens capazes de dar corpo a uma nova ética da deliberação coletiva. (grifou-se)**

Com essa nova configuração na dinâmica entre os Três Poderes e entre cada um deles e a população, ressurgiu na academia jurídica brasileira um crescente debate a respeito do múnus da magistratura, bem como da maneira como os juízes formam seu convencimento e fundamentam suas decisões.

Se, por um lado, a crise política atinge fortemente os parlamentares e os chefes do Poder Executivo, ela também se volta em face da magistratura. O Judiciário não escapa à atual demanda popular por ética e transparência na prestação de um serviço público, mormente a atividade jurisdicional, pela importância de que se reveste em uma República na proteção de direitos.

Passa-se, então, a exigir-se coerência e efetividade da prestação jurisdicional. A figura do magistrado deixa, aos poucos, na imaginação popular, seu aspecto mitológico e transcendente – muito embora parte desse simbolismo seja inerente à função do julgador – e passa ter seu lugar na arena democrática junto dos demais agentes políticos, onde ficam expostos ao controle social e à fiscalização dos jurisdicionados e demais instituições republicanas.

Se, de fato, a Constituição Federal é garantidora de direitos fundamentais duramente adquiridos, ela mesma deve conter mecanismos que os

³ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – O guardião das promessas**. 2. ed.; Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 44-45.

preservem dos abusos da autoridade, seja ela qual for; incluindo-se, aqui, o próprio Poder Judiciário.

Vê-se essa rigidez, de modo mais claro e num primeiro momento, nos dispositivos constitucionais que a doutrina consagrou como “cláusulas pétreas”, expressas em seu artigo 60, § 4º.

Tal dispositivo normativo veda a possibilidade de emenda que venha a abolir, dentre outras coisas, os direitos e garantias individuais que, por sua vez, estão previstos no artigo 5º da Carta da República.

As cláusulas pétreas refletem uma conquista inestimável do ponto de vista jurídico, já que impedem a sujeição da própria Constituição à vontade temporal da autoridade política. Nesse aspecto, exsurge o Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional, cuja atribuição elementar é coibir qualquer violação, explícita ou implícita, ao que fora estabelecido pelo Poder Constituinte Originário.

Nesse sentido, importa trazer a definição de direitos fundamentais de José Afonso da Silva⁴, para quem estes são:

no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* (grifo) acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Discorrendo a respeito da vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais, observa Ingo Wolfgang Sarlet⁵ que:

(...) há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos demais atos dos órgãos estatais.
(...) não se deverá perder de vista que os próprios atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional.

No que tange ao rol dos direitos fundamentais, o artigo 5º, em seu inciso XXXV, consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, como garantia

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9 ed.; São Paulo: Malheiros, 1992, p. 163-164.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 393 e 395.

individual, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Alguns doutrinadores veem neste dispositivo o que denominam “direito à petição”, entendendo como tal a mera possibilidade de dirigir-se ao Poder Judiciário a fim de obter um pronunciamento. Seria, segundo essa visão mais clássica e coloquialmente falando, o “direito de bater às portas do Judiciário”.

Embora não esteja de todo incorreta, esta definição parece superficial, insatisfatória e extremamente simplista, na medida em que não basta garantir o mero acesso ao Judiciário e a prolação de uma sentença. É necessário que haja a devida “apreciação” do pedido e que a decisão judicial seja racional e satisfatoriamente fundamentada.

Uma prestação jurisdicional efetiva não pode limitar-se a pronunciamentos rasos, genéricos e tecnicamente imprecisos, pois que o dever de fundamentação, pela natureza da decisão judicial, incide diretamente no exercício dos próprios direitos fundamentais.

A título de exemplo: uma decisão que restringe a liberdade corporal de um investigado pode conter em seu bojo um vício de fundamentação que torna nula essa mesma decisão, não havendo, contudo, um parâmetro objetivo de controle para coibir tais abusos.

O que se tem, nesse estado de coisas, é uma constante violação dos direitos fundamentais e da Constituição, pelo fato de que as decisões judiciais, quando transitadas em julgado, revestem-se de autoridade tal que, quase sempre, não podem ser rediscutidas por nenhum outro Poder da República, nem mesmo ser atacada por outra decisão judicial, quando revestidas da autoridade da coisa julgada.

Luigi Ferrajoli, ao tratar sobre a fundamentação das decisões judiciais, acertadamente pontua⁶:

(...) compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. **É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e**

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 497-498.

falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a validade das sentenças resulta condicionada à verdade, ainda que relativa, de seus argumentos. (grifou-se)

(...). **Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato**, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada nonexo entre convencimento e provas. (grifou-se)

(...) Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor 'endoprocessual' de garantia de defesa e o valor 'extraprocessual' de garantia da publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.

O dever de fundamentação das decisões, que também se impõe no âmbito administrativo, é condição de validade dos pronunciamentos judiciais, como quer a Constituição Federal em seu artigo 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; (grifou-se)

Procurando mitigar os efeitos da insegurança jurídica e visando reduzir o volume de processos nas instâncias superiores, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 45, no ano de 2004, também alcunhada de Emenda da Reforma do Poder Judiciário, criando, dentre outros institutos, a súmula vinculante, acrescentando o artigo 103-A a Constituição Federal, cujo texto permite a edição de normas com alto grau de abstração pelo Supremo Tribunal Federal, vinculando, assim, todo o Poder Público.

Sem adentrar o mérito da uniformização jurisprudencial, porque positiva em muitos aspectos, é preciso levar a discussão a um segundo nível, perquirindo o método mesmo utilizado pelos magistrados na feitura das decisões, sejam terminativas ou interlocutórias, monocráticas ou colegiadas.

Nesse sentido, não basta apontar incongruências e discrepâncias na jurisprudência pátria. Mesmo que se erradique a insegurança jurídica e se crie um sistema de precedentes judiciais quase totalmente previsível, a exemplo do que ocorre em países que adotam o *common law*, a magistratura deve sempre observar o princípio da racionalidade na aplicação do Direito.

Sabe-se que as modernas concepções de Estado e de Justiça estão alicerçadas na razão, pedra angular do Iluminismo, que deve nortear a atuação dos entes públicos no que se refere à operacionalidade do direito.

O Poder Judiciário, cuja atividade fim é o ato de julgar, certamente não está isento deste dever. Não há mais espaço, no atual estágio do desenvolvimento científico, para solipsismo e subjetividades na aplicação do Direito.

Sérgio Sérulo da Cunha, em seu livro “Uma deusa chamada Justiça”⁷, faz importante observação:

Abraçar o princípio da racionalidade significa utilizar a razão ao decidirmos fazer, o que fazer e como fazer. *Ratio* é proporção entre as coisas, sua causa e explicação; por isso designamos também como razão a faculdade que permite compreendê-las e estabelecer, a seu respeito, o consenso interpretativo. Se da inteligência podemos dizer que é individual, da razão só podemos dizer que é coletiva, compartilhada, objetiva. Na sociedade moderna tudo que reclama autoridade há de ser justificado pela razão, como bem expressa Eduardo Garcia Maynes: ‘Toda exigência dirigida à conduta humana precisa de justificação, e esta há de basear-se em considerações objetivas’. Isso inclui o exercício do poder, a edição da lei, a prolação de sentenças.

Não mais se sustenta um modelo jurisdicional pautado em métodos irracionais, que permite decisionismos de toda espécie, sujeitando a aplicação da lei às individualidades e idiosincrasias de cada magistrado. É preciso, de uma vez por todas, democratizar o processo, de modo que seus participantes vejam, em cada decisão, suas alegações sendo levadas em conta pelo juiz, de modo que a prestação jurisdição seja reflexo direto da aplicação efetiva do contraditório.

Analisando a motivação das decisões judiciais, o professor Lênio Streck⁸ acertadamente observa que:

As decisões devem estar justificadas, e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, como bem assinala David Ordóñez Solís. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação se integra ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que ‘as

⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Uma deusa chamada Justiça**. 1. ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12-13.

⁸ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 113.

decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão desse dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular’.

Marcelo Lamy⁹ estabelece a motivação racional das decisões judiciais como seu próprio fator legitimante:

A legitimidade do ato decisório jurisdicional vincula-se então à racionalidade do mesmo. É a racionalidade que o fundamenta, que o torna aceitável. Demonstradas as necessidades de direito material comprovadas no caso (justificação do direito material), e as exigências constitucionais de tutela (justificação do conteúdo constitucional protegido), apresenta-se a técnica processual adequada para a efetiva tutela (justificação da técnica processual).

Importa, aqui, repisar uma antiga lição a respeito da magistratura, cuja realidade se faz presente no Estado Democrático: o Poder Judiciário é aquele que, por ter a última palavra sobre os demais, está revestido de um poder de coação irresistível, para fazer valer a lei e o Direito, através das suas decisões, bem como preservar a ordem pública.

Essa característica – de coercitividade - pode gerar algumas conclusões precipitadas, como expressou o presidente norte-americano Theodore Roosevelt, em mensagem enviada ao Congresso em 1908, quando afirmou que “os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade”.

Essa afirmação possui como pressuposto subjacente a ideia de certa superioridade intelectual e/ou moral dos juízes, cujos pronunciamentos, no imaginário coletivo, revestem-se de autoridade tal que se tornam impassíveis de questionamento filosófico e jurídico.

Evidentemente, não se pretende, aqui, atacar a função precípua do Judiciário e sua autoridade terminativa no que tange ao dizer o direito e dirimir conflitos. O que se busca é uma pureza – se é que é possível alcançá-la – na aplicação do Direito pelos juízes quando do fazimento das decisões.

⁹ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 325.

Os magistrados não estão acima da ciência, tampouco isentos da análise racional do seu trabalho, como se este não devesse buscar legitimidade nos princípios democráticos.

Ainda, Lenio Streck¹⁰:

Por tudo isso, a doutrina brasileira deveria estar (mais) atenta. Sejam claros. Se é verdade que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é e se é verdade que os juízes possuem livre apreciação da prova (sic) ou 'livre convencimento' (sic), então para que serve a doutrina? Ela só serve para 'copiar' ementas e reproduzir alguns '*obiter dictum*'? Para que serve o 'bordão' da 'comunidade aberta dos intérpretes da Constituição'?

Pensar que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é constitui uma carta branca ao judiciário. Pensar assim é o mesmo que apostar em uma espécie de 'hermenêutica de resultados', algo do tipo 'decido-e-depois-busco-o-fundamento'. É claro que isso pode, por vezes, dar resultados. Afinal, um relógio parado acerta a hora duas vezes ao dia.

De há muito a advocacia, pública e privada, clama por um critério mais racional no julgar, que não dê azo à volta do arbítrio nas decisões. Mais que um clamor feito pelas partes do processo, trata-se de mudança imprescindível para a consolidação das instituições e da democracia.

Sabe-se que o Direito é fortemente influenciado pelo pensamento político dominante da sociedade em que se insere e em que é aplicado, num determinado momento histórico. Hoje, no Brasil, cultua-se e difunde-se a ideia de que o Estado – incluindo-se suas instituições e órgãos – é capaz de resolver, na ponta da caneta, quaisquer mazelas sociais que se apresentam no cotidiano, numa espécie de onipotência soberana.

É extremamente comum – e até cotidiana - a criação, através de leis e medidas provisórias, de centenas de encargos e atribuições para o Poder Público, sem uma prévia delimitação das fronteiras dentro das quais deve atuar o Estado, seja na economia, na vida privada dos cidadãos e até mesmo na relação interna entre as funções estatais.

Não se pretende, aqui, fazer uma apologia ao que seria um retrocesso social ou à mitigação dos direitos já adquiridos; tampouco se quer defender ou atacar esta ou aquela ideologia político-partidária.

¹⁰ STRECK, Lenio. **OK, Juiz não é Deus (*Juge n'est pas Dieu!*). Mas, há(via) dúvida?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-20/senso-incomum-ok-juiz-nao-deus-juge-nest-pas-dieu-duvida>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

Antes, sob o prisma jurídico, considerando os reflexos que tais posturas políticas geram na aplicação do direito e na atividade jurisdicional, levanta-se o questionamento: até que ponto deve o Estado – entendido aqui como União, Estados membros e municípios - comprometer-se com a transformação da realidade?

O Brasil, enquanto nação, possui um contexto histórico comum aos demais povos latino-americanos: a delegação obrigatória do exercício cívico. Até um passado recente, o cenário político-econômico nacional sempre fora direcionado por determinada classe social, geralmente os grandes produtores agrícolas e, antes, pelos senhores de escravos. O próprio exercício do direito de voto, que até então fora privilégio de parcela mínima da população, só fora plenamente adquirido no século XX.

Conseqüência deste contexto histórico, a sociedade brasileira aculturou-se com a passividade democrática e a submissão incontestada imposta pela classe política.

Isso gerou um vácuo de representatividade no Poder Executivo e no Poder Legislativo, que levou, a partir de 1988, os cidadãos a colocar nas mãos do Poder Judiciário a responsabilidade de impulsionar as mudanças necessárias, criando um atalho no exercício do poder e instaurando uma crise republicana.

Obviamente que, do ponto de vista sociológico, esse discurso estatizante cria uma consciência de terceirização da responsabilidade individual, transferindo a outros (sociedade, Estado, etc) o dever de ser, cada cidadão, protagonista da concretização daquilo que a Constituição Federal estabeleceu como ideal a ser alcançado.

Tanto é assim, que a doutrina advoga pacificamente que a eficácia dos direitos fundamentais não permanece verticalizada na relação cidadão-Estado, mas também alcança as relações entre os particulares.

Levantam-se tais premissas, necessárias, a fim de se mostrar que tal ideologia política colaborou para uma crise de identidade no Poder Judiciário, manifestada, num último momento, por um ativismo judicial exacerbado.

Néviton Guedes, escrevendo¹¹ a respeito desta mesma crise hoje instalada na magistratura, tomando como ponto de partida caso emblemático, de ampla repercussão midiática, entre uma agente de trânsito que fora condenada a indenizar um magistrado, para quem disse, em uma fiscalização, que aquele, “embora fosse juiz, não era deus”, pondera com rara lucidez:

Para falar a verdade, as coisas andam bastante sérias. Equiparados a profetas de uma nova religião (como se o Brasil já não tivesse crenças em demasia), os juizes brasileiros são permanentemente confrontados com pedidos que vão muito além da multiplicação de pães ou da transformação da água em vinho. As demandas se sofisticaram e hoje envolvem a necessidade de multiplicar leitos (já ocupados) de UTI, vagas em universidade onde elas não existem, posse em cargos públicos para quem sequer foi aprovado em concurso e, se não fosse o bastante, não é incomum o pedido de aposentadoria rural para quem, entrevistado pelo magistrado, revela sincera dificuldade em distinguir um bovino de um equino.

(...)

Como se vê, depois de certificada a condição terrena da magistratura nacional, devemos agora iniciar uma outra batalha, certamente mais difícil, considerada a resistência dos convictos, consistente em aceitar que os juizes também não são profetas, magos ou bruxos e, por isso mesmo, não dominam nenhuma ciência oculta que lhes permita, por mera habilidade hermenêutica, produzir coisas de palavras. O Judiciário não detém nenhuma pedra filosofal de onde possa operar milagres a partir do direito.

Todas essas questões levantadas pelo autor, sem exceção, acabam passando pelo crivo da sentença e sua fundamentação (seus limites e possibilidades), que conferem, pelo menos aparentemente, legitimidade a determinada decisão, ainda que esta imponha o fazimento de algo absolutamente intangível e injurídico, sendo, por vezes, até mesmo inconstitucional.

É necessário perquirir sobre os métodos hermenêuticos utilizados na aplicação da Constituição e da lei pelos juizes. Também é imprescindível uma correta leitura e aplicação da teoria dos princípios e do método da ponderação, a fim de que não incorram os tribunais em equívocos cientificamente reprováveis.

O decisionismo chega a tal ponto, que se considera absolutamente comum o julgamento contra *legem*.

¹¹ GUEDES, Néviton. **Juizes não são deuses nem profetas, por óbvio!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/juizes-nao-sao-deuses-nem-profetas-obvio>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

A ausência de um rigor metodológico, por vezes, leva a um abuso de autoridade por parte do juiz, que acaba assenhorando-se de prerrogativas que não lhe pertencem, ingerindo na Administração Pública direta e indireta.

Poder-se-ia, ainda, citar os inúmeros processos nos quais os juízes, indiscriminadamente, se utilizam da ponderação para criar princípios inexistentes no ordenamento, afastar a incidência de uma norma vigente sem declará-la inconstitucional – ainda que em sede de controle difuso -, interpretando a lei de forma a dar-lhe um sentido totalmente diverso, numa verdadeira atividade legiferante.

Um dos fenômenos gerados por esse comportamento – talvez o mais grave que afeta o Judiciário, juntamente com o decisionismo – é o pan-principiologismo.

Há, assim, uma utilização irracional e tautológica de princípios por parte da doutrina e dos tribunais. Pode-se reproduzir aqui, a título de exemplo, alguns citados por Lenio Streck, em sua obra “Hermetênica Jurídica e(m) crise”¹²: princípio da simetria, princípio da precaução, princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio do fato consumado, princípio da confiança no juiz da causa, princípio da situação excepcional consolidada, princípio do autogoverno da magistratura, princípio da elasticidade processual, princípio da felicidade, etc.

Não convém que, num Estado de Direito, cujas funções estatais estão especificadamente delimitadas, isso seja assim.

É evidente que, por vezes, o próprio legislador investe o juiz de prerrogativas processuais que abrem caminho ao abuso e ao arbítrio na aplicação do Direito.

Um exemplo a ser citado são as cláusulas abertas, também chamadas de cláusulas gerais. Estas são dispositivos normativos cuja redação contém conceitos jurídicos indeterminados em seu bojo. Por possuírem baixa densidade normativa em relação às demais regras, concedem ao juiz-intérprete um espaço mais amplo dentro do universo semântico no qual podem se mover.

¹² STRECK, Lenio. **Hermetênica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 171-173.

Podemos dizer, num primeiro momento, que tais cláusulas possuem maior longevidade dentro do ordenamento em relação aos demais dispositivos, já que seu conteúdo preserva sua atualidade.

Entretanto, é sabido que qualquer instituto utilizado indiscriminadamente – como faz o Chefe do Executivo Federal em relação às Medidas Provisórias, num desvirtuamento democrático – acaba gerando graves distorções e anomalias jurídicas, cujos efeitos nocivos se manifestam na prestação jurisdicional (ou na ausência dela).

Esse conjunto de fatores sociais, políticos e jurídicos acabam por traçar os contornos da crise hoje vivenciada no Poder Judiciário, cuja atividade precípua – julgar – acaba sendo fortemente prejudicada, tendo em vista que seus pressupostos de validade, tais como a racionalidade e a legalidade, foram gradativamente depreciados.

Sérgio Sérulo da Cunha¹³ bem retratou o método que, hoje, é o mais utilizado na prolação de decisões:

Tenho ouvido de muitos e bons juízes – numa espécie de preleção a respeito de como costumam decidir – que chegando, ante os fatos nos autos, a uma convicção a respeito de qual a decisão justa, buscam em seguida adequá-la aos termos da lei. Parece-me que eles correm, com isso, o risco de colocar sua subjetividade à frente do Direito. Acontece também que muitos autores confundem ‘motivação’ com ‘fundamentação’. A motivação (o movimento psicológico, inclusive preconceituoso, que leva o juiz a decidir ‘a’ ou ‘b’) deve fazer sempre parte da fundamentação, e, se o real motivo de decidir fica oculto, a fundamentação, deficiente, rouba às partes e à razão pública a possibilidade de conhecê-lo e discuti-lo.

Devido aos fatores apresentados acima, parece que a crise vivida no Poder Judiciário chegara a um limite, o que impõe a urgente necessidade de uma revisão metodológica e da adoção de mecanismos para frear as arbitrariedades e efetivar um processo justo, racional e democrático.

2.2 Os Paradigmas Trazidos Pelo Novo Código de Processo Civil

Procurando estabelecer balizas objetivas para as decisões judiciais e criar mecanismos de controle, o novo Código de Processo Civil, sancionado pela Lei

¹³ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Uma deusa chamada Justiça**. 1. ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 13.

13.105/2015, trouxe alguns dispositivos inovadores, dentre eles os artigos 489, §§ 1º, 2º e 3º e 926, *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Atendendo a antigas exigências da advocacia, a nova Lei Processual Civil Brasileira procura impossibilitar que as partes e seus procuradores sejam surpreendidos no decorrer do processo ou na prolação da sentença, trazendo como pressupostos de validade: a ausência de fundamentação genérica; demonstração de equivalência do caso sub judice com o enunciado de súmula ou precedente; a realização do chamado *distinguishing* para afastar a incidência de súmula; o enfrentamento de todas as razões trazidas pelas partes, não mais apreciando, apenas, aquelas que se prestam a justificar a decisão do julgador; ausência de fundamentação genérica e justificação adequada para o emprego de conceitos jurídicos indeterminados.

Selecionando, a título de exemplo, apenas o inciso IV, trazido pelo parágrafo primeiro do artigo 489, vê-se uma antiga reivindicação da doutrina, como bem observado pelo processualista civil Fredie Didier¹⁴:

Muitas vezes o magistrado, analisando os argumentos e provas trazidos ao processo, tende a realçar, em sua motivação, apenas aquilo que dá sustentação à tese vencedora. (...) Isso, porém, não é correto. É imprescindível que se indique também por que as alegações e provas trazidas pela parte derrotada não lhe bastaram à formação do convencimento. Trata-se de aplicação do princípio do contraditório, analisando sob a perspectiva substancial: não basta que à parte seja dada a oportunidade de manifestar-se nos autos e de trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado.

O inciso V do artigo 489 disciplina o método a ser observado pelo magistrado quando da invocação de precedentes judiciais ou enunciado de súmula, buscando eliminar os fundamentos aliunde. Seguindo a mesma lógica dos incisos antecedentes, o juiz deverá demonstrar a adequação do precedente ou súmula invocados ao caso concreto.

Sobre o assunto, leciona Fredie Didier¹⁵:

Há juízes que se dão por satisfeitos com dizer que a jurisprudência se orienta neste ou naquele sentido. A menos que alguma norma legal a declare suficiente, com semelhante referência o juiz não se desincumbe do dever de motivar. É claro que ele deve levar em conta a jurisprudência, sem prejuízo da possibilidade, que em princípio tem, de discordar da orientação predominante, mas em qualquer caso tem de expor as razões pelas quais adere ou não adere a ela.

Fredie Didier prossegue discorrendo sobre a questão, para quem “parece ser lícito ao magistrado, simplesmente, fazer alusão à súmula, quando da análise de questão de direito, mas deverá, antes, demonstrar *se e de que modo* a situação concreta que lhe é posta para julgamento se encaixa na hipótese sobre a qual versa a referida súmula”.¹⁶

O *distinguishing*, trazido pelo inciso VI, por exemplo, é um método comparativo, no qual o juiz verifica se o caso sob sua análise guarda relação de

14 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 292.

15 **Ibidem**, p. 295.

16 **Ibidem**, p. 295.

semelhança com o precedente-paradigma, a fim de aplica-lo ou afastar sua incidência.

Ainda Fredie Didier¹⁷ sobre o tema:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratiodecidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Estes são apenas breves explicações de algumas das significativas mudanças que o novo Código traz em seu bojo, de modo que analisar-se-á cada uma delas, detalhadamente, no decorrer deste trabalho.

Os breves exemplos aqui trazidos servem para quantificar a profundidade das mudanças trazidas ao Direito brasileiro pelo Novo Código que, também: impõe ao juiz a necessidade de enfrentar todos os argumentos jurídicos trazidos pelas partes; relacionar os conceitos jurídicos indeterminados ao caso concreto, justificando sua aplicação; fundamentar o uso ou o afastamento de precedentes ao decidir; lançar mão da técnica de ponderação de normas etc.

O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, cujos alguns dispositivos foram aqui rapidamente analisados, traz consigo a imposição de um novo paradigma para a teoria da decisão judicial, atendendo às pesquisas jurídico-científicas em relação ao tema.

¹⁷ **Ibidem**, p. 406.

3 O PODER JUDICIÁRIO COMO NOVO *LOCUS* DEMOCRÁTICO

Conforme exposto no primeiro capítulo, quando da delimitação do objeto de estudo deste trabalho, não se analisará pormenorizadamente questões atinentes diretamente ao ativismo judicial, métodos hermenêuticos ou teorias discursivas.

Contudo, algumas ponderações que, certamente, irão tangenciar os referidos assuntos se mostram necessárias.

No alvorecer deste novo século, o Estado Democrático de Direito assume novos contornos – não muito bem delimitados, decorrentes das profundas transformações sócio-políticas vividas nos últimos anos, o que permitiu um certo alargamento das fronteiras de atuação do Poder Judiciário.

Para além de sua posição histórica de inércia e de recato, o Judiciário brasileiro comporta-se de modo cada vez mais proativo na dinâmica da realidade social. Isso decorre, em parte, conforme explicado no capítulo introdutório deste trabalho, do negativismo legislativo e da ineficiência do Poder Executivo.

A sociedade brasileira passou, então, nos últimos 20 anos, a ver a prestação jurisdicional como principal instrumento jurídico-político nas disputas ideológicas que melhor seriam debatidas em um ambiente parlamentar que nos Tribunais, o que não ocorre – ou ocorre de modo deficiente - por uma série de motivos, nenhum deles diretamente imputáveis aos cidadãos.

Desta forma, o Poder Judiciário passou a ser o novo “lôcus democrático”, a arena política das agendas da sociedade, como prefere Antoine Garapon¹⁸:

Este novo palco da justiça sugere tanto o surgimento de um poder novo quanto a vacuidade do poder, tanto um deslocamento da instituição simbólica, quanto a angústia de seu possível desaparecimento. Alexis de Tocqueville afirmou que “quando não existe mais autoridade em matéria de religião ou de política, os homens logo se amedrontam com essa independência sem limites”. Não é, provavelmente, por acaso que essa demanda tome corpo numa sociedade desorientada, desagregada de sua tradição, órfã de um sistema axiológico. Quando as ideologias decepcionam, o combate político se transforma em combate processual. Não se trata mais, então, de um recurso feliz e confiante ao juiz, mas de uma vitória por “forfait”; de uma promoção à revelia explicada pelo recuo do

¹⁸ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – O guardião das promessas**. 2. ed.; Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 173-174.

Estado, pela angústia do desaparecimento de um mundo comum ou pelo declínio da família.

A justiça passa a ser o instrumento de emancipação e o último recurso contra a implosão da democracia. A jurisdição converte-se no último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração, a política eleitoral de sociedades decepcionadas com suas instituições tradicionais, o único centro possível de uma sociedade policêntrica, a última instância moral no momento em que a religião desaparece do horizonte democrático, o último palco de uma sociedade sem projetos.

Apercebendo-se dessa realidade, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, quando presidia a Corte, exarou exemplar voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em que se discutiu se a interrupção forçada da gravidez em casos de anencefalia comprovada constitui crime, cujo trecho é extremamente elucidativo¹⁹:

O caso representa uma tentativa – a meu ver – de contornar a má vontade que o Congresso Nacional tem de reconhecer a atipicidade, a licitude ou excludente de punibilidade deste caso. É o Congresso Nacional que não quer assumir essa responsabilidade porque tem motivos para fazê-lo. Não quero discutir tais motivos. Disso resulta uma inviabilidade de se concretizar a emanação de uma norma jurídica que viesse a relativizar a vida, nesse caso específico, ainda que ficasse sujeita ao depois, ao crivo dessa Suprema Corte. Esta ADPF aparece como uma maneira de transpor aos ombros e à responsabilidade desta Corte de abrir uma exceção ao resguardo da vida humana. Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão. Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional. (grifou-se)

No mesmo julgamento, na esteira do voto do então presidente da Corte, o ministro Ricardo Lewandowski demonstrou saber colocar-se, enquanto magistrado, em posição de recato, conforme se vê neste excerto de seu voto²⁰:

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em

¹⁹ PELUSO, Cezar. **Voto na ADPF 54.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TN9x_u67Afl>. Acesso em 28 de julho de 2015.

²⁰ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto na ADPF 54.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em 28 de julho de 2015.

conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional. Destarte, não é lícito ao mais alto órgão julgante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

O fato é que a maioria dos juízes possui outra forma de pensamento, adotando uma postura institucionalmente mais agressiva.

Nesse cenário, seja por desaviso, na ânsia de atender aos clamores populares que entram em ebulição de tempos em tempos; seja pela vontade consciente de ampliar o raio de incidência de seu próprio poder, os juízes – com raras e respeitáveis exceções – deram boas vindas ao novo papel de protagonista que lhe foi entregue pela sociedade e, tacitamente, também, pela própria doutrina, cuja produção deixa de ser, paulatinamente, científica e, conseqüentemente, crítica, para se transformar em mera ratificadora dos pronunciamentos pretorianos.

A comunidade jurídica assistiu, passivamente, a essa lenta – porém constante – “metamorfose” do Judiciário. Consequência disso tem-se, hoje, um sem-número de métodos de que lançam mão os juízes quando da feitura de suas decisões. O grande estigma da magistratura brasileira é, sem dúvida, a ausência de uniformidade metodológica, o que significa, muitas vezes, o abandono da racionalidade e da legalidade.

Evidentemente que parte desse ativismo decorre do próprio conteúdo normativo da Constituição Federal, que é extremamente prolixo, abrangendo um extenso rol de direitos fundamentais e sociais, dos quais, por determinação da própria Constituição, o Poder Judiciário se tornou guardião. A Carta seguiu a orientação ideológica da social democracia europeia, onde os textos constitucionais tornaram-se mais abrangentes em relação às constituições liberais.

O ministro do Supremo Tribunal Federal e consagrado constitucionalista Luís Roberto Barroso, elencou a própria Constituição como um dos motivos ensejadores da judicialização da vida pública²¹:

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A Constituição de 1988, além disso, reflete a cultura política do brasileiro, acostumado com a multicentenária interferência governamental em assuntos privados e familiarizado com um Estado que se comporta como mola propulsora das transformações sociais.

Esse conjunto de fatores faz com que o cidadão brasileiro sempre espere passivamente que o Estado tome a dianteira de qualquer processo transformador ou, pelo menos, que o chancele para que surta efeitos. Assim, se não encontra essa tomada de iniciativa no Legislativo, não tarda em buscá-la no Judiciário.

É inegável e, talvez, irreversível (ao menos totalmente), os novos limites dessa competência do Poder Judiciário. Contudo, é possível refletir a respeito de uma mitigação desses princípios que sustentam o atual *modus operandi*.

Advogando em favor de um ativismo judicial responsável e mais contido, Wellington Boigues²², em sóbria observação, apontou uma de suas causas, trazendo a lume esse deslocamento do protagonismo transformador da sociedade:

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 25 de setembro de 2015.

²² TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. **De olhos abertos: a auto afirmação de Têmis**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2010, p. 198.

Veja que, como já declarado, somos adeptos ao ativismo judicial, mas desde que este seja responsável. Além disso, o ativismo judicial, hoje, revela-se como resultado de uma deficiência que assola nosso sistema, deficiência esta causada, principalmente, pela crise de representatividade dos poderes eleitos.

Neste cenário, como já salientado anteriormente, observa-se um movimento inter-institucional de funções dos órgãos eletivos ao Poder Judiciário. Trata-se de um movimento, porque se pressupõe que seja temporário. É inter-institucional, porque a função de uma instituição do Estado (poderes eleitos) migra para outra (Poder Judiciário). Em suma: as funções dos poderes eleitos temporariamente estão sendo transferidas ao órgão judicial, até que a deficiência sistêmica seja sanada.

Evidentemente, essa escolha trará consequências institucionais graves. Isto porque há, de certa forma, um desvirtuamento da missão constitucional e histórica do Poder Judiciário, cuja estrutura não fora inicialmente programada para sediar debates espinhosos ou dar agasalho à agenda política do momento, embora a judicialização de questões políticas, como exposto alhures - consectário natural de um Estado de Direito - seja legítima.

Caso não haja uma correção de rumo, não tardará uma crise institucional no seio dos órgãos republicanos do país. Isso porque a história ensina que o Brasil é uma nação cuja tradição política sempre fora marcada pelo patrimonialismo e por uma cultura beligerante, de “vale-tudo”, para ganhar as eleições e manter-se no poder.

Fica, entretanto, o questionamento: que se fará da Justiça quando os agentes estatais responsáveis por sua realização – diga-se, os juízes - encontrarem-se a tal ponto envolvidos em disputas dessa natureza que sua própria independência funcional se quede comprometida ou seja posta em risco?

Exemplificando: pode ser que, ao chamar para si a responsabilidade de decidir sobre determinada matéria a que só é dado discutir e deliberar ao Poder Legislativo da União (Congresso Nacional), como, por exemplo, interferir no processo de escolha dos membros do Tribunal de Contas da União (artigo 49, inciso XIII), que é assunto politicamente delicado, o Judiciário faça surgir um “cabo-de-guerra” institucional, tornando-se refém de manobras vingativas por parte dos demais Poderes. Boigues prossegue²³:

²³ *Ibidem*, p. 199.

Como se depreende, uma das várias conseqüências que se pode extrair deste novo cenário é a centralização das expectativas no direito. Acontece que o direito, por si só, assim como acontece com a política, não consegue resolver todos os problemas da vida em sociedade. Desta forma, assim como a deficiência política, o uso excessivo do direito pode causar deformações sistêmicas.

[...]

Posto isso, não “estamos postulando uma Magistratura irresponsável e ilimitada, muito menos uma República dos Juízes” (GOMES, 1997, p.124), mas apenas uma atuação estritamente necessária para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Como o assunto abordado é o exercício e a manifestação do poder estatal, é extremamente necessário e adequado, aqui, rememorar os conceitos e princípios básicos que norteiam qualquer democracia.

Assim, estabelecidas essas premissas, a compreensão jurídica a respeito da decisão judicial, nos seus aspectos constitucionais e processuais, será mais fácil.

Alejandro Serrano Caldera, em sua obra “Razão, Direito e Poder”²⁴, ao discorrer a respeito da democracia moderna, traz informações importantes:

A democracia moderna nasce sustentada pela ideia da representação.

Os representantes representam aos representados e exercem o poder em nome destes.

A soberania é a fonte do poder e está assentada nos representados.

Este é o princípio fundamental da democracia quaisquer que sejam as modalidades ou sutilezas com que se queira representar. Esse é o princípio da legitimação do poder e da democracia, essencialmente, é o primeiro ato e logo o processo mediante os quais o poder se legitima.

Por isso, a democracia é, antes, mais que um sistema político, é a filosofia dos limites e a legitimação do poder, e todo o resto vem por acréscimo: a lei, as instituições, a separação de poderes, as formas processuais legalmente estabelecidas para exercer o poder, os sistemas políticos e demais formas jurídicas e institucionais que regulam o comportamento do Estado.

O ideal da democracia e do Estado de Direito é, então, a coincidência entre legalidade, que é o apego às formas jurídicas e ao mandato da lei, e a legitimidade que é a subordinação da lei, fonte do poder, a vontade geral da qual fala Rosseau.

Existe, pois, um encadeamento necessário entre o poder, a lei que dá sua validade formal e a vontade coletiva que dá legitimidade. (grifou-se)

Nesse sentido, o Poder Judiciário também possui atribuições inspiradas nos valores democráticos, já que compõe, como o Legislativo e o Executivo, o Estado de Direito.

²⁴ CALDERA, Alejandro Serrano. **Razão, Direito e Poder**. 1 ed.; Ijuí: Editora Unijuí; São Leopoldo: Editora Nova Harmonia, 2005, p. 31 e 32.

Esta é uma premissa extremamente importante, pois se poderia imaginar que os princípios da democracia se manifestam apenas nos Poderes em que há o exercício do voto, o que não é verdade.

Tanto quanto o Executivo e o Legislativo, O Judiciário possui responsabilidades democráticas no exercício da sua função, cuja inobservância configura arbítrio e acarreta na ilegitimidade destes atos.

Os princípios democráticos permeiam toda a atividade judicante, desde a estruturação do Judiciário que, por exemplo, prestigia e consagra tacitamente o duplo grau de jurisdição, partindo da premissa da falibilidade das decisões judiciais, que poderão ser corrigidas em segunda instância; até na maneira em como a jurisdição é exercida, ou seja, nos limites do processo.

Assim, como este trabalho não se propõe a analisar o Poder Judiciário de uma perspectiva democrática tão somente, mas, também, os aspectos constitucionais da decisão judicial, há a imperiosa necessidade de se discorrer a respeito do processo, instrumento indispensável em um Estado Democrático de Direito.

Isso porque é no processo em que se materializa a atividade jurisdicional e todos os aspectos do direito positivo, jurisprudencial e doutrinário.

Sem trazer a lume as antigas lições da dogmática jurídica a respeito do processo, oxigenadas pelo tema proposto, não se fará uma análise satisfatória.

É necessário, portanto, rememorar antigos pressupostos que são fundamento e alicerce da ordem jurídica vigente para uma melhor compreensão da função republicana do juiz e de como esta deve ser exercida.

3.1 A Legitimidade Democrática Dos Juízes no Estado de Direito: Desmistificando Algumas Questões

Antes, porém, de adentrar as minúcias da ciência processual, é necessário responder a algumas objeções específicas comumente feitas a respeito da legitimidade do Poder Judiciário.

De início, cabe invocar a definição de democracia trazida por José Hermílio Ribeiro Serpa²⁵:

A palavra Democracia origina-se de dois termos gregos *demos*: povo e *kratos*: autoridade, significando governo do povo ou governo da multidão ou governo de muitos.

Sabe-se que a República Federativa do Brasil é uma nação democrática, onde impera a liberdade de escolha dos cidadãos para elegerem seus representantes políticos e os dirigentes de Estado, direta ou indiretamente.

Ratificando o regime político adotado, traz a Constituição Federal no texto de seu artigo primeiro, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A democracia possui como um de seus principais princípios subjacentes a ideia da necessidade de participação popular para dar legitimidade a qualquer ato de poder.

É um pressuposto democrático de validade dos atos estatais a participação direta ou indireta do povo, de quem emana toda legitimidade e poder.

A dinâmica dessa representatividade e as formas de sua manifestação variaram no decorrer da história e variam, ainda hoje, de nação para nação, de acordo com os costumes e o passado político dos povos.

No Brasil, bem como em quase a totalidade dos países ocidentais que adotaram a democracia representativa como paradigma de organização política, esse poder popular é manifesto, basicamente, em eleições periódicas pelo voto direto e secreto, conforme disposto no artigo 14 da Carta da República.

Essa regra é absoluta em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, nos três níveis da federação, de modo que a participação democrática dos cidadãos se manifesta de modo mais visível, devido ao voto periódico.

Há inequívoco exercício da democracia representativa quando da realização das eleições, sempre precedidas de debates acirrados e discussões inflamadas entre os eleitores e candidatos, ambiente em que os cidadãos, de forma

²⁵ SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais: um reexame fenomenológico**. 1 ed.; Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 115.

mais sensível, consideram-se senhores do destino da nação e experimentam vivamente a democracia.

Diferentemente ocorre com o Poder Judiciário, cujos membros, ao contrário do que acontece em alguns países europeus e americanos, a título de exemplo, onde também são eleitos diretamente pelo povo, são selecionados via concurso público ou através de escolha feita pelo chefe do Poder Executivo (governador de Estado ou Presidente da República), a partir de lista de indicações elaborada pelo Ministério Público ou pela advocacia, conforme disposto no artigo 94, *caput*, e parágrafo único da Constituição Federal.

O processo de seleção e investidura dos magistrados – muito mais técnica e minuciosa que a composição dos demais Poderes - acaba por distanciar, de certa forma, os juízes dos jurisdicionados, representativamente falando. Isso não significa que o Judiciário seja um Poder estatal menos legítimo que os demais, em que prepondera o sufrágio.

O cidadão, muitas vezes, devido a essa distância, passa a ver os membros do Poder Judiciários como agentes políticos ilegítimos ou, pelo menos, alheios à dinâmica da vida democrática.

Esse sentimento de vácuo de representatividade vem sendo reforçado pelo comportamento dos próprios magistrados, que proferem decisões judiciais desconexas da realidade ou que afrontam as leis e a Constituição às claras, surpreendendo as partes, os advogados e a comunidade jurídica.

O resultado da adoção de tais “métodos decisórios” está criando, dentro das fronteiras do Direito e da comunidade de seus operadores, uma verdadeira crise de legitimidade, primeiro das decisões e até dos próprios juízes, cujo trabalho é constantemente contestado, principalmente pela ala hermenêutica da doutrina.

Embora a situação seja preocupante e, não poucas vezes, grave; nunca é demais trazer à memória que, no Brasil, embora os juízes não sejam submetidos ao escrutínio popular para o exercício da função, eles têm sua legitimidade decorrente diretamente da Constituição Federal.

É compreensível, dadas as peculiaridades históricas da nação e de sua tradição romanística na Ciência Jurídica, que o método de recrutamento adotado seja, em regra, o concurso público.

Em um país composto por um número significativo de analfabetos funcionais, marcado fortemente pelo patrimonialismo, por uma cultura de corrupção, favorecimentos pessoais e aparelhamento da máquina pública; seria ingênuo imaginar que outro sistema teria êxito na composição de um Judiciário tecnicamente preparado.

A população brasileira não passou pelo amadurecimento cívico vivido, por exemplo, nos países de tradição anglo-saxônica.

Assim, o concurso público revela-se método adequado à realidade brasileira. Mayara Caroline Bertuol, citando Sérgio Cavalieri, ressalta a racionalidade deste modelo de seleção dos magistrados²⁶:

Deve-se ainda levar em conta que a função de julgar é muito diferente da função política. Exige imparcialidade, independência, descomprometimento de toda sorte. O juiz não pode procurar agradar a ninguém com suas decisões. [...] Mas se o juiz necessitar de votos para se eleger ou reeleger-se, sempre que tiver que decidir questões relevantes e de repercussão social, estará sujeito a todo tipo de pressões do seu eleitorado ou em nome dele [...] perdendo a imparcialidade e a segurança necessárias ao julgador.

Da mesma forma conclui Wellington Boigues, em sua tese de graduação, quando trata a respeito de Judiciário e legitimidade²⁷:

Entretanto, tal argumento não deve prosperar. **Ora, o exercício da magistratura é uma função eminentemente técnica, razão pela qual o concurso público se torna a melhor via para o ingresso nessa carreira.** Tanto o é que, mesmo nos casos de indicação política, analisa-se o currículo do indicado, a fim de se ponderar se possui ou não capacidade de exercer tal nobre função.

Além disso, “o argumento da ausência de eleição dos juízes também pode ser rebatido pela existência de parlamentares (suplentes) e administradores (ministros e secretários) investidos de poder com pouco ou nenhum apoio popular” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.107).

Por fim, **a legitimidade democrática do Poder Judiciário encontra fundamento nas suas garantias, quais sejam: a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de subsídios. Tais garantias contribuem para a efetiva independência daqueles que exercem a função jurisdicional, pois se tornam livres de qualquer influência política, o que não acontece com os membros dos poderes eleitos.** (grifou-se)

²⁶ BERTUOL, Mayara Karoline. **Estudo comparado da forma de recrutamento dos magistrados do Brasil e dos Estados Unidos**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2013, p. 68.

²⁷ TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. **De olhos abertos: a auto afirmação de Têmis**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2010, p. 189/190.

Não é, de forma absoluta, incompatível a adoção do regime democrático com as funções do Poder Judiciário, tampouco o é com o método de recrutamento dos magistrados.

Pelo contrário: os princípios democráticos são oxigenadores da atividade judicante, vinculando-a a parâmetros de controle racionais e criando diversos obstáculos às arbitrariedades e ao autoritarismo.

Do ponto de vista positivo, na medida em que toda a estrutura, garantias, deveres e função do Judiciário estão bem delimitadas na Constituição Federal, que também adota, em seu bojo, a democracia como um dos pressupostos e pilares do ordenamento jurídico; pode-se dizer que o terceiro Poder encontra-se harmonizado e legitimado democraticamente.

Isso porque, como é sabido, o Poder Constituinte, cuja titularidade pertence ao próprio povo, que a exerce por meio de uma Assembleia Constituinte, é inaugural de um novo arcabouço jurídico; sendo que, respeitados os limites impostos pelo direito natural, todo seu conteúdo normativo deve ser considerado legítimo, tendo em vista que representa a vontade popular.

Evidentemente, inclui-se nesse conteúdo o Judiciário enquanto Poder da República, bem como toda sua estrutura organizacional. Em outras palavras: a mera veiculação, pela Constituição, dessa matéria (o que não poderia ser diferente, contudo, dado que se trata de um dos pilares do Estado) é suficiente para conferir legitimidade àqueles que vestem a toga.

Como demonstração do tratamento dispensado pela Constituição em relação ao Poder Judiciário, é possível citar: seu estabelecimento como um dos Poderes independentes da União (artigo 3º); a consagração do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV); o dever da União em organizá-lo e mantê-lo (artigo 21, inciso XIII); a presença de órgãos judiciários até mesmo nos Territórios Federais (artigo 33, § 3º); a possibilidade de decretação de intervenção federal em favor do Judiciário, caso contra ele haja coação (artigo 36, inciso I); as disposições sobre os vencimentos a serem recebidos pelos seus membros (artigo 37, incisos XI e XII); a vedação da edição de medidas provisórias que veiculem sobre a organização do Poder Judiciário (artigo 62, §1º, alínea “c”); dentre outros dispositivos que tratam de sua hierarquização, competências, diretrizes orçamentárias, composição dos tribunais, etc.

Desta forma, não há falar, ao menos num primeiro momento, em ilegitimidade do Judiciário.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra “Estado de Direito e Constituição”, discorrendo a respeito das liberdades individuais e dos direitos naturais, bem como da relação destes com o Estado, assevera²⁸:

Este Direito superior, e mormente as liberdades que o explicitam, é garantido pelas Constituições. Estas se destinam a limitar o Poder, a fim de, em última análise, proteger a liberdade (ou liberdades individuais). **Definidas por um poder logicamente pré-estatal – o poder constituinte -, emanação da liberdade dos homens que se põem em sociedade para melhor defesa de seus direitos, estabelecem elas o estatuto do Poder estatal. Assim, nenhum órgão, ou agente do Estado, por mais alta que seja a sua hierarquia, detém qualquer poder senão o que advém da Constituição, e o tem de exercer rigorosamente pelo modo nesta definido.** Como estatuto do Poder, garantia das liberdades, esta Constituição é, por sua própria natureza, condicionante da validade de todo e qualquer ato que os órgãos estatais emitam, e não pode ser por estes alterada (mas apenas por um poder também constituinte, embora dela derivado, que o faça pela forma e nos limites que ela própria traçar). Disto decorre, inexorável, a consequência: a invalidade de todo ato praticado ao arrepio da Constituição. (grifou-se)

É pacífico, na dogmática jurídica, que os magistrados possuem sua legitimidade última decorrente da Carta da República, da mesma forma que o Executivo e o Legislativo.

O professor e ministro Luís Roberto Barroso, com clareza solar, concorda com a afirmação²⁹:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. **Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes.** A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

²⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Estado de Direito e Constituição**. 2 ed.; São Paulo: Saraiva, 1999, p. 04.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 25 de setembro de 2015.

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. **De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não tem vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.** (grifou-se)

Comparando a independência funcional do juiz em regimes totalitários com regimes democráticos, Jorge Reinaldo Vanossi traz importantes lições a respeito da legitimidade do Judiciário³⁰:

Por lo tanto, si el juez al aplicar interpreta y si al interpretar crea, entonces es una pieza fundamental en la estructura y en la dinámica del régimen. Ello nos obliga a distinguir la función y el poder del juez en una autocracia y en una democracia. Decimos, por un lado, que la autocracia significa – entre otros datos – la existencia de concentración de poderes, predominio de la coerción sobre el consenso, falta de pluralismo político (o graves restricciones a él), ausencia de control, ilimitación relativa o absoluta del poder, y pretensión de una integración política total (por lo que recibe el nombre de “monocracia”). Por otro, tenemos que la democracia pluralista supone la existencia de separación de los poderes, predominio del consenso sobre la coerción, pluralismo político (que trae apareado el disenso y la posibilidad de alternancia en el poder), controles, limitación del poder y, por ende, una integración política parcial (de allí la denominación de “pluralismo”). **Entonces, resulta en consecuencia que el único régimen donde es realmente posible la independencia funcional de los jueces – y de los jueces con jurisdicción constitucional – es en las llamadas “democracias pluralistas”. En las autocracias, en definitiva, existe un solo poder, y aun en los supuestos en que formalmente existan varios, es evidente el real sometimiento de los demás a uno que prevalece (y que nunca será el juez, pues siempre quedará sometido al autócrata de la rama ejecutiva).**

[...]

Pero no hay que engañarse, el juez sólo tiene “su” poder judicial en el marco de las democracias pluralistas, solamente allí puede gozar de independencia y asumir en consecuencia las funciones de control. (grifou-se)

Pelos motivos que foram expostos acima - principalmente o fato de o Judiciário poder sobrepor-se a toda administração pública e atividade legislativa - é comum falar-se em “ditadura dos juízes”. Essa expressão hiperbólica não corresponde à realidade.

Luís Roberto Barroso, novamente, é quem desmistifica essa questão³¹:

³⁰ VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. **Estado de derecho**. 4 ed.; Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008, p. 168.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. 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. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida pública devem ser os que têm votos. **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 sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões com base na Constituição.** (grifou-se)

Rogério de Vidal Cunha³² arremata o raciocínio, também repudiando a falácia da “ditadura judicial”:

A atuação dos juízes, portanto, não representa qualquer ditadura, muito pelo contrário, o juiz, investido democraticamente pela regra do concurso público ou pela regra de formação do quinto constitucional, representa sim a população; contudo, o representa, ao contrário do processo político, sem influências de grupos de pressão, de grupos econômicos ou religiosos, o faz em respeito à missão que lhe foi outorgada pelo povo na Constituição de 1988, qual seja, a de interpretar, não se podendo olvidar que, como refere Konrad Hesse, interpretar é realizar a Constituição, ou seja, dar eficácia à densidade normativa.

Portanto, como todo o respeito aos bem lançados argumentos, mas não há que se falar em “ditadura dos juízes”, mas sim em realização (no sentido de tornar real, tornar efetivo) do princípio democrático preconizado na Constituição de 1988, já que efetivamente os juízes também, sob outro prisma, mas tão legitimados quantos o Poder Legislativo, são representantes do povo brasileiro.

Pelo fato de exercerem um múnus público de fundamental importância para o funcionamento do Estado, a Constituição e as leis estabelecem a forma da atividade por eles exercida, buscando efetivar sua legitimidade democrática, a fim de mitigar os efeitos da aparente ausência de legitimidade aos olhos do jurisdicionado. A esse instrumento de legitimação dá-se o nome de processo jurisdicional.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 25 de setembro de 2015.

³² CUNHA, Rogério de Vidal. O Dever de Fundamentação no NCPC: **Há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC.** In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC.** Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 285.

Ao discorrer a respeito da legitimidade do Poder Judiciário e sua relação com a independência funcional dos magistrados, Mauro Capelletti faz importantes observações, no que tange à decisão judicial, aqui transcritas, por oportunas³³:

(...) Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, embora na verdade ultrapasse frequentemente sua finalidade, por ter a pretensão de apresentar as decisões judiciais como fruto de mera lógica, como puras “declarações” do direito. De qualquer modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ao “sentimento de equidade e justiça da comunidade”. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.

E prossegue o raciocínio, apresentando o processo jurisdicional como instrumento legitimador do Poder Judiciário³⁴:

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.

Nesse contexto é indispensável trazer à memória as consagradas lições a respeito do processo jurisdicional como instrumento democrático, o que se verá a seguir.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. 1 ed.; Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 98.

³⁴ **Ibidem**, p. 100.

3.2 O Processo Jurisdicional como Instrumento Democrático

Há inúmeras definições de processo na dogmática jurídica, sendo que os processualistas gostam de defini-lo como “instrumento de jurisdição”; como “procedimento em contraditório” ou ainda como “método de criação de normas jurídicas”.

Todas essas definições, consagradas na doutrina pátria, ratificam cientificamente aspectos intrínsecos fundamentais do processo em um Estado Democrático de Direito.

A primeira definição, que trata o processo como instrumento de jurisdição, traz em si importantes lições da doutrina a respeito do terceiro poder.

Primeiramente, quando se fala em instrumentalidade, fala-se, implicitamente, em legitimidade. Isso porque, para que um pronunciamento judicial seja válido, é necessário que este seja fruto de um processo, respeitadas todas as garantias constitucionais a ele inerentes, como a ampla defesa e o contraditório, que são pedras angulares da ciência processual contemporânea.

Na ausência de um processo desenvolvido nos moldes constitucionais, a decisão judicial, seja ela qual for, torna-se ilegítima. A inexistência de um processo que sirva de base procedimental para as decisões do magistrado, torna estas últimas em nada mais que mera manifestação arbitrária de um agente público, eivada de nulidade.

Isso se deve ao fato de que, implicitamente, decorre do princípio democrático que qualquer interferência do poder público na esfera de direitos dos indivíduos, tais como sua propriedade e liberdade, por exemplo, pressupõe a possibilidade de cada indivíduo atingido participar, direta ou indiretamente, da criação destes atos estatais, conferindo-lhe legitimidade.

Essa participação popular, decorrente da própria Constituição, como suscitado alhures, e legitimadora dos atos do poder público, pode se manifestar de diversas formas: na eleição dos parlamentares que editam as leis que vinculam os cidadãos a ela submetidos; na eleição dos ocupantes das cadeiras do Poder Executivo, nos três níveis, que irão determinar a condução das políticas públicas e a administração do erário dentro dos limites de sua competência; na realização de

referendos e plebiscitos, a fim de verificar diretamente qual a vontade popular a respeito de determinada questão, etc.

Especificamente em relação ao Judiciário, essa participação se dá com a aplicação e a observância do devido processo legal, na medida em que as partes do processo são chamadas a, na dinâmica do contraditório, interferir na formação do convencimento do juiz.

Eis o motivo – decorrente do princípio democrático – pelo qual o processo é instrumento legitimador da jurisdição.

Não pode o Estado-juiz dizer o direito nos casos que lhe são submetidos sem antes permitir a participação efetiva das partes pelo processo judicial.

Marcelo Lamy³⁵ estabelece um nexó entre o princípio do contraditório, o princípio democrático e o dever de fundamentação das decisões:

O princípio constitucional do contraditório, da mesma forma que o da fundamentação, só pode ser compreendido à luz do seu liame lógico com o processo democrático.

No Estado democrático de direito, todo e qualquer processo decisório será legítimo somente a partir da comprovação de seu liame democrático, de sua ligação com a democracia procedimental (como mecanismo de controle) e com a democracia em sua dimensão substancial (nexo com os valores legitimados pela ordem).

[...]

É o contraditório quem realiza esse nexó lógico entre o processo decisório e a democracia procedimental, enquanto a fundamentação realiza também o liame com a democracia substancial.

Não há processo legítimo, no Estado democrático, sem a instauração do contraditório. Por isso, pode-se defender com acerto que o contraditório, mais do que um direito subjetivo, é elemento constitutivo do processo. Mais ainda, que o processo somente pode ser definido como um “procedimento em contraditório”.

[...]

O ato decisório, para ser democrático, deve ser construído democraticamente. Ou seja, as razões que fundam o ato decisório devem ser construídas através a dialética do contraditório.

É preciso que a motivação aponte e justifique porque determinadas provas fáticas (apresentadas pelas partes) não foram acolhidas, e determinados argumentos jurídicos (apresentados pelas partes) não foram aceitos. (grifou-se)

³⁵ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 330/331.

É o que ensina o processualista civil Fredie Didier³⁶, elencando o conteúdo substancial do princípio do contraditório:

A jurisdição exerce-se processualmente. Mas não é qualquer processo que legitima o exercício da função jurisdicional. Ou seja: não basta que tenha havido processo para que o ato jurisdicional seja válido e justo.

O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários (contraditório, proibição de prova ilícita, adequação, efetividade, juiz natural, duração razoável do processo, etc). (grifou-se)

O terceiro conceito de processo invocado – método de criação de normas jurídicas – também parte dos mesmos pressupostos acima explicitados, aproximando, contudo, o instituto do processo judicial do processo legislativo.

O processo, *lato sensu*, pode ser definido como método de criação de normas jurídicas.

No processo legislativo, mais especificamente, observando os trâmites definidos no regimento interno, bem como os limites da Constituição Federal, o Parlamento cria normas dotadas de generalidade e abstração. No caso do Congresso Nacional, tais normas serão aplicadas em todo o território nacional.

O mesmo acontece no processo judicial, com a diferença de que, nele, o magistrado atentar-se-á às peculiaridades do caso concreto, a fim de, em seu pronunciamento final, criar uma norma concreta a ser aplicada às partes.

A norma, aqui, não é geral e abstrata; mas concreta e específica, de natureza condenatória, constitutiva ou declaratória e atinge apenas aqueles que do processo participaram. Tanto é assim, que o artigo 503 do NCPD encampa essa concepção multivalentes de processo, ao afirmar que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”.

Se no processo legislativo a legitimidade das normas decorre das eleições parlamentares, no processo judicial ela decorre da possibilidade de contraditório, da ampla participação das partes em todos os atos do processo.

O professor Fredie Didier arremata³⁷:

³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 22.

³⁷ **Ibidem**, p. 22.

O poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido processualmente. Assim, fala-se em processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), processo administrativo (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e processo jurisdicional (produção de normas pela jurisdição). (grifou-se)

Os professores Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Carlos Cintra e Ada Pellegrini, em sua clássica obra *Teoria Geral do Processo*, ao tratar da função jurídica do Estado na regulação das relações intersubjetivas, asseveram³⁸:

Com a primeira, que é a legislação, estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros tipos, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões. Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). **Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.** (grifou-se)

Essa breve exposição demonstra a fundamental importância de que se reveste o processo no atual estágio da civilização, limitando e legitimando a atuação do Estado na vida dos indivíduos.

Contudo, para o que propõe este trabalho, mostra-se insuficiente falar apenas do conceito de processo no Estado Democrático de Direito, sem tratar também de seu conteúdo substancial.

Como o processo é o instrumento legitimador da atividade judicante, é necessário que toda sua estrutura normativa e procedimental esteja em consonância com as garantias constitucionais do cidadão.

Com mais rigor deve ser tratado o processo jurisdicional, tendo em vista que, ao contrário do que acontece com os atos do Executivo e do Legislativo, o

³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed.; São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 47.

Poder Judiciário possui a palavra final em assuntos como a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas e na resolução de conflitos individuais.

Possui também o Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição Federal, documento normativo mais alto e caro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por assumir esses contornos e receber da Constituição tamanho poder e responsabilidade, os magistrados devem cultivar um verdadeiro temor reverencial pelas garantias do devido processo legal.

Desta forma, o conteúdo substancial do devido processo legal deve ser considerado quando se fala a respeito de decisão judicial, em todas as suas nuances.

Estabelece a Constituição Federal, no Título dedicado às garantias e direitos fundamentais, em seu artigo 5º:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Ambos os dispositivos consagram, positivamente, o instituto jurídico do devido processo legal, amplamente difundido nos países ocidentais.

A locução decorre da tradução para o português da expressão inglesa “*due process of law*”, conhecida em Portugal como “processo equitativo” e na Itália como “*processo giusto*”.

Sua origem remonta à Magna Carta de 1215, cujo conteúdo submetia o Rei da Inglaterra àquele documento escrito, limitando seu poder e estabelecendo uma forma de controle de seus atos soberanos.

Por se tratar de instituto antigo na Ciência Jurídica, seu conceito sofreu diversas modificações com o passar dos séculos. Modernamente, o direito fundamental ao devido processo legal é analisado em duas dimensões: uma formal e outra substancial.

O devido processo legal formal, tradicionalmente, diria respeito às garantias processuais previstas ao longo do texto constitucional e infraconstitucional, tais como: o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI); publicidade do processo (art. 5º, LX); garantia do juiz natural (art. 5º,

XXXVII e LIII); motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII); inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) etc.

O devido processo legal substancial, por sua vez, seria aquele que, para além da observância das exigências formais, gera decisões jurídicas justas e substancialmente devidas.

Ao comentar a respeito da maneira de como a doutrina norte-americana do “*substantive due processo of law*” inseriu-se no pensamento jurídico nacional, Fredie Didier afirma que³⁹:

A experiência jurídica assimilou o devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (postulado, princípio ou regra da proporcionalidade, conforme seja o pensamento doutrinário a se adotar) e da razoabilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade e razoabilidade.

E prossegue, citando Sérgio Mattos⁴⁰:

Segundo a jurisprudência do STF, devido processo substantivo pode significar desde a proibição de ‘leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão’, passando pela exigência ‘de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*‘reasonableness’*) e de racionalidade (*‘rationality’*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir, até a necessidade de ‘perquirir-se (...) se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto’.

Embora, como visto acima, tentou-se conferir a maior objetividade possível (e, conseqüentemente, a possibilidade de controle) ao postulado da proporcionalidade – para ficar apenas com um dos institutos -, subdividindo-o em proporcionalidade-adequação, proporcionalidade-necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; ainda assim há abusos em sua aplicação.

³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 50.

⁴⁰ **Ibidem**, p. 51.

Esse pensamento, incorporado à jurisprudência nacional sem qualquer reflexão aprofundada a respeito da realidade brasileira e do nosso sistema jurídico, trouxe uma notória insegurança ao processo, pois transformou a decisão judicial em um cheque em branco capaz de desprezar os mais basilares princípios do Estado de Direito.

Inúmeros membros do Ministério Público e da advocacia nacional levantam suas vozes contra esse tipo de arbitrariedade. As partes e seus patronos são os que sofrem diretamente as consequências desta prática perniciosa.

Cotidianamente expostos às infinitas possibilidades do que se transformou em “loteria jurisprudencial”, não raro se veem compelidos a adotar estratégias nada ortodoxas e nem um pouco jurídicas para vencer uma causa, como valer-se do estado de espírito do magistrado no dia do julgamento, a fim de obter um resultado favorável.

Ao tratar da teoria de Robert Alexy dentro da realidade forense brasileira, o juiz federal George Marmelstein Lima, em seu texto “Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga”, chega à seguinte conclusão⁴¹:

O problema todo é que não se costuma enfatizar adequadamente o último item, a saber, a necessidade de argumentar objetivamente e de decidir com transparência. Esse ponto é bastante negligenciado pela prática constitucional brasileira. Costuma-se gastar muita tinta e papel para justificar a existência da colisão de direitos fundamentais e a sua conseqüente relativização, mas, na hora do pega pra capar, esquece-se de fundamentar consistentemente a escolha.

Por isso, todas as críticas que geralmente são feitas à técnica da ponderação – por ser irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai – são, em grande medida, procedentes diante da realidade brasileira. Entre nós, vigora a teoria da Katchanga, já que ninguém sabe ao certo quais são as regras do jogo. Quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos.

Virgílio Afonso da Silva conseguiu captar bem esse fenômeno no seu texto “O Proporcional e o Razoável”. Ele apontou diversos casos em que o STF, utilizando do pretexto de que os direitos fundamentais podem ser relativizados com base no princípio da proporcionalidade, simplesmente invalidou o ato normativo questionado sem demonstrar objetivamente porque o ato seria desproporcional.

Para ele, “a invocação da proporcionalidade [na jurisprudência do STF] é, não raramente, um mero recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático (...). O raciocínio costuma ser muito simplista e mecânico. Resumidamente: (a) a constituição consagra a regra da

⁴¹ LIMA, George Marmelstein. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>, 2008. Acesso em 28 de julho de 2015.

proporcionalidade; (b) o ato questionado não respeita essa exigência; (c) o ato questionado é inconstitucional". (grifou-se)

Não convêm que as decisões sejam tomadas desta forma.

É imprescindível fazer uma releitura do devido processo legal, em seu aspecto substancial mesmo, a fim de dar-lhe um novo conteúdo ou, pelo menos, injetar-lhe uma boa dose de democracia.

Pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que embora tenha se tornado o novo *locus* da democracia, paradoxalmente, o Judiciário parece não ter internalizado os princípios dela decorrentes de forma satisfatória; ou, no mínimo, perdeu-se no caminho.

Se é verdade, como incansavelmente nos ensina a doutrina, que o processo se encontra em sua fase instrumentalista, em que o processo não é mais concebido como absolutamente autônomo (fase processualista), tampouco como parte integrante do direito material (fase sincretista), mas como um instrumento apto a proteger e realizar o direito material, devemos reconhecer que o processo é teleológico.

Há quem fale, até mesmo, em neoprocessualismo, que seria uma espécie de fase pós-moderna da ciência processual, marcada pela afirmação de princípios éticos, pela incorporação da teoria dos princípios na dogmática e pela forte presença dos direitos fundamentais.

Essa ideia reforça o caráter finalístico do processo, cada vez mais permeado por conceitos estranhos à dogmática processual, mas não à ciência jurídica e ao ordenamento como um todo.

Discorrendo a respeito do neoprocessualismo, pontua Fredie Didier⁴²:

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta fase do desenvolvimento do direito processual de formalismo-valorativo, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado Neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético, na feliz expressão de Rodríguez Uribes. **Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do**

⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 32.

Neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação, que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores 'neoconstitucionalistas'. (grifou-se)

O processo (jurisdicional) não é um fim em si mesmo. Ele é instrumento de jurisdição e, conseqüentemente, de efetivação da justiça e de pacificação social.

Resgatando conceitos anteriormente abordados: qualquer processo (legislativo, judicial ou administrativo) tem como finalidade última a elaboração de uma norma, cujas características irão variar de acordo com a natureza do processo em que é criada.

No processo judicial, essa norma é individualizada, produzida sob o crivo do contraditório e outras garantias constitucionais. Pode-se dizer, então, que a finalidade última do processo judicial é a prolação de uma decisão judicial, geralmente em forma de sentença, em primeiro grau de jurisdição, ou acórdão, nos órgãos julgadores colegiados.

Não haveria sentido em a Constituição Federal cercar o instituto do processo de inúmeras garantias pétreas, não fosse pelo fato dele ser o alicerce sobre o qual a decisão judicial é construída.

O processo jurisdicional existe para legitimar o ato decisório do juiz, que também compõe a concatenação de atos processuais, sendo, quase sempre, o último deles, dando o desfecho à lide e solucionando o conflito.

Num rápido raciocínio histórico, é fácil perceber que decisões de caráter judicial sempre houve na humanidade. Nada há mais antigo que a figura do juiz. A existência de conflitos e sua composição, seja pelo uso da força ou pelo direito, sempre estiveram presentes nas sociedades.

Tomando como exemplo os reis, que, até praticamente o início da Idade Moderna, também atuavam como juízes de última instância, vemos que a decisão judicial é anterior ao conceito mais embrionário de processo, que se confundia com o absolutismo, com ritos cerimoniais religiosos (no caso de a função judicante ser também exercida por sacerdotes), ou com qualquer outro método não pautado na racionalidade, como o é (ou deveria ser) hodiernamente.

Sérgio Sérvulo da Cunha, ao discorrer sobre a relação entre justiça e processo, ensina⁴³:

Vimos que os primeiros juízes foram os patriarcas, ao punir os desvios de comportamento ou decidir as controvérsias segundo sua intuição, os costumes, a moral. Em seguida foram os reis, ao impor, no caso concreto, a norma que eles próprios haviam elaborado. Não se percebia ainda a distinção entre as funções do governo, enfeixadas todas em mãos de um único governante com o tempo, a função de julgar a adequação das condutas às normas foi sendo delegada a auxiliares do rei, por ele nomeados e demissíveis ad nutum.

Os juízes aplicavam as sanções legais aos transgressores das normas de ordem pública e, subsidiariamente, protegiam os direitos subjetivos. Eram, pois, 'legistas', letrados conhecedores da legislação real, braços mecânicos do monarca que se distinguiam não só pelo conhecimento mas também pela obediência. **A profissionalização da magistratura fez parte do processo de racionalização e desencantamento do mundo; a autoridade do juiz, sem a confiança individual que inspirava sua aura de sabedoria, enraíza-se hoje na estrutura burocrática do poder: morreu o modelo ideal em que o juiz, livre da constrição normativa, era senhor da própria decisão.** (grifou-se)

Por ser algo tão duramente adquirido e tão caro ao Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, aos indivíduos e à sociedade brasileira, é que o processo não pode ser vilipendiado naquilo que deveria ser sua coroa: a decisão judicial.

Por tudo que foi exposto, infere-se que a decisão judicial deve prestigiar as garantias constitucionais, observando suas determinações normativas. O conteúdo da decisão judicial, cujo principal elemento talvez seja a sua fundamentação – onde se materializa o próprio direito -, não pode solapar o processo.

O juiz que surpreende as partes, seja fundamentando sua decisão em fato não submetido ao contraditório e trazido exclusivamente na sentença, seja invertendo o ônus da prova na sentença, ou ainda - o que é mais grave – invocando princípios e postulados para afastar normas positivas em pleno vigor, sobre as quais se fundam a confiança jurídica das partes, citando alguns exemplos, viola a Constituição e desprestigia os valores democráticos.

⁴³ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Uma deusa chamada Justiça**. 1. ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 54.

O fato de ser a voz final da autoridade não confere aos magistrados a prerrogativa de assenhorar-se da “razão”, desprezando séculos de conhecimento científico.

É justamente pelo fato de possuir a última palavra que o juiz deve esmerar-se na feitura das decisões, ciente de que a razão pública se constrói de maneira compartilhada e, portanto, nos limites do processo.

Essa peculiaridade do terceiro poder foi bem captada por José Ernesto Manzi, quando ilustrou a questão trazendo à memória uma obra literária⁴⁴:

No antigo conto alemão, de autoria de François-Guillaume-Jean-Stansislav-Andrieux, o moleiro de Sans-Souci, diante da ameaça de Frederico II, Rei da Prússia, de demolir seu moinho, vizinho ao palácio do Rei e que o incomodava, recordou ao ‘Il y a des juges à Berlim’. Ora, se o moleiro pode recordar ao Rei da Prússia que havia juizes em Berlim, para refrear-lhe o arbítrio, a quem reclamaria se o arbítrio fosse o judicial? E o rei, não poderia considerar arbitrária uma eventual decisão do juiz, se não indicadas as razões ponderáveis e jurídicas para sua formulação?

Comentando a respeito da função criadora do direito que também exercem os juizes e fazendo, como abordado alhures, uma relação entre processo legislativo e processo jurisdicional, Juvêncio Gomes Garcia estabelece alguns limites à magistratura⁴⁵:

Isto, contudo, não quer dizer que o juiz possa criar, a seu livre alvedrio, o direito. Deve o juiz, neste sentido, atuar dentro dos parâmetros legais, não podendo, destarte, decidir *contra legem*, agindo a *solutus legibus*, como na escola do direito livre, ou, romanticamente, como fazia o bom juiz Magnaud. Ao juiz não é dado suprimir princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas pode modificá-los, ampliá-los ou recusar a sua aplicação às circunstâncias de fato da causa. Mas, do ponto de vista substancial, não é inversa a natureza dos dois processos, o legislativo e o judiciário. Ambos constituem processos de criação do direito. Todavia, não há confundir o juiz com o legislador, principalmente sob o ponto de vista processual, uma vez que: a atividade decisória do juiz está em conexão com as partes em relação aos casos concretos; sua atitude deve ser de imparcialidade, assegurando às partes o direito de serem ouvidas, não podendo, outrossim, ser chamado para decidir *in re sua* e deve, por sua vez, ter grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos poderes políticos. Ademais, ninguém pode ser juiz em causa própria (*nemo iudex in causa propria*) e nem fugir ao princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*), bem como não pode agir *ex officio* (*ubi non actio, non est iurisdictio*,

⁴⁴ MANZI, José Ernesto. **Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas**. 1. ed.; São Paulo: LTr Editora, 2009, p. 50.

⁴⁵ GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função Criadora do Juiz**. 1. ed.; Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p.155.

ou seja, *nemo iudex sine actore*). **Tais limites processuais ou virtudes passivas do juiz não ocorrem em relação ao legislador. Por isso é que, embora o juiz, na sentença, ou mesmo o administrador, nas resoluções administrativas, criem o direito, não se confundem com o legislador, não invadem o âmbito legislativo.** (grifou-se)

Direcionando a análise deste trabalho para um plano estritamente normativo, temos na Constituição da República um sistema de controle suficientemente eficaz, desde que corretamente interpretado e observado.

Antes, porém, é necessário tecer alguns comentários a respeito da fundamentação das decisões judiciais, considerando que é na fundamentação que o magistrado exterioriza seu trabalho intelectual e concretiza os princípios constitucionais do processo jurisdicional.

3.3 Da Fundamentação das Decisões Judiciais como Direito Fundamental

A Magna Carta, ao elencar os direitos fundamentais em seu artigo 5º, consagrou o conhecido princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como direito de petição. Diz o texto constitucional:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Antes de analisar o dispositivo, convém fazer algumas considerações sobre o que seja um direito fundamental, tendo em vista que tal diz respeito a conceitos da mais alta categoria jurídica e o referido dispositivo, por sua posição topográfica, agrega-se ao rol dos direitos fundamentais.

Um conceito mais simples, porém, não menos verdadeiro, de direito fundamental é aquele que invoca a ideia de imprescindibilidade.

Nesse sentido, direito fundamental seria aquilo que o ser humano não pode ser privado sem que isso lhe cause grave impacto em sua dignidade; aquilo que é básico, que é fundamento, que é essencial e, portanto, indispensável.

É por esse motivo – porque intrínsecos à própria natureza e dignidade humanas – que os direitos fundamentais recebem da Constituição um sistema de proteção intransponível, sendo oponíveis, em primeiro lugar, ao Estado em todas as suas funções e, também, aos próprios particulares, em suas relações intersubjetivas.

A isso se convencionou chamar de eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais, respectivamente.

Tamanha é a rigidez constitucional na proteção dos direitos fundamentais, que a Lei Maior, em seu artigo 60, §4º, proíbe explicitamente até mesmo a deliberação que vise abolir tais direitos, reconhecendo-os como cláusulas pétreas (nomenclatura consagrada pela doutrina) e integrando-os no núcleo duro da Constituição Federal:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.

Os constitucionalistas Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, em seu “Curso de Direito Constitucional”, trazem uma interessante definição de direitos fundamentais⁴⁶:

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Destarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

Certamente, ao incluir o princípio da inafastabilidade jurisdicional no rol dos direitos fundamentais, o constituinte estava ciente de que esse dispositivo asseguraria ao cidadão uma resposta estatal para tutelar seu direito, fundamental ou não, quando este fosse violado ou estivesse na iminência de sê-lo.

Trata-se, também, de antiga lição do Direito: aquela que reza que é ínsito ao direito a coercitividade, a possibilidade de imposição da norma ou da proteção de um direito, inclusive pela força. O Poder Judiciário é o mandatário constitucional dessa proteção, é o garantidor desses direitos.

Ao discorrer a respeito da vinculação dos Poderes da República aos direitos fundamentais, Gilmar Mendes e Paulo Branco fazem as seguintes ponderações no que tange ao Judiciário⁴⁷:

⁴⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed.; São Paulo: Editora Verbatim Ltda, 2012, p. 143.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed.; São Paulo: Saraiva, 2013, p.153.

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte.

[...]

A vinculação dos tribunais revela-se, também, no dever que se impõe aos juízes de respeitar os preceitos de direitos fundamentais, no curso do processo e no conteúdo das decisões – digam elas respeito a matéria de direito público, de direito privado ou de direito estrangeiro. Com propriedade, leciona Vieira de Andrade que, 'quando aplicam direito público, direito privado ou direito estrangeiro, o papel dos preceitos constitucionais varia, mas a vinculação dos juízes é sempre a mesma (...)'. (grifou-se)

É sabido que, na dinâmica cotidiana da realidade social, há um número inescrutável de violações a direitos fundamentais entre particulares e entre estes e o Estado. Esses pontos de tensão e conflito sempre estiveram e sempre estarão presentes nos agrupamentos humanos. O conflito social é ínsito à natureza humana e às concepções mais básicas de Direito.

Muitas destas relações jurídicas instáveis são levadas ao Judiciário, de quem se espera uma resposta no sentido de dar guarida ao direito violado, em obediência ao mandamento constitucional.

É fácil constatar, destarte, que se a resposta judicial for deficiente, obscura, insuficiente ou arbitrária, para além de violar o devido processo legal e suas garantias, o que, por si só, já seria gravíssimo, viola também o próprio direito material da parte, que dificilmente encontrará respaldo n'algum outro direito fundamental a fim de proteger direito próprio.

Viola-se duplamente a Constituição: há o sucateamento do devido processo legal e, devido a isso, o perecimento do direito material da parte.

Por isso, submeter a decisão judicial a um controle racional e democrático é, mais que preservar o processo, condição de existência do Estado Democrático de Direito.

Enrico Tullio Liebman⁴⁸ há décadas já vislumbrava a imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais:

⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, Ed. RT, 2011, Vol. 06, p. 234.

Em um estado de direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a Juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, **para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio.** Seria de todo desprovida de interesse a circunstância de o juiz sair à busca de outras explicações que não essa, ainda que eventualmente convincente. (grifou-se)

Tamanha é a importância de que se reveste a função jurisdicional, que sua falência prenuncia o fim da própria Democracia, do ordenamento jurídico e o colapso das relações sociais, que serão fatalmente atingidas pela instabilidade.

Que violação maior há à Constituição que aquela travestida de legitimidade? Quando o órgão incumbido de fazer prevalecer a lei perde de vista sua missão constitucional, está-se diante de uma seríssima crise institucional.

O Código Iberoamericano de Ética Judicial⁴⁹ traz uma contribuição interessante a esse respeito, em seu artigo 18:

Art. 18. A obrigação de motivar as decisões tem por objetivo assegurar a legitimidade do juiz, o bom funcionamento de um sistema de impugnações recursais, o adequado controle do poder do qual os juízes são titulares e, finalmente, a justiça de suas decisões.

Marcelo Lamy⁵⁰, ao comentar o referido dispositivo:

Motivar, por outro lado, não é mostrar como se formou a convicção da autoridade judicial (processo psicológico), mas explicitar que a convicção está fundada em razões aceitáveis – os motivos apresentados são aceitáveis pelo sistema e pela consciência jurídica vigente, embora as partes muitas vezes não aceitem – e que as razões se mostram aptas a justificar a decisão.

Nesse contexto, é de se destacar que, na doutrina, há diversas acepções a respeito da natureza da motivação das decisões judiciais.

⁴⁹ Documento elaborado pela Cúpula Judicial Ibero-Americana como modelo a ser seguido pelas legislações dos Estados que a compõem. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo_iber_americano.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

⁵⁰ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 326.

Adota-se, aqui, o pensamento do processualista italiano Michele Taruffo⁵¹, para quem a motivação das decisões é um ato de justificação, conforme ele mesmo ensina:

De outro lado, importa revelar que a motivação não é um conjunto casual ou caótico, mas uma série de proposições que, nada obstante não serem particular e totalmente ligadas por um vínculo de rígida e convincente concatenação lógica, tendem, todavia, a ser articuladas de acordo com um princípio ordenador, cuja eficácia estruturante pode ser mais ou menos intensa conforme cada um dos casos.

[...]

A incidência de semelhante contexto-função em um nível global está em que uma indispensável chave de leitura do significado da motivação é aquele centrado sobre o fato de a motivação tender a fornecer uma justificação da decisão. **Em substância, tal incidência manifesta-se na medida em que a motivação tem de ser lida preferencialmente como um discurso que visa justificar (convalidar, racionalizar, tornar aceitável) a decisão** – deixando-se de lado leituras orientadas para diferentes direções – e com uma implícita determinação dos cânones de interpretação adequados à estrutura justificativa do discurso. (grifou-se)

A mesma acepção fora adotada pelo Código Iberoamericano de Ética Judicial que, em seu artigo 19, dispõe que “motivar implica exprimir, de maneira clara e ordenada, as razões juridicamente válidas e aptas a justificar a decisão”⁵².

É interessante rememorar antiga lição da doutrina, segundo a qual a fundamentação das decisões também se presta a possibilitar um controle amplo e democrático pela sociedade. Trata-se da concretização do princípio da publicidade e do próprio princípio democrático.

Marcelo Lamy⁵³ é quem leciona:

Do ponto de vista infraconstitucional, a fundamentação das decisões judiciais apresenta uma finalidade “endoprocessual” de *convencer as partes* (estrutura-se a partir da análise das questões de fato e de direito apresentadas pelas mesmas) sobre a *justiça da decisão* (porque determinados fatos e argumentos de direito sobrepõem-se aos demais e fundam o ato decisório), *determinando o alcance da decisão* (que pretensões e defesas foram acolhidas e rejeitadas). Configurando-se sob as

⁵¹ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 115/117.

⁵² Documento elaborado pela Cúpula Judicial Ibero-Americana como modelo a ser seguido pelas legislações dos Estados que a compõem. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo_iberico_americano.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

⁵³ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 334/335.

seguintes notas características: completude, consistência, coerência e suficiência.

Do ponto de vista constitucional, apresenta a finalidade “extraprocessual) de *convencer a sociedade* (revelando-se publicamente os fatos tidos por provados e relevantes, por não provados ou irrelevantes) *sobre a justiça da decisão* (revelando-se o que o direito e seus princípio postulam como solução mais adequada), determinando o *alcance da norma jurídica construída diante do caso* (que servirá, em função da igualdade para casos futuros e semelhantes). Configurando-se sob as seguintes características: completude, consistência, coerência, suficiência, intelegibilidade, dialeticidade e generalidade.

Vê-se que a fundamentação é a pedra angular que sustenta a legitimidade do Judiciário ao decidir a respeito dos casos que lhe são submetidos, de modo que, sem ela, as partes do processo e a sociedade civil não podem exercer o devido controle.

O professor Lênio Streck, em sua obra “Verdade e Consenso”, ao tratar de ativismo judicial e mutação constitucional, aponta os riscos do abandono dos princípios que sempre nortearam a atividade jurisdicional⁵⁴:

Ora, é preciso lembrar, com Konrad Hesse, que o texto constitucional traz uma necessária vinculação constitucional – algo que o Jon Elster chama de pré-compromisso constitucional. Ou seja, no texto escrito da Constituição, nascem fixações que aumentam o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade constitucional, que se perdem quando a Constituição escrita não é mais considerada taxativamente vinculativa. Se o juiz ou qualquer Tribunal, em afastamento da concepção jurídica positivista (por óbvio, o mestre alemão refere-se ao positivismo exegético), acredita poder passar por cima do direito constitucional escrito (como querem os ministros que defendem a mutação constitucional nesse caso), podem tais resoluções ser tidas como mais apropriadas que as de uma interpretação mais fiel à lei, liberando-se o caminho para se ludibriar a Constituição, em prol de interesses discricionários controvertidos? Abandona-se, assim, a ideia da Constituição escrita pelo estado de insegurança que isso gera. Ou seja, o texto escrito tem uma clara necessidade de vinculação, que não pode ser superada, sob pena de causar fissuras na institucionalidade.

Calmon Passos⁵⁵, na esteira do que disse Streck, leciona que:

Se a fundamentação é que permite acompanhar e controlar a fidelidade do julgador tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas pelo sistema jurídico, sua ausência equivale à prática de um ilícito e

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed.; São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

⁵⁵ PASSOS, J.J. Calmon. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otavio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.121.

sua insuficiência ou inadequação causa de invalidade. E desta exigência não pode fugir nem mesmo os que se tornam a “voz da Constituição”, que, incapacitada de comunicar-se diretamente, está condenada a ser mero boneco de ventríloquo (...) Mas este seu poder está submetido, para sua legitimidade, à exigência de uma precisa, clara e suficiente fundamentação, sem distorção ou distanciamento da prova dos autos, que somente é prova quando submetida ao crivo do contraditório. (grifou-se)

Além disso, a fundamentação é um remédio eficaz contra a falibilidade dos juízes, pois possibilita que as partes ataquem eventuais erros cometidos nas decisões.

Além de uma garantia à sociedade, é um motivo de tranquilidade para o juiz, que sabe que, em havendo erro em seu julgamento, as partes poderão retificá-lo nas instâncias superiores.

Levanta-se, assim, a seguinte indagação: o que é uma decisão judicial satisfatoriamente fundamentada? É possível estabelecer balizas objetivas de controle das decisões judiciais?

Tomando como ponto de partida a Constituição Federal e o Código de Processo Civil de 2015, são, justamente, estas questões que o presente trabalho procura responder.

3.4 Os Contornos da Decisão Judicial na Constituição Federal de 1988: Conteúdo Normativo dos Dispositivos Constitucionais

Para além da mera garantia do acesso ao Judiciário ou do direito de ação, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, se conjugado com outros dispositivos, traz a ideia subjacente de uma prestação jurisdicional plena e efetiva.

Quando o texto constitucional fala em “apreciação”, certamente este termo não deve ser interpretado restritivamente, mas sim no sentido de garantir, de modo definitivo, a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos no Judiciário.

Sem adentrar as nuances da natureza dos provimentos jurisdicionais (constitutiva, declaratória e condenatória), tampouco sem esmiuçar as questões relativas ao julgamento ou não julgamento de mérito (o que aqui não se propõe), é possível extrair do referido termo um significado mais abrangente e em harmonia com o espírito da Constituição Federal quando se trata de proteção dos direitos fundamentais.

Certamente, é insuficiente a prolação de uma sentença. É necessário que seu conteúdo material respeite o disposto no inciso XXXV do artigo 5º.

Isso significa dizer que “apreciar” é, depois de transcorrido o processo com todas as garantias a ele inerentes, perscrutar as alegações das partes para construir uma decisão juridicamente consistente, desprovida de qualquer vagueza ou ambiguidade.

Não é possível, por exemplo, dizer que houve a “apreciação” do pedido da parte (seja para acolhimento ou rejeição) quando se está diante de uma decisão genérica, dúbia, imprecisa ou incompleta.

Há, ainda, que submeter os métodos decisórios utilizados ao crivo da racionalidade e dos princípios gerais que norteiam o constitucionalismo processual.

Evidentemente, não são desprezíveis alguns fatores que interferem na qualidade das decisões. Não se ignora o verdadeiro “culto ao litígio” presente na alma dos brasileiros, que entulha os tribunais com processos que discutem bagatelas e outras irrelevâncias que seriam solucionadas extrajudicialmente se houvesse o mínimo de urbanidade ou, no máximo, com a presença de um mediador.

Esse é um problema externo, de certa forma, ao Judiciário, cuja solução é a paulatina mudança de uma cultura belicosa para uma cultura de composição.

O excesso de trabalho nos fóruns do país contribui, inequivocamente, para queda de qualidade na prestação do serviço jurisdicional. Não é à toa que o sistema judiciário do país, caso as medidas tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça não surtam efeitos, irá, provavelmente, sofrer um “apagão” nos próximos anos, devido ao número insuficiente de juízes para atender a demanda de trabalho.

Por certo que há, aqui, um círculo vicioso: o excesso de processos faz cair a qualidade das decisões judiciais e a baixa qualidade das decisões judiciais faz multiplicar os processos, principalmente em grau de recurso, nas instâncias superiores.

O que deveria, supostamente, diminuir o número de litígios - decisões genéricas, mal fundamentadas, baseadas em modelos pré-prontos, prolatadas em grande escala e mais rapidamente - acaba dando azo a um número astronômico de recursos.

Jorge Reinaldo Vanossi apercebeu-se dessa relação de causa e efeitos, expondo-a em sua obra⁵⁶:

Entonces, es fácil concluir que la secuencia lógica del razonamiento sobre este problema debe ser la siguiente: que de la actuación de malos jueces nace el estado de conciencia sobre una mala o mediocre justicia, y a ésta se imputará la producción de malas sentencias. En consecuencia, este resultado será, a su vez, la causa imperiosa de la necesidad de un mayor control (creando nuevos recursos, nuevas vías y accesos ante la Corte Suprema, a veces legislativamente y a veces “pretorianamente”), pero esto es en definitiva distorsionador de las funciones básicas que tiene la Corte Suprema asignadas en nuestro ordenamiento institucional.

Em suma: decisões judiciais mal ou não fundamentadas violam a Constituição, prejudicam o funcionamento do Poder Judiciário e perpetuam os conflitos a ele submetidos, pondo em risco, inclusive, a duração razoável do processo – um de seus princípios norteadores.

Ao discorrer a respeito da necessidade de motivação das decisões e relacionando-o com o devido processo legal constitucional, José Ernesto Manzi, citando Rosynete Lima, afirma⁵⁷:

A motivação das decisões judiciais, elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, representando, no dizer de Barbosa Moreira (RBDP 16-111), uma ‘garantia inerente ao Estado de Direito. O Ministro José Delgado sobre o tema, assinalou: O dispositivo constitucional potenciou a garantia de ser motivada qualquer decisão judicial. Permite, assim, que se pratique ato revestido de justiça, sem qualquer característica de ato de imposição de vontade autoritária. **Pressupõe o sistema jurídico em ação que o poder do juiz é emanado do povo e em seu nome o exerce, pelo que está obrigado a convencer, quando decide, não somente as partes, como também a opinião pública. (...) o preceito da motivação da sentença é de ordem pública, por colocar a administração da Justiça coberto de suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade**’. (Alguns aspectos controvertidos do processo de Conhecimento, RT 664-32).

[...]

A motivação é tanto garantia do respeito ao Devido Processo Legal como consequência de sua aplicação. Só nela é que se pode verificar se o processo observou os contornos estabelecidos no ordenamento jurídico, ou se apenas na aparência formal as garantias outorgadas aos litigantes pelas Regras e Princípios foram observadas. Por outro lado, decorre dessa observância (do Devido Processo Legal) a motivação das decisões judiciais. (grifou-se)

⁵⁶ VANOSSO, Jorge Reinaldo A.. **Estado de derecho**. 4 ed.; Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008, p. 177.

⁵⁷ MANZI, José Ernesto. **Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas**. 1. ed.; São Paulo: LTr Editora, 2009, p. 53.

A crise chega ao ponto de afetar o trabalho da advocacia pública e privada, já que, não raro, magistrados desconsideram totalmente as razões aduzidas pelos causídicos, como se simplesmente não houvessem sido suscitadas.

A situação é grave porque, mais uma vez, a Constituição é posta de lado em nome de um perigoso pragmatismo:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

A indispensabilidade da advocacia decorre de sua própria natureza, que é, como nos ensina a etimologia, a de “dar voz aos que não têm”, de oxigenar a jurisprudência dos tribunais, de protagonizar os mais importantes acontecimentos políticos da vida nacional e atuar ativamente na defesa dos seus representados.

Cabe citar, aqui, caso curioso ocorrido na comarca de São José do Rio Preto-SP, onde uma magistrada presidiu, concomitantemente, duas audiências criminais. O fato foi narrado pelo professor André Karam Trindade⁵⁸:

Consta que, no interior de São Paulo, na comarca de São José do Rio Preto, há uma juíza de Direito que ficou conhecida por julgar de modo absolutamente alheio àquilo que as partes alegavam no processo. Ela é tão diligente que, na semana passada, presidiu mais de uma audiência ao mesmo tempo. Para isso, após encerrar a instrução criminal, quando as partes iniciaram os debates, a juíza dirigiu-se à sala ao lado, onde iniciou outra audiência. E, quando retornou, a sentença (condenatória, obviamente) já estava pronta, independentemente do teor das teses sustentadas pela acusação e pela defesa em suas alegações finais. Simples assim e, acima de tudo, muito eficiente. Interpelada pela defesa, a juíza consignou ao final de sua decisão:

‘Após serem colhidos todos os depoimentos proferi a sentença, em meu computador, enquanto o promotor de Justiça e o defensor apresentavam suas alegações finais e para o bom andamento dos trabalhos, fui até a sala de audiências da 1ª Vara Criminal presidir outras audiências, retornando. Não havendo nenhum prejuízo para as partes, nada a ser acrescentado, mormente porque está fundamentada a decisão judicial como determina a Constituição Federal’ (processo 0025236-84.2014.8.26.0576).

⁵⁸ TRINDADE, André Karam. **A juíza que revogou a lei da Física e presidiu duas audiências ao mesmo tempo**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-21/diario-classe-juiza-revogou-lei-newton-presidiu-duas-audiencias-mesmo-tempo>>, 2015. Acesso em 28 de julho de 2015.

O que impressiona é que a supratranscrita decisão fora confirmada pelo Tribunal de Justiça respectivo. Confira-se os argumentos invocados pela Câmara julgadora⁵⁹:

No que tange ao pedido do combativo impetrante, visando a declaração da nulidade da r. sentença, a ordem não comporta concessão. Mas, é o caso de se conceder, de ofício, a ordem, para que o paciente recorra em liberdade, com imposição de medidas cautelares.

A D. Autoridade apontada como coatora, quando das informações deixou assentado que, após a oitiva das testemunhas e já tendo formado seu convencimento, elaborou a sentença enquanto a acusação e a defesa ditavam sua alegais finais para a escrevente, saindo da sala antes do término dos debates orais, para presidir outra audiência, retornando logo após. E, depois de ler as teses da acusação e da defesa, que não induziram à modificação do convencimento anteriormente formado, manteve a sentença já elaborada (cf. fls. 109).

O fato de a D. Magistrada “a quo” ter se ausentado temporariamente da sala de audiências não impediu que ela apreciasse as teses arguidas pela defesa.

O que ocorreu é que a Magistrada já havia formado seu convencimento e, mesmo após leitura dos memoriais das partes, os argumentos ali constantes não tiveram o condão de alterar seu convencimento, razão pela qual manteve a sentença, que já havia elaborado.

De se ressaltar ainda, que a r. decisão monocrática encontra-se fundamentada a contento.

O combativo impetrante pode até discordar do quanto ali decidido. No entanto, não se verificando qualquer ilegalidade e estando a r. decisão fundamentada a contento, inexistente a nulidade arguida (HC nº 2020697-86.2015.8.26.0000)

É nítida a irreverência às garantias constitucionais do processo e à advocacia. Trata-se de um verdadeiro retrocesso, em termos democráticos, atitudes como a da magistrada.

Lênio Streck captou precisamente a gravidade deste tipo de decisão, como a em comentário⁶⁰:

Então, quer dizer que a formação do convencimento dispensa o contraditório? Alegações finais são apenas um ornamento? Algo do tipo “já decidi e, portanto, nada mais preciso ouvir”? Ensinam isso nas Faculdades de Direito por aí? A magistratura brasileira compactua com esse procedimento de vilipêndio à profissão de advogado?

[...]

Numa palavra: em uma democracia, o processo — antes de ser obstáculo — é condição de possibilidade. E, tratando-se de processo penal, em que está em jogo o bem fundamental chamado liberdade, não é possível

⁵⁹ TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. **Kill the lawyers: para que contraditório se já formei o convencimento mesmo?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-09/diario-classe-contraditorio-formei-convencimento-mesmo>>, 2015. Acesso em 28 de julho de 2015.

⁶⁰ **Ibidem.**

imaginar que um magistrado possa dispensar a argumentação das partes. E a soma é zero. Se a juíza faz duas audiências ao mesmo tempo e, com isso, faz tudo o que fez, ela cometeu uma flagrante inconstitucionalidade. Uma, não. Várias. Se o tribunal, em sede de habeas corpus, convalida o ato da juíza, então ele comete igualmente uma série de inconstitucionalidades, como a violação do devido processo legal, do contraditório, da fundamentação da decisão e da presunção da inocência (afinal, como resultado, sobrou para o réu, que foi condenado!)

Piero Calamandrei, consagrado jurista italiano, acertou ao dizer que “o arrazoado dos advogados é considerado por muitos juízes como um período de férias mentais: o juiz volta a estar espiritualmente presente quando o advogado se cala”.⁶¹

Este é apenas um exemplo de como a inobservância dos mandamentos constitucionais concernentes ao processo e à decisão judicial violam os direitos fundamentais. No fim, um ativismo judicial exacerbado e inconsequente acaba por prestar um desserviço ao Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, a fim de extirpar toda arbitrariedade e abuso, o inciso XXXV do artigo 5º deve ser conjugado com o inciso IX do artigo 93, também da Constituição Federal:

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;

Interessa a este trabalho a primeira parte do inciso, que determina que serão “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Trata-se de importante dispositivo constitucional.

Topograficamente, o inciso encontra-se em artigo que estabelece princípios que regerão a atuação do Poder Judiciário brasileiro, positivando o que se convencionou chamar de “princípio da persuasão racional do juiz” ou “princípio do livre convencimento motivado”.

⁶¹ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 1. ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80.

É possível já adiantar que há dificuldades científicas em adjetivar o convencimento do magistrado como livre, por motivos que serão expostos no próximo capítulo.

Contudo, de plano, pode-se inferir que o comando disposto no inciso IX do artigo 93 da Constituição também integra o conteúdo semântico da “apreciação” do inciso XXXV do artigo 5º, sendo, assim, direito fundamental do indivíduo e também cláusula pétrea, já que ontologicamente ligados.

Não é lógico pensar que o constituinte, quando redigiu os referidos dispositivos normativos, tinha em mente que tais garantias possuíssem um conteúdo meramente formal, algo como considerar satisfatória tão somente a prolação da sentença, divorciada de seu conteúdo.

A Constituição Federal não objetiva apenas que haja, nas decisões, um capítulo denominado “da fundamentação”; mas sim que as questões sejam devidamente apreciadas.

Confirmam-se as oportunas palavras de Marcelo Lamy⁶²:

Em suma, a motivação não existe para mostrar que há razões, mas para controlar que tipo de razões há (razões que sustentam as premissas e razões que sustentam as conclusões). Ou seja, não basta o juiz estar convencido, tem que ser capaz de justificar suficientemente sua convicção com raciocínios válidos e controláveis.

Evidentemente, este não é o espírito da Constituição. Tanto é assim, que a consequência jurídica da ausência de fundamentação é a nulidade da sentença.

Importa, para a efetiva proteção dos direitos fundamentais, ampliar o conceito de “fundamentação”. François Rigaux mostra como em alguns países europeus lidam com a questão⁶³:

Toda decisão de justiça deve ser motivada, é uma exigência elementar do Estado de direito democrático. **O respeito dessa exigência pelo juiz da causa é também uma das pedras angulares do controle de legalidade. Além da exigência puramente formal, a Corte de Cassação, tanto na**

⁶² LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 328.

⁶³ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. 1. ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.253.

Bélgica quanto na França, controla se os motivos não são nem ambíguos nem contraditórios, vícios que são julgados equivalentes a uma ausência de motivos. Ela também pode censurar por “falta de case legal” uma insuficiência da motivação, o que constitui outro vício mais grave, pois põe em dúvida a legalidade do dispositivo. É o que se dá notadamente caso quando o juiz da causa condena a uma soma única em razão de dois autores da demanda e não deixa a Corte de Cassação em condições de exercer seu controle. Outro exemplo: quando esse juiz não esgota sua prerrogativa de pesquisar em conformidade com o adágio *jura noviti curia* se os fatos litigiosos podem receber uma qualificação legal diferente daquela que escolheu. (grifou-se)

Na tradição jurídica europeia, pela relevância que se dá ao conteúdo das decisões judiciais, há, em alguns países, as chamadas Cortes de Cassação, que se prestam justamente para cassar decisões inconstitucionais, deficientes em sua fundamentação. Em capítulo oportuno, far-se-ão algumas considerações no que tange à possibilidade de existência de uma Corte dessa natureza no Brasil.

Por ora, basta cristalizar a ideia a respeito do dever de fundamentação como um direito fundamental do cidadão, pelos motivos aqui expostos – o que servirá de fundamento para a análise das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

4 A DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O profícuo debate a respeito da decisão judicial, nos moldes expostos acima, gerou seus frutos no campo da ciência processual, influenciando diretamente o texto do Novo Código de Processo Civil, que há tempos estava em discussão no Congresso Nacional.

Reunindo processualistas consagrados, como os professores Fredie Didier, Teresa Wambier, José Roberto Bedaque, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, entre outros; as comissões criadas no parlamento formaram ambiente adequado para a reflexão crítica e acolhimento das mais modernas teorias a respeito do processo e da decisão judicial.

Diversas audiências públicas foram realizadas a partir da instauração da comissão organizadora, o que permitiu, além das modificações a respeito da celeridade do processo e do sistema recursal – o que, por si só, tem gerado grande atrito entre advogados e magistrados e dentro da própria magistratura, por questões que aqui não são pertinentes – a inclusão de normas que traçam explicitamente os contornos da decisão judicial no processo civil.

Diz-se, informalmente, que o novo Código é fruto de um sentimento de revanchismo da advocacia, pública e privada, contra os juízes.

De fato, é inédita, no ordenamento jurídico brasileiro, a edição de normas que tratam expressamente da decisão judicial, ousando conceituar aquelas que não se considerarão devidamente fundamentadas.

Isso demonstra e ratifica um fenômeno que vem ocorrendo não só no direito brasileiro, mas em diversos ordenamentos ao redor do mundo: a constitucionalização de todo ordenamento jurídico infraconstitucional e, conseqüentemente, do processo.

Demonstrou-se, no capítulo anterior, que a Constituição Federal relegou a lugar de notório privilégio o processo, a decisão judicial e sua fundamentação, incluindo-os no rol dos direitos fundamentais.

Logicamente, um Código de Processo Civil que se pretende simetricamente alinhado com o espírito da Lei Maior deveria contemplar, em seu texto, dispositivos concernentes ao conteúdo da decisão, tendo em vista que a

atividade do juiz é parte essencial na constituição, desenvolvimento e desfecho de qualquer processo.

Veio, então, após acaloradas discussões e debates, o Código de Processo Civil de 2015, sancionado pela lei 13.105 do mesmo ano, com *vacatio legis* de 01 ano, trazendo com ele novos paradigmas para atuação dos juízes.

Certamente, o NCPC, no que se refere ao tratamento dispensado às decisões judiciais, servirá de norte na elaboração do novo Código de Processo Penal e também para outras reformas processuais, que certamente virão.

Trata-se, sem dúvida alguma, de um verdadeiro marco no processualismo brasileiro, já que segue a tendência mundial de impor certo controle às decisões judiciais por meio da lei, como fez a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 45.

Nesse sentido, o Novo Código, no que tange à decisão judicial, deve ser efusivamente bem recebido pelos operadores do Direito, porque traduz inestimável conquista democrática e protege, em última instância, o próprio processo, enquanto conquista civilizatória.

Por causa de seu conteúdo e devido às inovações trazidas, o novo *Codex* tem encontrado resistência por parte considerável da magistratura, inclusive e principalmente nos tribunais superiores, cujos ministros engajaram-se até mesmo em um *lobby* político, a fim de postergar sua vigência. É verdade que esse desconforto é causado, principalmente, pelas alterações trazidas no sistema recursal. Contudo, ainda assim, trouxe notáveis avanços que merecem prestígio.

É possível, ainda, afirmar que o Novo Código supera algumas celeumas hermenêuticas em relação à decisão judicial. Isso porque, conforme será exposto no decorrer deste capítulo, a lei acabou por consagrar ou, ao menos, tolerar a aplicação de determinados métodos decisórios, muitos dos quais são duramente criticados pela doutrina, que propõe até mesmo a extirpação de alguns deles da prática forense.

Eis os parágrafos primeiro e segundo do artigo 489 do Novo Código, objeto de estudo deste trabalho:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
 III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
 IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
 V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
 VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

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

Esse é o motivo pelo qual este trabalho, ao propor analisar as mudanças paradigmáticas trazidas pelo Código, não se debruça sobre minúcias hermenêuticas e filosóficas. Antes, parte do fato de que o operador do direito, dentre eles o magistrado, deve trabalhar, primordialmente, com o Direito posto, ou seja, positivado.

Também é importante notar que, devido às inovações trazidas pelo NCPC, de onde parte a análise deste trabalho, não se elegerá um único método hermenêutico como correto. A velocidade com que o Direito sofre transformações impossibilita a eleição de um único método hermenêutico como correto.

Além disso, umas das características mais singulares e belas da Ciência Jurídica é sua própria capacidade reinventar-se, o que Luhmann chamou de autopoiese. Por isso, é impraticável tentar definir um método absoluto de decisão judicial.

Nas palavras de Daniel Mota Gutiérrez⁶⁴, citando Eros Grau:

Do mesmo modo, também não há sempre uma única interpretação ou solução interpretativa correta. Eros Grau, em reflexão muito feliz, que até escapa ao meio jurídico, bem esclarece essa questão. Diz o autor, com sensibilidade: “Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas”.

⁶⁴ ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; MOURÃO Luiz Eduardo Ribeiro. **O futuro do processo civil no Brasil**. 1. ed.; Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 86.

Louvando a inclusão do referido dispositivo no novo Código, os professores Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero observam⁶⁵:

É curioso, porém, que uma das suas normas mais importantes não tenha sido bem compreendida. Não só se afirma que o art. 489, §1º, viola a liberdade de convicção do juiz, como ainda se diz que a norma não seria necessária, uma vez que os juízes sempre fundamentaram as sentenças. Fala-se sem saber o que a norma significa.

[...]

Para que seja dotada de racionalidade – e, portanto, para que seja aceitável do ponto de vista do Estado Constitucional – a sentença deve ser estruturada não só a partir da fórmula apresentada no artigo 489, caput, CPC, mas também a partir da necessidade de racionalidade decisória: daí que é imprescindível reconhecer a necessidade de termos para cada decisão correlata justificção. A justificção deve ser interna (lógica) e externa (argumentativa). Além da imprescindibilidade de a atividade interpretativa desenvolvida pelo intérprete ser racional, também o resultado da interpretação deve sê-lo: daí **que as decisões interpretativas devem ser coerentes e universalizáveis** (art. 926, CPC). Os elementos essenciais da sentença servem justamente para evidenciar a racionalidade das opções interpretativas e viabilizar o respectivo controle intersubjetivo. (grifou-se)

É por essa razão que a Ciência Jurídica, muitas vezes, relega a segundo plano de análise a própria moral ou qualquer outro agente externo ao seu próprio objeto, que é o fenômeno jurídico, tais como a economia, a sociologia, a psicologia, etc.

O Direito já possui um ponto de partida, que é o ordenamento jurídico, composto, em primeiro lugar, pela legislação vigente e também pelos princípios e postulados normativos.

Claro que não se advoga um retorno às escolas hermenêuticas há muito superadas, como o positivismo exegético. Contudo, as inovações do Código denotam notável progresso que, por esse motivo, merecem alguma reflexão.

Como dito, o Código de Processo Civil de 2015, ineditamente, positivou o fruto do labor doutrinário a respeito da decisão judicial, o que impõe uma análise das antigas lições da dogmática jurídica a respeito da legalidade, já que intimamente ligadas, o que se verá a seguir.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.491/492.

4.1 Da Necessidade de Resgate do Princípio da Legalidade na Dogmática Jurídica e na Jurisprudência

É antiga e conturbada a relação do magistrado com as leis.

Aqui, residem séculos de embates teóricos envolvendo a forma de interpretação e aplicação da lei pelos juízes, de modo que o princípio da legalidade, que evoluiu até tomar os atuais contornos, tornou-se absolutamente indissociável da ideia de Estado Democrático de Direito.

É imprescindível uma reflexão a respeito da legalidade, já que, como dito, os juízes terão que submeter-se aos dispositivos supratranscritos, no momento de decidir.

O que se tem, atualmente e de modo geral, é certa liberdade na adoção do método decisório pelo magistrado. É exatamente isto que faz surgir, em relação a causas semelhantes em todo o país, decisões tão díspares.

Assim, a forma como o magistrado aplica o Direito varia de Tribunal para Tribunal e de juiz para juiz. Certamente, com o advento do Novo Código, haverá não um engessamento, mas alguma uniformização na atuação dos juízes.

Nesse contexto, como aqui se analisa dispositivo legal, exsurge a necessidade de trazer algumas definições.

Montesquieu definiu lei como “a relação necessária que deriva da natureza das coisas”⁶⁶. Nesse conceito enquadram-se as chamadas “leis da natureza”, como as Físicas, por exemplo. Essas leis, imutáveis, estão sujeitas a uma relação de causa e efeito, pois determinada causa, sempre quando verificada, produzirá determinado efeito, se mantidas as condições iniciais, devido à incidência dessas leis naturais inflexíveis.

Juridicamente falando, lei pode ser conceituada de diversas formas. Hoje, é praticamente unânime, pela influência do jurista brasileiro Humberto Ávila em sua obra “Teoria dos Princípios”, que lei é espécie normativa, assim como o são os princípios e os postulados normativos.

⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.48.

Para Ávila⁶⁷, lei é, basicamente, regra, texto. São enunciados dotados de generalidade e alta densidade normativa, cujo conteúdo semântico restringe as possibilidades interpretativas. Confira-se:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. (grifou-se)

[...]

No caso das regras, como há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo ou definitório do enunciado prescritivo, o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte. A previsão sobre um estado futuro de coisas é imediatamente irrelevante. Daí se dizer que as regras possuem, em vez de um elemento finalístico, um elemento descritivo. Sendo facilmente demonstrável a correspondência, o ônus argumentativo é menor, na medida em que a descrição normativa serve, por si só, como justificação. (grifou-se)

[...]

No caso dos princípios, o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, devendo o aplicador, em razão disso, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido. (grifou-se)

E arremata, distinguindo as espécies normativas em definições⁶⁸:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

De um modo mais simples, utilizando-se da definição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pode-se também afirmar que lei é “regra geral

⁶⁷ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed.; São Paulo: Malheiros Fontes, 2003, p.253.

⁶⁸ **Ibidem**, p. 85

de direito, abstrata e permanente, dotada de sanção, expressão pela vontade de autoridade competente, de cunho obrigatório e forma escrita”.⁶⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho traça as principais características da lei no Estado de Direito⁷⁰:

Enfim, somente é lei a regra geral. Para a norma ser qualificada como lei, é essencial que ela disponha *in abstracto* para reger todos os casos da mesma natureza, concebida sem acepção de pessoas, destinada, pois, a se aplicar a todos os indivíduos que se achem nas condições que preveja. Assim, ao limitar a liberdade em vista das exigências sociais, a lei necessariamente irá impor em todos os casos os mesmos limites para todos os homens, e nisto já está uma garantia de que ela servirá à justiça. Sim, porque deste modo fará com que o legislador, sujeito à lei como todos os demais, não queira estabelecer restrições desnecessárias, inúteis, lesivas, abusivas, porque será ele próprio colhido por suas malhas.

Da generalidade da lei, pois, deflui a igualdade. Sendo regra geral, a lei é regra igual para todos. E isto recomenda expressamente a Declaração de 1789: “Ela (a lei) deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune” (art. 6º).

Nesse conceito, chama a atenção duas características: a obrigatoriedade e a edição pela autoridade competente.

Talvez, a obrigatoriedade do cumprimento das leis seja sua característica mais marcante. Diz o adágio popular que “lei existe para ser cumprida”. Nada mais verdadeiro.

Em um Estado Democrático de Direito, vige o império da lei, que vincula tanto o Poder Público quanto os particulares. A lei se apresenta como um obstáculo ao arbítrio e ao abuso do poder e, ao mesmo tempo, como garantia do exercício das liberdades humanas e dos direitos fundamentais.

O constitucionalista português, José Gomes Canotilho, ensina⁷¹:

O Estado deve subordinar-se ao direito. Estar sujeito ao direito significa que o poder político não é um poder livre, desvinculado, transcendente. O direito conforma os esquemas de organização do poder, sujeita-os a determinadas regras. Numa palavra: o direito curva o poder, colocando-o sob o império do direito. Sob o ponto de vista prático, isso significa que o Estado, os poderes locais e regionais, os órgãos, funcionários ou agentes dos poderes devem observar, respeitar e cumprir as normas jurídicas em vigor, tal como o fazem os particulares.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed.; São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

⁷⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Estado de Direito e Constituição**. 2 ed.; São Paulo: Saraiva, 1999, p. 21.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed.; Lisboa: Gradiva, 1999, p. 49.

O próprio surgimento do Constitucionalismo passa pelo estabelecimento de uma ordem jurídica por escrito, em 1.215, com a aceitação da *Magna Carta Libertatum* pelo então Rei da Inglaterra, João sem Terra, que se comprometeu a governar dentro dos limites traçados por aquela carta de direitos.

Miguel Reale ensina que “por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões”⁷².

Para tanto, as leis devem ser emanadas pela autoridade competente que, no Brasil, em matéria processual, é o Congresso Nacional, legítimo representante da vontade popular. Isso faz da lei um instrumento legítimo de controle social, já que sufragada pelos princípios democráticos.

Tanto é assim, que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, onde se encontram os fundamentos do Estado brasileiro, determina:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A República Federativa do Brasil estabeleceu, como um dos seus pilares, o princípio da legalidade, principalmente no que tange à interferência estatal na vida dos particulares.

Nesse sentido, o Estado-juiz atua legitimamente somente nos limites da lei. Confira-se, novamente, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao falar do princípio da legalidade⁷³:

Decorre, por outro, deste princípio que o homem está obrigado a fazer tão-somente o que a lei lhe determina. Apenas o que esta lhe comanda. Insista-se na importância deste aspecto, sobretudo nas relações entre o indivíduo e o Estado. Com efeito, se o homem está obrigado exclusivamente a fazer o que a lei lhe impõe, se ele não está obrigado a fazer o que ela não lhe impõe, se todas as suas obrigações hão de ter como fonte a lei, o próprio Estado não lhe pode reclamar o que não é previsto em lei. O Executivo não lhe pode exigir uma conduta que já não esteja definida em lei, **o Judiciário não lhe pode impor uma sanção que já não esteja definida em lei**, o próprio Legislativo (que não declara sozinho a lei) não lhe pode nada prescrever senão por meio de uma lei (que apenas se tornará tal caso conte com a anuência do Executivo – a sanção).

⁷² REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

⁷³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Estado de Direito e Constituição**. 2 ed.; São Paulo: Saraiva, 1999, p. 24.

Esse aspecto é praticamente o mais importante para a liberdade dos homens na vida em sociedade. Dele resulta, em termos rigorosos, uma limitação para a atuação do Estado, pois esta há de ser condicionada por lei preexistente, já que cada ato seu deve estar fundamentado em lei anterior. Como salienta Carré de Malberg, em razão do princípio de legalidade os órgãos estatais não só devem “abster-se de atuar *contra legem*, mas estão adstritos a não agir senão *secundum legem*”. Não cabe decisão individual que não seja conforme a uma prescrição legal (e como a lei, por natureza, é geral, nisto já se insinua o princípio de igualdade).

Quando se afirma que “o Judiciário não lhe pode impor uma sanção que já não esteja definida em lei”, certamente há que se considerar a aplicação deste princípio na esfera cível.

De fato, um processo cível pode ter consequências tão avassaladoras na vida do jurisdicionado quanto um processo criminal.

É nesse contexto que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, os juízes deverão observar as diretrizes legais trazidas pelo artigo 489 nos atos decisórios, sob pena de grave violação aos direitos fundamentais constitucionais.

Como dito, a história da Ciência Jurídica mostra que a adoção de leis escritas foi fundamental para o avanço civilizatório, de modo que sua aplicação não pode ser banalizada, nem tampouco ser considerada instrumento secundário de decisão. É, antes, um dos baluartes da vida social e ponto de partida de qualquer atividade jurisdicional.

Assim, salvo em relação à declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso ou concentrado, o juiz não pode furtar-se da aplicação da lei.

Mais uma vez, Canotilho aborda a questão com maestria⁷⁴:

A ideia da subordinação à lei dos titulares de órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais pessoas colectivas públicas soa de um modo familiar ao cidadão comum. O sentido desta subordinação parece estar presente em fórmulas da linguagem corrente, tais como “o nosso governo é um governo de leis e não de homens”, “ninguém está cima da lei”, os “funcionários devem obedecer e executar a lei”, as “leis fazem-se para se cumprirem”.

[...]

A lei serve de fundamento ao exercício de outros poderes do Estado: a administração deve obedecer à lei, os tribunais estão sujeitos à lei. Neste sentido se afirma que o “poder vem da lei” e que não há exercício legítimo do poder público sem fundamento na lei.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed.; Lisboa: Gradiva, 1999, p. 63/65.

É de se destacar, porém, que o novo *Codex* consagra o princípio da legalidade como de observância obrigatória por parte do juiz. Em seu artigo 8º, lê-se que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a **legalidade**, a publicidade e a eficiência” (grifou-se).

Agora há menção expressa da lei, de cuja aplicação não pode furtar-se o magistrado, o que impõe sua observância.

Quebrou-se o paradigma que relacionava, quase que incondicionalmente, o princípio da legalidade com a seara do direito penal e do direito processual penal, incluindo-o positivamente no âmbito do processo civil.

Não há que se estabelecer, ainda, uma hierarquia entre os princípios e postulados trazidos pelo artigo 8º, como se a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade possuíssem maior importância jurídica que a legalidade, por exemplo.

Em verdade, são conceitos fundantes do Estado de Direito e, portanto, indissociáveis; de modo que a legalidade é condição de existência e garantia de efetividade de todos os outros princípios jurídicos modernos incluídos na Constituição. Todos os princípios elencados no artigo 8º, assim, são fundamentais para o bom desenrolar do processo jurisdicional.

É uma completa falácia imaginar que, por não haver disposição constitucional expressa a respeito da legalidade na atividade judicial, ao contrário da dignidade da pessoa humana, por exemplo, a observância rigorosa da lei poderia ser afastada por mera conveniência do magistrado. A legalidade é, todavia, princípio explícito da Constituição Federal.

Discorrendo a respeito da inexistência de hierarquia normativa entre os institutos do artigo 8º do NCP, José Carlos Baptista Puoli⁷⁵, professor de Direito Processual Civil da USP, ensina:

Rememorando isto, parece certo que a escalada de prioridades da Constituição não aceita a proposição do NCP de “relegar” a legalidade a uma leitura submissa à dignidade humana, razoabilidade e

⁷⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. **O juiz, a aplicação do Direito e o Novo CPC**. Revista do Advogado nº 126. São Paulo: AASP, 2015, p. 134.

proporcionalidade. Note-se, não se advoga a validade de leis desumanas e/ou que contemplem medidas irracionais e/ou desmedidas.

Defende-se, isto sim, que, a despeito da ordem de fatores exposta no texto, seja o art. 8º (em comento) lido com a necessária parcimônia, eis que o ideal da segurança jurídica não permite haja o escalonamento contido, ao menos, na leitura expressa do texto de tal artigo do NCPC.

Afirma-se isto sem medo de erro, eis que os valores da dignidade humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, por sua pouca densidade normativa, não podem servir de pretexto para que, em todo e/ou qualquer caso, possa ser desconsiderada a lei. Se isto fosse permitido, haveria aniquilação do valor segurança, posto que o uso indiscriminado de tais princípios levaria a inúmeros julgamentos subjetivos que, sem a devida legitimidade, retirariam validade das escolhas feitas pelos canais políticos de deliberação, a respeito das condutas que devem ser prestigiadas e/ou reprimidas em nossa sociedade. (grifou-se)

É notório que a legalidade ocupa posição de destaque e relevância na nova lei processual, de modo que é fazer uma leitura rasa e superficial do texto alegar o contrário.

O artigo supracitado, impende dizer, encontra-se logo nas primeiras linhas do Código de Processo Civil, no Título “Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais” e no Capítulo “Das normas fundamentais do processo civil”. Isso significa que tudo que está disposto naquele título irradia diretamente em todo o restante do diploma legal, de modo a dar-lhe sentido e guiar a interpretação de suas normas.

Certamente, um retorno à legalidade denotará um imenso progresso na cultura jurídica brasileira, pois implicará em uma maior participação democrática do jurisdicionado na feitura das decisões.

Deve ser rechaçada a pecha de “positivista” dada a todo aquele que busca ser fiel ao texto da lei e seu conteúdo semântico, sem desprezar o papel da hermenêutica na aplicação do Direito.

Eros Grau⁷⁶, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e hermeneuta, defende a ideia de que, muito embora o ordenamento jurídico positivo dê abertura para que a lei acompanhe a dinâmica das transformações sociais, não se deve abandonar o princípio da legalidade:

Como se sabe, interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercida mediante a formulação de juízos de

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** – A interpretação/aplicação do Direito e os Princípios. 6. ed.; São Paulo: Malheiros, 2013, p.89.

oportunidade. Enquanto que o juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, o juízo de oportunidade comporta opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente.

O juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, não pode reproduzir normas livremente. Qualquer intérprete, assim como todo juiz, está sempre vinculado pelos textos normativos. A abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o Direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta. **Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. Essa razão repousa sobre circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, de juízos de legalidade.** Sua função “dever-poder” está contida nos lindes da legalidade e da constitucionalidade.

Tem-se uma supervalorização dos princípios em detrimento das regras jurídicas; como se decidir com base tão somente em normas principiológicas fosse um avanço científico.

O que ocorre é justamente o inverso: o fomento do uso indiscriminado dessa espécie normativa fortalece o ativismo judicial e ratifica a postura discricionária adotada por muitos magistrados, indo em sentido contrário da concretização dos ideais democráticos, como quer a Constituição.

Lênio Streck⁷⁷ captou bem a ideia recorrente na mentalidade dos juristas brasileiros que relaciona o respeito à legalidade com uma postura positivista retrógrada:

Cumprir a letra (sic) da lei significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que “texto e norma estão descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas, etc.). Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: **apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo modo, não se apegar à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, “trabalhar” com princípios (e aqui vai a denúncia do panprincipiologismo que tomou conta do “campo” jurídico de *terrae brasilis*) pode representar uma atividade (deveras) positivista.** Utilizar princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo. (grifou-se)

⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ – Eletrônica, v. 15, n. 01, 2010, p. 170.

O magistrado não pode se utilizar das decisões que prolata para solapar o ordenamento jurídico positivo. O afastamento da incidência de uma regra em vigor deve ser precedido de rigoroso exercício hermenêutico e considerável esforço argumentativo, de modo a observar os princípios constitucionais que regem a atividade jurisdicional.

Ao efetivar e observar a legalidade na jurisprudência, certamente os magistrados colaborarão com o fortalecimento da democracia, de modo que, adotada essa postura, o Judiciário lançará de volta ao Legislativo as responsabilidades que lhe pertencem por atribuição constitucional.

Sem desprezar as peculiaridades da política nacional, é possível afirmar que isso gerará maior participação popular nas decisões de governo e estabilidade institucional, iniciando-se um processo de readequação da relação entre os três Poderes.

4.2 Legalidade e Segurança Jurídica

Há íntima relação entre o princípio da legalidade, exposto alhures, e a segurança jurídica.

A Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade” (grifou-se).

Também em seu preâmbulo, lê-se que um dos propósitos da República Federativa do Brasil é assegurar, dentre outros valores, “a segurança”.

A doutrina costuma definir a segurança jurídica, geralmente, como previsibilidade jurídica, decorrente de um conjunto de garantias constitucionais. De fato, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI determina que “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Normalmente, as considerações da doutrina a respeito de segurança jurídica são precedidas por longas exposições sobre o instituto do direito adquirido e da aplicação das regras de direito intertemporal.

O direito adquirido pode ser conceituado, segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como aqueles “que o seu titular, ou alguém por ele,

possam exercer ou aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem” (artigo 6º, §2º, Decreto-Lei nº 4.657/42).

É aquele “que se adquire em virtude da incidência da norma existente no tempo em que ocorreu o fato que, lhe dá nascimento em favor de alguém”, nos dizeres do ministro Moreira Alves, do Superior Tribunal de Justiça⁷⁸.

Trata-se de uma garantia dada ao cidadão de que as relações jurídicas perfectibilizadas (podendo verificar-se, também, o ato jurídico perfeito) não serão atingidas por alterações posteriores no ordenamento jurídico ou na jurisprudência, com raras exceções.

Contudo, sob outro viés, um conceito mais basilar de segurança jurídica passa, como dito, pela ideia de previsibilidade. Nesse contexto, a segurança jurídica assume os contornos de um princípio fundante do Estado de Direito.

Regis Fernandes de Oliveira⁷⁹ capta precisamente a relação entre segurança jurídica e previsibilidade:

Ao invés de chamar de segurança jurídica podemos denominá-la previsibilidade, isso é muito importante. O poder político tem que colaborar com a função do direito de estabilizar as expectativas de comportamento e passar a constituir, a partir deste momento, as bases do desenvolvimento de uma segurança jurídica que permite aos destinatários do direito calcular as consequências do comportamento próprio e do comportamento alheio. Isto nasce na origem da nossa sociedade, na origem do nosso muno.

É inconcebível elucubrar um Estado Democrático de Direito cuja Constituição, ao menos implicitamente, não contemple o princípio da segurança jurídica, já que atrelada à existência das leis.

Nas palavras de Gabriel Chalita⁸⁰, ao abordar a segurança jurídica como princípio constitucional, relacionando-o com os direitos fundamentais do cidadão:

A segurança jurídica existe para que a justiça, finalidade maior do Direito, se concretize.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed.; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 356.

⁷⁹ BOTTINO, Marco Túllio. **Segurança Jurídica no Brasil**. 1. ed.; São Paulo: RG, 2012, p. 190.

⁸⁰ **Ibidem**, p. 85-86.

Vale dizer, então, que a segurança jurídica concede aos indivíduos a garantia necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais, tendo, no Direito, a certeza das consequências dos atos praticados. Implica normalidade, estabilidade, proteção contra alterações bruscas numa realidade fático-jurídica.

Significa a adoção pelo Estado de comportamentos coerentes e não contraditórios; e, com isso, respeito a realidades consolidadas.

[...]

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma ordem jurídica em que se garantam importantes instrumentos para a defesa dos particulares em face do poder do Estado.

Com isso, importante ressaltar que a segurança jurídica possui conexão direta, então, com os direitos fundamentais e ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, como a irretroatividade da lei (art. 5º, XL, CF), o devido processo legal, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), entre outros. (grifou-se)

O ministro e atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, também compreende a segurança jurídica como um dos principais fundamentos do Estado de Direito⁸¹:

Ainda que a segurança jurídica não encontre menção expressa na Constituição Federal, trata-se de um valor indissociável da concepção de Estado de Direito, “já que do contrário” — como adverte Ingo Wolfgang Sarlet — “também o ‘governo de leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades”.

A segurança jurídica, pois, insere-se no rol de direitos e garantias individuais, que integram o núcleo imodificável do Texto Magno, dela podendo deduzir-se o subprincípio da proteção na confiança nas leis, o qual, segundo Canotilho, **consubstancia-se “na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”.** (grifou-se)

Embora tenha íntima relação com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, podemos, certamente, relacionar a segurança jurídica com as decisões judiciais, tendo em vista que não fica adstrita à administração pública e à atividade legiferante.

Como exposto longamente no decorrer deste trabalho, a decisão judicial incide diretamente na realização dos direitos fundamentais e não fundamentais, porque integrante do processo jurisdicional.

⁸¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Segurança jurídica é valor indissociável da concepção de Estado de Direito.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/lewandowski-seguranca-juridica-indissociavel-estado-direito>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

Da mesma forma que o legislador, tanto em sua competência reformadora da constituição quanto no âmbito ordinário (infraconstitucional), não pode atingir fatos e relações jurídicas já acobertadas pela incidência do inciso XXXVI, artigo 5º da Constituição, a decisão judicial não pode ser a tal ponto imprevisível que coloque em risco a segurança jurídica.

Não é outra a opinião de Antonio Tito Costa⁸²:

O princípio da segurança jurídica repousa na lei e no seu fiel cumprimento por parte dos poderes de Estado, especial e principalmente, o Poder Judiciário. Daí que uma das fontes da insegurança jurídica é a oscilação da jurisprudência de nossos tribunais, muita vez variando ao sabor de influências externas entre as quais a força da opinião pública, ou favores indevidos de julgadores indiferentes ao seu dever de imparcialidade no cumprimento das leis.

Também o ministro Ricardo Lewandowski partilha da mesma visão, ao concluir seu raciocínio a respeito da segurança jurídica⁸³:

O devido processo legal, com os seus consectários, a ampla defesa, a presunção de inocência, a vedação de provas ilícitas, a fundamentação e a publicidade das decisões judiciais são absolutamente essenciais ao processo justo, direito fundamental assegurado pela Constituição.

Logicamente, a decisão judicial, principalmente nos processos cognitivos, não possui um resultado totalmente previsível, dado as inúmeras possibilidades que podem ocorrer na instrução processual.

Contudo, encerrada a instrução probatória, é possível às partes e seus procuradores fazer um “prognóstico” a respeito do conteúdo da decisão, com maior ou menor grau de certeza a depender do caso, a partir da jurisprudência dominante a respeito de casos semelhantes, das posições doutrinárias e, principalmente, pelo que está previsto em lei para aquele tipo de situação.

Ainda que permaneça intocada a “liberdade” do magistrado para apreciar e decidir, o NCPC democratiza a decisão judicial, na medida em que impõe ao juiz a necessidade de desnudar explicitamente seu raciocínio, como na demonstração de subsunção do caso posto sob sua análise no processo à súmula que, em tese, seria aplicável ao caso.

⁸² BOTTINO, Marco Túllio. **Segurança Jurídica no Brasil**. 1. ed.; São Paulo: RG, 2012, p. 41.

⁸³ **Ibidem**, 2015.

Nesse sentido, a decisão judicial também deve ser norteadada pelo princípio da segurança jurídica, de modo que ao jurisdicionado seja dada uma garantia mínima (dentre outras) de que suas razões serão analisadas diligentemente.

Tudo indica que o Código de Processo Civil de 2015 dá um primeiro – e importante - passo nessa direção, já que concretiza, positivando no ordenamento, normas que visam dar segurança jurídica nos resultados do processo – as decisões.

É de se ressaltar que a decisão judicial, ainda, possui aspectos exclusivos em relação às leis e aos atos administrativos, de modo que a segurança jurídica, ao incidir sobre ela, assume uma natureza metodológica (estabelece critérios decisórios), anterior à produção da norma individualizada, e não meramente prospectiva, como nos atos do Legislativo e do Executivo.

Espera-se que aqueles dispositivos do Novo Código oxigenem os Tribunais e tragam, novamente, a racionalidade ao processo, como querem Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero⁸⁴:

A fundamentação das decisões judiciais é ponto central em que se apoia o Estado Constitucional, constituindo elemento inarredável de nosso processo justo (art. 5º, LIV, CF). Na fundamentação o juiz deve analisar o problema jurídico posto pelas partes para sua apreciação. Refere o Código, a esse propósito, que tem o juiz de analisar as questões de fato e de direito (art. 489, II, CPC). **Fundamentar significa dar razões – razões que visam a evidenciar a racionalidade das opções interpretativas constantes da sentença, a viabilizar o seu controle intersubjetivo e a oferecer o material necessário para formação de precedentes. Daí que a justificação das decisões judiciais deve ser pensada na perspectiva da tutela dos direitos – a justificação das decisões constantes da fundamentação flui no influxo da viabilização de uma decisão justa e da conformação de um adequado sistema de precedentes. A fundamentação deve ser concreta, estruturada e completa:** deve dizer respeito ao caso concreto, estruturar-se a partir de conceitos e critérios claros e pertinentes e conter uma completa análise dos argumentos relevantes sustentados pelas partes em suas manifestações. (grifou-se)

Contudo, cabe aqui uma crítica a ser feita ao texto da nova lei, no que tange à ausência de previsão expressa, no NCPC, a respeito do princípio da segurança jurídica.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 492.

Por se tratarem de conceitos correlatos, o legislador falhou em mencionar apenas o princípio da legalidade em seu artigo 8º, deixando de fora a segurança jurídica.

A ausência de previsão, embora não exima os juízes do dever de buscar efetivar a segurança jurídica, pode causar embates doutrinários e jurisprudenciais, que seriam desnecessários caso tivera sido mencionado em lei.

Claro que é a própria Constituição Federal que impõe o dever de observância do princípio da segurança jurídica, não podendo o Poder Público eximir-se de prestigiá-lo sob a alegação de ausência de previsão infraconstitucional. Contudo, sua inclusão no novo Código ratificaria o princípio constitucional.

José Carlos Baptista Puoli⁸⁵ faz interessante observação a respeito desta omissão legislativa:

Ademais, causa perplexidade o fato de o NCPC ter deixado de lado, ao redigir este artigo 8º, um dos mais relevantes princípios informadores de nosso ordenamento, qual seja o da segurança jurídica, entendida aqui, resumidamente, como a necessidade de haver regulação jurídica suficientemente objetiva que permita haver estabilidade nas relações sociais e respectiva previsibilidade sobre qual o conteúdo da norma, de modo que cada sujeito possa se conduzir com vistas a buscar determinados resultados. **E esta omissão parece se agravar, na medida em que nosso ordenamento continua filiado à família da “civil law”, na qual a fonte preponderante do Direito é a lei.** (grifou-se)

Como a segurança jurídica se trata de princípio normativo de ordem constitucional, de certo deverá ser conjugada com os dispositivos do CPC de 2015.

Não é à toa que o artigo 1º do Código diz que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

A adoção de determinadas balizas para a decisão judicial representa, assim, grande avanço também no que tange à segurança jurídica. Pode-se dizer, com certeza, que os paradigmas trazidos pelo Novo Código tornam a atividade jurisdicional no Brasil mais segura.

José Augusto Delgado⁸⁶, em artigo a respeito da segurança jurídica e sua relação com as decisões judiciais, faz observações esclarecedoras:

⁸⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. **O juiz, a aplicação do Direito e o Novo CPC**. Revista do Advogado nº 126. São Paulo: AASP, 2015, p. 133.

A segurança jurídica como sobreprincípio é reflexo da necessidade que o homem tem de conduzir e planejar as suas relações jurídicas. Ela é elemento componente do Estado de Direito, inspiradora de confiança a ser sentida pelo cidadão ao praticar qualquer ato jurídico de natureza pública ou privada.

Por essa razão, J. J. Gomes Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, 6ª. Ed., Coimbra, 1993, pp. 371 e 372, tratando do tema, afirma:

“A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”.

Certamente, as novas regras trazidas pelo CPC de 2015 não irão extinguir o “sistema lotérico” que se instalou no interior da judicatura brasileira, mas possibilitarão um maior controle das decisões judiciais e, sem dúvida, uma diminuição deste fenômeno pernicioso.

José Carlos Baptista Puoli⁸⁷, ao criticar o uso irrestrito e impensado de princípios, faz uma séria advertência em relação ao sucateamento da legalidade que, devido à essa prática, é relegada a segundo plano, colocando em risco a segurança jurídica no Estado brasileiro, principalmente nas questões de mercado financeiro:

Citem-se, ainda, as palavras de Eros Roberto Grau (2014, p. 138-139), que, em recente obra, na qual faz importante e surpreendente revisão de aspectos de seus escritos anteriores, afirma que o endeusar dos princípios “encanta” e “fascina”, mas adverte que talvez esta tendência “acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado”, mencionando ainda que, até o momento em que houver o abandono deste modelo de aplicação de lei, ele, ministro Eros, terá “medo dos juízes, “medo do direito alternativo”, “medo do direito achado na rua”.

Conforme transcrito acima, a imprevisibilidade jurídica pode trazer consequências nefastas à nação. Por certo que a instabilidade jurídica afeta

⁸⁶ DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

⁸⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. **O juiz, a aplicação do Direito e o Novo CPC.** Revista do Advogado nº 126. São Paulo: AASP, 2015, p. 135.

diretamente institutos jurídicos fundamentais ao direito privado, como o direito das obrigações e a interpretação dos contratos.

Um ordenamento jurídico que não prestigie a segurança jurídica, processualmente falando, coloca em risco não apenas as relações jurídicas interindividuais, em casos de menor complexidade, mas também interferem no destino da nação, tendo em vista que incidem, diretamente, na dinâmica do mercado e nos mais diversos setores econômicos.

Francisco Cardozo Oliveira e Miguel Neto⁸⁸, relacionam as mudanças trazidas pelo Novo Código, no que tange à fundamentação das decisões, aos seus reflexos na seara econômica:

O compromisso do novo Código de Processo Civil brasileiro com a agilização de procedimentos e redução das demandas, não deixa de estar afinado com o propósito de assegurar competitividade aos mercados, em linha com os fundamentos do processo de globalização financeira e econômica, de modo que também a esse respeito persiste a aproximação a aproximação cultural do direito processual entre Brasil e Itália. Existe, portanto, uma determinante social e econômica que influencia os rumos dos fundamentos do processo civil e que repercute efeitos na fundamentação da sentença. **O objetivo do Código de Processo Civil com resultados não tem apenas uma determinante técnico-jurídica e não se restringe à conjugação de uma estratégia de gestão da administração judiciária.** O percurso da reconstrução histórica indica que, enquanto prevaleceu um contexto social e econômico em que o caráter declaratório da sentença, sem compromisso com a efetividade dos direitos, se mostrava suficiente para preservar direitos já consolidados, o problema da fundamentação das decisões judiciais pode ser tratado apenas pelo seu caráter estrutural, deixando ao juiz a liberdade de estabelecer o percurso lógico do raciocínio conduziu à decisão; no momento em que aumentou a demanda por direitos insatisfeitos e se intensificaram os fluxos da globalização financeira, tornou-se necessária uma regulação analítica da fundamentação das decisões judiciais (interlocutórias, sentenças e acórdãos), como uma nova forma de controle de poderes do juiz. [...] **A preocupação com os poderes dos juízes, portanto, tem uma determinante política e econômica.** (grifou-se)

Eros Grau, igualmente, ao discorrer a respeito da relação entre a atuação do Estado e o mercado financeiro, faz lúcida observação⁸⁹:

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso

⁸⁸ OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da Fundamentação da Decisão Judicial na Relação Entre Fatos e Normas segundo o Inciso I do §1º do Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 207/208.

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed.; São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.95.

porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação – dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado – em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica. Alguns autores, por isso mesmo, findam por apontar nos contratos verdadeiros instrumentos de política econômica, enfatizando René Savatier que estão eles hoje transformados menos em uma livre construção da vontade humana do que uma contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de uma país, arquitetura esta que o Estado de nossos dias passa, ele mesmo, a definir.

Certamente, uma das formas de intervenção estatal, mesmo que indireta, se dá por meio do Poder Judiciário. Talvez não seja apropriado usar o termo “intervenção” ao referir-se ao Judiciário, posto este que é regido pelo princípio da inércia e não lhe é dado conduzir os rumos da economia da nação explicitamente, como o Executivo; embora, indiretamente, o faça através da jurisprudência dos tribunais.

Justamente porque é revestido de poder de império é que os juízes devem prezar pela estabilidade e segurança jurídica das relações, desde as relações individuais intersubjetivas até as relações de mercado, que dizem respeito a assuntos de superior importância.

Por fim, ressalte-se que segurança jurídica está intimamente relacionada com a própria racionalidade das decisões judiciais, de modo que seu desprestígio denota a adoção de métodos decisórios irracionais, ultrapassados e incompatíveis com o Estado Democrático.

Confira-se a opinião de Marcelo Lamy⁹⁰:

Atente-se, a aceitabilidade advinda da racionalidade não está vinculada a uma previsibilidade absoluta das decisões, o que não fere a segurança jurídica. Pelo contrário, atende-a substancialmente, enquanto os mecanismos vetustos da mera positividade atendiam-na apenas formalmente e, por esta razão, muitas vezes falsamente.

A racionalidade, no entanto, em função de constituir uma fonte primária do Direito, precisa atender ao cunho da universalização possível diante do caso.

⁹⁰ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 325.

É nesse sentido que caminha o Código de Processo Civil de 2015: na construção democrática da jurisprudência nacional através inclusão, no ordenamento, de mecanismos de uniformização e transformação de precedentes e de controle dos motivos justificantes da decisão.

4.3 As Inovações do Novo Código de Processo Civil: Aspectos Constitucionais

O artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, diz a Seção II do Capítulo XIII, trata dos elementos fundamentais e dos efeitos da sentença.

Seu parágrafo primeiro cuida, porém, de delimitar o conteúdo de uma decisão judicial bem fundamentada (fazendo-se uma interpretação *contrario sensu* do dispositivo).

Em primeiro lugar, há que se repisar uma importante premissa: a lei processual categoriza como não fundamentada as decisões que não observarem as imposições do dispositivo.

Isso significa que, por determinação constitucional, tais decisões, já que ausentes os pressupostos legais, são absolutamente nulas.

Essa disciplina infraconstitucional no que tange ao conteúdo da sentença traz à baila lições importantes do Direito Constitucional em relação à eficácia das normas constitucionais.

Antes, contudo, de adentrar o assunto, é didaticamente relevante transcrever, novamente, o dispositivo constitucional em comento:

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; (grifou-se)

O professor José Afonso da Silva⁹¹ construiu famoso sistema classificatório das normas constitucionais no que tange à sua eficácia jurídica. Classificou-as, basicamente, em:

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

- a) Normas de eficácia plena: são aquelas normas constitucionais que independem de qualquer complementação legislativa infraconstitucional para produzirem seus efeitos jurídicos. Elas incidem diretamente sobre a realidade fática de maneira plena. Silva as define como “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”⁹². Um exemplo são os artigos 21,22 e 24 da Constituição Federal, que estabelecem as competências legislativas e administrativas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.
- b) Normas de eficácia contida: segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, são aquelas “dotadas de eficácia prospectiva ou, em outras palavras, as que, à míngua de legislação infraconstitucional integradora, possuem eficácia total e imediata, porém, o advento legislativo faz com que seu campo de abrangência fique restrito, contido”⁹³. Exemplo maior dessa espécie normativa é o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer”.
- c) Normas de eficácia limitada: seriam aquelas que, embora produzam efeitos de imediato, não o fazem plenamente, necessitando de complementação legislativa infraconstitucional. Nos dizeres de David Araújo e Vidal Serrano, são “normas de eficácia fraca, podendo, no entanto, ser fortalecidas pelo legislador infraconstitucional e pelo administrador público”⁹⁴.

Há, ainda, na mesma classificação, as *normas constitucionais de princípio institutivo* e as *normas constitucionais de princípio programático* que são, respectivamente, aquelas que contêm a estruturação dos órgãos e instituições e

⁹² ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed.; São Paulo: Editora Verbatim Ltda, 2012, p. 50.

⁹³ **Ibidem**, p. 51.

⁹⁴ **Ibidem**, p. 52.

aquelas que estabelecem os princípios que regerão a atividade dos órgãos estatais e das instituições republicanas. Como não interessam ao estudo deste trabalho, não serão analisadas pormenorizadamente.

Certamente o inciso IX do artigo 93 da Constituição pode ser enquadrado na classe das normas constitucionais de eficácia plena, ou seja, dentre aquelas que produzem efeitos imediatos, independentemente de complementação legislativa infraconstitucional.

Contudo, embora seja norma que produz efeitos jurídicos desde 5 de outubro de 1988, o artigo 93, inciso IX da Constituição possui uma redação vaga, imprecisa e que proporcionou, por muito tempo, a atuação discricionária dos juízes que, indiretamente, violam o referido mandamento.

De fato, não satisfaz os princípios democráticos que a Constituição preveja que “devem ser fundamentados todos os julgamentos”. Embora seja um dever básico da magistratura, o dispositivo normativo deveria ganhar corpo, conteúdo e objetividade.

Uma regulamentação infraconstitucional do dispositivo de maneira alguma o enfraquece, antes, ratifica a autoridade da Constituição Federal no processo civil brasileiro, traçando claramente os contornos do inciso IX do artigo 93 da CF.

O parágrafo primeiro do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil cumpre exatamente esse papel de efetivar o texto constitucional, dando-lhe força e densidade normativa.

Não que o texto constitucional, isolado, não possua eficácia normativa vinculadora. Ele possui força normativa que é, contudo, na prática, deficiente pela até então ausência de complementação infraconstitucional.

O NCPC fortaleceu o mandamento constitucional, elencando as práticas que, nas decisões, devem ser extirpadas do cotidiano forense. Como bem explicitado por José Rogério Cruz e Tucci⁹⁵:

Na verdade, os aludidos novos dispositivos legais acerca do dever de motivação, inseridos no Projeto do CPC, reforçam a ideia de que a moderna

⁹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC (análise e proposta). In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Ed. RT, 2011, Vol. 06, p. 412.

concepção de “processo justo” não compadece qualquer resquício de discricionariedade judicial, até porque, longe de ser simplesmente *la bouche de la loi*, o juiz proativo de época moderna deve estar comprometido e zelar, tanto quanto possível, pela observância, assegurada aos litigantes, da garantia do devido processo legal!

Interessante notar, por fim, que o Código não definiu o que seria uma decisão fundamentada. Antes, preferiu uma definição negativa: elencou as hipóteses em que determinada decisão será considerada fundamentada.

Isso se deve, principalmente, ao fato de que a teoria da decisão judicial deságua em questões hermenêuticas e filosóficas extremamente complexas, de modo que se torna inviável tentar definir de qualquer forma e pormenorizadamente o que seria uma decisão judicial fundamentada.

O legislador infraconstitucional, desta forma, andou bem ao optar por essa forma de controle das decisões, pois se agisse em sentido contrário, certamente criaria um tremendo caos na jurisprudência.

Os debates mais aprofundados a respeito do tema devem estar circunscritos às fronteiras da academia, sob a tutela da ciência jurídica e analisados em salas de aula.

Evidentemente que o dispositivo aqui analisado é fruto de trabalho científico e de décadas de pesquisa de juristas brasileiros e estrangeiros. O que se pontua, aqui, é que o caminho escolhido pelo legislador fora o mais adequado. Nas palavras de Francisco Cardozo Oliveira e Miguel Kfoury Neto⁹⁶:

Há uma dificuldade em estabelecer os limites do que possa ser compreendido por decisão judicial fundamentada dada a complexidade envolvida na matéria; de todo modo, a decisão correta deve ser entendida como aquela que está em conformidade com critérios de correção; na situação, por exemplo, de uma declaração de ocorrência de um fato, a correção da decisão poderia ser estabelecida pelo uso de um meio de prova que permita ao juiz uma declaração sobre a ocorrência ou não do fato; mas esse critério sobrepõe um outro em termos de confiabilidade da prova, que exigirá uma outra declaração do juiz. Esse modelo de critérios de correção é complexo e pode levar a uma regressão infinita de níveis que exigem sempre mais e mais declarações do juiz, de modo que a fundamentação ela própria se revela infinita e paradoxal e levaria a uma situação de impossibilidade de cumprimento da norma constitucional. Se não é possível identificar o que não conta como decisão fundamentada, é possível

⁹⁶ OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da Fundamentação da Decisão Judicial na Relação Entre Fatos e Normas segundo o Inciso I do §1º do Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 213.

identificar o que não conta como decisão fundamentada; ou seja, o modelo normativo proposto, que acaba assimilado pela regra do §1º do art. 489 do novo CPC, é o de que não se considera fundamentada a decisão que não estiver de acordo com os elementos exigidos no estatuto processual. Nesse modelo normativo indica-se o que não constitui uma decisão judicial fundamentada e não o que é uma decisão judicial fundamentada. O modelo normativo de dizer o que não é uma decisão judicial fundamentada estaria alinhado com o objetivo de permitir controle do decidido pelas partes e pela sociedade e atenderia o postulado da previsibilidade.

A seguir, analisar-se-á cada um dos dispositivos.

4.3.1 Espécies decisórias abrangidas pela norma

Assim está redigido o parágrafo primeiro do artigo 489:

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

Em primeiro lugar, é importante destacar que a lei processual abrange todas as espécies de pronunciamento judicial que causem, ou tenham a potencialidade de causar, prejuízo à parte.

Assim, o legislador incluiu na abrangência da norma as decisões interlocutórias, as sentenças e os acórdãos.

Basicamente, sob a ótica ainda do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina define sentença como o pronunciamento judicial de caráter decisório, com ou sem conteúdo de mérito (artigos 267 e 269 do CPC-73), que põe fim a uma fase do procedimento em primeira instância.

Cândido Rangel Dinamarco, em seu clássico *Instituições de Direito Processual Civil*, assim definiu sentença⁹⁷:

Nesse quadro de atenções voltadas aos efeitos projetados sobre o objeto do processo e não sobre o processo em si mesmo, sentença é o *ato com o qual o juiz define a causa com ou sem julgamento do mérito*. Definir a causa é emitir a solução final referente ao litígio posto em juízo, dissolvendo seu objeto porque a respeito deste é então dada toda a resposta que naquele grau de jurisdição poderia ser dada. O juiz que decide o mérito ou declara inadmissível esse julgamento está a emitir o último julgamento possível em primeiro grau jurisdicional sobre a causa.

⁹⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol II. 6 ed.; São Paulo: Malheiros, 2009, p.508.

A definição de sentença foi objeto de prolongado debate doutrinário e jurisprudencial, que aqui não será exposto por sua desnecessidade, culminando na pacificação da definição dada acima, definição essa, inclusive, adotada pelo NCPC, que dispõe, *ipsis literis*, em seu artigo 203, §1º: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Todas as sentenças emanadas pelos juízos em primeiro grau, desta forma, estão abrangidas pela norma, sejam cíveis ou trabalhistas, já que o CPC é usado subsidiária e complementarmente na Justiça do Trabalho.

Já as decisões interlocutórias são pacificamente definidas como os atos judiciais pelos quais “o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”, segundo o CPC-73 (art. 162, §2º). Essa definição do Código de Processo Civil vigente foi alvo de diversas críticas da doutrina, tendo em vista que, por vezes, determinadas questões incidentes, quando suscitadas, geram a prolação de sentença, e não uma decisão interlocutória.

O NCPC, por sua vez, as define como “todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no §1º” (artigo 203, §2º), adotando, preponderantemente, um critério de exclusão.

Ainda Cândido Rangel Dinamarco⁹⁸:

Dizem-se decisões interlocutórias os provimentos com que o juiz, *no curso do processo e sem definir a causa*, decide sobre matéria de interesse do processo e sobre certos pedidos e requerimentos das partes. O adjetivo interlocutório vem do latim *inter locutus*, que significa *pronunciado no meio*. No meio do processo, ou seja, depois de proposta a demanda inicial e antes da sentença que define o destino da causa, o juiz profere decisões dessa ordem.

O despacho, ato judicial desprovido de qualquer conteúdo decisório e, por isso, impossibilitado de causar prejuízo às partes, é definido por exclusão, sendo tudo aquilo que não se classifica como sentença ou decisão interlocutória. Tendo em vista sua irrelevância para o objeto de estudo deste trabalho, não será analisado pormenorizadamente.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 509.

Corroborando o que foi dito acima, o professor Cândido Rangel Dinamarco, ao definir despacho⁹⁹:

Em toda ordem processual, o juiz tem o poder de comandar e controlar inquisitivamente o andamento do processo e sua regularidade, impulsionando-o em direção ao provimento final a ser proferido, evitando irregularidades e sanando vícios. Ele o faz mediante providências de rotina, como ao mandar que se juntem petições ou documentos aos autos, ao chamar as partes a se manifestar sobre documentos ou especificar provas, ao designar data para audiência etc. Daí receberem o nome de *despachos de mero expediente*, ou simplesmente *despachos*. Eles são manifestações da vontade do Estado-juiz, mas destituídas de qualquer conteúdo decisório.

Por último, a lei processual inclui o acórdão no rol dos pronunciamentos judiciais que deverão se submeter à nova regra. Os acórdãos estão para as instâncias superiores assim como a sentença está para os juízes monocráticos de primeiro grau.

O sistema recursal brasileiro, calcado no princípio do duplo grau de jurisdição, busca efetivar o direito à ampla defesa e reduzir as probabilidades de um erro judiciário ficar acobertado pela autoridade da coisa julgada material.

Por isso, criou a Constituição Federal os Tribunais de segunda instância, que se dividem em Turmas ou Câmaras julgadoras, sendo estes órgãos colegiados que prolatam as decisões por maioria de votos, e não monocraticamente. Procura-se dar maior segurança ao sistema recursal e legitimidade aos pronunciamentos judiciais.

Dessa forma, é possível definir o acórdão como decisão judicial proferida nos órgãos julgadores colegiados de instância superior. Estes também devem observar as regras trazidas pelo Novo Código.

Em suma, sobre qualquer pronunciamento judicial substancial - ou seja, aquele que possua carga decisória - incidirá a incidência desta norma.

4.3.1.1 Da incidência do art. 489 no âmbito das decisões administrativas

Vale ressaltar, ainda, que, embora não seja o objeto de estudo deste trabalho, o inciso sob análise também incide nas instâncias administrativas e em

⁹⁹ *Ibidem*, p. 511.

todos os órgãos diversos do Poder Judiciário, cuja função última não é a prestação jurisdicional.

Isso porque, consoante o princípio democrático e as bases do Estado de Direito, qualquer interferência na vida do cidadão deverá ser calcada no instituto do processo e nas garantias a ele inerentes. Qualquer processo administrativo, assim, submete-se ao novo “modelo decisório” trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, de modo que decisões administrativas não considerar-se-ão fundamentadas se incidirem em algum (ns) dos incisos do parágrafo 1º do artigo 489.

A legitimidade de um despacho em um processo administrativo fiscal, por exemplo, que determina a inscrição do débito de um contribuinte em dívida ativa deve especificar todo arcabouço legal que enseja a cobrança do tributo, pois eventual execução fiscal possibilita abrupta interferência do Fisco na esfera de direitos patrimoniais do executado.

Os princípios constitucionais do processo irradiam na atuação do legislador ordinário (como é possível verificar no texto do novo Código), na atividade jurisdicional dos Tribunais e, com certeza, no âmbito da Administração Pública.

Se é certo que, ao menos subsidiariamente, a Administração se utiliza da lei processual civil brasileira; também é correto afirmar que, a partir da vigência do CPC de 2015, toda ela estará subordinada aos comandos concernentes à fundamentação das decisões.

Confira-se, por oportunas, as palavras de Tiago Alberto e Sabrina Alberto¹⁰⁰:

A primeira observação que se pode tecer é a de que, embora o §1º faça alusão a “decisões judiciais”, deve ser aplicado também às decisões administrativas que se utilizem do Código de Processo Civil como legislação subsidiária. Assim é que decisões colegiadas no âmbito administrativo, por exemplo, oriundas de Juntas de Recursos, Conselho de Contribuintes, Comissões de Licitações, Comissões Disciplinares, Tribunais de Contas etc, deverão atender aos requisitos exigidos no §1º do artigo 489, para fins de validade, em relação aos seus provimentos decisórios, desde que, evidentemente, tenham o Código de Processo Civil enquanto legislação subsidiária.

¹⁰⁰ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Fundamentação – Existirá o céu dos conceitos?. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 241.

[...]

Dessa forma, a menção no dispositivo a “decisões judiciais” e a exemplificação com decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos deve ser interpretado de maneira extensiva, o que igualmente decorre da exigência constitucional da fundamentação igualmente verificada no âmbito administrativo.

Isto posto, é de se sublinhar, mais uma vez, o caráter inovador do novo Código na seara das decisões. O ordenamento jurídico ganha, assim, poderoso instrumento de democratização das atividades estatais.

4.3.2 A mera invocação de ato normativo

O artigo 489, parágrafo primeiro, traz o seguinte em seu inciso I:

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

O inciso I trata da decisão não fundamentada *strictu sensu*, de modo que o juiz, aqui, não se debruça sobre as questões do processo, relacionando-as, de forma superficial, com o direito invocado para decidir.

Sabe-se que é prática recorrente nos tribunais do país a simples reprodução ou paráfrase de texto normativo na motivação das decisões. Neste inciso, tem-se que não há, sequer, conteúdo justificante na decisão que possa ser controlado. Há a total ausência de fundamentação.

José Ernesto Manzi¹⁰¹ denomina classifica tal tipo de fundamentação como meramente formal. Veja-se:

Em filosofia, *formal* é o relativo às leis, às Regras ou à linguagem próprias de determinado domínio do conhecimento, e que se consideram independentemente do conteúdo, da matéria ou da situação concreta a que se aplicam. Em outras palavras, enquanto forma que pode ser preenchida por qualquer conteúdo.

A *fundamentação* meramente *formal* das decisões judiciais é a que a considera existente, independentemente de seu conteúdo, ou seja, esta à primeira vista presente na decisão judicial, mas não observa limites mínimos de validade, o que lhe outorga mera aparência motivacional. Não é esta a garantia estampada no artigo 93, IX, da Constituição Federal, que impõe o dever de motivação das decisões Judiciais e administrativos do Poder Judiciário.

¹⁰¹ MANZI, José Ernesto. **Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas**. 1. ed.; São Paulo: LTr Editora, 2009, p. 131.

[...]

A *fundamentação formal* tem mero “aspecto de fundamentação”; a *fundamentação substancial* “é a fundamentação do caso concreto, que deixa explícito o que há, nos autos em exame, a justificar a adoção de uma ou de outra decisão”.

Determina o texto que as decisões judiciais não poderão mais valer-se da mera citação, reprodução ou paráfrase de ato normativo, sem relacioná-lo com a causa ou a questão decidida.

Sem dúvida, este dispositivo denota grande conquista democrática, no espírito da Constituição e do novo Código, de modo que busca extirpar a vagueza das decisões judiciais.

Todos os operadores do Direito deparam-se, cotidianamente, com decisões dessa natureza, em que o magistrado apenas cita o ato normativo relacionado com a *questio iuris* para fundamentá-las.

No ramo do Direito empresarial, a título de exemplo, temos decisões interlocutórias que acolhem o pedido de desconsideração da personalidade jurídica em processo falimentar sob o seguinte fundamento: “Petição de fl. XX: Defiro”. Ou, ainda, apenas mencionam o artigo 50 do Código Civil ou súmula do Superior Tribunal de Justiça. O mesmo se dá, corriqueiramente, nas execuções fiscais; fato agravado pelo grande número de processos dessa natureza.

Viola-se o devido processo legal quando, em detrimento de uma fundamentação que obedeça aos mandamentos constitucionais, procura-se dar vazão à produção industrial de processos judiciais.

Destaque-se que o número insuficiente de juízes para atender toda a demanda é um problema de administração da justiça, não sendo razoável punir o jurisdicionado com uma prestação deficiente.

Não se ignora, obviamente, o imenso volume de processos pendentes de julgamento, que só aumenta a cada dia, tampouco todos os problemas administrativos que afligem o Judiciário brasileiro, o que leva à adoção de métodos e práticas forenses pouco ortodoxos do ponto de vista constitucional.

Uma solução encontrada pelos juízes, então, foi a sintetização da fundamentação, o que equivale à sua supressão, chegando-se ao extremo de limitá-la à reprodução *ipsis literis* de texto normativo. Essa realidade, contudo, não pode desafiar o que determina a Constituição Federal.

A imposição de métodos mais democráticos no ato decisório deve vir acompanhada de um combate à cultura do litígio, principalmente por parte das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados e Municípios), que integram o polo ativo da maior parte dos processos em curso no Brasil.

É necessário, ainda, analisar a redação do dispositivo, a fim de verificar seu conteúdo normativo e delimitar o sentido de “indicação, reprodução ou paráfrase”.

Por “indicação” leia-se citação ou referência. Não chega a haver a reprodução do ato, mas mera citação. O Dicionário Sacconi da Língua Portuguesa assim define o termo¹⁰²:

Indicação (s.f.): 1. Ato ou efeito de indicar. 2. Sinal ou informação que serve para indicar uma coisa. [...] 4. Escolha, eleição. 5. Prenúncio, indício, indicativo. (p. 1158)

É evidente que, se o magistrado, no decorrer de sua decisão, já discorrera a respeito da aplicabilidade de determinada norma ao caso, a posterior indicação do mesmo ato normativo, a fim de elaborar o raciocínio, não constituirá violação ao inciso I do artigo 498 do NCPD.

Isso porque é impensável exigir que o magistrado faça digressões na fundamentação da decisão a cada vez que cita um dispositivo legal ou súmula; o que iria contra racionalidade e a efetividade do processo.

Já por “reprodução”, tem-se que haveria uma transcrição literal do texto do ato normativo para o bojo da decisão. Diferentemente da indicação, o juiz copia literalmente o enunciado normativo, sem, contudo, relacioná-lo com o caso em análise. É uma imitação fiel do texto, uma cópia integral.

Diferentemente de indicação ou reprodução, a paráfrase é, segundo o mesmo Dicionário Sacconi¹⁰³:

Paráfrase (s.f.): Modo diverso de expressar frase ou texto, sem que se altere o significado da primeira versão. Portanto sua frase deve ser mais desenvolvida que a frase apresentada como tema, e as palavras devem ser diferentes, e não sinônimas.

¹⁰² SACCONI, Luiz Antonio. **Grande Dicionário Sacconi**. 1. ed.; São Paulo: Nova Geração, 2010, p. 1.158.

¹⁰³ **Ibidem**, p. 1.531.

Trata-se de reproduzir (copiar) as ideias de um texto, alterando sua redação original, substituindo as palavras, sem, contudo, mudar o sentido do texto original.

É extremamente comum encontrar-se paráfrases em decisões judiciais, criando-se, desta forma, uma decisão formalmente fundamentada, já que seu conteúdo acaba por ser composto por raciocínios circulares, evitados de tautologia.

Contudo, o CPC de 2015 repudia, neste inciso em comento, as tentativas de burlar o dever de fundamentação, em todas as suas modalidades. Comentando as alterações da novel legislação, os professores Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁰⁴:

5. Indicação, reprodução ou paráfrase. A fundamentação tem de ser concreta, vale dizer, tem de dizer respeito à situação jurídica deduzida em juízo pelas partes. Por essa razão, não se considera fundamentada a decisão que simplesmente indica, reproduz ou faz uma paráfrase do texto normativo (simples alteração de determinados termos sem descaracterização do significado) sem mostrar qual é a relevância do dispositivo citado para a solução do caso concreto. Vale dizer: sem mostrar com qual significado o dispositivo é entendido e sem apontar qual é a sua relação com o caso concreto.

Dessa forma, o magistrado deverá “relacionar o ato normativo com a causa ou o a questão decidida”, o que significa que deverá exteriorizar seu raciocínio, de modo a possibilitar um amplo controle público e posterior, se necessário.

Notadamente, o legislador procurou abarcar no dispositivo todas as situações plausíveis de ausência de fundamentação ou fundamentação aparente.

Aqui, há apenas uma fundamentação formal, já que o conteúdo da decisão demonstra a inexistência de esforço argumentativo, o que não satisfaz o princípio da racionalidade.

Um desafio a ser vencido pelos operadores do Direito é a conjugação entre duração razoável do processo e o dever de fundamentação, pois, por mais simples e banal que se mostre uma causa aos olhos do juiz, este tem o dever democrático de dar-lhe a devida atenção argumentativa, esmerando-se ao decidir tanto as causas mais simples quanto as mais complexas.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 492.

São interessantes as palavras de Francisco Cardozo Oliveira e Miguel Kfouri Neto¹⁰⁵, ao comentar o inciso em análise:

Não deve ser ignorado que a regra do novo Código de Processo Civil surge no momento de incremento de uma prática de decisões judiciais, decorrente da necessidade de gestão da produção da atividade jurisdicional, que faz o juiz depender do trabalho de assessores; nesse contexto, **a rotinização exige simplificação; e a simplificação de fundamentação, de certo modo demandada até pelos suportes das mídias eletrônicas, se impõe até o limite de relacionar-se uma premissa genérica e superficial dos fatos e uma citação de texto normativo.** A regra do novo estatuto processual combate a prática de reprodução simplificada de fundamentação, com riscos para o tratamento da especificidade do caso. O quanto essa simplificação possa configurar falta de fundamentação dependerá, basicamente, do modo como qualificado o suporte fático e, em última análise, a questão de fato. Uma decisão que não tenha atentado para os elementos mínimos de qualificação dos fatos, ainda que de forma sucinta, não poderá ser considerada fundamentada, máxime se se fizer no contexto de referência abstrata ao texto de lei. **Por outro lado, não é possível ignorar que o incremento de demandas cobra uma racionalização do serviço judiciário determinante para a observância do princípio da razoável duração do processo. O trabalho de fundamentação das decisões judiciais continuará a ser exercido no equilíbrio precário entre a necessidade de fundamentação e a observância do tempo razoável do processo.** (grifou-se)

Isso significa que, paralelamente ao avanço legislativo na seara da teoria da decisão judicial, deverá haver uma otimização da administração da justiça a fim de atender aos jurisdicionados de forma satisfatória.

Kfouri Neto e Oliveira¹⁰⁶ prosseguem:

O novo Código de Processo Civil assume um compromisso com resultados que pode ser traduzido na redução de demandas e na racionalização do processo e dos procedimentos. A regra do inc. I do §1º do art. 489 do novo Código de Processo Civil se insere nesse objetivo de assegurar racionalidade à decisão judicial. [...] O objetivo do art. 489 de busca de solução em tempo razoável para os litígios poderá ser alcançada mediante uma racionalidade hermenêutica, intersubjetiva e problematizadora, que esteja comprometida com a justiça e com a explicação do caráter constitutivo da relação entre fatos e normas, tomada a perspectiva do caso concreto.

Feitas estas considerações a respeito da aplicação do dispositivo, resta, agora, saber a definição de “ato normativo”.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da Fundamentação da Decisão Judicial na Relação Entre Fatos e Normas segundo o Inciso I do §1º do Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 224/225.

¹⁰⁶ **Ibidem**, p. 228/229.

Veja-se que o inciso não disse “dispositivo legal” ou, ainda, “lei”, mas “ato normativo”. É possível abranger, dessa forma, não apenas os enunciados codificados ou contidos em legislação esparsa, mas também todas as outras espécies normativas, tais como Portarias, orientações jurisprudenciais etc.

Não é possível incluir, aqui, as súmulas nem os precedentes, já que foram objeto de tratamento dos incisos V e VI do mesmo dispositivo legal.

4.3.2.1 Desmistificando o brocardo *in claris non fit interpretatio*

Há um brocardo, muito conhecido entre os operadores do Direito, que sempre vem à tona quando o assunto discutido é hermenêutica jurídica: *in claris cessat interpretatio* ou *in claris non fit interpretatio*, que são sinônimos.

É, basicamente, a síntese da ideia que, quando o texto da norma a ser aplicada ao caso for “claro” ou “categórico”, o juiz estaria dispensado do esforço argumentativo. Traduz-se livremente como “nas coisas claras não se faz interpretação”.

Evidentemente, trata-se de um raciocínio falacioso, pois até mesmo a verificação da necessidade de interpretação já é, por si mesma, um exercício hermenêutico e, portanto, também interpretativo.

A questão é que o juiz, sempre ao dizer o Direito – e, conseqüentemente, fazendo um exercício interpretativo – está condicionado a justificar racionalmente sua decisão.

Desta forma, a invocação do referido brocardo mostrar-se-ia como uma forma de burlar a aplicação da lei processual. Algo como a “katchanga real”, exposta na anedota já exposta neste trabalho.

O dispositivo legal visa, justamente, combater a discricionariedade no processo, de modo que invocar essa justificativa para se eximir do dever de fundamentar ou para limitar-se à indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo seria negar vigência ao que determina o Novo Código.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, **apud** Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁰⁷:

¹⁰⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed.; São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108/109.

Há uma certa tendência para confundir “interpretação” e “interpretação complexa” e supor que se a fonte é clara não ocorre fazer interpretação. Há mesmo um brocardo que traduz essa orientação: *in claris non fit interpretatio*. Perante um texto categórico da lei, por exemplo, o intérprete limitar-se-ia a tomar conhecimento.

A concepção *in claris cessat interpretatio*, embora expresso em latim, não tem origem romana. Ulpiano ensinou o contrário: *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus* – “embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva.” [...] No campo legislativo, embora perfeita a forma, cumpre descer a fundo, à ideia. Prevalece ali o ensinamento de Celso: *Scire leges non hoc este, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* – “saber as leis não é conhecer-lhe as palavras, porém sua a sua força e poder”, isto é, o sentido e o alcance respectivos.

Na atividade jurídica é muito comum valer-se dessa máxima para evitar uma interpretação mais aprofundada de algum dispositivo normativo.

Trata-se de equívoco manifesto, pois até mesmo para verificar se a hipótese fática submetida à apreciação é equivalente a outras já conhecidas é preciso interpretar.

Devem, assim, ser rechaçadas decisões como a do Ministro Ricardo Lewandowski, proferida no julgamento da ADPF 54, *verbis*:

Nessa linha de raciocínio, a tão criticada – e de há muito superada – Escola da Exegese, que pontificou na França do século XIX, na esteira da edição do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *in claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara, não há espaço para interpretação.

Nenhuma norma dispensa interpretação e, conseqüentemente, justificação racional e adequada, situada dentro dos limites da lei e dos princípios constitucionais. Afastar o dever judicial de interpretação de uma norma denota retrocesso científico.

4.3.3 A aplicação de conceitos jurídicos indeterminados

Elencando a segunda hipótese do que não seria um pronunciamento judicial não fundamentado, o artigo 489 dispõe:

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

O inciso II do artigo 489 denota insuperável avanço para a ciência jurídica, de modo que retira dos conceitos jurídicos indeterminados a característica,

que se manifestava em sua aplicação pelo juiz, de ser uma espécie de “cheque em branco”, já que invocadas em quaisquer situações, sem nenhuma preocupação quanto à sua adequação ao caso concreto.

Em relação a estes, Fredie Didier¹⁰⁸ também leciona:

Nessa tarefa de aplicar o direito objetivo, averiguando se, efetivamente, houve subsunção do fato à norma, não raras vezes o magistrado se depara com dispositivos de lei que trazem expressões vagas, de conteúdo muitas vezes aberto. São os denominados conceitos jurídicos indeterminados, como os de ‘conduta temerária’, ‘interesse público’, ‘prova inequívoca’, ‘preço vil’ etc. isso exige redobrada atenção do julgador no momento de motivar sua decisão, eis que ele precisa demonstrar, com acuidade, de que forma a situação fática se encaixa no conceito abstrato estabelecido na lei. Não basta que o juiz afirme, por exemplo, que a parte agiu temerariamente, razão por que lhe impõe a multa por litigância de má-fé (art. 17, V, CPC). Conforme lição de BARBOSA MOREIRA, isso seria “mera repetição do texto legal”. E prossegue afirmando que deve o magistrado descer à realidade concreta, explicando o porquê de ter chegado a tal conclusão.

Além disso, ressalte-se que a lei processual não emitiu qualquer juízo de censura ao uso dos conceitos jurídicos indeterminados, até porque estão positivados por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

É notório que houve a superação definitiva da concepção mecanicista da lei, como também do positivismo exegético em que, nas palavras de Lenio Streck, “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”¹⁰⁹.

Como dito, o novo Código de Processo Civil parece estar menos preocupado com divagações acadêmicas jurídico-filosóficas e mais preocupado com os resultados pragmáticos das decisões judiciais.

Ao analisar o referido inciso, contudo, a distinção entre os institutos da cláusula geral e do conceito jurídico indeterminado se mostram indispensáveis.

Quem faz uma distinção satisfatória é Lisia Carla Vieira Rodrigues¹¹⁰, citando os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

¹⁰⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 295.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 124.

¹¹⁰ RODRIGUES, Lisia Carla Vieira. **10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos**. Vol 1.1. ed.; Rio de Janeiro: Emerj, 2013, p. 187.

Cláusulas gerais. Definição. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, par. 25, III, 3). As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, *Einführung*, Cap. VI, p. 120- 121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, *Allg. Teil*, par. 3º, IV, n. 94, p. 82-83). Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.

Ao notar as semelhanças dos institutos, Rodrigues assevera que “em ambas as hipóteses estará o magistrado diante de normas vagas, ou seja, as constituídas por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado”¹¹¹; mas que, contudo, não se confundem. Ela prossegue¹¹²:

Os conceitos jurídicos indeterminados em muito se assemelham às cláusulas gerais, notadamente quanto às vantagens do seu emprego pelo legislador ao editar novas regras. Apresentam, no entanto, diferenças, pois nestas a atividade criadora do juiz é muito maior, já que deverá analisar axiologicamente a norma, verificar a sua aplicação à espécie, imprimir efeitos ao ato praticado, ou, ainda, graduá-los, no caso de existir previsão legal. Nos conceitos jurídicos indeterminados, corre a subsunção do fato à hipótese normativa, ou seja, os conceitos formados por termos indeterminados integram sempre a descrição do fato em exame com vistas à aplicação do direito, havendo, via de regra, expressa manifestação do legislador quanto às consequências do ato.

É possível extrair do ordenamento diversos exemplos de conceitos jurídicos indeterminados: boa-fé; má-fé; imprevisível; urgente; preço vil; justa causa; excessiva onerosidade; urgência etc.

Todos estes conceitos necessitam de uma valoração, posterior à previsão legislativa, feita pelo juiz quando da motivação da decisão. Há se explicitar o porquê, por exemplo, que o réu de eventual ação de rescisão contratual agiu com má-fé; ou, ainda, em que consiste a excessiva onerosidade que compõe a causa de pedir do autor.

¹¹¹ **Ibidem**, p. 188.

¹¹² **Ibidem**, p. 188.

Os professores Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero concordam a respeito da pertinência do dispositivo¹¹³:

É muito comum o emprego pelo legislador de termos propositadamente vagos (“função social”, “boa-fé”, “dignidade”, “medidas necessárias”, “repercussão geral” e outros). Toda vez que o legislador emprega termos dessa ordem – normalmente enquadrados pela doutrina como conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, regras abertas ou conceitos-válvula, dentre outras denominações – há nessa utilização um verdadeiro pedido de colaboração para que o juiz dê contornos mais nítidos ao significado do termo vago empregado. É por essa razão que a simples invocação dos termos vagos pelo juiz – e pelas partes em suas manifestações – sem que se outorgue apropriados contornos ao termo e argumente-se por quais motivos o seu emprego é pertinente no caso concreto não constitui uma razão válida para sustentar qualquer posição jurídica e qualquer decisão. Assim, toda vez que se invocar em juízo um termo vago é preciso mostrar com qual significado ele é empregado, por que razão serve para disciplina do caso concreto e quais os efeitos jurídicos que dele são extraídos. Fora daí, não se considera fundamentada qualquer decisão.

Por causa de sua vagueza e indeterminabilidade semântica é que deve haver cautela do magistrado na aplicação destes conceitos para acatar as razões de uma das partes ou rejeitar as razões da outra, sob pena de violação da Constituição Federal e, agora, do Código de Processo Civil.

A matéria de que trata o inciso II do §1º do artigo 489 é muito semelhante com a matéria veiculada no inciso I, porque busca combater a inexatidão e a fundamentação meramente formal.

Interessante pontuar que, ao se fazer uma leitura mais detida dos incisos I e II do §1º do artigo 489, é possível notar que o legislador encampa no novo Código uma teoria da argumentação racional, de modo que caminha no sentido de desconsiderar fundamentada uma decisão que não expõe racionalmente seus argumentos.

Na verdade, o Código, indiretamente, acaba distinguindo fundamentação de argumentação, sendo que uma sentença “fundamentada” poder-se-ia ser considerada inconstitucional por ausência de fundamentação.

A argumentação racional deve estar presente no conteúdo da sentença e ser apta convencer a razão pública e as partes, indo de encontro com um dos objetivos da fundamentação das decisões: controle externo.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.488/489.

Assim, é possível haver uma decisão extremamente extensa, porém vazia de conteúdo argumentativo. Há quem diga que, hoje, a ciência passa por uma *linguistic turn*, de modo que abandona seus pressupostos baseados nas ideias cartesianas e passa a se situar na seara da linguagem, mormente na argumentação (no caso das ciências humanas, como a Ciência Jurídica).

Essa tendência trazida pelo novo Código foi notada por Tiago Gagliano Pinto Alberto e Sabrina Santana Figueiredo Pinto Alberto¹¹⁴:

Em alguns ordenamentos, exige-se, em função dessa discrepância fundamentação/argumentação, que a decisão seja ostensivamente calcada em argumentos válidos sob o aspecto racional. E, note-se, não é a quantidade de laudas da decisão que atenderá a este requisito, tampouco o fato de o juiz objetivamente mencionar que se está diante de um argumento de tal ou qual natureza. Sentenças de uma lauda podem conter inúmeros argumentos, sólidos ou racionais, ao passo que decisões que mais se equiparariam a tratados em termos de quantidade de laudas, podem estar completamente privadas de argumentação.

[...]

No ordenamento jurídico brasileiro, com o advento do novo CPC, especialmente no artigo 489, **tem-se não propriamente a exigência da teoria da argumentação racional enquanto requisito de validade das decisões, mas, mais propriamente uma aproximação entre a fundamentação e a argumentação, já capaz de, se bem utilizada, alinhar a atuação institucional do Poder Judiciário às exigências hauridas do Estado de Direito quanto à formatação estatal do provimento decisório.** (grifou-se)

Eles prosseguem, respondendo a objeções hipotéticas em relação ao inciso primeiro do artigo em análise¹¹⁵:

Por ora, no entanto, necessário convir que, ao exigir explicitação racional do dispositivo, o legislador ajustou a discrepância teórica existente entre a fundamentação e a argumentação, corrigindo déficit que ultimava por ensejar perda de legitimidade da atuação jurisdicional frente à moldura esquadrihada no Estado Democrático de Direito.

O dispositivo poderia, ainda, ser atacado sob o viés da administração judiciária de conflitos. Em tempos em que metas são exigidas e atualizadas ano após ano, pode parecer canhestro exigir que o juiz detalhe ainda mais a sua decisão, explicitando nuances que, sem dúvida, poderiam fazer com que a otimização do tempo fosse comprometida. **Para responder a esta afirmação, relembremos que a parcela do poder estatal afeta ao Judiciário não pode dar ensejo a arbitrariedades e subjetivismos nas decisões, independentemente da quantidade de trabalho, de metas a**

¹¹⁴ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Fundamentação – Existirá o céu dos conceitos? In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 237/239.

¹¹⁵ **Ibidem**, p. 240/241.

alcançar, ou ausência de recursos humanos ou materiais. Decidir sem justificar é o mesmo que não decidir, mas opinar com caráter cogente, o que não se amolda ao Estado Democrático de Direito. (grifou-se)

A última oração do excerto (que foi grifada) merece uma derradeira observação: sem dúvida alguma, em havendo conflito entre a duração razoável do processo e o dever de fundamentação racional pelo magistrado, este deve optar pelo segundo. Isso porque, como já exposto ao longo do trabalho, o represamento de processos no judiciário e a cultura do litígio são problemas que concernem mais à administração burocrática do terceiro Poder que à função jurisdicional propriamente dita.

O juiz nunca deve preferir a duração razoável à decisão devidamente fundamentada. Isso porque a decisão não fundamentada é, no mínimo, nula; cuja prolação seria, antes, um desserviço ao jurisdicionado e à sociedade. Melhor é suportar a lentidão do sistema judiciário que sacrificar a atividade fim do Poder Judiciário, que é decidir fundamentada e racionalmente.

Não é à toa que o ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, afirmou que, “no confronto entre a necessidade de os juízes fundamentarem suas decisões — reforçada pelo Novo Código de Processo Civil — e a celeridade processual, a primeira norma deve prevalecer”.¹¹⁶

Isso denota grande avanço, sendo uma consideração feita por um juiz da mais alta Corte do país, demonstrando que, talvez, esteja ocorrendo uma mudança de mentalidade na judicatura brasileira, que assume, cada vez mais, uma consciência republicana das suas funções.

Também deve ser dito que este inciso deverá ser observado quando da aplicação de princípios que possuam alta carga de indeterminabilidade ou vagueza, tais como o princípio da dignidade humana, princípio da boa-fé, princípio da eficiência, etc.

Assim, quando o juiz acolher a pretensão da parte, julgando procedente a ação de indenização por danos morais, por exemplo, ele deverá demonstrar de que maneira a conduta do réu violou a dignidade do autor e em que consiste tal violação.

¹¹⁶ RODAS, Sérgio. **Juiz deve priorizar fundamentação em vez de celeridade, diz Teori Zavascki.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/juiz-priorizar-fundamentacao-vez-celeridade-teori>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

Se assim não for, a fundamentação será inconstitucional e considerada inexistente, nos termos do artigo 489 do NCPC.

Nesse sentido, Tiago Alberto e Sabrina Alberto¹¹⁷, mais uma vez:

Deve o presente dispositivo também ser observado acaso se apliquem princípios que contenham em seu bojo conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque o traço essencial da regra está localizado não na incidência, senão nos conceitos jurídicos indeterminados, de sorte que não ao não mencionar a aplicação, o legislador *minus dixit quam voluit*.

Ao buscar um método eficiente para aplicar a regra do inciso II, exsurge a necessidade de o magistrado definir o conceito (obviamente, quando fundamental para a solução da causa) invocado na decisão, pois, dessa forma, se possibilitará demonstrar o “motivo concreto” que levou o juiz a decidir desta ou daquela forma.

Caso o juiz não externe o que entende em relação a determinado conceito, ficará impossibilitado de fazer o *link* entre conceito e o caso sob sua análise. Não seria possível, por exemplo, afirmar na decisão que houve violação da boa-fé objetiva por uma das partes do processo sem que, antes, defina o magistrado qual o conteúdo dessa norma principiológica.

Evidentemente, tais definições serão norteadas pelas “preferências” doutrinárias e jurisprudenciais do magistrado que as dá; o que não é, necessariamente, um problema.

Questões jurídicas imbricadas, dramas delicados da vida humana e as transformações sociais geram pensamentos divergentes dentro da comunidade jurídica. Nada mais natural que o juiz, ao deparar-se com essas questões, opte por uma corrente interpretativa, desde que fundamente sua escolha.

Assim, definir conceitos trata-se de consectário lógico da exposição dos seus motivos e condição de possibilidade de aplicação do inciso em comento.

Novamente, lançando luz sobre essa questão, Tiago e Pinto Alberto e Sabrina Pinto Alberto¹¹⁸:

¹¹⁷ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Fundamentação – Existirá o céu dos conceitos? In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 243/244.

¹¹⁸ **Ibidem**, p. 244

O que as partes, por seus advogados, ultimam por fazer ao ofertar formas de compreensão da expressão é que o juiz adote a que entender mais adequada, de acordo com as suas convicções, que deverão ser externadas objetiva e racionalmente nos autos; mas não que, à moda de um dispositivo legal, o juiz esteja vinculado a uma das formas de visualização da expressão debatidas no processo. O que importa, para fins de atendimento ao contido no inciso II do §1º do artigo 489 do CPC, é que o Julgador, ao traduzir o conceito jurídico indeterminado de acordo com a leitura e evidenciar o ponto de contato entre a expressão e a casuística conflituosa, empreenda a descarga argumentativa que é necessária para que a utilização da expressão não se resuma em um ato de autoridade, sendo, por isso, malsinada por enodada falácia.

É imprescindível também ressaltar que, embora o dispositivo determine que “não se considerará fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, não há necessidade de que o magistrado discorra longamente sobre a definição abstrata de determinado conceito.

Embora, como exposto alhures, o juiz deva demonstrar qual seu entendimento a respeito de determinado conceito, não se exige um exaurimento teórico do tema, academicamente falando.

Isso porque, sem dúvida, agindo assim, o juiz se verá enredado em minúcias doutrinárias que, por vezes, são irrelevantes para a solução da causa. O magistrado não deve ater-se a abstrações porque sua argumentação no âmbito da decisão será no sentido fazer o “link” entre a realidade fática do caso e o conceito jurídico indeterminado que se invoca para decidir.

Ele irá optar por uma linha interpretativa, caso haja divergência, obviamente e, sobre ela, irá construir sua argumentação justificante.

Uma fundamentação calcada totalmente em abstrações seria uma irracionalidade, remontando à já ultrapassada escola da jurisprudência dos conceitos.

Rudolf Von Ihering¹¹⁹ escreveu interessante história de fantasia, segundo a qual, depois de morto, determinado jurista fora conduzido, em espírito, ao “céu dos conceitos jurídicos”, onde haveria a solução de todos os problemas jurídicos pela aplicação dos conceitos em sua forma pura.

¹¹⁹ IHERING, Rudolf Von. **Jurisprudencia en broma y en serio**. Traducción de Román Rianza. Madrid: Editora Reus S.A., 2015, p. 279/281.

Psicóforo, personagem que guia o falecido jurista ao seu destino espiritual, explica que os “juristas práticos”, por sua vez, iriam para um outro um plano, obscuro e muito parecido com a terra; de modo que jamais poderiam adentrar o céu dos conceitos jurídicos.

Isso se deve ao fato de que, segundo Psicóforo, os conceitos habitariam um plano rarefeito e exclusivo, totalmente independente de qualquer contato com a vida. Segundo ele, “*los conceptos nada tienen que ver con la vida*”.

Na esteira do que se apercebeu Ihering, é possível dizer que laborar, na feitura das decisões, exclusivamente em conceitos desconexos da realidade da causa se mostrará improdutivo e irracional. É justamente esse tipo de comportamento que deve ser evitado pelo magistrado.

Nas palavras de Tiago Alberto e Sabrina Alberto¹²⁰:

Não há de se permitir, com a exigência legal operando no âmbito da validade das decisões, que a descrição dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua correlação com o caso concreto se tornem uma espécie de prova – ou provação – para adentrar ao céu dos conceitos jurídicos. Isto é, com a novel regra processual, tão errôneo quanto deixar de mencionar o liame concreto, fático ou jurídico, que o juiz reputa existente entre o conceito jurídico indeterminado empregado e o caso conflituoso, será também imiscuir-se na seara da árdua mineração dos conceitos em si, perscrutando seus detalhes, formas, emprego, vícios, benefícios etc., e, com isso, relegando ao desdém ou a segundo plano a solução da testilha.

Outro ponto a ser destacado, ainda, é que, muito embora o texto legal se refira a “conceitos jurídicos”, evidentemente sobre o magistrado recai o mesmo ônus argumentativo se invocar conceitos alheios à Ciência Jurídica, como conceitos econômicos ou da medicina. A decisão ficará maculada de incerteza ou obscuridade caso o magistrado não justifique a incidência desses conceitos, ainda que situados fora do âmbito jurídico.

É possível dizer, em suma, que, presente a indeterminação de um conceito, seja ele jurídico ou não, incidirá o inciso II do §1º do artigo 489 do NCP e o dever de esmiuçá-lo.

¹²⁰ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Fundamentação – Existirá o céu dos conceitos? In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 235.

A doutrina¹²¹ traz algumas balizas interessantes, que certamente auxiliarão o magistrado na feitura das decisões que envolverem conceitos jurídicos (e não jurídicos) indeterminados:

- a) Identificar se está diante de conceito e qual sua significação;
- b) Identificar se se trata de um conceito jurídico, ou se demanda aporte teórico de outra área do conhecimento;
- c) Identificar se se trata de um conceito jurídico indeterminado, ou, ainda que determinado, de definição controvertida;
- d) Identificar qual a sua leitura do conceito jurídico indeterminado; ou determinado, porém controvertido;
- e) Identificar o ponto de contato entre o conceito e o caso concreto. Uma vez que tenha estabelecido estas identificações, o juiz deverá:
 - i) Aplicar o conceito, definindo-o sob sua óptica e apoio doutrinário;
 - ii) Definir o conceito jurídico e trazer aporte teórico oriundo do direito, ou de outra área do conhecimento;
 - iii) Definir juridicamente o conceito jurídico indeterminado sob sua visão, ou explicitar a sua compreensão acerca do conceito que, embora determinado, revele controvérsias;
 - iv) Estabelecer o ponto de contato fático entre o aporte teórico e sua leitura e o caso concreto.

Este *iter* a ser percorrido pelo magistrado irá possibilitar um controle quase absoluto de suas razões ao decidir, conferindo alto grau de objetividade à decisão judicial.

Há também que se destacar importante observação: não é todo e qualquer conceito jurídico indeterminado invocado na decisão que ocasionará a necessidade de o juiz proceder conforme manda o dispositivo em comento.

Somente produz esse efeito a aplicação de conceito que se relacione com a *ratio decidendi*, ou seja, aquele que componha o cerne da linha argumentativa adotada pelo magistrado.

Dessa forma, a invocação de termos jurídicos vagos a fim de resolver questões preliminares, nas decisões, não impõe ao magistrado a necessidade de grande esforço argumentativo. Exigir que agisse de outra forma seria desarrazoado e colocaria em risco a efetividade do processo.

Assim, uma argumentação “mais superficial” será suficiente se se encontrar em capítulo da decisão (ou sentença, por exemplo) que trate das premissas.

¹²¹ **Ibidem**, p. 248/249.

O atual estágio de desenvolvimento da Ciência Jurídica impõe a necessidade de harmonizar princípios, de modo que se sustenta uma mitigação desse dispositivo processual em determinados trechos da decisão.

Em suma, sobre todo conceito que não estiver umbilicalmente ligado ao mérito da causa e as razões fundantes da decisão não incidirá o rigor da norma em análise.

Não é outra a opinião de Tiago Alberto e Sabrina Alberto¹²²:

Adentrando-se ao inciso II do §1º, compreende-se que a alusão a “empregar” conceitos jurídicos indeterminados açambarca não apenas o seu “emprego” como elemento jurídico principal para a resolução do conflito, senão também sua menção ou alusão de qualquer modo, desde que essencial para a decisão. **Se a utilização do conceito jurídico indeterminado vier a título somente de *obiter dictum*, já suficientemente delineado o quadrante jurídico por força do emprego de outras linhas argumentativas (seja a alusão à lei, precedentes etc), não haverá violação ao contido no §1º, inciso II do artigo 489 acaso o juiz deixe de estabelecer o ponto de contato do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto.** Conclui-se, dessa maneira, que para consubstanciar violação ao dispositivo e, por consequência, invalidar a decisão (ou ao menos determinada parte), ter-se-á que utilizar do conceito jurídico indeterminado sem a descarga argumentativa que, por exemplo, os textos legais em que essas expressões não se verificarem já proporciona. (grifou-se)

Se o “emprego” estiver inserido na decisão, todavia, como *ratio decidendi*, elemento de derrotabilidade de outra norma, ou, de qualquer maneira vier a ser considerado como essencial para a resolução do caso e o juiz deixar de delimitá-lo e externar o ponto de contato com a concretude ofertada, não haverá outra solução senão a invalidação ao menos desta parte do *decisum*.

Certamente, a jurisprudência e a doutrina irão debruçar-se muitas vezes sobre essas questões, de modo que o tempo se encarregará de mostrar os desdobramentos da aplicação do dispositivo. O que se pode afirmar, com certeza, é que este trará grandes benefícios à Justiça brasileira.

4.3.4 A fundamentação genérica

Determina o inciso III do referido parágrafo que não se considerará fundamentada a decisão que:

¹²² *Ibidem*, p. 243.

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

Quando se fala em decisões genéricas, é impossível não suscitar, novamente, a questão da litigiosidade em massa que ameaça inviabilizar a prestação jurisdicional no Brasil a médio e a longo prazo, conforme dito nos itens e capítulos anteriores.

A redemocratização do Brasil com a Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo normativo é extensíssimo, bem como as subsequentes reformas constitucionais a fim de dar maior abertura do Judiciário aos cidadãos trouxeram para dentro dos Tribunais uma realidade inesperada por parte dos magistrados.

A natureza social-democrática (na concepção política da palavra) da Constituição somada ao princípio da inafastabilidade jurisdicional criou uma cultura de litígio no Brasil, de modo que questões cotidianas das mais corriqueiras são, hoje, motivo de movimentação da máquina judiciária. É o que Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso denominaram “explosão de litigiosidade”¹²³.

Concomitantemente a este fenômeno, observou-se uma crescente exigência ao Judiciário por uma prestação jurisdicional de qualidade, o que inclui o respeito pela duração razoável do processo e pelo princípio da celeridade processual. Não que seja reprovável a conduta (democrática) de exigir uma prestação jurisdicional célere e em conformidade com a Constituição, mas o que se verificou, na verdade, foi uma inabilidade administrativa dos órgãos judiciários em lidar com essa nova realidade.

Por um lado – e, até o presente momento, isso ainda se verifica – há uma resistência por parte da própria classe em relação ao aumento do número de juízes a fim de atender ao volume excessivo de serviço. Parece que há um desejo (velado) em manter certo caráter “exclusivista” em relação ao exercício da função, limitando o número de pessoas que usam a toga no país. Evidentemente que há, da mesma forma, empecilhos orçamentários e outras naturezas, que aqui não vêm a calhar.

¹²³ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. n. 65, nov. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – CES, 1995.

Por outro lado – já que era necessário dar vazão a todo imenso volume processual represado nos tribunais – optou-se por criar atalhos, dentro da sistemática processual, para extinção dos feitos (com ou sem resolução do mérito).

A qualidade da prestação jurisdicional passou a medir-se por dados estatísticos, resultado obtido entre o número de processos ajuizados e número de processos extintos anualmente pelos tribunais, e não pelo conteúdo do provimento e sua qualidade.

Não tardaram, da mesma forma, as posturas jurisprudenciais defensivas dos tribunais superiores, a fim de não conhecer dos recursos interpostos, de modo que tanto o acesso à Justiça quanto a qualidade da prestação jurisdicional ficaram comprometidas.

O jurisdicionado que, além de ter que lidar com os efeitos nocivos da morosidade exacerbada do processo em primeiro grau, muitas vezes via as portas dos tribunais superiores fecharem-se diante de si devido a um excesso de formalismo que visa, unicamente, diminuir o número de processos.

Somam-se a isso as metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça para redução do número de processos, que fomentam esse comportamento pragmaticista. Não que o estabelecimento de metas e objetivos a fim de melhorar a administração da Justiça seja algo pernicioso. Muito pelo contrário. O problema reside é no estabelecimento destes objetivos desacompanhados de medidas que visem assegurar ou melhorar a prestação jurisdicional, tanto quantitativa quanto qualitativamente.

Nesse sentido, com as chamadas “ações de massa” e o sucateamento da prestação jurisdicional, os juízes, a fim de eliminar serviço, passaram a “decidir em massa”, ou seja, lançaram mão do uso das “decisões-modelo”, pré-fabricadas, cuja fundamentação é a mesma (idêntica) aplicada a centenas de casos diferentes. Obviamente, para que possam ser aplicadas indiscriminadamente a inúmeros casos, tais decisões são caracterizadas por certa imprecisão e generalidade.

Novamente, Boaventura, Maria Marques e João Pedroso¹²⁴ captaram com precisão esse problema:

¹²⁴ **Ibidem**, p. 21.

O aumento da litigação agravou a tendência para avaliação do desempenho dos tribunais em termos de produtividade quantitativa. Esta tendência fez com que a massificação da litigação desse origem a uma judicialização rotinizada com os juízes a evitar sistematicamente os processos e os domínios jurídicos que obrigassem a estudos ou a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.

É justamente nesse ponto que exsurge a questão da generalidade das decisões, como bem observou Carolina Fontes Vieira¹²⁵:

É justamente neste quadro que se entende que não se pode ignorar que a fundamentação das decisões judiciais não pode se resumir a mera indicação genérica de motivos – cambiantes para toda e qualquer decisão, a priori, análogas. Entretanto, não é possível desconhecer também que a fundamentação e, conseqüentemente, a indicação dos motivos que a embasam, deverá ser exposta de forma diferente para cada decisão em respeito aos diferentes graus de complexidade que a cada causa encontra-se submetida.

Interessante notar a expressão “grau de complexidade”, trazida pela autora. Isso porque cada processo demandará um esforço argumentativo diverso dos demais.

Nem sobre todos os processos incidirão as mesmas divergências jurisprudenciais e doutrinárias, de modo que o magistrado se desincumbe de sua função com uma fundamentação mais “objetiva”, respeitando, evidentemente, os demais incisos do §1º do artigo 489.

É possível encontrar, assim, ações cujo objeto é simples, mas que a decisão (sentença, por exemplo) a ela correspondente é extremamente prolixa e tautológica. Quando se utiliza dos “modelos de sentença”, por exemplo, o juiz corre o risco de que a sentença não guarde relação de complexidade com a causa.

Como diz o brocardo: “cada caso é um caso”; o que significa que é impossível dizer com absoluta precisão e de antemão como deverá proceder o juiz, nas decisões, para solucionar determinada causa. O que se pode adiantar é que será necessário, antes, verificar as peculiaridades do caso, a produção probatória e, claro, o grau de complexidade do tema debatido.

A Professora Teresa Wambier¹²⁶ faz uma colocação interessante em relação à determinação da complexidade da causa, defendendo a ideia de que as

¹²⁵ VIEIRA, Carolina Fontes. Limites ao Arbítrio Judicial: A Nulidade das Decisões Genéricas. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 269.

partes devem colaborar com o juízo no sentido de delimitar as teses jurídicas que deverão ser enfrentadas pelo juiz na decisão:

É oportuno que se observe, entretanto, que nem todas as decisões deverão ser fundamentadas assim, já que é extremamente variável o grau de complexidade das situações conflituosas que o Poder Judiciário deve devolver. **Cabe, portanto, às partes, demonstrar ao magistrado que se está, em determinado caso, por exemplo, em face da situação sobre a qual já há jurisprudência conflitante, que o caso é complexo e que há mais de um caminho para resolvê-lo (um, correto e os outros, que devem ser afastados...) etc.** e que, portanto, a decisão deve ser proferida nos moldes dos parâmetros de qualidade exigidos pelo art. 499, indicando-se os incisos pertinentes. **As partes devem, portanto, cooperar para que o juiz profira a decisão desejável para o caso, para o bem delas próprias, para o prestígio do próprio Judiciário.** (grifou-se)

É pertinente a iniciativa da Professora, já que todos os sujeitos processuais devem velar pela dignidade da Justiça e agir com boa-fé no curso do processo. Não se trata de um dever exclusivo do magistrado, mas é algo que se impõe, também, às partes e seus causídicos, ao Ministério Público e aos serventuários do Poder Judiciário.

Não fosse assim, não diria o artigo 6º da nova Lei Processual Civil Brasileira que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Nesse sentido, as partes podem muito bem provocar o juiz, no decorrer do processo, em relação às peculiaridades do caso e requerer que se faça uma análise mais detida e aprofundada dos argumentos trazidos.

Supondo-se que, mesmo agindo a parte diligentemente, o juiz ainda profere decisão notoriamente genérica, em contrariedade ao Código de Processo Civil, ainda será possível à parte prejudicada opor embargos declaratórios, por exemplo. Claro que a decisão será atacável por outros meios recursais, mas o que se quer ressaltar é que é possível uma postura proativa das partes no processo objetivando a consecução de decisões devidamente fundamentadas.

No que se refere às decisões genéricas, há, ainda, um problema que se mostra o mais grave: a utilização de decisões genéricas assim descrita cria uma

¹²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentação da decisão judicial no novo CPC brasileiro. **Informativo Ideias & Opiniões**. Ano X, n.21, out., 2014, p. 02.

crise de legitimidade das decisões, de modo que o jurisdicionado percebe que as particularidades do seu caso não foram levadas em conta pelo magistrado.

A decisão deixa de satisfazer a razão pública, tornando-se vazia de sentido e juridicamente irrelevante. Como dito nos capítulos anteriores, o Estado brasileiro é fundado em bases democráticas, de modo que se o exercício do Poder Público se torna democraticamente ilegítimo, ele deve ser repudiado.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, na sessão do Conselho Nacional de Justiça realizada no dia 12 de dezembro de 2014¹²⁷, afirmou:

Será que o que o Brasil quer é juiz carimbador, que vai cumprir metas? Como magistrada e cidadã não aceito isso. Como vou ler o processo, o memorial, com a celeridade que se deseja? Fixar metas não é aprisionar o juiz, porque o juiz prisioneiro não prestará o serviço que a parte demanda nem que a sociedade merece. Temos que julgar para que o cidadão, a cidadã, a dona Maria, lá do morro, saiba que eu li o processo dela.

Assim, movido por esse espírito, o novo Código trouxe o inciso III, a fim de disciplinar a chamada “decisão genérica”, procurando extirpá-la do cotidiano forense ou, ao menos, minorar seus efeitos.

A lição, agora positivada, é do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, para quem fundamentação genérica é aquela que, por ser aplicável a toda e qualquer decisão, não serve a nenhuma.

É reconfortante, por outro lado, verificar que diversos Tribunais do país e a Suprema Corte rechaçam a aplicação das decisões genéricas em sua jurisprudência.

Vem a calhar a transcrição dos seguintes julgados, que são extremamente pertinentes para a compreensão do tema:

Ementa: ACIDENTÁRIA - SENTENÇA COM FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E COM DOIS DISPOSITIVOS DIVERSOS - NULIDADE. **"Tendo a sentença fundamento genérico sem apreciação segura da prova dos autos e contendo dois dispositivos diversos e incompatíveis, impõe-se a sua anulação para que nova seja prolatada com inteira e adequada apreciação da controvérsia"**. (grifou-se)
(TJ-SP - APL: 00029810920098260512 SP 0002981-09.2009.8.26.0512, Relator: Luiz De Lorenzi, Data de Julgamento: 25/03/2014, 16ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/04/2014)

¹²⁷ MIDIA NEWS. **Está na hora de acabar com a hipocrisia e o cinismo**. Disponível em: <<http://midianews.com.br/conteudo.php?sid=24&cid=219042>>. Acesso em: 30/10/2015.

Ementa: CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE DO PEDIDO. CONTRATO NOS AUTOS. DECISÃO COM FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. NULIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA APRECIÁVEL EX OFFICIO. AUTOS QUE DEVEM RETORNAR À ORIGEM PARA ADEQUAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - nas ações revisionais de contrato, a apreciação das cláusulas referentes às questões nas quais supostamente residem as irregularidades apontadas pelo autor da demanda é imprescindível para o julgamento de mérito da causa; - presente nos autos o contrato cujas cláusulas estão sendo questionadas, **descabida a prolação de sentença sem descer ao conteúdo do documento onde se encontram as questões controvertidas**; - embora os títulos das questões reclamadas nas ações revisionais de contratos de alienação fiduciária sejam, via de regra, idênticos, não é possível julgar os pedidos desse tipo de demanda de forma abstrata, pois a natureza da pretensão reclama o estudo a respeito do conteúdo do contrato, para que assim seja possível verificar a adequação do caso aos precedentes. **Logo, tendo a sentença sido fundamentada de forma genérica, pois pautada apenas em pressuposições abstratas, resta violado o devido processo legal, afigurando-se imperiosa sua anulação, questão de ordem pública que pode ser declarada de ofício**; - sentença anulada. Prejudicado o exame das razões do recurso. (grifou-se)
(TJ-AM - APL: 06044084320138040001 AM 0604408-43.2013.8.04.0001, Relator: Paulo Cesar Caminha e Lima, Data de Julgamento: 02/03/2015, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 03/03/2015)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO - PEDIDO LIMINAR DE EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTOS - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - DECISÃO NULA - DECISÃO CASSADA. - **Os litigantes têm o direito de conhecer precisamente as razões de fato e de direito que determinaram o sucesso ou insucesso de suas posições, não podendo ser desprovidas de fundamentação as decisões proferidas pelo Juízo, sob pena de nulidade.** Assim, tratando-se de decisão omissa quanto à fundamentação, deve ser a mesma cassada, para que outra seja proferida com observância aos preceitos legais, declinando-se as razões do julgamento. (grifou-se)
(TJ-MG - AI: 10702130272645001 MG , Relator: Valdez Leite Machado, Data de Julgamento: 27/02/2014, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/03/2014)

Embora decidindo a questão na seara penal, o Supremo Tribunal Federal já cassou decisão por fundamentação genérica. Confira-se:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE ACUSADO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE PRISÃO FUNDADA EM ARGUMENTOS GENÉRICOS. ORDEM CONCEDIDA. I - A prisão, antes da condenação definitiva, pode ser decretada segundo o prudente arbítrio do magistrado, quando evidenciada a materialidade delitiva e desde que presentes indícios suficientes de autoria. Mas ela deve guardar relação direta com fatos concretos que a justifiquem, sob pena de mostrar-se ilegal. II - **No caso sob exame, o decreto prisional está lastreado, tão somente, em suposições e fundamentos genéricos que serviriam para qualquer acusado em qualquer processo por tráfico de drogas. Tanto que a decisão é a mesma para os dois corréus, no entanto, a corré**

encontra-se respondendo ao processo em liberdade. III - Não havendo mais qualquer constrangimento legal ao direito de locomoção do paciente, fica superado o alegado excesso de prazo para a formação da culpa, restando o writ prejudicado nesta parte. IV - Ordem concedida para revogar a prisão preventiva decretada contra o paciente, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso. (STF - HC: 108518 SP , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-182 DIVULG 21-09-2011 PUBLIC 22-09-2011)

Neste último julgado, fica evidente que esse entendimento já está sedimentado na jurisprudência da Corte Suprema. Isso significa que, caso os juízes de instâncias inferiores não observem tais diretrizes, estarão agindo de forma irracional, contrariando a Constituição e o novo Código e colaborando com a cultura de litígio e com o aumento do número de recursos.

A prolação de decisões eivadas de generalidade em sua fundamentação está intimamente relacionada com a aplicação incorreta de princípios jurídicos.

De fato, conforme dito no início deste trabalho, a aplicação dos princípios tornou-se dogmaticamente confusa, na medida em que o senso comum dos juristas absorveu a ideia de que princípios servem para solucionar qualquer problema, bastando ser invocados para tanto.

A natureza normativa dos princípios – seu alto grau de abstração e indeterminabilidade, conforme lição de Humberto Ávila em capítulo anterior – lhes dão esse “caráter genérico”, de modo que é extremamente comum em decisões de que trata o inciso analisado encontrar forte apelo a princípios.

O exemplo clássico é o princípio da dignidade da pessoa humana. Fácil notar que praticamente qualquer conduta civilmente ilícita pode ser considerada um atentado a este princípio. Dessa forma, o magistrado pode, por exemplo, basear todas as decisões das ações indenizatórias que tramitam na Vara onde atua neste princípio, inclusive com fundamentação idêntica.

A má compreensão e aplicação da teoria dos princípios gera distorções de toda natureza. Talvez essa proliferação de decisões genéricas deva ser a mais grave delas. Repise-se que não se trata de banir os princípios das decisões judiciais, mas de aplica-los somente em situações que autorizam seu uso, devendo, ainda, haver minucioso esclarecimento a respeito de sua incidência no caso concreto.

Vieira¹²⁸ pondera:

Em outras palavras, alastrou-se a utilização dos princípios como verdadeiras “desculpas jurídicas” para se decidir desta ou daquela forma, não permitindo, assim, ao cidadão, ou mesmo às partes envolvidas em determinado litígio, realizar o devido controle – endo e extraprocessual – da decisão.

(...)

Em uma análise jurisprudencial das decisões emanadas pelos tribunais brasileiros **é fácil constatar que a utilização dos princípios “como motivos genéricos aplicáveis a qualquer outra decisão” vem ser vindo de subterfúgio para a deficiência na fundamentação – quase sempre acompanhada do pretexto que o volume de demandas a serem solucionadas é muito grande em relação ao tempo destinado a cada uma das ações.** Isto é, dispõe-se de determinada decisão com fundamento no princípio “a”, “b” ou “c” e, assim, supostamente, alega-se que a decisão se encontra devidamente fundamentada. (grifou-se)

O juiz deverá mover-se dentro dos limites semânticos inerentes ao princípio invocado para solucionar a *questio iuris*. Isso significa uma impossibilidade de ir além do sentido jurídico conferido à esta espécie normativa.

A aplicação dos princípios na solução de conflitos não pode ser a tal ponto irresponsável e desprovida de (correto) método que faça gerar decisões que não decidem como quer a Constituição, ou seja, que contenham em seu bojo uma fundamentação nula e pífia.

Não parece razoável afirmar, contudo, que a norma esteja censurando o uso de “decisões-padrão” pelos juízes. O problema reside no fato de que tal prática pode facilmente enveredar para o uso massificado de decisões genéricas.

O ideal é que o magistrado, em cada pronunciamento, adeque as razões da fundamentação às peculiaridades do caso concreto, mesmo que se utilize a estrutura de decisões anteriormente prolatadas.

Assim, por exemplo, um magistrado que atue na Vara da Fazenda Pública não pode deferir todos os pedidos de desconsideração da personalidade jurídica da executada, nas diversas execuções fiscais, com idênticos fundamentos em todas as decisões interlocutórias. Há que se especificar, caso a caso, a ocorrência das hipóteses legais que autorizam o redirecionamento.

¹²⁸ VIEIRA, Carolina Fontes. Limites ao Arbítrio Judicial: A Nulidade das Decisões Genéricas. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 274/275.

A generalidade da decisão judicial sacrifica sua própria natureza e elemento intrínseco: a feitura de uma norma concreta e específica a partir da aplicação e interpretação da lei para determinado caso.

Isso porque abstração e generalidade são características precípuas dos atos normativos emanados pelo Poder Legislativo. Ao Judiciário cabe fazer descer a norma à realidade dos fatos, aplicando seus efeitos depois de justificar sua incidência ao caso.

Evidentemente, uma decisão genérica não pode, em hipótese alguma, ser considerada como fundamentada, tendo em vista que não atende à razão pública e está em desacordo com a Constituição Federal.

Novamente, Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, em comentário ao respectivo inciso¹²⁹:

Se a fundamentação é redigida de tal maneira que se presta para justificar qualquer decisão, então se considera que inexistente fundamentação. É que a fundamentação constitui, antes de qualquer coisa, a resposta judicial à argumentação formulada pelas partes em torno das razões existentes para julgar nesse ou naquele sentido determinado caso concreto. **Se a decisão se presta para justificar qualquer decisão, é porque normalmente não se atém aos fatos concretos que singularizam a causa que a fundamentação tem justamente por endereço resolver. Vale dizer: não serve para solucionar o caso concreto para o qual a sentença se encontra pré-ordenada.** Por essa razão, não se considera fundamentada a decisão, por absoluto deslocamento do caso, a sentença que invoca motivos que servem para justificar qualquer outra decisão. (grifou-se)

Certamente, este dispositivo da lei processual irá corroborar para a oxigenação da jurisprudência e possibilitará um controle mais rígido das motivações do julgador, atenuando os efeitos nocivos da discricionariedade, tanto combatida pelos advogados.

A seguir, analisar-se-ão algumas peculiaridades do dispositivo, esclarecendo-se questões pertinentes ao tema.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 493.

4.3.4.1 Decisões concisas e decisões genéricas: uma diferenciação

Outro ponto a ser sublinhado se refere à necessidade de diferenciar decisões concisas, de fundamentação menos prolixa e mais objetiva de decisões genéricas.

É importante distinguir decisão fundamentada genericamente de decisão concisa, sendo que esta última poderá o ser (concisa) e ainda assim gozar de constitucionalidade no que tange à sua fundamentação.

Logicamente, um processo judicial de baixa complexidade demandará uma atividade cognitiva mais breve por parte do magistrado e, conseqüentemente, uma sentença com fundamentação igualmente mais simples.

Isso não significa superficialidade, tampouco desleixo do magistrado na apreciação das provas. Já foi dito que a conformidade das decisões judiciais, no que tange à sua fundamentação, com a Constituição e as regras do novo Código se mede qualitativamente, não quantitativamente.

A singularidade e as particularidades de cada caso serão os critérios orientadores de análise da constitucionalidade das decisões contidas no processo, de modo que se mostra quase impossível tentar estabelecer um critério rígido de averiguação. É possível, quando muito, lançar balizas a fim de orientar a análise. É o que faz o novo Código de Processo Civil.

Carolina fontes Vieira, Juíza de Direito da Primeira Seção Judiciária da Região Metropolitana de Curitiba/PR, leciona¹³⁰:

Neste sentido, **uma fundamentação “concisa e breve” não significa uma afronta ao dispositivo constitucional**, ou, quiçá, que os motivos poderiam ser usados em qualquer outra decisão, apenas que, o caso concreto, permite ao magistrado a indicação sucinta das razões – fáticas e jurídicas – que o levaram a determinada conclusão.

O legislador permite ao juiz decidir de forma concisa, de maneira a evitar desnecessário palavrório, uma das causas da disfunção da justiça. A efetividade do julgamento impõe ao julgador a determinação de providências que assegurem o resultado prático da pretensão procedente. (grifou-se)

¹³⁰ VIEIRA, Carolina Fontes. Limites ao Arbítrio Judicial: A Nulidade das Decisões Genéricas. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 272.

O Superior Tribunal de Justiça, guardião do ordenamento jurídico infraconstitucional, comunga desse mesmo entendimento, conforme se extrai do seguinte julgado:

Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, AINDA QUE CONCISA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. PROVIMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. ART. 542, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO ESPECIAL PROCESSADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI N.º 9.756/98, ESGOTADA A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. I - E desnecessária a reiteração de pedido de apreciação de recurso especial, cujo destrancamento havia sido requerido em agravo de instrumento processado antes do advento da Lei n.º 9.756/98 (*tempus regit actum*), inexistindo afronta ao art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. II - **A fundamentação das decisões judiciais - veiculando conteúdo decisório, sejam sentenças ou interlocutória - decorre do art. 165 do Código de Processo Civil, não se confundindo decisão concisa e breve com a decisão destituída de fundamentação, ao tempo em que deixa de apreciar ponto de alta indagação e lastreado em prova documental.** III - Esse pressuposto de validade da decisão judicial - adequada fundamentação - tem sede legal e na consciência da coletividade, porque deve ser motivada toda a atuação estatal que impinja a aceitação de tese contrária à convicção daquele que está submetido ao poder de império da Administração Pública, do Estado. Também, por isso, seu berço constitucional está no art. 93, inciso IX, o qual não distingue o tipo de provimento decisório. IV - Agravo a que se nega provimento. (grifou-se) (STJ - AgRg no REsp: 251049 SP 2000/0023878-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/06/2000, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.08.2000 p. 246 RDR vol. 18 p. 277)

De fato, este entendimento jurisprudencial permanece, como se extrai do enunciado de nº 10¹³¹ aprovado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, em Seminário sobre o NCPC, *in verbis*:

10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.

Na prática, o julgador se verá diante da necessidade de fazer um juízo de complexidade da causa, a fim de determinar se se o caso exigirá maior esforço argumentativo ou se comportará uma fundamentação mais concisa e objetiva,

¹³¹ ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015.

harmonizando, neste exercício, o dever de fundamentação com a duração razoável do processo – duas exigências constitucionais e totalmente conciliáveis entre si.

4.3.4.2 Decisões genéricas e a necessidade de uniformização da jurisprudência

Indispensável fazer uma ressalva no que toca ao dispositivo analisado: há que se harmonizar a redação do artigo 926 do novo Código com a proibição de prolação de decisões genéricas.

Em verdade, não há qualquer incompatibilidade entre os dispositivos.

O artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Isso mostra a incorporação, no direito brasileiro, de alguns institutos afeitos à *commom law*, como o regime de observância de precedentes, que se verá logo mais neste trabalho.

É totalmente admissível dizer que essa imposição de uniformização não se restringe à atividade dos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores. Certamente, alcança também os juízes de primeira instância, vinculando a “jurisprudência de gabinete”.

Uniformização, estabilidade e coerência de jurisprudência pressupõem razões de decidir senão idênticas, muito semelhantes em processos com a mesma causa de pedir. Não deve haver decisões antagônicas para casos quase que absolutamente idênticos, o que denota intensa atividade discricionária por parte do julgador.

Poder-se-ia objetar, nessa linha, que a imposição de uniformização levaria a necessidade de aplicação de decisões genéricas. Trata-se de argumento falacioso.

A adoção de determinada linha interpretativa não impede que o magistrado venha a aplicá-la todas as vezes em que se deparar com situações semelhantes, desde que exponha a relação existente entre a sua interpretação e o caso. Irracional seria agir de forma contrária: uma solução diferente para cada caso semelhante.

A uniformização da jurisprudência, inclusive da adotada pelos juízes de primeira instância, aliada à proibição de generalidade no *decisum* farão crescer exponencialmente a qualidade da prestação jurisdicional.

Desde que o juiz fundamente suas decisões nos moldes do artigo 489, §1º, justificando adequadamente suas razões para aquele caso específico, não há qualquer empecilho para que lance mão da mesma *ratio decidendi* em casos semelhantes. Muito pelo contrário: a coerência e uniformização serão o caminho natural que trilhará o magistrado a partir do momento em que abandonar a discricionariedade e se debruçar sobre cada processo e suas particularidades.

Carolina Fontes Vieira¹³² partilha da mesma opinião:

Consigna-se que não se está a afirmar (ou defender a ideia de) que o magistrado pode simplesmente subsumir fatos à norma, mas se está a reforçar que cada decisão – diante da sua singularidade – irá exigir um grau de fundamentação diferente.

É justamente neste ponto que se retoma a discussão de que é diferente utilizar do mesmo motivo para situações fáticas absolutamente semelhantes e com fundamentos jurídicos análogos e, salvo melhor juízo, não se vislumbra nenhum equívoco ou afronta ao dispositivo acima indicado.

Uniformizar a jurisprudência significa, ainda, aplicar o princípio constitucional da igualdade, insculpida no artigo 5º da Carta da República, segundo o qual “todos são iguais perante a lei”. Se assim o é, casos semelhantes devem receber tratamento semelhante.

Maccormick¹³³ estabelece, tratando sobre tema, um princípio universalizante:

(...) O autor (A) está consequentemente dizendo: já que, de acordo com o Direito, sempre que uma pessoa *p* se engaja na atividade *a* nas circunstâncias *c*, o julgamento *j* deve ser proferido contra tal pessoa, e que R (o réu) se engajou na atividade *a* e que tal atividade se realizou nas circunstâncias *c*, portanto, o julgamento *j* deve ser proferido contra R (e, assim, de acordo com o Direito, R deveria fazer ou receber aquilo que for exigido para satisfazer o julgamento *j*. Tal argumento é o único meio claro e seguro de mostrar por que uma reivindicação de A contra R deve ser deferida e implementada como uma reivindicação jurídica (...). A exigência de justiça formal, de tratar igualmente os casos iguais, tem tanto uma aplicação prospectiva quanto retrospectiva. É por isso que uma decisão judicial justificável precisa estar fundada numa regra de Direito que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem* (...).

¹³² **Ibidem**, p. 271.

¹³³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 196/197.

Prestigiar o princípio constitucional da igualdade através da democratização das decisões judiciais é uma necessidade urgente na realidade forense.

Como dito, isso irá gerar segurança jurídica sólida nas relações sociais, fortalecendo a democracia brasileira. Nas palavras de Marcelo Lamy¹³⁴:

A legitimidade democrática de toda e qualquer decisão judicial atrela-se à possibilidade de generalização das conclusões de um processo a todo e qualquer caso semelhante (uma das dimensões substanciais da democracia: a igualdade).

Poder-se-ia dizer que a justificação será legítima (do ponto de vista da democracia substancial) somente quando aponte a possibilidade de generalização para casos semelhantes. Por isso, torna-se relevante indicar na motivação da decisão quais as circunstâncias relevantes e quais as contingentes para a solução do caso, pois serão essas que permitirão a ampliação da lógica decisória para os casos semelhantes, exigência de igualdade do tratamento do jurisdicionado.

Percebe-se que o combate às decisões genéricas apenas fortalecerá o Estado Democrático de Direito, no sentido que possibilitará, certamente, a uniformização da jurisprudência, sem que esta perca sua dinamicidade, prestigiando o princípio da segurança jurídica e conferindo incontestável legitimidade à atividade jurisdicional.

4.3.5 O dever de apreciar todos os argumentos aduzidos no processo

Outro grave problema que assola o cotidiano dos tribunais é o fato de que, quase na totalidade dos processos, os juízes não se debruçam sobre todas as questões trazidas pelas partes, principalmente por aquela que foi vencida.

Geralmente, o magistrado se atém aos fundamentos trazidos pela parte vencedora, expondo na fundamentação aquilo que mais lhe convenceu, de modo que a parte vencida desconhece as razões pelas quais seus argumentos não foram acolhidos.

¹³⁴ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 332.

Por isso, o novo Código diz que não será considerada fundamentada a decisão que:

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

Ora, a justificação das decisões se presta muito mais a satisfazer a razão pública e convencer aquele que viu sua pretensão ser desacolhida que a expor as motivações do juiz que estão alinhadas com a tese da parte vencedora.

O Estado de Direito pressupõe a racionalidade como método de satisfação da razão pública, de modo que não pode considerar-se constitucional a decisão que não enfrente todas as questões aduzidas no processo.

De fato, essa disposição da nova lei processual emana do princípio constitucional do contraditório, cujo conteúdo abrange o direito de influenciar diretamente na formação do convencimento do magistrado. Isso significa que a parte vencida tem o direito de saber porque suas teses suscitadas não foram suficientemente fortes para infirmar a convicção do magistrado.

Ora, que adiantaria prever a Constituição da República o princípio do contraditório e da ampla defesa como cláusulas pétreas se ao juiz é dado, na decisão, a possibilidade de simplesmente esquivar-se das argumentações da parte? Sem dúvida, esta prática perniciosa é uma forma indireta de mitigar – senão de aniquilar – as garantias processuais constitucionais.

É sabido que a jurisprudência dos Tribunais admite o não enfrentamento de todas as questões, sob diversas justificativas. As mais comuns delas são a celeridade processual e a efetividade do processo, havendo também jurisprudência no sentido de que o não enfrentamento das questões trazidas pelas partes não afronta o artigo 93, inciso IX da Constituição. Confira-se alguns exemplos:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EMBARGANTE ALEGA QUE A FALTA DE MENÇÃO A ARTIGOS GERA OMISSÃO - FINS DE PREQUESTIONAMENTO - INEXISTENCIA DE OMISSÃO - **NÃO ESTÁ O JULGADOR OBRIGADO A MANIFESTAR-SE SOBRE TODOS OS DISPOSITIVOS MENCIONADOS** - OBRIGAÇÃO DE ANALISAR OS PEDIDOS E FUNDAMENTAR A DECISÃO - EMBARGOS REJEITADOS. A confirmação, em quase sua totalidade, da sentença proferida pelo magistrado a quo, remete as partes aos fundamentos então adotados pelo julgador monocrático, **sendo despicienda a reiteração dos dispositivos**

legais e/ou constitucionais que alicerçaram a sentença objurgada.

(grifou-se)

(TJ-PR - EMBDECCV: 282092401 PR 0282092-4/01, Relator: Dilmari Helena Kessler, Data de Julgamento: 22/03/2006, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: 7095)

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ARTIGO 93, IX, DA CARTA MAGNA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR EXPLICITADAS PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 09.12.2013. **Inexiste violação do artigo 93, IX, da Lei Maior. O Supremo Tribunal Federal entende que o referido dispositivo constitucional exige que o órgão jurisdicional explicita as razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes.** O exame da alegada ofensa ao art. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Magna Carta. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Agravo regimental conhecido e não provido." (ARE 856.421/MG-AgR, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 19/02/2015) (grifou-se).

No que tange à questão da celeridade processual e à possibilidade da observância desse modo de agir comprometer a efetividade do processo, reitera-se tudo o que fora dito no decorrer deste trabalho.

Esses empecilhos – da celeridade e efetividade do processo - são atinentes à administração da justiça, não podendo ficar o jurisdicionado prejudicado por falta de recursos financeiros ou sua má administração. Diga-se de passagem, que o Governo Federal e Governos dos Estados dispendem quantias astronômicas em programas não-essenciais (em termos de finalidade do Estado), de modo que a alegação de falta de recursos é injustificável.

O inciso IV trouxe uma das mais significativas mudanças do NCPD, já que sua aplicação, certamente, gerará uma prestação jurisdicional de altíssima qualidade, não apenas em primeiro grau, mas também nos tribunais.

Isso porque, a médio e longo prazo, sentenças melhor fundamentadas e que enfrentam todas as questões trazidas pelas partes irão fazer diminuir o número de decisões reformadas nas instâncias superiores.

Certamente, valorizando-se o labor intelectual do juiz de primeiro grau nos Tribunais, diminuirão o número de recursos, tendo em vista que, conjugado com os demais dispositivos do parágrafo 1º do artigo 489, a jurisprudência caminhará em direção a uma atuação mais ou menos uniforme.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹³⁵, ao comentar as novidades trazidas pelo Novo Código, fazem a seguinte observação em relação ao dispositivo:

O juiz tem o dever de enfrentar todos os argumentos relevantes – ou fundamentos – arguidos pelas partes em suas manifestações processuais. Isso porque o juiz, por força da caracterização do direito ao contraditório como direito de influência (arts. 5º, LV, CF e 9º e 10, CPC), constitui sujeito do contraditório, tendo dever de debate com as partes (arts. 93, IX, CF, e 11 e 489, §1º, IV, CPC). Se o texto e norma não se confundem (em outros termos, se a norma é resultado da interpretação e não seu objeto), então é evidente que a sua legitimidade está atada à participação das partes na sua formação, o que é realizado pelo direito do contraditório como direito de influência e aferido pelo dever de fundamentação como dever de debate. A norma jurídica é fruto de uma colaboração entre o legislador e o juiz, de modo que a sociedade civil tem o direito não só de influir no momento de sua formação legislativa, mas também no momento de sua reconstrução jurisdicional.

Interessante notar que o inciso IV está umbilicalmente ligado com o princípio constitucional do contraditório que, em sua concepção mais clássica, diz respeito ao direito conferido às partes do processo de impugnar as alegações contra ela dirigidas e também de influenciar o julgador, irrestritamente. Daniel Gomes de Miranda¹³⁶, ao comentar a alteração legislativa, capta essa ligação:

Segundo o preceito ora em estudo, o magistrado deverá, ao julgar procedente o pedido, refutar os argumentos e provas lançados pelo réu; ao julgar improcedente, deverá afastar os argumentos e provas trazidos pelo autor.

Esse inciso é decorrência direta do princípio do contraditório, em sua dimensão material, que confere às partes, além da garantia de ciência e possibilidade de reação (contraditório formal), a possibilidade de influir no conteúdo da decisão, participando ativamente da construção do resultado do processo.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.493.

¹³⁶ VIANA, Juvêncio Vasconcelos; MAIA, Gretha Leite; AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de (ORG). **O projeto do Futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Fortaleza: CRV, 2013, p. 161-170.

Esse dever imposto ao juiz pelo Código de Processo Civil de 2015 também está em consonância com os artigos 22 e 25 do Código Iberoamericano de Ética Judicial¹³⁷, como se vê:

Art. 22. O juiz deve motivar as suas decisões tanto em matérias de fato quanto de direito. [...]

Art. 25. A motivação deve estender-se a todas as alegações das partes ou às razões produzidas pelos juízes que tenham apreciado antes a questão, desde que sejam relevantes para a decisão.

Sem dúvida este é o dispositivo mais polêmico do parágrafo primeiro do artigo 489 e, talvez, um dos mais polêmicos em todo o Código. Os outros incisos, direta ou indiretamente, apenas encampam os entendimentos jurisprudenciais que vem surgindo nos últimos anos.

Este inciso, contudo, exaltou os ânimos da magistratura brasileira, que vem constantemente afirmando que, se seguido à risca, o inciso implicará em uma paralisia total do Poder Judiciário, dada a inviabilidade de sua implicação.

É necessário fazer uma análise detida do conteúdo semântico do dispositivo, a fim de afastar interpretações dúbias e que estão em desacordo com o espírito do novo Código.

4.3.5.1 O que é um argumento?

O dispositivo determina que não será considerada devidamente fundamentada a decisão que não enfrentar todos os “argumentos” trazidos pela parte.

Argumento pode ser definido, segundo Sacconi, como “razão ou série de razões apresentadas numa questão; prova que serve para negar ou afirmar um fato; arrazoado”¹³⁸.

Filosoficamente falando, argumento é “qualquer razão, prova, demonstração, indício, motivo capaz de captar o assentimento e de induzir à persuasão ou à convicção”¹³⁹.

¹³⁷ Documento elaborado pela Cúpula Judicial Ibero-Americana como modelo a ser seguido pelas legislações dos Estados que a compõem. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo_iberico_americano.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

¹³⁸ SACCONI, Luiz Antonio. **Grande Dicionário Sacconi**. 1. ed.; São Paulo: Nova Geração, 2010, p. 173.

Desta forma, tem-se que “argumento” é conceito extremamente amplo, abrangendo não somente arrazoados jurídicos, mas de qualquer outro ramo do conhecimento humano, científico ou não.

Impõe-se, assim, a necessidade de esclarecer a abrangência dessa expressão contida no dispositivo, a fim de evitar abusos e irracionalidades no processo.

Quando o legislador impõe o dever de o magistrado enfrentar todos os “argumentos”, corre-se o risco de criar uma disfuncionalidade no processo, além de dar azo ao comportamento protelatório ou obstrutivo das partes.

Embora seja dado às partes invocarem quaisquer razões que entendam pertinentes na causa de pedir de suas pretensões ou em sede de defesa, não é possível extrair do texto que qualquer argumento, indiscriminadamente, será exaustivamente analisado pelo magistrado.

Há uma larga diferença entre argumento e fundamento, sendo que o primeiro pode se tratar de algo totalmente desconexo com a ciência jurídica. O autor pode justificar sua pretensão com um argumento teológico, por exemplo, dizendo que determinado imóvel “foi-lhe concedido por Deus”; ou, ainda, pedir que o réu seja condenado a pagar determinada quantia em dinheiro, a título de indenização, “porque sua conduta é moralmente inadmissível”.

São dois exemplos, totalmente plausíveis de se verificarem, que ilustram a necessidade de cindir “argumento” e “fundamento”.

Caso se admita que o juiz deva se manifestar, ao decidir, sobre tudo aquilo que foi veiculado pelas partes, certamente está-se diante de uma regra que praticamente fulmina a efetividade e celeridade processuais.

Se qualquer arrazoado pode ser considerado um argumento, por mais estapafúrdio que seja, o contrário se pode dizer sobre o fundamento.

Faz-se necessário então, fazer uma ligação entre “fundamento” e juridicidade, no sentido de que só serão relevantes para o julgador os argumentos revestidos de relevância jurídica, ou que adentram a esfera da Ciência Jurídica.

Notadamente, isso não impede as partes de invocarem argumentos não-jurídicos em suas razões a fim de robustecer a causa de pedir, a fim de

¹³⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 79.

influenciar a decisão do magistrado. Contudo, tais argumentos não precisam, necessariamente, ser exaustivamente debatidos pelo magistrado.

No exemplo dado, é absurdo se pensar que o julgador deverá discorrer a respeito da existência de Deus em sua decisão, adentrando minúcias teológicas e filosóficas absolutamente desconexas com a causa.

Rogério de Vidal Cunha¹⁴⁰, Juiz de Direito do Estado do Paraná, pensa desta forma:

A fundamentação se dá por meio da análise dos fatos, as questões processuais trazidas pelas partes, não de seus argumentos; **a leitura literal do dispositivo em comento acaba transformando a decisão em verdadeiro questionário, quando é indiscutível que os argumentos não vinculam o julgamento.**

[...]

Não se pode deixar de lado que a parte pode tecer os mais variados argumentos, inclusive de ordem não jurídica, de ordem filosófica ou moral, não havendo qualquer ilicitude, por exemplo, que a parte argumente que tem direito a determinado vem da vida por força divina, que, afinal é um argumento.

De fato, somente está fundamentada a sentença quando o juiz analisa todas as questões trazidas pelas partes, todos os pedidos, preliminares ou prejudiciais, toda a matéria necessária ao julgamento; todavia, interpretar-se a expressão “argumentos” em sua literalidade é transformar o processo em peça inútil. (grifou-se)

Parece razoável esse raciocínio. É de se dizer, então, que tudo aquilo que embasar juridicamente os pedidos das partes deverão ser objeto de análise detida pelo magistrado.

Deve-se frisar a necessidade de argumentação jurídica, tendo em vista que o operador do Direito trabalha a partir do ordenamento jurídico posto. O Direito, com as suas variantes (lei, jurisprudência e doutrina), é o ponto de partida de qualquer advogado ou magistrado.

As questões morais e filosóficas são, no processo, quase sempre irrelevantes, não devendo, assim, serem objeto de maior atenção no processo jurisdicional. São questões a serem discutidas na academia, em organizações eclesiais ou em qualquer outro lugar adequado, mas não no processo.

¹⁴⁰ CUNHA, Rogério de Vidal. O Dever de Fundamentação no NCPC: **Há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC.** In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC.** Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 299.

Marinoni e Mitidiero¹⁴¹ partilham da mesma visão e distinguem fundamentos de argumentos:

Argumentos, todavia, não se confundem com fundamentos. Os fundamentos constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou improcedência do pedido formulado. Os argumentos, de seu turno, são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos. O direito fundamental ao contraditório implica dever de fundamentação completa das sentenças e acórdãos, o que requer análise séria e detida dos fundamentos arguidos nos arrazoados das partes. (grifou-se)

Fazer essa distinção entre argumento e fundamento (argumento jurídico), traz uma implicação interessante: na medida em que o juiz não estaria constrangido a debater argumentos não jurídicos, ainda assim haveria a necessidade de afastar a incidência da norma em relação ao que não se irá analisar.

No exemplo dado (do direito divino à determinada pretensão), o juiz não está obrigado a enfrentar “o mérito” da questão ao decidir, mas está, entretanto, obrigado a justificar – ainda que brevemente - a razão pela qual não se debruçará sobre ela, qual seja, se tratar de mero argumento e não fundamento do pedido.

Haveria, dessa forma, uma espécie de “dever de fundamentação atômico”, se é que se pode chamar assim, numa analogia à *Kompetenzkompetenz*¹⁴², ou competência atômica, que é a competência, inerente a qualquer magistrado, de afirmar a própria incompetência.

O julgador possui, destarte, o dever mínimo de fundamentar sua decisão acerca dos argumentos trazidos pela parte, mesmo que seja para somente afastá-los do debate central. Por mais que ele esteja desincumbido de enfrentar determinada questão, por se tratar de mero argumento desprovido de juridicidade, haverá a necessidade de justificar, via fundamentação, o seu afastamento propriamente dito.

Como dito por Vidal Cunha, a decisão jurisdicional não pode transformar-se em questionário, tampouco dar ensejo à atuação de má-fé das

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: Comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.420/421.

¹⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 145.

partes, asfixiando as decisões com dezenas de teses e argumentos desconexos ou impertinentes à causa.

Vem a calhar a lição de Chiovenda a respeito da atividade dos juízes que, segundo ele, “dirige-se, necessariamente, a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata de lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato)”¹⁴³.

Isso significa que toda a atividade judicial orbita em torno de questões jurídicas e não outras, alheias à Ciência do Direito. O juiz deve, mais especificamente, concentrar seus esforços argumentativos em torno das questões, entendidas estas em sua acepção jurídica.

Pode-se dizer que cada afirmação feita pelo autor no processo corresponde a um ponto. O réu, ao resistir juridicamente à pretensão do autor, delimita um contraponto.

Formam-se, assim, as “questões” do processo civil, que é toda afirmação sobre a qual recaia uma crise de certeza. Carnelutti, citado por Antonio Scarance Fernandes¹⁴⁴, leciona:

Questão pode se definir em um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e a sua noção é correlata àquela de afirmação.
O ponto é o fundamento de uma afirmação referente ao mérito, ao processo ou à ação. Essa afirmação pode ser feita por qualquer um dos sujeitos da relação processual civil: juiz, autor e réu.

O julgador deve ater-se, com maior cuidado, aos fundamentos jurídicos que se inserem nas questões do processo, de modo que os argumentos não jurídicos terão uma importância secundária no desfecho da lide. Repise-se, contudo, que, ao menos de maneira breve, deverá o juiz, ainda assim, afastar, na decisão, aquilo que considera como mero argumento levantado pelas partes.

Athos Gusmão Carneiro¹⁴⁵ também acolhe essa diferenciação entre argumento e fundamento:

¹⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002, p.41.

¹⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais. São Paulo: RT, 1998, p. 56.

¹⁴⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença Mal Fundamentada e Sentença não Fundamentada – conceitos – nulidade. In: **Revista Jurídica**, nº 216, outubro de 1995, Porto Alegre: Editora Síntese, p. 05.

O Juiz, por certo, não está adstrito a responder, um a um, os argumentos das partes; tem o dever, contudo, de examinar as questões (=pontos controvertidos), todas elas, que possam servir de fundamento essencial à acolhida, total ou parcial, ou à rejeição, no todo ou em parte, do pedido formulado pelo demandante. Sejam preliminares ou prejudiciais, processuais ou de mérito, o Juiz tem de examinar e julgar todas as questões da lide trazidas à sua apreciação. Se não o fizer, a sentença estará incompleta. (grifou-se)

Há, ainda, a necessidade de se ressaltar que, determinadas teses jurídicas, quando acolhidas pelo magistrado na decisão, prejudicam a análise de outras teses.

Em uma ação anulatória, por exemplo, em que o autor pede o desfazimento de um contrato por dolo e, subsidiariamente, o reconhecimento de cláusula abusiva; o acolhimento, pelo juiz, do pedido de anulação prejudica a análise da cláusula supostamente abusiva.

Deve, contudo, o magistrado justificar a não apreciação da tese subsidiária, demonstrando que seria ilógico e irracional debruçar-se sobre questões fulminadas pela tese principal acolhida.

Esse, além disso, é mais um exemplo de aplicação da fundamentação mínima, defendida alhures: ainda que para não fundamentar, o juiz deverá fazê-lo. Não há como o juiz se desincumbir do seu ônus argumentativo.

Um outro exemplo seria o caso de o julgador declarar, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do dispositivo que fundamenta o pedido da parte; o que, de certa forma, não deixa de ser uma fundamentação adequada para rejeição do pedido. Mesmo que para fins de declaração de inconstitucionalidade, a decisão satisfará os requisitos do novo Código.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento neste sentido:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS COMPLEMENTARES 10.727/1996 E 10.795/1996 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TETO REMUNERATÓRIO. SUPERVENIENTE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL EM RAZÃO DA REVOGAÇÃO E ALTERAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL OBJETO DA AÇÃO. MATÉRIA REFERENTE AO ART. 17 DO ADCT. QUESTÕES NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. OCORRÊNCIA DE OMISSÃO. EFEITOS INFRINGENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E LHE DAR PARCIAL PROVIMENTO. (...) 2. A teor do 458 do CPC, sentenças e

acórdãos, sob pena de nulidade, devem observar determinados requisitos, **destacando-se a fundamentação, é dizer, a percuciente análise das questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes e relevantes ao deslinde da controvérsia.** 3. A falta de apreciação de argumentos efetivamente capazes de determinar o julgamento da causa em certo sentido, desafia o recurso de Embargos de Declaração que, indevidamente rejeitado, implica a recalcitrância da omissão, caracterizando violação ao art. 535, II do CPC. Verificada tal infringência, ter-se-á, em consequência, por ausente o prequestionamento da matéria, inviabilizando o seu conhecimento pelas instâncias extraordinárias, tolhendo, pois, o direito da parte à utilização das vias excepcionais. 4. **Não se ignora que o Magistrado, ao motivar suas decisões, não precisa se manifestar exaustivamente sobre todos os pontos arguidos pelas partes, muitas vezes impertinentes ou irrelevantes à formação de sua convicção, admitindo-se, portanto, a fundamentação sucinta, desde que suficiente à segura resolução da lide.** Contudo, diante da existência de argumentos diversos e capazes, cada qual, de imprimir determinada solução à demanda, não há que se considerar suficiente a motivação que, assentada em um deles, silencie acerca dos demais, reputando-os automaticamente excluídos. (...) (grifou-se)

(STJ, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 21/09/2010, T5 - QUINTA TURMA)

Não se está, aqui, a ratificar acriticamente a posição da jurisprudência. Contudo, converge-se com seu entendimento por ser racional interpretar o dispositivo analisado desta forma.

Despiciendo dizer que, em se tratando de fundamentos, ou seja, todas as teses quem sustentam as questões do processo, a eles o juiz está absolutamente vinculado, devendo manifestar-se exaustivamente a seu respeito na fundamentação.

O parágrafo 3º do artigo 489 dispõe que “ a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

Isso significa que o Código, ao mesmo tempo em que procura assegurar o fiel cumprimento do artigo 93, inciso IX da Constituição, combate o comportamento temerário no processo, a fim de tumultuá-lo.

Dessa forma, o juiz tem autonomia para, mediante justificação, deixar de apreciar com verticalidade determinada tese levantada pela parte, observados os parâmetros aqui apresentados.

4.3.5.2 Abrangência da norma: uma mitigação do dever de enfrentar todas as questões

É de se observar, entretanto, que, buscando não inviabilizar a atividade jurisdicional ou incentivar um comportamento obstrutivo pelas partes dentro do processo (com alegação excessiva de teses a fim de retardar o julgamento etc.), o próprio legislador traçou os limites do dever de enfrentamento das razões arguidas pela parte sucumbente.

Essa mitigação se verifica na parte do dispositivo que seleciona os argumentos que deverão ser enfrentados pelo juiz: todos aqueles capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Infirmar significa tirar a firmeza, a força; enfraquecer, invalidar. Dessa forma, todas as teses arguidas pela parte vencida e que incidem diretamente – e em sentido contrário - nas teses das quais o julgador fez uso para decidir devem ser levadas em conta.

Evidentemente, o juízo fará uma análise prévia a fim de definir aquilo que considera ou não plausível de infirmar os fundamentos trazidos por ele na decisão. Nesse sentido, pode-se dizer que haveria um espaço reservado à discricionariedade do magistrado.

Contudo, caso aja com desídia e deixe de enfrentar questões importantes para o desfecho da causa, as partes poderão atacar a decisão com fundamento no artigo 489, §1º, inciso IV do NCPC, por meio de embargos declaratórios, recurso de apelação ou agravo instrumental, caso se tratar de decisão de primeiro grau.

Dessa forma, o juiz está legalmente autorizado a ignorar, quando da decisão, todas as teses desconexas da *ratio decidendi*.

Não fosse assim, o magistrado se tornaria refém das alegações das partes, o que faria cair a qualidade da prestação jurisdicional e lhe imporia um dispêndio inútil de tempo e energia a fim de afastar argumentos aleatórios. Por certo que não é este o espírito do novo Código.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero comungam deste entendimento¹⁴⁶:

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.493.

No entanto, é preciso perceber que o juiz não tem o dever de rebater todos os argumentos levantados pelas partes ao longo de seus arrazoados: apenas os argumentos relevantes é que devem ser enfrentados. O próprio legislador erige um critério para distinguir entre argumentos relevantes e argumentos irrelevantes: argumento relevante é todo aquele capaz de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador. Argumento relevante é argumento idôneo para alteração do julgado. Omitindo-se o juiz na análise de argumentos relevantes, não se considera fundamentada a decisão (art. 489, §1º, IV, CPC), cabendo embargos declaratórios para forçar a análise dos argumentos omitidos (art. 1.022, II, CPC). Não analisados, consideram-se fictamente inseridos na decisão judicial para efeitos de análise de eventual recurso especial ou extraordinário interposto pela parte interessada (art. 1.025, CPC).

A parte final do excerto faz uma breve – porém importante – consideração a respeito dos desdobramentos recursais da inobservância do dispositivo em análise. Esse assunto, contudo, será abordado em capítulo próprio.

Por fim, interessa ao estudo do inciso em questão a transcrição do enunciado de nº 12¹⁴⁷, aprovado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, em Seminário a respeito do NCPC:

Não ofende a norma extraível do inciso IV do §1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixa de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

Parece acertado o entendimento contido no enunciado. Caso a análise de questão prejudicial impeça o enfrentamento do objeto principal da ação, evidentemente que não se exigirá a análise deste por impossibilidade lógica.

Ressalve-se, contudo, o dever que ainda recai sobre o magistrado de demonstrar o nexo de prejudicialidade entre as questões, fundamentando adequadamente o não enfrentamento da questão principal.

4.3.5.3 A decisão surpresa

Se de um lado se defende a necessidade do magistrado apreciar todos os argumentos jurídicos trazidos pelas partes no processo, em sua decisão; por

¹⁴⁷ ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015.

outro lado indaga-se a respeito da possibilidade de o juiz decidir com base em fundamentos estranhos ao processo.

Em outras palavras, é possível que o juiz traga para a decisão fundamento jurídico diverso daqueles veiculados pelas partes no processo, surpreendendo-as, assim?

Trata-se de questão sobre a qual incide diretamente o antigo brocardo do *iura novit curia*, ou seja, “o juiz conhece a lei”.

Parece, contudo, que, ao se conjugar todos os princípios que informam o processo jurisdicional, tais como o princípio democrático e do devido processo legal, a resposta não pode ser tão simples.

Fora demonstrado nesse trabalho que qualquer ato estatal só estará revestido de legitimidade a partir do momento em que os cidadãos, destinatários desses atos de poder, participem, direta ou indiretamente, de sua elaboração.

No processo jurisdicional, tal participação se dá através da aplicação da regra do contraditório, que, dentre tantas outras definições, é, nas palavras de Fredie Didier Júnior¹⁴⁸, a garantia de ser ouvido, de ser comunicado, de poder falar no processo e de, principalmente, influenciar na decisão. É uma exigência para o exercício democrático de um poder.

É movido pela reverência ao devido processo legal e, mais especificamente, ao princípio do contraditório que o legislador inseriu o artigo 10 no novo Código, com a seguinte redação:

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.

Essa nova regra processual concretiza, de maneira peremptória, a aplicação do contraditório em qualquer processo civil, em todos os graus de jurisdição.

A partir da vigência do NCPC, a lei processual proíbe, expressamente, que o juiz surpreenda as partes com fundamentos jurídicos sobre os quais não lhes

¹⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 57.

tenham sido dadas a devida oportunidade de manifestação, isto é, violando o princípio constitucional do contraditório.

Esse entendimento, de que é possível ao juiz inovar em relação a teses jurídicas sem respeitar o contraditório, é inclusive sufragado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁹, quando reconhecer a possibilidade de julgamento de Recurso Extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido.

Esse entendimento, com o advento do novo Código, deverá ser revisto.

Conforme destaca Marcelo Lamy¹⁵⁰, o princípio do contraditório também se manifesta como limite de atuação para o julgador, impondo-lhe o dever de, sempre que possível, observar o contraditório:

Ocorre, no entanto, que não se pode descurar da dimensão procedimental, pois quando um órgão judicial exerce poderes que lhe confere o princípio *iura novit curia* e altera a qualificação jurídica realizada pelas partes ou as normas consideradas aplicáveis por elas, o princípio do contraditório converte-se em limite de atuação para o julgador, pois o processo decisório somente é legitimado pela construção democrática da decisão. Ou seja, apesar de se admitir a possibilidade de se inovar o fundamento, não se pode prosseguir a análise do caso sem se abrir nova oportunidade de manifestação das partes sobre a nova tese.

Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁵¹ lecionam que não há qualquer incompatibilidade entre o direito ao contraditório e a possibilidade de o juiz classificar juridicamente os fatos:

O direito ao contraditório – lido na perspectiva do direito ao diálogo, inerente à colaboração – condiciona a aplicação da máxima *iura novit curia* ao prévio diálogo judicial. É certo que o juiz continua com poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive invocando normas jurídicas não invocadas pelas partes. No entanto, a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto ou desacerto da solução que pretende outorgar ao caso concreto (art. 10º, CPC). Isso quer dizer que a máxima do *iura novit curia* continua plenamente vigente no novo Código: apenas a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes.

¹⁴⁹ Cf. Recurso Extraordinário 298.694-1-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 23.04.2004.

¹⁵⁰ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 333.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 109.

É nesse espírito que o Código de Processo Civil português, no artigo 3º, nº 3 dispõe que “salvo no caso de manifesta desnecessidade, o tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de fato, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela”.

Lamy¹⁵² segue dando outros exemplos do direito comparado, o que demonstra ser absolutamente infundada a alegação de que tal postura, no processo, iria retardar demasiadamente a prestação jurisdicional ou até inviabilizá-la:

Na Itália, o *Codice di Procedura Civile*, no artigo 183, determina que **o juiz deve indicar às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre as quais reputa oportuna discussão.**

Na França, o *Code de Procédure Civile*, em seu artigo 16, estabelece que **o juiz não poderá fundar suas decisões em fundamentos jurídicos que o mesmo haja apreciado de ofício sem oferecer previamente às partes a oportunidade de pronunciarem-se a respeito.**

Na Alemanha, a doutrina manifesta-se contra as “decisões-surpresa”, aquelas que se fundamentam em pontos que não foram objeto de contraditório. Por isso, há norma específica (§ 139 do CPC alemão) que permite ao juiz fundamentar sua decisão em ponto não discutido pelas partes ou mesmo em entendimento do direito diverso das partes, **somente se tiver comprovadamente provocado o debate.** Mais ainda, estabelece que o juiz deve dar ciência às partes dos pontos que poderão ser enfrentados de ofício: “o presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos [...] trazer às partes a situação litigiosa em seus aspectos factuais e jurídicos e fazer perguntas. O presidente deve chamar a tenção para os meios que devem ser levantados de ofício pelo tribunal. Ele deve permitir a todos os agentes processuais, sobre as suas pretensões, que formulem perguntas”. (grifou-se)

Tais excertos extraídos das leis processuais de países que são berço da teoria do direito processual civil apenas comprova que, até o advento no Código de Processo Civil de 2015, o Brasil estava dogmaticamente obsoleto no que tange à constitucionalização do direito infraconstitucional e à concreção efetiva de princípios indispensáveis para o avanço social.

A mudança vem em boa hora, pois irá possibilitar um amadurecimento mais saudável do processo, na medida em que as partes poderão participar, exaustivamente, de todo o debate desenvolvido em seu desenrolar, ficando vedado

¹⁵² **Ibidem**, p. 333/334.

ao magistrado excluí-las de qualquer ato que possa influir significativamente na decisão.

No que diz respeito às matérias de direito cognoscíveis *ex officio* por força de lei, impende ressaltar que “conhecer de ofício” não é sinônimo de aniquilar o contraditório, mas, sim, de possibilidade de o juiz agir sem provocação, devendo, contudo, provocar as partes.

Nesta questão, a lição de Didier¹⁵³ é imprescindível, já que extremamente elucidativa em relação às ligeirezas e sutilezas conceituais:

Há questões fáticas que podem ser apreciadas pelo magistrado *ex officio*. O juiz pode conhecer de fatos que não tenham sido alegados. Ele pode trazer, ele pode aportar fatos ao processo, mas o órgão jurisdicional não pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem a respeito.

[...]

E, aqui, entra uma distinção que é muito útil e é pouco trabalhada na doutrina. **Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes**, que não lhe é permitido. (grifou-se)

E prossegue:

Há um velho brocardo *iura novit curia* (do Direito cuida a corte). Há, ainda, outro *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te farei o direito). Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma questão jurídica não posta pelas partes no processo. [...] Essa nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro.

Assim, não se sustenta à luz dos princípios constitucionais mais caros ao Estado de Democrático de Direito que as cortes brasileiras venham a adotar uma postura defensiva na aplicação do artigo 10 do NCPC, como já dão indício alguns dos enunciados aprovados e divulgados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

Veja-se, por exemplo, o enunciado de nº 1¹⁵⁴:

¹⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 59.

- 1) Entende-se por “fundamento referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.

Logo como o primeiro enunciado aprovado em Seminário sobre o NCPC, magistrados se colocam contra a aplicação do artigo 10, procurando distorcer o sentido do dispositivo, afirmando que este diz respeito apenas a questões de fato, não de direito.

Trata-se de interpretação claramente equivocada, recalcitrante em relação à incorporação de preceitos constitucionais no novo Código, como o contraditório e a ampla defesa.

O dispositivo está a se referir tanto de fundamentos fáticos descobertos no decorrer do processo quanto a fundamentos jurídicos não invocados pelas partes no enquadramento dos fatos narrados e, principalmente, estes.

Interpretar o artigo desta forma seria esvaziá-lo de seu objetivo principal, qual seja, impedir a prolação de decisões com fundamentos não colhidos sob o crivo do contraditório.

O enunciado de nº 2¹⁵⁵, aprovado na mesma oportunidade, por sua vez, assim dispõe:

- 2) Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.

Este enunciado, por sua vez, não parece estar totalmente incorreto em sua proposição. Poder-se-ia, até mesmo, considerar a possibilidade de o julgador extrair dos fundamentos jurídicos trazidos pelas partes a sua essência, vale dizer, seu embasamento principiológico.

Contudo, é necessário ter redobrada cautela nesse tipo de aplicação, tendo que em vista que os princípios são, na realidade brasileira, a causa de incontáveis celeumas jurisprudenciais, devido à sua má aplicação.

¹⁵⁴ ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015.

¹⁵⁵ **Ibidem**.

O juiz, antes de extrair aleatoriamente algum princípio dos fundamentos jurídicos invocados pelas partes, deve abrir espaço para o contraditório, como forma de garantir a legitimidade da decisão e evitar surpreender as partes.

Trata-se de raciocínio tendencioso o externado no enunciado de nº 2, pois, certamente, sua aplicação pelos magistrados ocasionará o total desrespeito a regra do novo Código que veda a decisão surpresa.

Na dúvida, o julgador deve sempre reabrir o contraditório a fim de legitimar democraticamente o processo, preservando-o de futuras declarações de nulidade.

Ainda sobre os enunciados aprovados pela ENFAM, lê-se o seguinte no de nº 3¹⁵⁶:

- 3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.

Novamente, tem-se, aqui, outro enunciado que procura contornar o âmbito de incidência do artigo 10 do NCPC.

Questiona-se: como poderá o magistrado predeterminar, num exercício prognóstico, que a manifestação das partes não influirá em seu julgamento? A única maneira de responder à pergunta é admitir que o magistrado já prejudicou a causa, de modo que, para ele, o princípio do contraditório nada significa.

O enunciado transcrito afronta a diversos dispositivos constitucionais que regem o processo, sendo um verdadeiro retrocesso em termos democráticos. É inadmissível que o juiz se recuse a abrir o contraditório sob a justificativa de que, aos seus olhos, qualquer argumento trazido pelas partes será desconsiderado para o julgamento.

Vê-se que tal enunciado descaracteriza o próprio conceito de processo conforme construído em um Estado Democrático de Direito.

O legislador, no artigo 10 do CPC de 2015, estabeleceu um critério objetivo: o juiz está proibido de decidir a causa sem, antes, esgotar o contraditório, ainda que o debate se relacione com matérias que possa conhecer de ofício.

¹⁵⁶ **Ibidem.**

Não mais existe espaço para subjetivismos e discricionariedades no atual estágio de evolução das Ciências Jurídicas.

Outro enunciado que atenta contra a regra do novo Código é o de nº 5, que, semelhantemente ao de nº 1, afirma que “não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório”¹⁵⁷.

Também não deve prevalecer este entendimento, que se mostra uma terceira via de negar vigência à regra do artigo 10 do NCPC.

Se houver total inovação de teses jurídicas na decisão, que estejam absolutamente desvinculadas com os argumentos levantados pelas partes, o juiz deverá reabrir o contraditório para que estas se manifestem.

O mesmo raciocínio se aplica para o enunciado de nº 6¹⁵⁸, que fora assim aprovado:

6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.

A atuação das cortes superiores deve ser no sentido de garantir a aplicação do referido dispositivo, sob pena de afronta do princípio da separação dos poderes, do contraditório e do princípio democrático.

Nas palavras de Marcelo Lamy, escritas antes do advento do novo Código:

No direito brasileiro (apesar da ausência de previsão infraconstitucional, como ocorre nos diversos países referidos), o nexó lógico inafastável entre a fundamentação e o contraditório importa no afastamento de “decisões-surpresa”, pois a individualização e a interpretação da norma não são prerrogativa do magistrado, mas tarefa dialógica e dialética.

Se não há processo sem contraditório, se processo é procedimento em contraditório, a “fundamentação-surpresa” certamente impede que o mesmo se realize nesse aspecto, embora tenha formalmente se operado com relação a outros pontos. Ocorre que a legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação.

Em suma: havendo novo fundamento ao decidir, deve-se abrir contraditório para as partes no processo.

¹⁵⁷ **Ibidem.**

¹⁵⁸ **Ibidem.**

Como se tratam, evidentemente, de enunciados, estes não possuem força normativa. Podem, contudo, indicar em qual sentido caminhará a jurisprudência na aplicação do dispositivo que, caso acolha tais entendimentos, ratificará imenso retrocesso na processualística civil brasileira.

Espera-se dos Tribunais brasileiros uma interpretação sóbria do dispositivo normativo; uma interpretação que não vá frontalmente contra o que quer a Constituição Federal e o povo brasileiro, legitimamente representado no Congresso Nacional, que elaborou o novo Código de Processo Civil Brasileiro.

4.3.6 A incorporação do sistema de precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro pelo novo Código de Processo Civil

Na esteira da tendência mundial, o Código de Processo Civil de 2015 incorporou no ordenamento jurídico positivo alguns conceitos inerentes à tradição jurídica diversa da historicamente adotada pelo Brasil.

Hoje, há um movimento de confluência de institutos entre o *common law* e o *civil law*, de modo que esta aproximação está criando situações inusitadas nos ordenamentos, exigindo a releitura de antigas lições da Ciência Jurídica.

Já não há aquela rígida divisão dicotômica que separava os países de tradição romano-germânica dos países de tradição anglo-saxã. Nos primeiros, são cada vez mais relevantes questões relacionadas a jurisprudência dos tribunais superiores e precedentes, fenômeno típico de países como Inglaterra e Estados Unidos; enquanto nos últimos, em sentido contrário, o que se verifica é um crescente movimento de codificação, de modo que os poderes dos juízes se assemelham cada vez mais aos dos juízes de países civilistas.

Jaldemiro Ataíde Júnior¹⁵⁹ partilha desta mesma percepção:

Ao longo do tempo, diversos fatores proporcionaram a aproximação entre as famílias da *civil law* e da *common law*, dentre os quais se destacam os seguintes: a) o constitucionalismo; b) o Estado social; c) os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e, d) as demandas de massa.

[...]

¹⁵⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 15/16.

É inegável que todas as transformações ocorridas com o constitucionalismo, o Estado Social, os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e as demandas de massa têm aberto espaço para mais elevado grau de criatividade do Judiciário, aproximando o juiz do *civil law* ao seu colega do *common law*.

No Brasil, as fronteiras entre as duas grandes “famílias” do Direito começaram a se transformar em uma grande zona cinzenta, principalmente a partir da redemocratização, em 1988; mais especificamente após a Emenda Constitucional nº 45, que conferiu amplos poderes ao Judiciário brasileiro.

É sabido que o Brasil fora fortemente influenciado, desde sua colonização, por países de tradição jurídica romano-germânica - o *civil law*. Contudo, é notória a adoção crescente de instrumentos processuais e normativos inerentes ao *common law*, tais como os enunciados de súmula e o sistema de precedentes, agora positivado.

É o que se verifica nos incisos V e VI do §1º do artigo 489 do NCPC, que determina que não será considerada fundamentada a decisão que:

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.

Estes dispositivos introduzem definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de precedentes, o que levanta uma série de questionamentos em relação a como isso funcionará na prática.

Este trabalho não se propõe a analisar extensiva e exaustivamente os precedentes judiciais, já que haveria desvirtuamento do seu objeto de estudo. Aqui se levantarão alguns questionamentos teóricos e práticos mais relacionados com os dispositivos do novo código que com uma teoria geral dos precedentes.

4.3.6.1 Contexto histórico do desenvolvimento do Common Law e do Civil Law

Fortemente influenciada pela Revolução Francesa de 1789, o *civil law*, em seu nascimento, caracteriza-se por uma verdadeira desconfiança geral da população e das classes revolucionárias para com os juízes. Estes eram vistos como

uma classe extremamente corrupta, que se utilizava do cargo para concretizar e proteger interesses individuais.

Ao contrário do que aconteceu na Inglaterra e nos países de tradição anglo-saxã (*common law*), o movimento revolucionário francês fora marcado pela ideia de que era necessário destruir todas as instituições exigentes e iniciar um processo de reconstrução civilizatória, totalmente independente de tradições, vistas como instrumento de abuso de poder pela aristocracia.

No âmbito jurídico, a Revolução manifestou-se em um movimento de codificação, na tripartição dos poderes, idealizada por Montesquieu e na supremacia do Parlamento – que seria o legítimo representante do povo e autêntico órgão de Poder.

Naquele período histórico, estabeleceu-se que os juízes deveriam apenas ser a *bouche de la loi* (boca da lei), sendo absolutamente proibidos de interpretá-la, devendo sua atividade consistir tão somente em uma fiel reprodução do texto legal.

Os revolucionários pregavam a destruição total da magistratura do *Ancien Régime*, porque, a seu ver, poderiam colocar em risco todo o ideal revolucionário. Os franceses repudiavam, assim, qualquer tipo de tradição, pregando a reconstrução civilizatória a partir do zero. Isso incluía, evidentemente, uma nova ordem jurídica e uma nova configuração do poder estatal.

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior¹⁶⁰ escreveu a respeito desse momento histórico vivido na França do século XVIII:

A revolução Francesa procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional, que tinha de ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento e no do poder governamental, já que não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e da monarquia. O sentimento no período revolucionário era de que o direito contaria com um grave e insuportável déficit democrático, caso as normas traçadas pelos representantes do povo fossem interpretadas pelos magistrados.

[...]

Ressalte-se que não era por acaso, essa desconfiança na magistratura francesa. **No *Ancien Régime*, os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática, não apenas sem qualquer compromisso com os valores da liberdade, igualdade e fraternidade,**

¹⁶⁰ **Ibidem**, p. 23/25.

como ainda mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as leis sempre no sentido que fosse mais conveniente à manutenção do *status quo*. (grifou-se)

A desconfiança em relação à classe dos magistrados era tamanha, que sequer admitia-se que executassem suas próprias decisões, coisa que ficava a cargo do Poder Executivo.

Ao Judiciário era vedado até mesmo a possibilidade de interpretar a lei. Considerava-se que permitir ao juiz que interpretasse a lei seria o mesmo que comprometer os ideais revolucionários, de modo que se pensava que os magistrados desvirtuariam a vontade do Parlamento.

Tendo em mente uma rígida fiscalização do Judiciário francês, os Revolucionários idealizaram a criação do Tribunal de Cassação, cuja função, segundo Marinoni, “era tutelar a autoridade da lei e não permitir a interferência do Judiciário na esfera do Legislativo”¹⁶¹.

O Tribunal de Cassação estava incumbido de impedir que os magistrados interferissem na vontade geral da nação expressa nas leis criadas pelo Parlamento. Já naquele período, havia o temor de que surgissem diversas interpretações judiciais a respeito da lei positiva, o que colocaria em xeque a segurança jurídica.

Não se tratava a Cassação, contudo, de um órgão jurisdicional, já que lhe era permitido apenas cassar as decisões que invadissem a esfera do Legislativo, não podendo o Tribunal exarar uma interpretação (muito embora houvesse interpretação implícita).

Cassada uma decisão judicial, esta era remetida ao Parlamento para que, por meio de interpretação autêntica, se manifestasse a respeito do real sentido da lei.

Conforme ensina Marinoni¹⁶²:

De acordo com o pensamento revolucionário, a Corte de Cassação teria função de tutelar o princípio da separação dos poderes, cuidando para

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.

¹⁶² **Ibidem**, p. 29.

evitar que um dos poderes desborde dos seus limites em prejuízo de outro. Não se pensou na Corte de Cassação como órgão destinado a exercer função jurisdicional, nem mesmo na qualidade de órgão supremo, colocado no vértice do Poder Judiciário.

A Corte de Cassação demonstra o extremo a que se chegou visando a eliminação da discricionariedade dos juízes e da insegurança jurídica, tendo em vista que foi pensada para ser órgão autônomo, “capaz de fazer uma ligação entre o Judiciário e o Legislativo, evitando a agressão dos juízes ao legislador e possibilitando a interpretação autêntica”¹⁶³.

Evidentemente, o sistema não funcionou, pois o Legislativo, antes sufocado com os chamados *référé législatif*, que era o instrumento utilizado pelos Juízes para provocar o Parlamento a fim de que este interpretasse a lei, sanando qualquer dúvida ou obscuridade, agora se via igualmente prejudicado com a atuação da Corte de Cassação, que também era proibida de interpretar ou julgar.

Os juízes não julgavam - tampouco a Corte - e o Parlamento francês acabava por cumular as funções legislativa e judiciária. Não se tardou a perceber que proibir o juiz de interpretar era absolutamente inviável. Nas palavras de Marinoni¹⁶⁴:

O *référé* facultativo, ao conferir ao juiz a obrigação de solicitar a intervenção do Legislativo em caso de obscuridade da lei, acabou gerando uma situação curiosa. Os juízes utilizaram essa faculdade em demasia, o que não apenas sobrecarregou o corpo legislativo como atrasou o andamento dos processos. Por isso, os *référés* foram crescentemente rejeitados pelo Legislativo e o Tribunal de Cassação, na mesma direção, passou a cassar por “excesso de poder” as decisões que se abstinham de julgar sob o argumento de obscuridade de lei. **O resultado foi realmente surpreendente, já que o juiz era proibido de interpretar a lei e, ao mesmo tempo, as suas decisões eram anuladas quando não a interpretavam.** (grifou-se)

Tais acontecimentos criaram um ambiente político e intelectual propício para a consolidação de uma tradição jurídica em que, ao menos num primeiro momento, não havia espaço para um protagonismo judicial.

Criou-se a expectativa de que era possível estabelecer um sistema político-jurídico alicerçado unicamente na atividade do Parlamento, que, segundo o

¹⁶³ **Ibidem**, p. 41.

¹⁶⁴ **Ibidem**, p. 43.

entendimento da época, seria capaz de abranger racionalmente nas leis e nos Códigos toda a realidade social, relegando o Judiciário a um segundo plano.

O contexto inglês, por sua vez, é diametralmente oposto.

Na Inglaterra, não houve qualquer ruptura do *status quo* e, conseqüentemente, o sistema jurídico manteve-se o mesmo, com mudanças gradativas no decorrer dos séculos.

Isso porque a magistratura inglesa nunca fora vista como inimiga do povo, mas, historicamente, ao lado dele se pôs contra o absolutismo do monarca. Não havia nenhuma desconfiança em relação aos juízes na Inglaterra, de modo que sua atuação até mesmo se confundia com a do Legislativo.

Nas palavras de Ataíde Júnior¹⁶⁵:

Com efeito, na Inglaterra, não há como se identificar uma nítida ruptura da ordem jurídica e sim, um desenvolvimento gradual do *common law*.

Na Inglaterra, o Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. O juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, sempre ligado aos mais elevados valores da sociedade, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão.

Ante todo esse contexto, na Inglaterra, diversamente do que ocorreu na França, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. (grifou-se)

Essa mentalidade refletiu diretamente na atuação dos juízes da Inglaterra que, ao contrário dos juízes franceses, não tiveram sua autonomia hermenêutica tolhida.

Tanto é assim, que o “direito consuetudinário”, expressão tida como sinônima de *common law*, pode ser entendida não como o direito costumeiro de determinado povo, mas como direito fundado nos costumes judiciais, ou seja, nos precedentes históricos.

Nas palavras de Marcelo Lamy¹⁶⁶:

¹⁶⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 27.

¹⁶⁶ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 321.

Enquanto no sistema romano-germânico os juízos mostram-se demonstrativos e subservientes (sob a técnica da subsunção) e o Direito é construído exclusivamente pelo legislador, no sistema do Common Law, os juízos apresentam-se predominantemente argumentativos e a construção do Direito se dá principalmente pela jurisprudência.

Isso fez se consolidar na Inglaterra a ideia de que a atividade judiciária era *law-making*, ou seja, tinha força de lei. Os juízes ingleses não só possuíam posição de destaque em relação ao rei, como também controlavam os atos do Poder Legislativo.

Fazendo um paralelo entre a Revolução Gloriosa (1688) e a Revolução Francesa (1789), Jaldemiro Júnior¹⁶⁷ leciona:

A Revolução Gloriosa de 1688, correspondente inglesa da Revolução Francesa, jamais teve a pretensão de criar um novo direito, de anular os poderes dos juízes e subjugá-los ao Legislativo. Muito pelo contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei, e seus princípios davam ao Judiciário condição para controlar os atos legislativos, já que o parlamento, embora supremo diante do monarca, também se encontrava submetido ao *common law*.

Em verdade, o grande antagonismo destes dois sistemas jurídicos reside na natureza jurídica da decisão judicial: enquanto nos países de *common law* prevalece a ideia de que a decisão judicial tem natureza constitutiva, no *civil law* tem-se como lugar comum que a decisão judicial tem natureza apenas declaratória.

Tal concepção, contudo, sofreu vários abalos nas últimas décadas. Em ambas as tradições jurídicas é quase pacífico, hoje, a premissa de que a atividade jurisdicional é, sim, criativa e, portanto, constitutiva do direito, e não apenas declaratória.

A invasão da hermenêutica jurídica no terreno das práticas forenses foi a grande responsável pela revitalização do papel do juiz no Estado Democrático de Direito, que retomou sua independência na realização do direito.

Hoje, é inegável o caráter criador da atividade jurisdicional, bem como está consolidada a ideia de que a interpretação ocupa posição de privilégio na resolução de conflitos.

¹⁶⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 28.

Embora o que se verifique seja uma convergência das características dos dois sistemas, ainda subsistem o que se pode chamar de espinha dorsal dessas famílias.

No *civil law*, embora os precedentes judiciais ganhem papel cada vez mais relevante, a pedra angular do ordenamento jurídico continua sendo a lei, o direito positivo, que serve de ponto de partida e de baliza para a atividade jurisdicional, muito embora já esteja pacificado que o juiz possui certa liberdade hermenêutica para se mover no conteúdo semântico do texto.

No *common law*, da mesma forma, muito embora se verifique uma “inflação legislativa” nos países que o adotam, remanescem os precedentes como principal base de sustentação do ordenamento.

É correto dizer, nesse sentido, que ambos os sistemas se preocupam com a segurança jurídica das decisões judiciais, visando dar previsibilidade aos súditos do Estado e limitando o arbítrio dos que exercem função de autoridade.

Ainda, Jaldemiro Júnior¹⁶⁸, sobre segurança jurídica:

Ou seja, tanto no *civil law* como no *common law* percebeu-se que uma determinada norma poderia gerar inúmeras interpretações e, conseqüentemente, diversas decisões judiciais. No entanto, no *common law* intuiu-se que o juiz não poderia ser visto como um mero autômato que declara o direito preexistente, chegando-se a atribuir-lhe a função de criador do direito; ao passo que, no *civil law*, até hoje ainda tem força a ideia de que o juiz apenas extrai a vontade da lei.

No *civil law*, como dito, busca-se essa segurança na lei escrita, dotada de generalidade e abstração, por meio da qual é possível inferir as conseqüências jurídicas de qualquer ato de vontade no mundo dos fatos.

O grande problema, aqui, é que, conforme os próprios revolucionários franceses constataram, é impossível abranger todas as possibilidades da vida no texto da lei, minuciosamente. Nem o Código Prussiano com seus mais de 19 mil artigos fora capaz dessa façanha.

É necessário, então, deixar um vácuo de sentido, na lei, que será preenchido pelo juiz, na decisão, quando confrontado com o caso posto sob sua análise.

¹⁶⁸ **Ibidem**, p. 38.

O problema deixa de residir na lei e passa a se instalar, então, na decisão judicial. Isso porque, com essa abertura, uma mesma norma positiva passa a ter diversas interpretações judiciais, o que gera tremenda insegurança jurídica, fulminando o propósito último dos pilares do *civil law*: a previsibilidade.

Como indaga a professora Teresa Wambier¹⁶⁹:

De que adianta ter uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse várias leis disciplinando a mesma situação.

É nesse contexto que as inovações do Novo Código de Processo Civil a respeito dos precedentes judiciais são bem-vindas, pois buscam remediar a insegurança jurídica que está alcançando níveis alarmantes.

No atual estágio de desenvolvimento da Ciência do Direito e, principalmente, no Brasil, a jurisprudência vem ocupando posição de destaque, de modo que caminha em sentido de uniformizar a interpretação das leis, o que é extremamente benéfico.

Antes de prosseguir, porém, é necessário, de maneira breve, desmistificar a ideia de incompatibilidade do *stare decisis* com o *civil law*.

4.3.6.2 O mito da incompatibilidade do sistema de precedentes judiciais com o *civil law*

Há quem objete pela incompatibilidade do *stare decisis*, ou seja, a regra do precedente, com o sistema do *civil law*.

Afirmam, em primeiro lugar, que há incompatibilidade pelo fato do *stare decisis* ser inerente apenas ao *common law*. Trata-se de raciocínio equivocado, posto se tratarem de institutos e conceitos absolutamente distintos. O sistema do *common law* é muito mais antigo que o *stare decisis*. Na lição de Jaldemiro Júnior¹⁷⁰:

Não há como se confundir o *common law* com o *stare decisis*, que se afigura apenas um de seus elementos. **Conforme já demonstrado, a**

¹⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, n. 172, 2009, p. 146.

¹⁷⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 38.

formação do *common law* se iniciou em 1066 com a conquista da normanda, e o *stare decisis* somente fora estabelecido na segunda metade do século XIX. Além disso, o *common law* como os costumes gerais, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*, por vários séculos, funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*. (grifou-se)

Também é impróprio vincular o sistema de precedentes com a teoria constitutiva da decisão judicial, como se a criação jurisprudencial do Direito fosse algo inerente apenas ao sistema do *common law*.

Como demonstrado anteriormente, no atual estágio de evolução do Direito, é plenamente aceito e cientificamente plausível admitir que os juízes realizam, dentro de certos limites, atividade criativa através da interpretação.

Alegar que a regra do precedente é incompatível com a realidade brasileira, por termos uma tradição jurídica ligada ao *civil law* é um erro. Novamente, é Jaldemiro Júnior¹⁷¹ quem esclarece a questão:

Também não se pode vincular o *stare decisis* à criação judicial do direito e, com base nisso, concluir por sua incompatibilidade no *civil law*. Primeiro, porque, atualmente, nos países de tradição romano-germânica, é dominante o pensamento de que o juiz exerce atividade criativa e não meramente declaratória, já que o sentido da norma não é simplesmente extraído do texto legal, mas construído no exato momento de decisão do caso concreto. Segundo, porque, durante muito tempo, na Inglaterra, conviveram harmonicamente o *stare decisis* e a teoria declaratória.

Ademais, há algum tempo que o ordenamento jurídico brasileiro adota práticas fortemente influenciadas pelo sistema inglês, como os precedentes sumulados, ou súmulas vinculantes.

Embora seja um tema extremamente polêmico e controverso entre os juristas, é possível dizer que os enunciados de súmula dos tribunais superiores são fruto direto dessa transformação jurisprudencial ocorrida no Brasil.

Instrumentos como a denominada súmula impeditiva de recurso, a reclamação constitucional e as súmulas vinculantes, são exemplos dessa transformação.

Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci¹⁷²:

¹⁷¹ **Ibidem**, p. 38/39.

¹⁷² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 257/258.

Nos horizontes do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de institutos jurídicos.

Nenhum operador do direito, de época contemporânea, negaria a utilidade e eficiência dos precedentes judiciais acerca das várias teses que deve sustentar na defesa de um caso ou para fundamentar uma decisão.

Os próprios tribunais de um modo geral, zelosos em difundir os seus respectivos precedentes, disseminam-se pela internet, e até mesmo interagem e “dialogam”, *on line*, com os usuários, chegando a “responder consultas” pontuais sobre determinada questão.

Advogando em defesa da adoção e consolidação da regra dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior¹⁷³ arremata:

Por outro lado, afigura-se flagrantemente equivocado o argumento de que o *stare decisis* é incompatível com os sistemas em que a lei se apresenta como fonte primária do direito (*civil law*). Primeiro, porque há países de *common law*, como os Estados Unidos da América, em que a produção legislativa é tão intensa como em países típicos do *civil law*.

Assim, não há qualquer impedimento em relação à incorporação destes métodos na realidade forense brasileira, o que, aliás, já vem acontecendo há alguns anos.

De fato, a atividade jurisprudencial no Brasil se desenvolveu a ponto de se tornar uma atividade quase que eminentemente criativa, o que justifica uma maior preocupação com as decisões judiciais e a adoção das balizas trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

Nas palavras de Marcelo Lamy¹⁷⁴:

Por outro lado, a principialização do direito, a admissão de normas principiológicas, na medida em que não se apresentam as tradicionais premissas (suporte fático) e consequências (sanção jurídica), na medida em que se apresentam em tecitura aberta, exigem, por necessidade hermenêutica, a determinação judicial de seus conteúdos concretos. **Essa**

¹⁷³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 39.

¹⁷⁴ LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 321/322.

realidade alça a Jurisdição ao poder criativo do Direito, alça a Jurisprudência à fonte primária do Direito, ao lado da lei.

É certo que essa afirmação pode parecer exagerada, pois a decisão judicial sempre parte da interpretação do que já está posto, não cria do nada a norma jurídica de decisão. No entanto, a partir do momento em que uma decisão judicial alça força vinculante para casos futuros, como se verá em outros tópicos, **há que se reconhecer, pelo menos, que a jurisprudência assumiu clara potencialidade normativa (força de comando geral e abstrato).** (grifou-se)

Não deve subsistir qualquer resistência ao natural processo evolutivo da Ciência Jurídica, já que esta muda em compasso com as transformações da sociedade, que se dão cada vez mais rapidamente em um mundo globalizado.

A nova ordem internacional exige a adaptação dos sistemas jurídicos de todos os países, a fim de que o Poder Judiciário dê resposta efetiva às demandas dos jurisdicionados e prestigie a segurança jurídica nas relações dos cidadãos.

4.3.6.3 Diferenciação entre enunciado de súmula e precedente e outras distinções

Antes de prosseguir, ainda, faz-se necessário distinguir súmula de precedente, tendo em vista que tais institutos podem gerar alguma confusão.

É possível dizer que o enunciado de súmula, vinculante ou não, é, assim como a lei, um texto normativo. É enunciado dotado de generalidade e abstração, como qualquer outro ato emanado do Poder Legislativo, visando disciplinar matéria específica ou sanar divergência jurisprudencial.

Há tempo já se firmou o entendimento doutrinário de que texto difere de norma, sendo esta última, dentre outras acepções, a interpretação do primeiro. É errôneo pensar que enunciado de súmula se trata de uma norma, ou da interpretação de um texto em sua forma pura.

O enunciado de súmula é texto e, como tal, sujeita-se à interpretação para que dele, da mesma forma, se extraia a norma adequada ao caso. Aliás, dessa característica decorre a possibilidade de, inclusive, afastar a incidência de enunciado sumular, inclusive vinculante, desde que devidamente justificado.

Nas palavras de Lênio Streck e Georges Abboud¹⁷⁵:

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 54/56.

Não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em uma prescrição literal, passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas, afinal o texto não é nada em sua textitude. O texto nada é sem o sentido (que será a norma a ele atribuída).

[...]

Nesse ponto, faz-se necessário esclarecer que o pensamento jurídico dominante incorre no equívoco de equiparar texto e norma. Tal distinção, contudo, é importante para demonstrar que a súmula não é norma em si, ou seja, ela também pode ser interpretada por mais objetiva que seja. Até mesmo porque: *não há clareza que dispense interpretação*.

É por isso que o inciso V impõe a necessidade de se identificar as razões determinantes para a aplicação de determinado enunciado de súmula ao caso *sub judice*. O que se impõe, em verdade, é a interpretação do texto, que deverá perscrutar as razões que ensejaram a edição do enunciado.

Diferentemente:

O precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores; entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais decisões que lhe devem “obediência hermenêutica”. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da *applicatio*.¹⁷⁶ (grifou-se)

Assim, em suma, embora seja possível dizer que os precedentes podem ensejar a edição de enunciados de súmulas pelos Tribunais Superiores, há uma diferença ontológica entre os institutos, que não se confundem.

Por isso, nas palavras de Streck e Abboud, “súmula não é precedente *strictu sensu*¹⁷⁷”, muito embora as técnicas judiciárias para sua aplicação, previstas no novo Código, possam se assemelhar pragmaticamente, conforme se verá a seguir.

Também é necessário diferenciar precedente de jurisprudência e jurisprudência dominante, tendo em vista que são conceitos distintos, embora correlatos:

É importante destacar, de logo, que o precedente, constituindo-se numa decisão única, não se confunde com jurisprudência e muito menos, com jurisprudência dominante, na medida em que estas pressupõem uma

¹⁷⁶ **Ibidem**, p. 42.

¹⁷⁷ **Ibidem**, p. 52.

coleção de acórdãos consonantes e reiterados, sobre certa matéria, num dado tribunal ou em certa justiça. O precedente também não se confunde com a norma que dele emana (*ratio decidendi* – *legal rule*), pois há uma relação de conteúdo e continente entre um dado precedente e a norma dele oriunda.¹⁷⁸

Nas palavras de Jaldemiro Júnior, o precedente, por sua vez, “constitui-se numa decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos.”¹⁷⁹

4.3.6.4 A formação e identificação do precedente na sistemática do Novo Código de Processo Civil

É imprescindível, ainda que brevemente, tecer algumas considerações a respeito da sistemática eleita pelo Novo Código de Processo Civil para formação dos precedentes.

O artigo 926 traz um aspecto interessante no que tange à jurisprudência: a necessidade de coerência. Esse dispositivo determina que as construções pretorianas observem a maneira como decidem, em relação a demandas idênticas, os demais juízes do mesmo tribunal e dos demais tribunais, visando, ao menos, mitigar as diferenças abismais entre os conteúdos de decisões a respeito da mesma matéria quando analisadas por juízos distintos.

Diz o dispositivo, *in verbis*, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Sem dúvida, o referido artigo servirá de importante instrumento democrático no que se refere à previsibilidade - sob a ótica do jurisdicionado – das decisões judiciais.

Na lição de Ziesemer¹⁸⁰:

As decisões e pronunciamentos do sistema de direito jurisprudencial têm o condão de estabelecer pautas de conduta à comunidade jurídica. São elas

¹⁷⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 70.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁸⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 337.

que dão um mínimo de calculabilidade do comportamento do Judiciário – e aí reside uma das dimensões da jurisprudência estável do artigo 926.

Posto efetivamente em prática, o dispositivo em comento, conjugado com outros do Novo Código, irá enfraquecer o “sistema lotérico” estabelecido ao longo do tempo no seio do Judiciário, no qual o jurisdicionado, não raramente, é surpreendido, negativa ou positivamente (sob sua ótica), quando da publicação da sentença.

Em qualquer caso, na atual dinâmica da jurisprudência brasileira, há um enfraquecimento do Judiciário enquanto instituição, pelo forte traço subjetivista das decisões judiciais.

Essa insegurança e imprevisibilidade, fruto da aplicação indiscriminada dos métodos supracitados, afetam até mesmo o crescimento econômico da nação, na medida em que, a insegurança jurídica acaba por afugentar investimentos e, conseqüentemente, a geração de riquezas.

Não havendo jurisprudência sólida e previsível, o livre mercado reage com retração econômica e desemprego, trazendo conseqüências extremamente perniciosas para o desenvolvimento do país. Vê-se, daí, que o tema se reveste de mais absoluta importância acadêmica e prática.

Comentando o artigo 926 do Novo Código de Processo Civil, Lênio Streck¹⁸¹ assevera:

Assim, haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da *força normativa* da Constituição. A *coerência* assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário.

Visando solucionar esse problema, o artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, trazendo inovações, diz que “os juízes e Tribunais observarão”: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência (arts. 976 e seguintes) ou de resolução de demandas repetitivas (art. 947) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036 e seguintes);

181 STRECK, Lenio. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

d) os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Isso quer dizer que, no que tange às hipóteses acima elencadas, “os pronunciamentos, salvo situações em que seu âmbito normativo não se enquadra no caso concreto a ser julgado futuramente, são impositivos, sob pena de nulidade”.¹⁸²

O artigo 927 elenca as hipóteses em que determinadas decisões pretorianas revestir-se-ão de um caráter de obrigatoriedade, adotando um critério formal na sua identificação.

Não há uma preocupação maior com a substância da decisão, bastando haver subsunção entre a espécie decisória e a hipótese prevista no artigo 927 do NCPC para que esta se revista de vinculatividade.

Isso significa, como será demonstrado adiante, que os precedentes, de maneira geral, não fugirão da incidência da hermenêutica, porque, assim como a lei, serão dotados de um grau de abstração. Em outras palavras, não haverá qualquer prejuízo à atividade jurisdicional dos juízes de inferior instância, que poderão afastar a incidência do precedente, desde que observado o procedimento do artigo 489, §1º, inciso VI.

É como explica Leonard Ziesemer¹⁸³:

Não há, veja-se, como retirar do intérprete a variabilidade interpretativa impondo que determinado texto tem força obrigatória ou vinculante. Ou a lei não é também vinculante e obrigatória? Por outro lado, argumentar que a linguagem e o texto dos “precedentes” é menos abstrato pode ser uma falácia; pôde-se perceber, no segundo capítulo deste estudo, que “clareza” de um texto não o exime de ser interpretado, e que não há jamais sentidos unívocos em direito – até porque o direito só ocorre no caso concreto, nunca desvencilhado da prática.

Esse rol reflete em aspectos importantíssimos da sistemática processual brasileira, tais como a concessão de tutela de evidência (art. 311, inciso II), improcedência liminar do pedido (art. 332), desnecessidade de reexame necessário (art. 496, §4º) etc.

¹⁸² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 332.

¹⁸³ **Ibidem**, p. 334.

Assim, o STJ e o STF, a título de exemplo, já saberão antecipadamente que determinada decisão a ser emanada ou enunciado de súmula a ser editado receberão o status de precedente obrigatório, o que impõe às cortes superiores uma cautela ainda maior na construção dos fundamentos das mesmas.

Não é à toa que o §1º do artigo 927 determina que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”; o que significa que os magistrados deverão se submeter aos precedentes formados pelas cortes superiores.

De fato, há uma necessidade de revestir o precedente de um maior grau de legitimidade democrática, porque produzido por órgãos do Estado que não são eleitos pelo voto direto.

Procurando robustecer a participação popular no sistema de precedentes, tendo em vista que serão aplicados a inúmeros casos semelhantes, o CPC de 2015 prevê a figura do *amicus curiae* em qualquer grau de jurisdição. Lê-se, no artigo 138 do Código, que:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Trata-se de interessante inovação, que, certamente, demandará um estudo mais aprofundado da doutrina a fim de delimitar o papel exato a ser desempenhado por esse ator processual que, no Código de Processo Civil de 1973, estava restrito à um pequeno número de ações originárias no Supremo Tribunal Federal.

Comentando a relação entre legitimidade das decisões e o sistema de precedentes adotado pelo novo Código de Processo Civil, Leonard Schmitz¹⁸⁴ pondera:

Os tantos pormenores e possíveis riscos que podem ser apontados à utilização indevida do direito jurisprudencial podem ser em grande medida minimizados por decisões “precedentes” bem fundamentadas, que sejam

¹⁸⁴ **Ibidem**, p. 337.

fruto de um extenso debate sobre a questão jurídica a ser julgada. [...] Exige-se um esgotamento discursivo, uma amplitude grande debate sobre a questão. A razão de ser do dispositivo é garantir um grau elevado de legitimidade desta decisão que, afinal de contas, servirá de parâmetro hermenêutico e normativo abstrato para o futuro.

Por fim, no que tange ao rol do artigo 927, parece pertinente fazer duas derradeiras observações.

A primeira diz respeito à abrangência do inciso IV, que reveste de obrigatoriedade os enunciados de súmulas do STF sobre matéria constitucional. Na opinião de Schmitz¹⁸⁵, que aqui também se adota, é razoável dizer que todos os enunciados editados pelo STF antes de 1988 e, portanto, antes da criação do STJ, que versem sobre matéria infraconstitucional, continuam sendo meramente persuasivos, ou seja, não vinculam os juízes e tribunais inferiores.

A segunda observação está relacionada aos pronunciamentos não enquadrados no rol do artigo 927, sobre os quais não recai a vinculatividade. Em relação a estes, contudo, incide a regra geral do artigo 926, devendo os juízes, sempre que coincidirem as razões de decidir, seguir o entendimento firmado nessas decisões de observância não obrigatória.

Este entendimento, a respeito do artigo 927, também fora encampado por parcela considerável da magistratura brasileiro, que, através da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em seminário a respeito do NCPC, aprovou o enunciado de nº 11, em que se lê que “os precedentes a que se referem os incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332”¹⁸⁶.

Assim, é de se concluir que o rol de decisões colegiadas trazidas pelo artigo 927 do NCPC não deve ser interpretado extensivamente. É necessário certo rigor metodológico a fim de definir quais espécies decisórias estarão ou não abrangidas pela norma.

¹⁸⁵ **Ibidem**, p. 336.

¹⁸⁶ ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015.

4.3.6.5 A aplicação do enunciado de súmula e do precedente judicial ao caso concreto

O inciso V do §1º do artigo 489 do NCPC dispõe que não será considerada fundamentada a decisão que “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”.

É necessário estabelecer algumas premissas em relação à formação e utilidade prática dos precedentes, que formam o próprio conteúdo de sua análise.

Em primeiro lugar, é de se destacar que, como explicitado, o sistema jurídico brasileiro propicia a multiplicação de interpretações conflitantes e, conseqüentemente, a instalação de uma inaceitável insegurança jurídica no seio da comunidade jurídica, afetando negativamente a sociedade e as relações econômicas.

Um exemplo são as cláusulas gerais, já tratadas em tópico próprio, e em relação às quais se demonstrou que o legislador federal procurou remediar-lhes os efeitos maléficos; que são a prova do reconhecimento de que o ordenamento positivo é incapaz de se transformar na mesma velocidade que a sociedade.

A solução encontrada fora conferir maior liberdade ao juiz no momento da decisão, a fim de remediar o problema da obsolescência e da obscuridade.

Nas palavras de Paula Pessoa Pereira¹⁸⁷:

O recurso a este tipo de técnica legislativa de forma intencional deve-se à tomada de consciência por parte do legislador de que a técnica da regra específica e determinada no sistema acarreta a rigidez do direito e o rápido envelhecimento da ordem jurídica positivada, na medida em que a alteração das regras, apenas por meio do processo legislativo, se torna inviável e indesejável para o desenvolvimento do direito em conformidade com a evolução da sociedade. Desse modo, como forma de permitir certa flexibilidade no sistema e na adaptabilidade às circunstâncias do caso concreto, o legislador lançou mão do uso das cláusulas gerais, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis em outros espaços ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social.

¹⁸⁷ PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, Incisos V e VI, do CPC de 2015: Justificação da Decisão Judicial e o Argumento por precedente. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 314/315.

Contudo, a intensa proliferação de posicionamentos divergentes na jurisprudência e o fomento da discricionariedade e do subjetivismo judicial levaram a indagação a respeito da conveniência desse sistema.

Vive-se, hoje, uma crise de segurança jurídica em decorrência do abuso e da má utilização das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Naturalmente, o próprio sistema jurídico busca adaptar-se às suas deficiências, e é nesse contexto que tomam espaço os enunciados de súmulas, vinculantes e não vinculantes, como uma tentativa de solucionar ou, ao menos, atenuar a imprevisibilidade que se alastrou nos tribunais brasileiros.

Esse movimento em direção aos traços característicos do *common law* demonstram a inauguração de uma nova fase no ordenamento jurídico brasileiro, dogmaticamente sincrética, num esforço de superação das deficiências congênicas do sistema romano-germânico.

Pode-se dizer que o primeiro grande passo nessa direção foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que acresceu o artigo 103-A à Constituição Federal, instituindo as súmulas vinculantes.

Evidentemente que já havia a edição de enunciados de súmulas pelos tribunais superiores antes da emenda, contudo esta demonstrou a necessidade insuperável de convergência de sistemas de julgamento.

É necessário transcrever as palavras de Marcelo Alves Dias de Souza¹⁸⁸, que vêm a calhar:

A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator e grande mentor, em sessão de 13.12.1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964.

[...]

Mas não foi só em resposta ao acúmulo de processos ou em busca de uma maior celeridade na prestação jurisdicional, que se criou a súmula no Supremo Tribunal Federal. Outros motivos existem para adoção da súmula, tão importantes quanto o de ser um critério para a solução de novos casos

¹⁸⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 253/254.

que poupa tempo e energia. Um deles é o fato de a súmula fornecer maior certeza do Direito.

Aliás, cabe aqui um parêntese a fim de distinguir súmula de enunciado de súmula, já que há corrente equívoco entre os operadores do direito no uso dessas expressões. Ainda nas palavras de Souza¹⁸⁹:

Ao contrário do que muitos pensam, o termo súmula quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos. Na verdade, o conteúdo do verbete individualmente, que expressa o entendimento do tribunal sobre determinada questão de direito, deve ser chamado, por precisão técnica, de enunciado.

Hoje, a atividade jurisdicional, além de criativa do direito, evidentemente integra o ordenamento como um todo, com ele harmonizando-se, nele acomodando-se e, também, transformando-o.

A fundamentação ocupa lugar primordial nessa dinâmica. Nas palavras de Paula Pereira, “é na justificação das decisões que a coerência e unidade do ordenamento jurídico são realizadas”¹⁹⁰.

Subjacente a isso está a necessidade de dar racionalidade e coerência ao ordenamento jurídico como um todo, harmonizando legislação e jurisprudência, no sentido de determinar que, mesmo em hipóteses que em os juízes encontrem-se vinculados ao entendimento de Tribunal Superior, eles externem as razões determinantes que os levaram a seguir determinada súmula ou precedente.

Esse é o objetivo do inciso V, ora analisado: o julgador deve identificar a *ratio decidendi* do precedente ou súmula que invoca, relacionando-o com o caso sob sua análise.

Isso significa dizer que não basta, por exemplo, alegar o magistrado que, “tendo em vista o disposto na súmula X, indefiro o pedido de tutela antecipada da parte”.

¹⁸⁹ **Ibidem**, p. 253.

¹⁹⁰ PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, Incisos V e VI, do CPC de 2015: Justificação da Decisão Judicial e o Argumento por precedente. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 320.

É necessário perscrutar as razões que ensejaram a edição do enunciado de súmula ou a prolação da decisão tomada como precedente.

Streck e Abboud¹⁹¹ são quem trazem algumas definições de *ratio decidendi*, o que auxiliará na compreensão do dispositivo:

É possível elencar sete conceitos cunhados pela tradição sobre *ratio decidendi*: é o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio do direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes.

A razão de decidir pode ser definida, em suma, como “a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para decidir o caso”¹⁹².

Já foi dito que a uniformização interpretativa na jurisprudência, se aplicada com técnicas adequadas, prestigia a racionalidade e a segurança jurídica; o que não exige o magistrado, repise-se, se fundamentar sua decisão que teve como ponto de partida enunciado de súmula ou precedente.

Essa justificação se dará no identificar as razões fáticas e jurídicas que ensejaram a edição do enunciado ou a prolação da decisão tomada como precedente.

Colha-se, oportunamente, a lição de Arenhart, Marinoni e Mitidiero¹⁹³:

Os precedentes são vertidos em textos que dizem respeito a determinados casos. Isso quer dizer que, como todo e qualquer texto, não dispensam interpretação (nada obstante tenham por função reduzir a equivocidade inerente ao discurso das fontes legislativas) a respeito do significado da linguagem empregada e a propósito do respectivo âmbito de aplicação. Daí que trabalhar com precedentes significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fático-jurídicas que nela recaem. Por essa razão, trabalhar com precedentes não significa de modo nenhum simplesmente alinhar julgados – condensados ou não em súmulas – sem individualizar as suas origens, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto. **Não se considera fundamentada a decisão, portanto, que apenas finge aplicar precedentes, mas que na verdade não patrocina**

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 43.

¹⁹² **Ibidem**, p. 43

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.493/494.

efetivo processo de identificação de razões e de demonstração da pertinência da *ratio decidendi* com o caso concreto. (grifou-se)

Assim, se diz “razões fáticas e jurídicas” porque ambas, na atividade jurisdicional, são indissociáveis, de modo que, ao invocar precedente para justificar sua decisão, o magistrado deve demonstrar a similitude entre o caso que está julgado e o que dera origem ao precedente.

É por isso que, no §2º do artigo 926, a nova lei processual dispõe que, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Nas palavras de Leonard Schmitz¹⁹⁴:

O enunciado de súmula não pode se constituir em uma tentativa de resumir, em poucas linhas e de forma autossuficiente, o entendimento jurisprudencial sobre uma questão jurídica.

É de se concluir, então, que a interpretação de um enunciado de súmula, quando desvincilhada dos julgados que a deram origem, não pode ser considerada parte de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.

A *ratio decidendi* “deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou”¹⁹⁵. Evita-se, assim, arbitrariedades e subjetivismos no ato de julgar, que é o que pretendem combater o novo Código e a Constituição Federal.

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior ensina que “*ratio decidendi* é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão, que não se confunde com a fundamentação ou com o dispositivo, sendo deles extraído”¹⁹⁶.

Ele ressalta a importância da identificação da razão de decidir que está contida em um precedente, já que é ela – e não o precedente em sua completude – que vincula o julgador de instância inferior em relação à que fora emanada a decisão¹⁹⁷:

¹⁹⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 335.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 43.

¹⁹⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal.** 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.72.

¹⁹⁷ **Ibidem**, p. 71/72.

Por isso é que a correta identificação da *ratio decidendi* de um julgado é questão muito importante num sistema que adota o precedente vinculantes, pois apenas a parte da decisão que se constitui na **ratio decidendi** é que vincula o julgamento dos casos análogos futuros.

Com efeito, a busca da definição da *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores. (grifou-se)

A *ratio decidendi* é o que o inciso V chama de “fundamentos determinantes”. É exatamente a identificação dessas razões que o Código determina sejam identificadas pelo juiz que, além disso, deve indicar o grau de similitude entre o caso que ensejou a decisão paradigma e o caso que será decidido por ele.

Jaldemiro Júnior¹⁹⁸ conclui:

Não é ocioso destacar que, no direito brasileiro, a porção do precedente que goza de eficácia vinculante é a que se constitui nos motivos determinantes da decisão, sendo certo, então falar em eficácia transcendente da motivação.

Assim, a importância de se identificar os motivos determinantes da decisão consiste, justamente, em encontrar a porção do precedente que vai servir de paradigma para os casos posteriores, proporcionando mais segurança e previsibilidade na realização do direito.

Evidentemente, em um mesmo precedente pode haver diversas razões de decidir, que sejam afeitas tanto às questões preliminares quanto à questão principal do processo ou, ainda, na fundamentação da rejeição de pedido de uma das partes. É possível que a razão de decidir na improcedência de um pedido, naturalmente, se configure como precedente.

A ideia central e subjacente à incorporação do sistema de precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro é a de universalização da racionalidade das decisões. Isso porque, como exaustivamente levantado neste trabalho, o princípio constitucional da igualdade exige que, para casos semelhantes, haja soluções semelhantes com razões de decidir semelhantes ou idênticas.

É como ensina Paula Pessoa Pereira¹⁹⁹:

¹⁹⁸ **Ibidem**, p. 80.

¹⁹⁹ PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, Incisos V e VI, do CPC de 2015: Justificação da Decisão Judicial e o Argumento por precedente. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 323/325.

A escolha da interpretação mais adequada é uma atividade difícil e exige muito do raciocínio jurídico tomado pelos juízes, pois, como regra, os argumentos levantados e defendidos pelas partes representam teses adequadas, expostas de forma persuasiva e coerente, o que faz com que a escolha se dê entre interpretações jurídicas igualmente válidas. **A exigência que recai sobre os juízes, então, está na necessidade de uma justificação racional que exponha sua pretensão de resolução na disputa privada por meio de uma razão universalizável, que seja capaz de ser replicada nos demais casos semelhantes.** Daí porque a necessidade do estudo do processo de justificação das decisões judiciais.

[...]

A manifestação do critério da universalidade traduz a exigência prática da realização da justiça formal (tratar os casos semelhantes de forma igual), bem como imprimir à argumentação jurídica o elemento da racionalidade, evitando a tomada de decisões judiciais arbitrárias e parciais. (grifou-se)

Racionalizar a resposta significa otimizar a prestação jurisdicional. Essa concepção de justiça das decisões, como se vê, decorre do chamado “imperativo moral categórico” de Immanuel Kant, na medida em que “requer que os juízes e cortes, quando da resolução dos problemas jurídicos, tomem decisões de acordo com critérios e razões que possam ser tomadas nos futuros casos análogos”.²⁰⁰

Maccormick²⁰¹ expõe os fundamentos de se adotar um critério universalizante no ato de decidir:

A qualidade universal de uma decisão representa o próprio fator de correção desta (correção aqui entendida no seu aspecto formal, não de justiça substantiva). Só podemos afirmar que a prática de uma ação tomada em virtude de certas características é correta, se esta ação for considerada correta em todas as outras situações nas quais as mesmas características se verificarem.

Justificar um ato é mostrar que ele é correto. Mostrar que ele é correto é mostrar que, sob qualquer visão objetiva da matéria, o ato deveria ter sido praticado, ou mesmo deve ser praticado, considerando as características do ato e as circunstâncias do caso. Dizer: é correto fazer v porque este é um caso de fazer v nas circunstâncias c é dizer que, ao menos prima facie, alguém deveria fazer v sempre que c ocorrer. De fato, isso significa dizer: Se c ocorrer, deve-se fazer v; c ocorreu, logo, deve-se fazer v.

Marcelo Lamy²⁰² complementa, ao tratar da fundamentação das decisões judiciais, advogando em favor do que denomina uma “fundamentação democrática das decisões”:

²⁰⁰ **Ibidem**, p. 327.

²⁰¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéia Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 120.

De outra forma, a fundamentação da decisão é o elemento justificante do ato decisório. No entanto, sua logicidade somente se estabelece se, considerados os condicionantes, desenvolve uma argumentação racional de cunho universalizável (o que traduz a necessidade da “fundamentação democrática das decisões”).

A Jurisdição é um labor estatal que, como os demais, deve acolher a participação (direitos fundamentais de participação), tem que se estruturar com mecanismos de participação, o que se dará pelo contraditório, pela fundamentação democrática e pela publicidade.

As súmulas vinculantes e os precedentes judiciais a isso se prestam: segurança jurídica, efetivação da igualdade constitucional, otimização da prestação jurisdicional e combate à discricionariedade.

Interessante que a o sistema de precedentes e a edição de enunciados de súmulas se mostram extremamente eficazes no combate aos subjetivismos e discricionariedades justamente por essas características, aqui expostas.

Não é à toa que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em seminário a respeito do Poder Judiciário e o NCPC, aprovou o enunciado de nº 8, cuja redação afirma que “os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente”²⁰³.

Colham-se as palavras de Paula Pereira²⁰⁴, novamente, por oportunas:

A universalidade como critério de correção, ou seja, como critério de verificação da plausibilidade das premissas usadas pelo julgador e da conclusão inferida, favorece o afastamento de seleção de fatores pessoais para o julgamento, pois se o juiz tiver a intenção de favorecer um grupo ou pessoa e, para tanto, se utilizar de uma premissa X, deverá usar a mesma premissa para resolver todos os casos que se encontrem naquele conjunto de características e circunstâncias. Constituindo, nesta perspectiva, uma verdadeira condição de aceitabilidade da decisão judicial.

²⁰² LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 322.

²⁰³ ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015.

²⁰⁴ PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, Incisos V e VI, do CPC de 2015: Justificação da Decisão Judicial e o Argumento por precedente. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 327.

Além disso, esse mecanismo trazido pelo Novo Código, no inciso V, prestigia e enaltece o Estado Democrático de Direito, na medida em que propugna pela generalidade das normas jurídicas, como defendido neste trabalho.

A previsibilidade e a segurança jurídica são pressupostos fundantes de qualquer civilização organizada com base no Direito.

Nesse sentido:

O Estado de Direito exige a generalidade no trato das normas jurídicas, sejam estas de ordem legislativa ou judicial. No caso das decisões judiciais, conquanto sejam ordens específicas na resolução de disputas particulares, o raciocínio jurídico tomado na emissão da ordem específica deve se basear em normas gerais. Isso porque a decisão judicial deve ser apresentada como resultado da deliberação de normas gerais e não de normas elaboradas por uma pessoa particular. Generalidade esta que confere o elemento da impessoalidade na administração pública da justiça, na medida em que as decisões são tomadas por juízes que trabalham como partes integrantes de um corpo institucional coerente e estável. **A racionalidade do sistema de precedentes depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória: sua universalizabilidade.**²⁰⁵ (grifou-se)

Mais do que prestigiar os princípios democráticos, o uso de precedentes e de instrumentos uniformizantes da jurisprudência mostra-se uma necessidade contemporânea de adaptação e aperfeiçoamento da jurisdição.

O Poder Judiciário é um só e por isso deve prezar por manter coerente sua jurisprudência, criando, contudo, mecanismos de evolução que prestigiem a segurança jurídica.

Assim como a legislação positiva deve ser atualizada de tempos em tempos a fim de acompanhar as transformações sociais ou atender às necessidades econômicas momentâneas, assim também o direito pretoriano.

Justamente visando evitar o engessamento da atividade judicial, e para que a jurisprudência não se torne verdadeiro ato legislativo *strictu sensu*, o próprio Código de Processo Civil de 2015 previu mecanismos de evolução na interpretação jurisprudencial, tais como o *overruling* e o *distinguishing*, que se verão a seguir.

²⁰⁵ **Ibidem**, p. 328/329.

4.3.6.6 Métodos de superação de precedentes no NCPC: o *distinguishing* e o *overruling*.

O parágrafo 1º do artigo 489 se encerra no inciso VI, que dispõe que não será considerada a decisão que “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”.

Na verdade, o inciso VI trata-se de consectário lógico do inciso anterior: da mesma forma que a invocação de precedente ou enunciado de súmula para decidir acarreta no ônus de fundamentar adequadamente a decisão, nos moldes do inciso V, o afastamento destes (de enunciado ou precedente) também demanda em correta justificação.

Quando se fala em precedentes vinculantes, deve-se ter em mente que esta vinculação se dá na forma horizontal, ou seja, quando relacionada à própria Corte que o estabeleceu; ou na forma verticalizada, quando incide sobre a atividade de juízes de hierarquia inferior à da Corte firmou o precedente ou editou o enunciado de súmula.

Tradicionalmente, no *common law*, os juízos inferiores não detêm autonomia para se desvencilhar da aplicação de um precedente, declarando-o inadequado ou superado. A única hipótese da não aplicação de precedente pelo juiz subsequente, via de regra, é através do *distinguishing*.

É como ensina Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior²⁰⁶:

Disso resulta que as cortes inferiores, em regra, somente podem se afastar dos precedentes das cortes que lhes são hierarquicamente superiores através da técnica das distinções (*distinguishing*).

No que tange à distinção (*distinguishing*), cumpre ressaltar que, como dito anteriormente, a análise da aplicação de precedentes terá como objeto principal a *ratio decidendi* do julgado paradigma.

Repetindo o que fora dito, é necessário lembrar que a aplicação de um precedente judicial vinculativo pressupõe as mesmas razões de decidir da questão

²⁰⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 89.

principal, bem como as mesmas circunstâncias fáticas que ensejaram seu surgimento.

O *distinguishing*, nesse sentido, nada mais é que um juízo de adequação, feito pelo juiz subsequente, do caso sob sua análise em relação à *ratio decidendi* do paradigma. Isso se dá pela impossibilidade de proibir o juiz de interpretar, como também pelo fracasso da tentativa de elaborar uma norma jurídica que não necessite ser analisada à luz dos fatos.

Em outras palavras, deve haver substancial diferença fática entre as circunstâncias contidas no precedente e os fatos do caso sobre o qual invoca-se sua incidência para que ele seja afastado.

Nas palavras de Jaldemiro Júnior²⁰⁷, *distinguishing* é uma:

técnica de confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos, que revela a inadequação da aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática entre os mesmos. Note-se que não é qualquer diferença fática entre o precedente e o caso em julgamento que autoriza a inaplicabilidade daquele. As diferenças têm que versar sobre os fatos materiais, de forma que as distinções sobre os fatos não fundamentais ou irrelevantes, não justificam a inobservância do precedente. Isso porque, conforme já esclarecido, só há sentido falar em precedente vinculante quando a *ratio decidendi* do mesmo puder ser aplicada a casos análogos posteriores.

A técnica de distinção deverá ser utilizada de forma absolutamente criteriosa, de modo que não deverá dar azo ao afastamento de precedente por parte do juiz por considerar as razões de decidir injustas, inadequadas ou ultrapassadas. O juízo subsequente deve, impreterivelmente, aplicar o precedente obrigatório, ressalvado, apenas, a hipótese de distinção.

Deve-se ter em mente, além disso, que a incorporação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro visa dar concretude ao princípio da isonomia, de modo que o uso inadequado da técnica da distinção resultará em instabilidade na jurisprudência e insegurança jurídica.

Não é outra a opinião de Ataíde Júnior²⁰⁸:

Os tribunais muitas vezes se utilizam da distinção para não aplicar o precedente cuja solução considera injusta ou incorreta; para tanto, chegam

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 89/90.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 91.

até a distinguir o indistinguível como a única maneira de escapar das garras de um precedente indesejado, que, de outro modo, seria obrigatório.

Há, contudo, diga-se de passagem, uma maneira de lançar mão da técnica de distinção a fim de afastar um precedente, mesmo que incompatível com as razões do precedente. É a chamada “distinção inconsistente”, que é “espécie de passo provisório para a revogação total do precedente”²⁰⁹.

O *overruling*, por sua vez, trata-se de método de superação total de um precedente, ou seja, sua revogação.

Destaque-se que, no Direito inglês, somente aceitou-se que a *House of Lords* superasse seu próprio precedente em 1966. Até então, ela encontrava-se permanentemente vinculada aos seus próprios precedentes.

Hoje, essa vinculação horizontal é apenas relativa, de modo que se admite a superação e substituição de precedentes.

Assim, uma corte realiza o *overruling* “quando constata que um precedente seu ou das cortes inferiores se formou erroneamente ou que se tornou inadequado em virtude de mudanças sociais, alteração do quadro normativo etc”²¹⁰.

Marinoni²¹¹ informa que os requisitos básicos para a revogação de um precedente são a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.

É possível, ainda, evitar surpresas quando da revogação de um precedente, através de adequada determinação da eficácia temporal do novo precedente, se retrospectiva ou prospectiva.

Novamente, invoca-se Jaldemiro Júnior²¹² a fim de traçar os contornos do que seria um precedente obsoleto:

Os precedentes deixam de ter congruência social e consistência sistêmica quando se tornam controversos, ensejando distinções inconsistentes e

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 333.

²¹⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 94.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 392.

²¹² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 95.

críticas doutrinárias. Da mesma forma, tornam-se incongruentes e inconsistentes quando uma nova concepção geral do direito, uma inovação tecnológica, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação.

A revogação de um precedente controverso, que não goza mais de congruência social e consistência sistêmica, ao invés de ameaçar a estabilidade e não surpresa, promove tais valores; na medida em que a manutenção de um precedente desacreditado atentaria contra as justas expectativas daqueles que, após sinalizações dos Tribunais, passaram a pautar sua conduta de modo socialmente correto.

Assim, o *overruling* permite a oxigenação do Direito e da jurisprudência dos Tribunais, dando-lhes dinamicidade e capacidade evolutiva, de modo a acompanhar as transformações sociais e também, aperfeiçoar interpretações.

A fim de tutelar a confiança jurídica e prestigiar a estabilidade das relações sociais, a tradição jurídica desenvolveu técnicas intermediárias para mitigar os efeitos da superação de um precedente.

Pode-se destacar, dentre elas, as principais: o *technique of signaling*, o *transformation* e o *overriding*.

Em relação a essas técnicas, Marinoni²¹³ esclarece que:

Por meio delas o tribunal não revoga o precedente, mas também não realiza um adequado *distinguishing*, que permita ver que a solução dada ao caso sob julgamento está em consonância com o resultado a que se chegou o precedente.

Na técnica de sinalização (*technique of signaling*), como o próprio nome já diz, o Tribunal sinaliza aos jurisdicionados que o precedente está ultrapassado ou equivocado; porém, visando não surpreender as partes, o aplica, ressaltando que está em vias de ser revogado.

Um sinal aponta para um acontecimento futuro, sendo exatamente isto que faz o Tribunal: aponta para a futura e iminente revogação de um precedente que ainda está sendo aplicado.

Nas palavras de Jaldemiro Rodrigues²¹⁴:

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 335.

²¹⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 92.

Com a técnica da sinalização o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve ser observado, porém, por razões de segurança jurídica, ao invés de revogá-lo, prefere apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação. Através de tal técnica, visa-se informar à sociedade que o precedente, que até então orientava sua pauta de conduta, está na iminência de ser revogado, de forma que os jurisdicionados não devem mais planejar seu agir com base no mesmo, e, os que assim o fizerem, não poderão alegar afronta às justas expectativas normativas.

Na *transformation*, por sua vez, tem-se que o Tribunal considera acertado o provimento final do precedente, ou seja, seu resultado, mas aponta para o erro em sua tese. A *ratio decidendi* é vista como equivocada, e a Corte aponta para sua superação.

Marinoni²¹⁵, discorrendo a respeito dessa técnica, ensina que:

Na *transformation*, embora o resultado a que se chega no caso em julgamento seja incompatível com a *ratio decidendi* do precedente, tenta-se compatibilizar a solução do caso em julgamento com o precedente transformado ou reconstruído, mediante a atribuição de relevância aos fatos que foram considerados de passagem.

Aqui, embora se conclua pelo erro da tese (razão determinante) do precedente, admite-se que se chegou a resultado correto, ou melhor, tendo uma ação sido julgada improcedente, admite-se que se chegou a resultado correto (improcedência), porém através de fundamento equivocado. A sua diferença para o *overruling* é que, neste, admite-se o erro tanto nas razões quanto no resultado do precedente. (grifou-se)

O *overriding*, por sua vez, “pode ser visto como um caso especial de desvinculação do precedente, mediante distinções consistentes”²¹⁶. Nesse sentido, aproxima-se mais do *distinguishing* que do *overruling* ou de uma revogação parcial.

Nas palavras de Jaldemiro Júnior²¹⁷:

Através do *overriding* a Corte limita ou restringe a incidência do precedente, como se fosse uma revogação parcial. Porém, o *overriding* aproxima-se mais do *distinguishing* do que de uma revogação parcial, pois, apesar de o resultado do caso em julgamento ser incompatível com a totalidade do precedente, a restrição se dá por meio de distinções consistentes, isto é, com fulcro em situação relevante que não estava envolvida no precedente. A distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 344/347.

²¹⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 93.

²¹⁷ **Ibidem**, p. 93.

na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução.

Essas três técnicas apresentadas são amplamente admitidas no plano horizontal de aplicação dos precedentes, pois o Tribunal que editou determinado precedente é competente para modifica-lo ou alterá-lo e, ainda, modificar precedente de Tribunal inferior.

O que não se admite é que Tribunal hierarquicamente inferior ou o juiz monocrático negue, sob o argumento de inadequação da *ratio decidendi*, vigência a um precedente, excetuado a realização do *distinguishing*.

A estes (juízos subsequentes), é possível, contudo, em casos excepcionais, lançar mão de uma quarta técnica, polêmica e amplamente difundida no direito norte-americano, que é a *antecipatory overruling*.

Tucci²¹⁸, a respeito dessa técnica amplamente difundida nos Estados Unidos, leciona:

A técnica do *antecipatory overruling*, apesar de polêmica na doutrina norte-americana, e de a Suprema Corte, ainda, não ter se pronunciado expressamente aprovando-a ou reprovando-a, foi introduzida com arrojo pelos tribunais dos Estados Unidos e vem sendo utilizada pelas cortes inferiores, ao fundamento de que o precedente não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido, ainda que implicitamente, pelo próprio tribunal que o produziu.

O processualista civil Luiz Guilherme Marinoni pontua que se trata de “não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte”²¹⁹.

Evidentemente que se trata de artifício jurisprudencial utilizado pelos juízes a fim de se livrar de precedente indesejado. A utilização dessa técnica demanda uma carga argumentativa ainda maior que a habitual, na medida em que o magistrado deverá demonstrar, racionalmente, a alta probabilidade ou a quase certeza de que o precedente que se afasta será impreterivelmente revogado em tempo próximo.

Nas palavras de Jaldemiro de Ataíde Júnior²²⁰:

²¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 402.

O abandono do precedente vinculante exige do órgão judicial uma carga qualificada de argumentação, que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, além disso, uma justificação complementar que convença do acerto na desconsideração do precedente, haja vista que o princípio da inércia – segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro, por ser presumivelmente correta, pelo desejo de coerência e pela força do hábito – conduz à observância de um precedente, a menos que se tenha fundada e relevante razão para não segui-lo.

É possível, segundo Marinoni²²¹, identificar, nos países que adotam o *common law*, as razões mais comumente invocadas por Cortes inferiores quando da utilização da superação antecipada, quais sejam: a) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; b) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente está revogado; c) ter a Suprema Corte demonstrado que está à espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*.

Ataíde Júnior²²² exemplifica:

O desgaste do precedente pelas próprias razões da Suprema Corte configura-se quando esta nega expressamente seus fundamentos em casos não similares, ou quando passa a realizar distinções inconsistentes, em casos similares. A tendência da Suprema Corte que permita concluir que se utilizou da técnica da sinalização (*technique of signaling*). Em outros casos, a própria Suprema Corte demonstra que está esperando um caso apropriado para revogar o precedente.

Lançar mão do chamado *antecipatory overruling*, trata-se de aplicação, ademais, do artigo 926 do novo Código, que exige integridade e coerência da jurisprudência. Se a Corte que da qual emanou o precedente já dá sinais claros de sua revogação, nada mais coerente que possibilitar que as Cortes e juízes inferiores deixem de observá-lo²²³.

Derradeiramente, é interessante fazer breves considerações a respeito do enunciado de nº 9 aprovado pela Escola Nacional de Formação e

²²⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 96/97.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 403.

²²² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 99.

²²³ **Ibidem**, p. 98.

Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) em Seminário a respeito do Novo Código de Processo Civil²²⁴, cuja redação é a seguinte:

9) É ônus da parte, para fins do disposto no art. 489, §1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

Embora a maioria dos enunciados referentes ao artigo 489 e correlatos, do NCPD, aprovados nessa oportunidade demonstrarem certa obstinação dos magistrados em aplicar a nova lei, o enunciado acima transcrito, em sentido contrário, parece ser dotado de certa razoabilidade.

Se é verdade que as partes são quem, via de regra, delimitam os contornos do processo no que tange ao objeto litigioso e as causas de pedir (tanto é assim que a petição inicial é comumente chamada na doutrina de “projeto de sentença”), também é razoável considerar que, ao invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula, elas (as partes) também deverão demonstrar eventual superação de entendimento ou distinção do precedente.

Tal raciocínio decorre do princípio da inércia da jurisdição, de modo que, se a parte provocou o Judiciário com fundamento em precedente, por exemplo, ela também deverá demonstrar que o contexto fático de sua causa se assemelha com o do precedente invocado.

Da mesma forma o réu, caso queira demonstrar que o precedente invocado pelo autor não se aplica àquele caso, deverá ele mesmo realizar o *distinguishing*, quando chamado a integrar a relação jurídica processual.

Esse debate deve ocorrer no processo como consectário lógico do princípio do contraditório, porque isto dará substrato jurídico para a decisão final do julgador.

Logicamente, o juiz deverá acolher ou desacolher a tese (jurisprudência, enunciado de súmula ou precedente) quando da decisão, incidindo o

²²⁴ ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015.

dever de justificar minuciosamente suas razões, de acordo com os incisos V e VI, §1º do artigo 489 do NCPC.

Naturalmente, se se der o contrário, ou seja, o juiz, na decisão, fizer a distinção ou demonstrar a superação do entendimento, da mesma forma lhe caberá o ônus argumentativo.

Em suma: seja para acolher uma das teses debatidas no processo pelas partes, seja para invocar entendimento não veiculado no processo (em relação, estritamente, aos incisos V e VI do dispositivo em comento; caso contrário deverá ser reaberto o contraditório), o juiz não se exime do dever de fundamentação na forma do artigo 489.

O que quer o enunciado, em verdade, é estimular a cooperação entre as partes e o juiz no processo, de modo a ser ter uma rápida solução da lide, com amplo debate de teses jurídicas.

Por fim, concluindo-se, é importante ressaltar que todas essas técnicas de superação de precedentes, criadas e desenvolvidas em solo estrangeiro, deverão ser minuciosamente analisadas pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

Certamente não se aplicarão de maneira idêntica à que são aplicadas na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. O processo civil brasileiro e o cotidiano das Cortes superiores terão de passar por um período de adaptação ao novo sistema, de modo a adequar as novidades trazidas pelo NCPC à Constituição Federal e à tradição jurídica nacional.

Será necessário observar os desdobramentos da aplicação dessas técnicas alienígenas pelos Judiciário brasileiro. Sem dúvida alguma, muita jurisprudência e, quiçá, legislação serão produzidas a respeito.

Os operadores do direito deverão debruçar-se cautelosamente sobre essas questões a fim de cumprir as determinações do novo Código e, ao mesmo tempo, harmonizá-las com o restante do ordenamento jurídico.

4.3.7 Breves considerações a respeito da ponderação no NCPC

O Código de Processo Civil de 2015, ainda em seu artigo 489, traz um dispositivo extremamente controverso para o ordenamento jurídico positivo: o seu parágrafo segundo.

Nele, encontra-se o dispositivo com a seguinte redação:

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

Trata-se, como se vê, da técnica da ponderação ou, como chamada no direito norte-americano, do *balancing*, amplamente difundida em terras brasileiras e frequentemente utilizada pelos juízes, mormente pelo Supremo Tribunal Federal.

A técnica da ponderação fora introduzida no Brasil quando da “popularização” do uso de princípios para resolver questões jurídica imbricadas.

O problema reside no fato de que, quase nunca a ponderação é feita nos seus moldes dogmáticos originais, restando sua aplicação totalmente distorcida pelos tribunais brasileiros.

Inicialmente levantada por Ronald Dworkin, a ponderação fora aperfeiçoada pelo jurista alemão Robert Alexy, cuja obra “Teoria dos direitos fundamentais” traçou-lhe os métodos de aplicação, na esteira de sua teoria da argumentação.

Ana Paula Barcellos²²⁵ é quem traz, ao menos, três concepções de ponderação:

Em primeiro lugar, a ponderação é descrita por muitos autores como a forma de aplicação dos princípios. Nesse sentido, e empregando a lógica de Alexy, uma vez que os princípios funcionam como comandos de otimização, pretendendo realizar-se da forma mais ampla possível, a ponderação é o modo típico de sua aplicação.

Uma segunda maneira de compreender a ponderação é a que visualiza, sem maiores preocupações dogmáticas, como um modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios.

Por fim, e em terceiro lugar, os diversos autores ligados às discussões sobre a teoria da argumentação compreendem a ponderação em sentido muito mais amplo, como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais. Ponderação, nesse sentido, é a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza. (grifou-se)

²²⁵ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24/27.

Essas três definições trazidas pela autora citada dão um satisfatório panorama da confusão dogmática que gira em torno da técnica da ponderação entre os juristas brasileiros.

Como dito, não há consenso dogmático a respeito de sua definição, tampouco cautela em sua utilização. Trata-se de técnica que se transformou em verdadeira “katchanga real” por excelência, sendo a mais utilizada a fim de mascarar ativismos e decisões desprovidas de fundamentação racional.

Em outras palavras, além de questões científicas concernentes ao próprio método, que aqui não serão abordadas, a ponderação, como trazida pelo dispositivo, chancelará a discricionariedade no processo civil brasileiro, o que denota imenso retrocesso.

Grifou-se a segunda definição trazida por Barcellos, já que tudo indica que o legislador a adotou quando da edição do parágrafo segundo.

Em primeiro lugar, é imprescindível destacar que Alexy desenvolveu esse sistema de superação de antinomias tendo em vista a aplicação dos princípios jurídicos – uma dentre outras espécies normativas.

Já fora exposto neste trabalho que é pacífico, atualmente, na Ciência Jurídica, que “norma” é gênero, da qual os princípios, as regras e os postulados são espécies. A teoria dos princípios desenvolvida por Humberto Ávila é clara na distinção dessas três espécies normativas.

De fato, o parágrafo segundo do artigo 489 do NCPC fala em “colisão entre normas”, o que demonstra uma tremenda falta de conhecimento jurídico e uma péssima técnica legislativa.

Dispondo dessa forma, o legislador conferiu ao Judiciário verdadeiro “cheque em branco” na atividade jurisdicional. Tendo em vista que o termo “normas” no dispositivo deve ser interpretado em sua acepção técnica, é impossível inadmitir, então, que magistrados poderão afastar, inclusive, a incidência de regras jurídicas, sem o devido controle de constitucionalidade.

Se já se verificam inúmeros abusos e impropriedades na ponderação de princípios, que se dirá da possibilidade de “ponderar” qualquer espécie normativa?

O parágrafo segundo pode causar imensa instabilidade jurídica no ordenamento jurídico, de modo que até mesmo as exigências legais elencadas no

parágrafo primeiro do artigo 489, conforme analisadas neste trabalho, poderão ser afastadas através de ponderação.

O que impedirá o magistrado de afastar, mediante ponderação, a incidência do inciso VI do §1º do artigo 489, por exemplo, que impõe a necessidade de justificação do afastamento de um precedente? Ou, então, do inciso IV, que lhe impõe o dever de enfrentar todos os argumentos jurídicos invocados pela parte?

Embora, no parágrafo primeiro, o legislador tenha estabelecido algumas técnicas a serem observadas pelos juízes, mormente no que tange ao regime de precedentes (tais como o *distinguishing* e o *overruling*), não se mostra aconselhável incluir no ordenamento jurídico positivo uma técnica extremamente complexa e que envolve nuances filosóficas.

O parágrafo primeiro vem como tentativa de remediar a discricionariedade dos juízes e extirpar a insegurança jurídica da atividade jurisdicional. Assim, encontram guarida na Constituição Federal, já que sua aplicação é no sentido de conferir racionalidade à fundamentação das decisões, de modo que um dispositivo que ameace tirar a eficácia deste dispositivo deve ser considerado inconstitucional.

Em poucas palavras, na prática, a técnica alexyana possibilita a prevalência de um princípio em detrimento de outro depois de vencida uma série de três etapas, que compreende: a) adequação: aqui, analisa-se se a restrição normativa imposta é apta a atingir o fim a que se destina; b) necessidade: analisa-se se a restrição imposta é a menos onerosa possível com a mesma eficácia; c) proporcionalidade em sentido estrito: aqui, há um sopesamento de valores (ponderação propriamente dita), em que o julgador analisa, dentre os princípios em conflito, qual o mais prestigiado pelo ordenamento jurídico e se a restrição de um deles, no caso concreto, justifica-se à luz da razoabilidade.

Lênio Streck²²⁶, em artigo publicado na rede mundial de computadores, faz algumas considerações a respeito da ponderação no NCPC:

O sopesamento (ponderação), através do que Alexy chamará de máxima da proporcionalidade, será o modo que o autor encontrará para resolver os conflitos

²²⁶ STRECK, Lenio. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

jurídicos em que há *colisão de princípios* [atenção, juristas de Pindorama: *é colisão de princípios e não, genericamente, de NORMAS*] sendo um procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito [atenção juristas pindoramenses: *há um PROCEDIMENTO composto por três etapas*]. Enquanto as duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação) que tem a seguinte redação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

A ponderação, trazida agora pelo Novo Código de Processo Civil, possui efeitos contrários em relação às suas outras inovações e, conseqüentemente, traz conseqüências negativas para o Estado Democrático de Direito.

Um só dispositivo poderá prejudicar irreversivelmente milhares de jurisdicionados em todo o país, já que autorizará que os magistrados realizem verdadeiras alquimias jurídicas, negando vigência a regras e criando insegurança jurídica.

Repisando, o NCPC traz um método que, além de ultrapassado e subjetivo, está descrito na lei pela metade, tendo em vista que os três critérios que procuram dar objetividade à aplicação do postulado da proporcionalidade não estão contemplados na redação do dispositivo.

Certamente, não poderia ser diferente, pois trata-se de matéria afeta ao âmbito doutrinário, sendo que sua positivação apenas gerará complicações e insegurança.

A solução, assim, é que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, declare o parágrafo segundo do artigo 489 do CPC de 2015 inconstitucional, tendo em vista que viola o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal e afronta princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, tais como a segurança jurídica, a legalidade e o próprio princípio democrático.

4.4 A Natureza Jurídica das Decisões Não Fundamentadas e os Mecanismos Processuais Aptos a Atacá-las

É sabido que a Constituição Federal consagra implicitamente o princípio do duplo grau de jurisdição, que é um dos pilares do Estado Democrático

de Direito, se fazendo presente em todas as nações onde já há considerável avanço civilizatório.

O princípio do duplo grau de jurisdição parte do pressuposto da falibilidade dos juízes, que, certamente, cometem equívocos ao decidir, e possibilita às partes atacarem as decisões que consideram equivocadas, por meio das espécies recursais previstas em lei.

Neste trabalho, defendeu-se a ideia de que a devida fundamentação, ou seja, aquela que está em consonância com a Constituição e os novos dispositivos do NCPC, constitui parte essencial de qualquer decisão, sendo que, sem a fundamentação, ela deverá ser declarada nula, por força do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Embora haja quem defenda, como a Professora Teresa Wambier, que decisão não fundamentada é decisão inexistente para todos os efeitos jurídicos, parece de boa técnica optar pela nulidade, em vez da inexistência.

Se se considerarem inexistentes todas as decisões que não são fundamentadas, ter-se-á uma tremenda crise de segurança jurídica na atividade jurisdicional.

Isso porque, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, o dever de fundamentação das decisões estava adstrito à Constituição Federal. Agora, elencadas as hipóteses do §1º do artigo 489 do NCPC, parece que tomar por inexistentes as decisões que não observem o referido dispositivo legal irá causar grande confusão entre os operadores do direito.

Primeiro porque, certamente, haverá intensa produção jurisprudencial a respeito da interpretação destes dispositivos, de modo que seu conteúdo normativo será alterado diversas vezes. Em segundo lugar, porque a própria Constituição Federal é quem determina que serão nulas tais decisões, não inexistentes. Como um texto normativo, esta (a Constituição) deve ser interpretada juridicamente. Nulidade não é sinônimo de inexistência, sendo dois institutos completamente diferentes.

De fato, a pena de nulidade para decisões não fundamentadas de acordo com a Constituição e o NCPC parece ser suficiente para resguardar a ordem jurídica e os princípios democráticos.

Humberto Theodoro Júnior²²⁷ distingue inexistência de nulidade:

Ato inexistente é o que não reúne os mínimos requisitos de fato para sua existência como ato jurídico, do qual não apresenta nem mesmo a aparência exterior. O problema da inexistência, dessa forma, não se situa no plano da eficácia, mas sim no plano anterior do ser ou não ser, isto é, da própria vida do ato. **Por isso, o ato inexistente jamais se poderá convalidar e nem tampouco precisa ser invalidado.**

[...]

A nulidade é, portanto, uma sanção que incide sobre a declaração de vontade contrária a algum preceito do direito positivo. (grifou-se)

Vê-se que há larga diferença entre os institutos, com sérias consequências jurídicas e possibilidades distintas, a depender da posição que se adota.

Aqui, defende-se que a decisão não fundamentada é nula. Contudo, em se tratando de matéria de nulidades, é certo que há graus de intensidade, de modo que a gravidade da inobservância do ato é que determinará seu regime.

Novamente, colham-se as palavras do processualista civil Humberto Theodoro Júnior²²⁸, por oportunas:

Essa sanção – privação de validade – admite, porém, graus de intensidade. Quando a ilegalidade atinge a tutela de interesses de ordem pública, ocorre a nulidade (ou *nulidade absoluta*), que ao juiz cumpre decretar de ofício, quando conhecer do ato processual viciado (não depende, pois, de requerimento da parte prejudicada; o prejuízo é suportado diretamente pela jurisdição).

Sempre, porém, que a ilegalidade tiver repercussão sobre interesse apenas privado da parte (que, por isso, tem disponibilidade do direito tutelado pela norma ofendida), o que ocorre é a anulabilidade (ou *nulidade relativa*). Pela menor repercussão social do vício, a lei reserva para o titular da faculdade prejudicada o juízo de conveniência sobre anular ou manter o ato defeituoso.

Parece temerário classificar as decisões judiciais não fundamentadas como absolutamente nulas. Como visto, a nulidade absoluta implica em diversos incidentes processuais que tumultuam o processo. Uma delas é o fato de que os juízes podem conhecer da nulidade absoluta de ofício.

Imagine-se uma situação em que as partes apelam tão somente para alterar o valor da condenação e o Tribunal, *ex officio*, anula a sentença por

²²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 54.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 324.

²²⁸ **Ibidem**, p. 324.

considerar que não está devidamente fundamentada, ou, pior, anula uma decisão interlocutória prolatada no início do processo. Decisões como essa fulminarão, de uma só vez, diversas garantias processuais constitucionais, como a celeridade, economia processual e até mesmo o princípio da inércia do Poder Judiciário.

Trata-se de uma irracionalidade admitir tal premissa. Embora se trate de elemento absolutamente indispensável às decisões, não parece razoável fulminar de nulidade absoluta a decisão que não siga os ditames do §1º do artigo 489 do NCPC.

Caberá, sim, às partes argüirem a nulidade relativa dessas decisões porque, muito embora a atividade jurisdicional desempenhe funções endoprocessuais e extraprocessuais, estas (as partes) possuem o interesse maior em uma prestação jurisdicional adequada.

Ada Pellegrini, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Cintra²²⁹ apontam os riscos do abandono de um critério formalista para a decretação de nulidades e demonstram que, em muitos casos, melhor é deixar a cargo das partes a alegação de nulidade, que deverá ser admitida posteriormente pelo Juízo:

Mesmo quando eivado de vício que determina a sua nulidade, porém, o ato processual considera-se válido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decreta a nulidade: a ineficácia do ato decorre sempre do pronunciamento judicial que lhe reconhece a irregularidade. Assim sendo, o *estado de ineficaz é subsequente ao pronunciamento judicial* (após a aplicação da sanção de ineficácia – diz-se, portanto, não sem alguma impropriedade verbal, que o ato nulo é anulado pelo juiz). Não se compadeceria com a natureza e fins públicos do processo a precariedade de um sistema que permitisse a cada qual das partes a apreciação da validade dos atos, podendo cada uma delas negar-se a reconhece-los mediante a simples alegação de nulidade: abrir-se-ia caminho, inclusive, a dolo processual das partes, diluindo-se sua sujeição à autoridade do juiz e pulverizando-se as garantias de todos no processo.

Geralmente, quem defende a ideia da inexistência da decisão não fundamentada, pauta-se em seu papel extraprocessual, ou seja, aquele relacionado ao controle social que pode ser exercido sobre as razões dos juízes. Assim, para quem adota essa corrente, uma decisão não fundamentada seria a mesma coisa que uma não-decisão.

²²⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed.; São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 378.

Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira²³⁰ encampam essa mesma ideia, defendendo que não é possível falar em inexistência do ato judicial neste caso:

Há uma segunda corrente, porém, que encara o vício da falta de motivação como apto a autorizar, no máximo, o ajuizamento de ação rescisória. Mesmo considerando-se a importância do dever de fundamentar as decisões judiciais, entende-se que a falta de fundamentação implica decisão anulável por recurso ou rescindível no prazo de dois anos após o ajuizamento da ação rescisória. Essa conclusão se alicerça no princípio da segurança jurídica.

Parece-nos correto este último entendimento.

Para que um fato se subsuma à previsão normativa, é necessário que estejam presentes aquilo que se convencionou chamar de elementos nucleares do suporte fático. A falta de um elemento nuclear impede que se considere como jurídico determinado fato. Os elementos nucleares que compõem o suporte fático do ato “decisão judicial” são, como se pode extrair da própria terminologia: a) ter sido proferida por alguém investido de função jurisdicional; b) a decisão, a norma concreta, o comando, a manifestação do magistrado sobre o objeto litigioso. A motivação é elemento que legitima a decisão, deixa-a conforme a Constituição.

É designar uma decisão sem fundamentação de ilegítima, espúria, absurda, autoritária etc., mas é inegável que ela é uma decisão. Não é à toa que o texto constitucional expressamente atribuiu a sanção de invalidade à decisão não-motivada. (grifou-se)

Vem a calhar a lição de Pontes de Miranda, para quem “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”²³¹. Ora, se a decisão não fundamentada é passível de anulação pelos Tribunais, certamente ela existe no mundo jurídico, podendo-se, assim, falar-se em nulidade relativa.

Como dito, e muito embora os juízes tenham o dever de cumprir a lei (incluindo-se, obviamente, o artigo 489), caberá à parte prejudicada requerer a anulação do ato judicial pela via recursal adequada.

Admitir que tais decisões são anuláveis, ou seja, maculadas de nulidade relativa, é prestigiar o princípio da segurança jurídica, a estabilidade das relações sociais e a própria dignidade da Justiça.

²³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 299/300.

²³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p.13.

Tais decisões são, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior²³², atos relativamente nulos, porque, “embora viciado em sua formação, mostra-se capaz de produzir seus efeitos processuais, se a parte prejudicada não requerer sua invalidação”.

A credibilidade do Judiciário ante o jurisdicionado ficaria comprometida se aos juízes fosse dado, de ofício, a possibilidade de anular decisões dos outros membros do Poder Judiciário sem que sequer as partes tenham suscitado essa questão no recurso.

É necessário, assim, pelas razões expostas, convir que a ausência de fundamentação, nos moldes do §1º do artigo 489 do NCPC trata-se de nulidade relativa.

4.4.1 Fundamentação ausente e/ou deficiente: *error in iudicando* ou *error in procedendo*?

Resta saber, ainda, e por estar se tratando de recursos, se a fundamentação ausente ou deficiente configura *error in iudicando* ou *error in procedendo*.

Essa discussão diz respeito à causa de pedir recursal, de modo que a resposta à pergunta feita do título desta seção irá determinar o provimento que se irá requerer ao Tribunal quando da interposição de um recurso.

Importa, aqui, fazer esta distinção porque, como se trata (a fundamentação judicial) de questão imbrincada na teoria do direito, a definição da natureza do erro judicial na sua inobservância pode se mostrar um tanto tormentosa.

Sem pretensão de acerto absoluto, este trabalho buscará contribuir para o esclarecimento da questão, tendo em vista que, certamente, esse tipo de discussão irá surgir na jurisprudência a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil.

Pois bem. Em primeiro lugar, é necessário distinguir a diferença entre *error in iudicando* e *error in procedendo*.

Adianta-se que, na doutrina, há diferentes acepções dos institutos. A doutrina tradicional, como Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, costuma

²³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol1. 54.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 325.

relacionar *error in iudicando* com o direito material discutido no processo e o *error in procedendo* com as próprias questões de direito processual levantadas.

Essa primeira acepção não parece ser a mais acertada. Aqui, adota-se a classificação trazida por Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha²³³:

Chama-se *error in iudicando* o equívoco de juízo. Denuncia-se, por meio da impugnação, uma má apreciação da questão de direito ou da questão de fato, ou de ambas, pedindo-se, em consequência, a reforma da decisão. Trata-se de um erro na declaração dos efeitos jurídicos substanciais e processuais: erro pelo qual o juiz desconhece efeitos jurídicos que a lei determina para a espécie em julgamento ou, ao contrário, reconhece existentes efeitos jurídicos diversos daqueles. **É um dado que investiga no conteúdo da decisão: o juiz decidiu mal, apreciou mal aquilo que lhe foi submetido para ser decidido. Trata-se de fato jurídico que enseja a reforma da decisão recorrida.**

Chama-se *error in procedendo* o vício de atividade, que revela um defeito da decisão, apto a invalidá-la. Denuncia-se o vício de atividade, pleiteando-se a invalidação da decisão. **O vício é de natureza formal, invalidando o ato judicial, não dizendo respeito ao conteúdo deste mesmo ato.** (grifou-se)

A definição acima transcrita parece ser tecnicamente mais precisa e cientificamente mais adequada, tendo em vista que há uma larga diferença entre o mérito do recurso interposto e o mérito da causa decidida em primeiro grau. Didier e Cunha²³⁴ prosseguem, desmistificando o dogma doutrinário que costuma relacionar as duas espécies de erro com a natureza do direito discutida:

Não se pode confundir *error in iudicando* com o erro na apreciação do mérito da causa. O vício de juízo também pode ocorrer na aplicação do direito processual.

O *error in procedendo* não pode ser diferenciado em relação ao *error in iudicando* pela distinção entre direito processual e direito material. O objeto do juízo de mérito do recurso é o julgamento mesmo, proferido no grau inferior: não se trata de discutir o que foi decidido (conteúdo da decisão), como ocorre no recurso por *error in iudicando*; **no recurso por *error in procedendo*, discute-se a perfeição formal da decisão como ato jurídico:** discute-se, enfim, a sua validade (pouco importando o acerto ou equívoco da decisão). (grifou-se)

Isto posto, indaga-se: as decisões que não observam as prescrições do parágrafo primeiro do artigo 489 do NCPC são decisões que incorrem em *error in iudicando* ou em *error in procedendo*?

²³³ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 3. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 81/82.

²³⁴ **Ibidem**, p. 81/82.

A resposta não é simples por diversos motivos.

Em primeiro lugar, é de se observar que, antes do advento do NCPD, não havia, na legislação infraconstitucional, qualquer dispositivo que tratasse da fundamentação das decisões.

Assim, o resguardo desse direito fundamental ficava a cargo, única e exclusivamente, do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal que, como se espera se um texto constitucional, não dispunha a respeito do tema minuciosamente. A imposição constitucional é genérica: decisões não fundamentadas são nulas.

Nesse sentido, parecia mais fácil classificar uma ausência de fundamentação como *error in iudicando*, que ensejaria a reforma da decisão pelo Tribunal. Aqui, leia-se ausência material, já que se fosse uma ausência formal de fundamentação, ou seja, que contivesse apenas relatório e dispositivo, ter-se-ia um *error in procedendo*, que implicaria em sua invalidação, devido à imperfeição formal do ato.

Assim, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, ainda em vigor, pode a parte recorrente alegar *error in iudicando* quando o magistrado, por exemplo, se utilizar de fundamentação genérica ou, ainda, deixar de se manifestar a respeito de argumento jurídico trazido pela parte no decorrer do processo.

Tal recurso, se provido, ensejará a prolação de decisão colegiada que substituirá a monocrática. Não há, assim, maiores divagações a serem feitas em relação ao atual Código.

O problema reside, contudo, justamente no parágrafo primeiro do artigo 489 do NCPD.

Como dito, as questões que, sob o CPC de 1973 são normalmente tratadas como *error in iudicando*, ou seja, uma má apreciação de questão de fato e/ou de direito, agora integram, indiretamente, o conteúdo formal das decisões através do §1º do artigo 489. Tal dispositivo elenca novos requisitos para que a decisão judicial seja considerada válida e adequada.

Assim, questiona-se se deve haver, ao menos no que tange à fundamentação das decisões judiciais, uma reformulação das definições de *error in iudicando* e *error in procedendo*.

Com o dispositivo que entrará em vigor, opera-se uma “confusão” entre o que seria um erro de inobservância da forma prescrita em lei para a decisão (§1º

do artigo 489 do NCPC) e, portanto, um *error in procedendo*; e o que seria um erro na apreciação das questões do processo e, assim, *error in iudicando*.

Essa discussão importa porque, a depender da resposta que se obtenha, admitir-se-á a anulação da decisão atacada, remetendo-se os autos para que o juízo de origem prolate nova decisão (*error in procedendo*) ou admitir-se-á sua reforma no próprio tribunal (*error in iudicando*).

Não obstante pareça ter havido substancial alteração da disciplina dos institutos com o advento do novo Código, a questão, em verdade, permanece a mesma.

Explica-se.

Não é de boa técnica dizer que, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, as decisões não fundamentadas substancialmente (fundamentação insuficiente) possuem, em seu bojo, *error in procedendo*.

Na verdade, o §1º do artigo 489 vem para combater discricionariedades e, embora imponha comportamentos ao juiz no ato decisório, não amplia, rigorosamente falando, o rol de requisitos formais da sentença, que permanecem sendo: relatório, fundamentação e dispositivo. Tanto é assim que o artigo 489, caput, elenca somente estes três itens como elementos essenciais da sentença.

Por certo que que o dispositivo estudado neste trabalho possui força coercitiva, já que se trata de lei. Trata-se de uma forma de “cercear a liberdade decisória do juiz”, impondo-lhe deveres que, convenha-se, sequer necessitariam estar previstos em lei.

Contudo, as práticas abusivas dos tribunais mostram que a inovação vem em boa hora e irá funcionar como catalizadora da democratização da atividade jurisdicional.

Assim, esclareça-se que, nesse aspecto (mérito recursal), o §1º não traz nenhuma alteração substancial no regime processual brasileiro, sendo que as decisões não fundamentadas substancialmente permanecem sendo, aos olhos do autor deste trabalho, *error in iudicando*, passíveis, portanto, de reforma diretamente nos tribunais; ao passo que só haverá *error in procedendo* na ausência formal de fundamentação, ou seja, quando a sentença, por exemplo, apenas contiver relatório e dispositivo.

Em outras palavras: o *error in procedendo*, no que tange à fundamentação, diz respeito a vícios de forma, externos; enquanto o *error in iudicando* diz respeito a um vício material, dentro da própria decisão.

De outro modo, por questões de celeridade e economia processual, seria um contrassenso admitir que decisões que violassem o §1º do artigo 489 deveriam ser sempre reformadas pelo próprio juízo prolator, já que a reforma pode ser feita no próprio tribunal.

Como ocorre hoje, não haverá nenhum empecilho para que os tribunais continuem reformando decisões não fundamentadas ou fundamentadas insatisfatoriamente, desde que observe, obviamente, o próprio dispositivo em comento.

Feitas essas considerações, passa-se, agora, a uma breve análise das espécies recursais de que pode se valer o jurisdicionado no processo civil brasileiro a fim de atacar decisões não fundamentadas.

4.4.2 Os embargos declaratórios

Os embargos de declaração são uma espécie recursal há muito introduzida no sistema processual civil brasileiro.

Sempre houve a discussão a respeito da natureza jurídica dos embargos, se podem ou não ser considerados como uma espécie de recurso. Isso se deve ao fato de que, ao contrário das outras espécies recursais, os embargos declaratórios são julgados pelo próprio órgão que proferiu a decisão atacada e, além disso, não possuem o objetivo de reformar a decisão embargada, mas sim de aprimorá-la.

Esse debate demonstrou-se inócuo, tendo em vista que, tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no Novo Código, o legislador incluiu os embargos de declaração no rol dos recursos admitidos no processo civil brasileiro.

De fato, dispõe o NCPC:

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:
IV - embargos de declaração;

Assim, ao menos na seara positiva, cessa a discussão, devendo-se atribuir aos embargos declaratórios natureza recursal.

Pode-se definir embargos de declaração, então, como “recurso cabível quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição ou omissão”²³⁵.

O próprio conceito de embargos de declaração já diz muito a respeito das hipóteses em que podem ser opostos. O CPC de 2015 dispõe que são oponíveis embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: a) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; b) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; c) corrigir erro material.

O pronunciamento judicial é obscuro quando for ininteligível ou não passível de compreensão. O exemplo clássico da doutrina seria uma sentença prolatada inteiramente em latim.

A contradição, tecnicamente, é a existência de proposições inconciliáveis entre si. A contradição que admite embargos é a contradição interna da decisão. Se houver contradição externa como, por exemplo, entre as provas colhidas na instrução processual e a sentença, o recurso cabível será a apelação, não os embargos declaratórios.

Na omissão, o juiz deixa de solucionar questão relevante para o desfecho da causa; deixa de apreciar argumentos jurídicos trazidos pelas partes.

O erro material, por fim, não fora definido nem no CPC de 1973 nem no novo Código. A doutrina define os erros materiais como equívocos manifestos, tais como erros de digitação do valor da condenação, do nome da parte etc.

A título de complementação, leia-se o que dizem Didier e Cunha²³⁶, ainda que sua obra tenha sido escrita sob a égide do CPC de 1973:

Considera-se omissa a decisão que não se manifestar: a) sobre um pedido; sobre os argumentos relevantes lançados pelas partes; c) sobre questões de ordem pública, que são apreciáveis de ofício pelo magistrado, tenham ou não tenham sido suscitadas pela parte.

A decisão é obscura quando for ininteligível, quer porque mal redigida, quer porque escrita à mão com letra ilegível. Um dos requisitos da decisão

²³⁵ **Ibidem**, p. 199.

²³⁶ **Ibidem**, p. 200.

judicial é a clareza; quando este requisito não é atendido, cabem embargos de declaração para buscar esse esclarecimento.

A decisão é contraditória quando traz proposições entre si inconciliáveis. O principal exemplo é a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão.

Além da omissão, obscuridade e contradição, os embargos de declaração vêm sendo admitidos para a correção de erros materiais, pois ao juiz se permite, de ofício ou a requerimento, corrigir erros ou inexatidões materiais (CPC, art. 463), não havendo, em princípio, óbice em aceitar que tais erros sejam demonstrados em embargos declaratórios.

Interessante demonstrar aqui que, em consonância com o espírito geral do novo Código, o parágrafo único do artigo 1.022, no segundo inciso, dispõe que “considera-se omissa a decisão que incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º”.

Por expressa determinação legislativa, a inobservância do §1º do artigo 489 gerará uma decisão omissa, ensejando a oposição de eventuais embargos declaratórios.

Trata-se de alteração legislativa esperada, já que há tempos a doutrina admite embargos declaratórios contra qualquer decisão judicial, quanto mais aquelas que possuem deficiências em sua fundamentação. O NCPD encampa esse entendimento ao dispor, no caput do artigo 1.022, que os embargos declaratórios são oponíveis contra “qualquer decisão judicial”.

Ao advogar pela possibilidade de oposição de embargos declaratórios às decisões interlocutórias (hipótese não autorizada pelo CPC de 1973), Didier e Cunha²³⁷ relacionam a fundamentação deficiente com a omissão que permite opor os embargos. Confira-se:

Diante disso, poder-se-ia concluir não serem cabíveis os embargos declaratórios de decisão interlocutória, quando se alegasse existência de contradição ou obscuridade, exatamente porque o inciso I do art. 535 do CPC alude, expressamente, a sentença e acórdão, não contemplando outro tipo de ato judicial.

Acontece, porém, que o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que todo pronunciamento judicial seja devidamente fundamentado, sob pena de nulidade. Ora, não somente as sentenças e os acórdãos, mas também as decisões interlocutórias devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de, não se atendendo ao comando constitucional, haver manifesta nulidade. E, para que a decisão seja devidamente fundamentada, deve estar livre de qualquer vício, não sendo omissa, nem contraditória, nem obscura.

²³⁷ *Ibidem*, p. 202.

Com efeito, a omissão, a contradição e a obscuridade são vícios que subtraem da decisão a devida fundamentação. **No particular, o instrumento processual destinado a suprir a omissão, eliminar a contradição e esclarecer a obscuridade consiste, exatamente, nos embargos de declaração.**

Assim, e com vistas ao atendimento da exigência constitucional de que todos os pronunciamentos judiciais devem ser devidamente fundamentados, é dizer, devem estar livres de qualquer omissão, obscuridade ou contradição, resta forçoso concluir serem cabíveis embargos declaratórios para suprir omissão, eliminar contradição e esclarecer obscuridade constantes de decisão interlocutória. (grifou-se)

De fato, há notável sinergia entre o artigo 489, §1º, que impõe o dever de fundamentação às sentenças, decisões interlocutórias e acórdãos; e o artigo 1.022, que dispõe que qualquer decisão judicial pode ser atacada por embargos de declaração.

É possível imaginar, pela amplitude semântica dos dispositivos do §1º do artigo 489, que, em relação a estes, os embargos declaratórios serão utilizados abusivamente pelas partes no processo. O Novo Código, contudo, se adiantou e previu penas processuais para esse tipo de comportamento.

Se houver má fé do embargante e o juiz verificar que se tratam de embargos declaratórios meramente protelatórios, poderá aplicar a pena prevista no §2º do artigo 1.026, que dispõe que “quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa”.

Em havendo reiteração da prática, o §3º do mesmo artigo dispõe que “a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa”.

Não bastasse a pena pecuniária, e visando combater o comportamento doloso das partes no processo civil, o artigo 1.026, §4º determina que “não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios”.

Assim, os embargos declaratórios, no NCPC, demonstram-se instrumento hábil para corrigir imperfeições nas decisões judiciais.

4.4.3 O agravo instrumental

Define-se agravo de instrumento, à luz do Código ainda vigente, como instrumento processual apto a atacar decisão interlocutória, “quando esta for suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”.²³⁸

O agravo de instrumento, ao contrário dos embargos de declaração, sofreu drástica transformação no NCPC.

No Código de Processo Civil de 1973, com a reforma legislativa de 2005, adotou-se o sistema de recorribilidade mitigada das interlocutórias, pois, muito embora qualquer decisão interlocutória seja atacável por agravo, a parte não pode mais optar livremente entre suas espécies: instrumental ou agravo na forma retida. A lei processual civil brasileira impõe a espécie de agravo cabível para cada tipo de interlocutória.

No NCPC, o sistema de recorribilidade mitigada se mantém, havendo, contudo, um recrudescimento no que tange às decisões agraváveis. A partir da vigência da nova lei, a parte somente poderá agravar das decisões inclusas no rol do artigo 1.015; rol este taxativo.

Confira-se:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de

²³⁸ **Ibidem**, p. 168.

cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

As decisões interlocutórias não incluídas no artigo 1.015, poderão ter seu conteúdo atacado em eventual recurso de apelação.

De fato, o parágrafo primeiro do artigo 1.009 do novo Código dispõe que “as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

No que tange ao objeto deste estudo, é fácil constatar que as matérias de que tratam os dispositivos do parágrafo primeiro do artigo 489 do NCPC não foram incluídas no rol.

Assim, decisões interlocutórias que não forem devidamente fundamentadas não poderão ser atacadas por agravo, devendo ser questionadas em eventual recurso de apelação.

Essa mudança trazida no novo Código suscita inúmeras discussões e questionamentos.

Além da polêmica mudança do regime de admissibilidade recursal, questiona-se se o dispositivo (artigo 1.015) realmente abrange todas as hipóteses de decisões interlocutórias que poderão causar prejuízo irreparável à parte. Como exemplo, cita-se a decisão interlocutória que impõe a multa prevista no §8º do artigo 334, que, também pelo artigo 1.015, é inatacável por agravo.

Imagine-se uma situação em que o autor recebe a penalidade do artigo 334, §8º, mas, ao final do processo, a ação é julgada totalmente procedente em seu favor. Ele - o autor - não possui interesse recursal, num primeiro momento. Contudo, a única espécie recursal apta a atacar a interlocutória que aplicou a multa é a apelação, o que se mostra um contrassenso.

Como não se trata do objeto de estudo desse trabalho, tais discussões deverão ser debatidas na doutrina e jurisprudência. Trouxe-se esse exemplo apenas para demonstrar as dificuldades que deverão ser superadas pelo novo Código.

Aqui, contudo, defende-se que, no que tange ao artigo 489, §1º do NCPC, andou bem o legislador em não incluir as decisões não fundamentadas segundo o próprio Código no rol do artigo 1.015.

Fora explicado no decorrer deste trabalho que a fundamentação decisória judicial envolve nuances hermenêuticas e filosóficas extremamente complexas, de modo que seria ir contra a efetividade do processo permitir que qualquer decisão interlocutória fosse atacada sob a alegação ausência de devida fundamentação.

Admitir o agravo instrumental nessas hipóteses certamente iria tumultuar o processo e dar lugar ao comportamento protelatório e de má fé das partes, porque é, de certo modo, “fácil” alegar falta de fundamentação ou procurar algum erro na decisão, ainda que irrelevante juridicamente.

Os embargos declaratórios podem, todavia, suprir a eventual necessidade de reforma de decisão com fundamentação obscura ou omissa.

O agravo de instrumento possui um procedimento muito mais formal e moroso que os embargos, o que permite que se concilie a efetividade e duração razoável do processo com o direito constitucional das partes em serem atingidas apenas por decisões fundamentadas.

De fato, o agravo instrumental requer a remessa dos autos para o Tribunal, o que, é verdade, não será um problema com o advento do processo judicial eletrônico pela Lei 11.419/2006. Contudo, o tempo para julgamento do agravo é que importará em risco para o processo, devido ao represamento de recursos nos tribunais.

Os embargos declaratórios, por sua vez, são julgados pelo próprio juiz prolator da decisão e, em tese, mais rapidamente. Os embargos são o caminho mais econômico e, talvez, eficaz para aperfeiçoar as decisões; sendo preferíveis ao agravo.

É necessário destacar aqui, entretanto, que o magistrado não poderá se furtar do dever de elucidar as questões levantadas nos embargos, não havendo mais espaço, no atual estágio de desenvolvimento do Estado de Direito brasileiro para decisões como: “Não há nada a esclarecer”.

Vê-se, inclusive, que decisões assim prolatadas em sede de embargos declaratórios também violam o parágrafo 1º do artigo 489; o que, em tese, ensejariam até mesmo novos embargos declaratórios em relação a ela.

Como o legislador também restringiu, através de pena processual pecuniária, a oposição de diversos embargos num mesmo processo, é necessária redobrada cautela por parte do magistrado ao julgá-los.

Essa limitação induz à seguinte conclusão: caso a parte se veja impossibilitada de suprir a ausência substancial de fundamentação de determinada decisão interlocutória através dos embargos de declaração, sua única saída será atacá-la em eventual recurso de apelação, tendo em vista que não poderá socorrer-se do agravo instrumental.

Não se deve olvidar que o novo Código, conforme demonstrado, protege as interlocutórias não abrangidas no artigo 1.015 da preclusão temporal.

Contudo, com exceção das hipóteses trazidas pelos incisos I e II do artigo 1.015, quais sejam, interlocutórias que versarem sobre tutela provisória e mérito do processo, respectivamente; é difícil imaginar outras situações em que as interlocutórias mal fundamentadas causarão prejuízo às partes.

Assim, caso haja prejuízo em interlocutória não agravável, a parte ainda pode valer-se da apelação e requerer a nulidade da decisão ao Tribunal, tendo em vista que o agravo na forma retida fora extinto pelo NCPC.

4.4.4 O recurso de apelação

Apelação é o “recurso que se interpõe das sentenças dos juízes de primeiro grau de jurisdição para levar a causa para o reexame dos Tribunais, visando obter sua reforma total ou parcial”²³⁹.

Nas palavras de Didier e Cunha, de uma maneira mais técnica, apelação “é o recurso cabível para se impugnar os atos do juiz que ponham termo ao procedimento, com ou sem julgamento do mérito; ou seja, serve para impugnar sentenças definitivas ou terminativas”²⁴⁰.

Em poucas palavras, é possível dizer que o recurso de apelação possui alguns efeitos, sendo que apenas os seguintes interessam para o objeto de estudo deste trabalho.

²³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol1. 54.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 269.

²⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 3. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 107.

Em primeiro lugar, destaque-se o efeito devolutivo, que é a possibilidade de se devolver ao Judiciário aquilo que fora julgado, ainda que em outra instância.

Aqui se discute a extensão (quais pedidos são devolvidos para reanálise do Tribunal) e a profundidade (quais teses são devolvidas ao juízo ad quem) do recurso de apelação. A lei traz uma regra para regulamentar a extensão e outra para regulamentar a profundidade: *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, só serão devolvidos os pedidos que compõem o objeto da apelação.

É o recorrente quem delimita o que vai ser devolvido. Já em termos de profundidade, a regra é que o Tribunal pode conhecer de todas as matérias, mesmo que não impugnadas, desde que relacionadas com o que fora pedido.

No que tange às matérias, a regra é a da devolutividade ampla; basta que tenham sido levantadas no processo para que sejam conhecidas pelo Tribunal. De fato, o §1º do artigo 1.013 dispõe que “serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado”.

Didier e Cunha²⁴¹ assim definem o efeito devolutivo da apelação:

A apelação, como qualquer outro recurso, contém o efeito devolutivo. Por força do efeito devolutivo, são transferidas ao órgão *ad quem* as questões suscitadas pelas partes no processo, com o objetivo de serem reexaminadas. **O efeito devolutivo pode ser analisado em relação à sua profundidade e à sua extensão.**

Quanto à extensão, o grau de devolutividade é definido pelo recorrente, nas razões do seu recurso. Significa dizer que, ao deduzir o pedido de nova decisão, o recorrente fixa a extensão da devolutividade, a fim de que o tribunal possa julgar o recurso. Trata-se da aplicação do aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*, valendo dizer que, nesse caso, a matéria a ser apreciada pelo tribunal é delimitada por o que é submetido ao órgão ad quem a partir da amplitude das razões apresentadas no recurso. **O objeto do julgamento pelo órgão ad quem pode ser igual ou menos extenso comparativamente ao julgamento do órgão a quo, mas nunca mais extenso.**

Por sua vez, **a profundidade do efeito devolutivo é medida pelo material jurídico e fático com que o órgão ad quem poderá trabalhar.** A profundidade do efeito devolutivo consiste em determinar em que medida competirá ao tribunal a respectiva apreciação – sempre, é óbvio, dentro dos limites da matéria impugnada. (grifou-se)

²⁴¹ **Ibidem**, p. 118.

O Tribunal, via de regra, além daquilo que fora recorrido pelas partes, para que não haja violação ao princípio da inércia da jurisdição e dos princípios informadores do processo.

Há, ainda, o efeito translativo da apelação, que está relacionado com a transferência das matérias de ordem pública para o Tribunal. Na verdade, o efeito devolutivo limita o efeito translativo. Nas palavras de Didier e Cunha²⁴²:

O efeito devolutivo limita o efeito translativo, que é seu aspecto vertical: o tribunal poderá apreciar todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado – e somente àquilo. O recorrente estabelece a extensão do recurso, mas não pode estabelecer a sua profundidade.

Assim, se dentro do capítulo impugnado discute-se matéria de ordem pública, estas serão automaticamente devolvidas ao Tribunal. Nesse sentido, Ada Pellegrini, Antônio Fernandes e Antônio Gomes Filho²⁴³:

Mas, dentro desses limites, a profundidade do conhecimento do tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo o que for relevante para a nova decisão, por isso que o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (relativo à extensão do conhecimento), complete-se pelo acréscimo *vel appellare debebat* (relativo à profundidade). **Assim, nos limites da matéria impugnada, ou cognoscível de ofício, e desde que não modifique o pedido e a causa de pedir (que delimitam a pretensão), o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes.** (grifou-se)

Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁴⁴ são elucidativos a respeito do efeito translativo do recurso de apelação:

Independentemente de efetiva impugnação pela parte, restam submetidas ao tribunal, em face do efeito translativo, as questões conhecíveis de ofício (por exemplo, arts. 337, §5º, 485, §3º, 487, II, CPC), “todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado” (art. 1.013, §1º, CPC) – vale dizer, ainda que o magistrado tenha se omitido em apreciá-las em sentença, nada obstante suscitadas e discutidas pelas partes no processo, e todos os fundamentos arguidos pelas partes no primeiro grau de jurisdição que podem servir para solução do caso levado a juízo.

²⁴² **Ibidem**, p. 95.

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 52.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 944.

No que se refere ao objeto de estudo deste trabalho, qual seja, a fundamentação das decisões judiciais, é de se indagar se se trata de matéria de ordem pública ou não.

Encontrar a resposta possui implicações práticas relevantes, tais como a necessidade, ou não, de se suscitar a nulidade de determinada decisão, em recurso de apelação, pela ausência de fundamentação substancial.

Fora demonstrado, no decorrer do trabalho, que a fundamentação das decisões judiciais constitui pressuposto indispensável em um Estado Democrático de Direito, de modo que sua ausência fere mortalmente a Constituição Federal e põe em risco a estabilidade institucional dos Poderes da República.

Por se tratar de um dever de ofício e um verdadeiro princípio republicano, os juízes devem velar pelo bom exercício da atividade jurisdicional, cabendo aos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores o controle das decisões, monocráticas ou colegiadas, que violem o mandamento do artigo 93, inciso IX da Carta Magna.

Isso posto, e levando-se em conta o que fora exaustivamente aqui defendido, é de se concluir que as decisões recorridas poderão ser anuladas pelo Tribunal *ex officio*, caso verifique-se a violação do disposto no §1º do artigo 489 do NCPC; principalmente se, em primeiro grau, o recorrente houver oposto embargos declaratórios em relação à decisão atacada na apelação.

Assim, ainda que a parte não impugne a decisão recorrida por ausência de fundamentação, o Tribunal poderá reconhecê-la e, inclusive, prolatar nova decisão em substituição, se for o caso.

Mesmo que a lei não diga expressamente se tratar de matéria cognoscível *ex officio*, como o faz em outros dispositivos do Código, é de se destacar o acolhimento da teoria da causa madura, agora positivada nos parágrafos 3º e 4º do artigo 1.013, *in verbis*:

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais

questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau. (grifou-se)

De fato, é notável a atenção dada pelo legislador ao tratar das decisões não fundamentadas, de modo que se permitiu, até mesmo, a supressão de instância a fim de se prestigiar a economia e celeridade processuais. Isso é possível, inclusive, mesmo que não haja requerimento da parte. Trata-se de dever dos Tribunais.

Sobre a teoria da causa madura, Mitidiero, Arenhart e Marinoni²⁴⁵:

A aplicação do art. 1.013, §3º, CPC, independe de requerimento da parte. O art. 1.013, §3º, CPC, autoriza que o tribunal julgue desde logo a causa – ainda que a partir de matéria não apreciada em primeiro grau – desde que as partes não tenham nada mais a alegar ou provar. Vale dizer: as causas que admitem a aplicação do art. 1.013, §3º, CPC, são as causas maduras: os seus incisos são apenas exemplos. **Causa madura é aquela cujo processo já se encontra com todas as alegações necessárias feitas e todas as provas admissíveis colhidas.** Assim, o que realmente interessa para a aplicação do art. 1.013, §3º, CPC, é que a causa comporte imediato julgamento pelo tribunal – por já se encontrar devidamente instruída. Estando madura a causa – observada a necessidade de um processo justo no seu amadurecimento (art. 5º, LIV, CF) – nada obsta que o Tribunal, conhecendo da apelação, avance sobre questões não versadas na sentença para resolvê-la no mérito. (grifou-se)

Em suma, assim como os embargos declaratórios, o recurso de apelação, no NCP, se mostra como instrumento processual absolutamente apto a nulificar e reformar sentenças que violam o devido processo legal no âmbito da fundamentação das decisões; impondo-se aos juízes de todos os graus de jurisdição o dever de velar pelo cumprimento do §1º do artigo 489 da nova lei.

4.4.5 O recurso extraordinário e o recurso especial

Há, ainda, os chamados recursos extraordinários para os Tribunais de cúpula (STF e STJ), que merecem alguma reflexão.

É a Constituição Federal quem delimita a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, elencando as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, respectivamente:

²⁴⁵ **Ibidem**, p. 944.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

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 nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Repisando: não se adentrará, minuciosamente, nas questões a respeito dos requisitos de admissibilidade e hipóteses de cabimento que não tenham relação com o objeto de estudo deste trabalho.

Inicialmente, ressalte-se que é pacífico na doutrina e na jurisprudência que tais recursos, dada sua natureza de excepcionalidade, servem apenas à impugnação de questões de direito, não se admitindo reexame de fatos ou provas colhidas no processo.

Contudo, como já demonstrado aqui, questões de fato e de direito estão intimamente ligadas entre si, de modo que, muitas vezes, cindir a causa em questões de fato e questões de direito torna-se hermeneuticamente impossível.

Como se está a tratar de fundamentação das decisões, não é desnecessário lembrar que a valoração das provas colhidas no processo, à luz dos fatos narrados, se dá de forma unificada.

Didier e Cunha²⁴⁶ defendem, nessa linha, a possibilidade de recurso especial ao STJ por desrespeito às normas que dispõem sobre o direito probatório. Confira-se:

É pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos excepcionais para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da higidez do direito objetivo. Isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recurso excepcional para a revisão de

²⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 3. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 274.

matéria de fato. Não cabe recurso extraordinário com o objetivo de o tribunal superior reexaminar prova, tendo em vista que esse pleito não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.

No entanto, há possibilidade de recurso especial por violação às regras do direito probatório, entre as quais se incluem os dispositivos do CPC e CC que cuidam da matéria – notadamente quando tratam da valoração e da admissibilidade da prova. A questão da valoração da prova exsurge como questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo.

Da mesma forma, é possível dizer que a fundamentação de uma decisão judicial, embora se dê em relação a fatos e provas colhidas no processo, diz respeito, certamente, a questões de direito.

Ainda tratando de questões de direito, os autores defendem a possibilidade de cabimento de recurso especial para tratar a respeito de conceitos jurídicos vagos, cuja aplicação é uma das hipóteses do §1º do artigo 489:

É possível que um recurso especial sirva para a discussão sobre o entendimento acerca de um desses conceitos vagos; não é possível pretender-se reexaminar os fatos, mas, sim, discutir se aquele fato examinado pelo tribunal recorrido subsome-se ao tipo normativo – trata-se de questão de direito, apta a ser objeto de um recurso excecional.²⁴⁷

Mormente com o advento do §1º do artigo 489 do NCPC, a ausência de fundamentação trata-se de violação ao ordenamento jurídico positivo, de modo que se autoriza a interposição de recurso especial ao STJ para coibir a insubordinação dos juízes e Tribunais à lei federal (Lei 13.105/2015).

É sabido que o STJ possui a função institucional de eliminar divergências interpretativas do direito infraconstitucional, uniformizando a jurisprudência.

Assim, será admissível recurso especial para o STJ, principalmente com fundamento nos incisos “a” e “c”, inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, quando se tratar de inobservância dos dispositivos do §1º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, ou quando, em relação a estes, houver divergência interpretativa nos tribunais inferiores.

Discorrendo a respeito do papel do Superior Tribunal de Justiça no Estado brasileiro, Didier e Cunha²⁴⁸ asseveram que:

²⁴⁷ **Ibidem**, p. 276.

²⁴⁸ **Ibidem**, p. 325/326.

O Superior Tribunal de Justiça mantém a função de interpretar a legislação infraconstitucional, corrigindo ilegalidades cometidas no julgamento de causas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça.

Neste mister de interpretar e preservar a legislação infraconstitucional insere-se uma outra função do STJ: uniformizar a jurisprudência nacional. Trata-se de função importantíssima, intimamente relacionada com o princípio da segurança jurídica. **Ora, se ao STJ compete interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, o julgamento que venha ser proferido, conferindo interpretação a determinada norma federal, serve, a um só tempo, como corretivo da decisão impugnada e elemento de uniformização da jurisprudência quanto à interpretação da referida norma.**

Tudo isso significa que o STJ desempenha uma função paradigmática, na medida em que suas decisões servem de exemplo a ser seguido pelos demais tribunais, com o que se obtém a uniformização da jurisprudência nacional. (grifou-se)

Assim, decisões não fundamentadas na forma do §1º do artigo 489 do NCPC ensejarão, atendidos os demais requisitos de admissibilidade, a interposição de recurso especial.

Na verdade, o papel a ser exercido pelo STJ em relação ao NCPC é de extrema relevância, já que uma mudança legislativa dessa magnitude sempre causa certa instabilidade no início de sua vigência, até que as divergências comecem a ser pacificadas.

É de se esperar que os dispositivos concernentes à decisão judicial gerem intenso debate pretoriano e doutrinário, de modo que o papel do STJ se avulta nesse novo contexto.

Em relação às hipóteses de cabimento do recurso especial, dê-se destaque à alínea “a”, segundo a qual será cabível o recurso quando o acórdão recorrido “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

Novamente, Didier e Cunha²⁴⁹ explicam a abrangência da norma:

O termo “contrariar” é mais abrangente do que “negar vigência”. **Com efeito, contrariar supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplica-lo às hipóteses que a ele devem subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentido do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal. [...]** Em outras palavras, uma interpretação inadequada caracteriza uma contrariedade, mas não significa que tenha havido negativa de vigência. (grifou-se)

²⁴⁹ **Ibidem**, p. 327.

Assim, qualquer violação ou desvio na aplicação do dispositivo analisado neste trabalho poderá ser sanando através de recurso especial, visando garantir a autoridade da legislação federal.

No que tange ao recurso extraordinário ao STF, deve-se ter em mente que a Suprema Corte exerce o papel de guardiã da Constituição Federal, cabendo-lhe, paralelamente ao que faz o STJ, uniformizar a interpretação das normas constitucionais.

Nas palavras de Fredie Didier e Leonardo Cunha²⁵⁰:

Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como paradigmáticas, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação.

No que tange às hipóteses de cabimento, destaquem-se as alíneas “a” e “b”, inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal.

Em relação à primeira hipótese, escrito está que caberá recurso extraordinário contra decisão que “contrariar dispositivo” da Constituição Federal.

Fora demonstrado neste trabalho que o §1º do artigo 489 do NCPC deu concretude ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. Questiona-se, então, se a violação daquele dispositivo infraconstitucional e, conseqüentemente, do artigo 93, IX da Constituição, autorizaria a interposição de recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

Parece não haver a possibilidade de atacar decisão que não observa o §1º do artigo 489 do NCPC via recurso extraordinário, vez que, com o advento da nova lei processual, tal violação passa a ser meramente reflexa ao texto constitucional.

Este entendimento está, inclusive, sumulado pela Suprema Corte:

S. 636: Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

²⁵⁰ **Ibidem**, p. 349.

Confira-se o posicionamento da doutrina²⁵¹ a respeito dessa hipótese de cabimento de recurso extraordinário:

A contrariedade, nesse caso, deve ser direta e frontal, não cabendo recurso extraordinário, por ofensa indireta ou reflexa. **O próprio texto constitucional tem de ter sido ferido, diretamente, sem que haja lei federal de permeio. Em outras palavras, se, para demonstrar a contrariedade a dispositivo constitucional, é preciso, antes, demonstrar a ofensa à norma infraconstitucional, então foi essa que se contrariou, e não aquela.** Não cabe, portanto, o recurso extraordinário, cabendo, isto sim, o recurso especial para o STJ. (grifou-se)

Dessa forma, é fácil verificar que, com base na alegação de violação ao texto constitucional, não será possível levar questão referente à ausência de fundamentação ao STF.

Já uma segunda hipótese, prevista na alínea “b”, mais provável de ser aceita, é aquela em que a decisão recorrida declara inconstitucional uma lei federal. Aqui, da mesma forma, objetiva-se guardar a autoridade da Constituição, de modo que o controle concreto de constitucionalidade pode ser submetido à análise do Supremo Tribunal.

Fredie Didier e Leonardo Cunha²⁵², a respeito dessa hipótese de cabimento:

Decretada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, cabe recurso extraordinário para o STF, pois a este se confere a atribuição de ser o guardião da Constituição Federal, cabendo-lhe rever se a norma tida por inconstitucional realmente está contaminada por tal vício. Essa hipótese de cabimento do recurso extraordinário dispensa o prequestionamento: o que importa é a manifestação do tribunal recorrido que decreta a inconstitucionalidade de uma lei ou de um tratado. (grifou-se)

Assim, seria possível recorrer ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, caso algum Tribunal declare a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 489, em parte ou no todo, visto que resguarda a autoridade de dispositivo constitucional e se trata de dispositivo constitucional.

Contudo, ressalte-se que, com as modificações trazidas pelo NCP, o Superior Tribunal de Justiça assume papel de maior relevância que o próprio

²⁵¹ **Ibidem**, p. 350.

²⁵² **Ibidem**, p. 352.

Supremo Tribunal Federal. Isso se deve, logicamente, à natureza infraconstitucional do Código de Processo Civil de 2015, cuja guarda compete ao STJ.

Tanto é assim, que o artigo 1.033 do novo Código determina que, “se o STF considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interposição de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

4.4.6 A ação rescisória

Por último, é necessário tecer algumas considerações a respeito de um instrumento processual que, muito embora não seja um recurso, também se mostra apto a desconstituir decisões não fundamentadas de acordo com o §1º do artigo 489 do NCPC.

A ação rescisória trata-se de ação autônoma de impugnação, que visa atacar decisão de mérito transitada em julgado, quando presentes as hipóteses legais que a autorizam.

Conforme ensinam Didier e Cunha²⁵³:

A ação rescisória ostenta a natureza de ação autônoma de impugnação, voltando-se contra a decisão de mérito transitada em julgado, quando presentes as hipóteses legais.

A ação rescisória não é um recurso, por não atender a regra da taxatividade, ou seja, por não estar prevista em lei como recurso. Ademais, os recursos não formam novo processo, nem inauguram nova relação jurídica processual, ao passo que as ações autônomas de impugnação assim se caracterizam por gerarem a formação de uma nova relação jurídica processual, instaurando-se um processo novo.

No NCPC, as hipóteses de cabimento estão elencadas no artigo 966:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

²⁵³ **Ibidem**, p. 391.

- VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
- VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. (grifou-se)

Interessa, aqui, apenas o inciso V, que determina que decisões que violam manifestamente uma norma jurídica serão passíveis de desconstituição, mesmo após seu trânsito em julgado, no prazo de 2 anos, contados a partir do próprio trânsito em julgado, conforme o artigo 975 do NCPC estabelece.

O referido dispositivo, como muitos outros do novo Código, será submetido a intenso debate entre os operadores do direito, a fim de delimitar o seu conteúdo semântico.

Aqui também cabe rememorar a teoria dos princípios, que classifica “norma” como gênero, do qual as regras, princípios e postulados são espécies. Abre-se, dessa forma, um leque de possibilidade para rescisão da decisão de mérito transitada em julgado, sendo que cada caso deverá ser analisado minuciosamente à luz da segurança jurídica.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁵⁴ fazem observações importantes a respeito deste inciso:

Com isso, autoriza a rescisão da coisa julgada em que há violação de princípio, regra ou postulado normativo. Autoriza, ainda, a violação à norma consuetudinária. A jurisprudência exige que o demandante aponte os dispositivos que entende violados pela decisão judicial (STJ, 2.ª Turma, REsp 770.972/GO, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04.09.2007, DJ 02.10.2007, p.230). É claro que semelhante orientação só se aplica quando for possível reconduzir determinada norma jurídica a um dado positivo: como inexistente correspondência biunívoca entre dispositivo e norma, pode ocorrer de ser possível ação rescisória fundada em manifesta violação de norma jurídica sem que se possa apontar qual o dispositivo (o texto) a partir do qual a norma foi reconstruída. (grifou-se)

A princípio, é possível, sem maiores implicações, afirmar que a violação das regras contidas no §1º do artigo 489 do NCPC enseja a propositura de ação rescisória para atacar decisão não fundamentada substancialmente e que transitou em julgado.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 902.

Não há qualquer motivo para se afirmar o contrário, já que o referido dispositivo é uma regra e, como tal, deverá ser observada todas as vezes em que os fatos atraírem sua incidência.

Por força de lei, as decisões não fundamentadas, tendo em vista que, agora, violarão o Código de Processo Civil, poderão ser objeto de ação rescisória, a fim de serem desconstituídas.

Uma questão que poderia ser levantada diz respeito à boa-fé do autor da ação rescisória, quando este também foi parte no processo originário, na hipótese em que, neste, não houver suscitado, tanto em primeiro grau quanto em sede de recurso, a nulidade, por ausência de fundamentação substancial, da decisão transitada em julgado, agora atacada na rescisória.

Exemplifica-se: suponha-se a prolação de sentença eivada de nulidade, pelo fato de o magistrado fundamentou-a genericamente, valendo-se de termos vagos, violando o artigo 489, §1º, incisos II e III do NCPC, em que se julgou a ação totalmente improcedente em desfavor do autor.

A parte vencida deixa transcorrer *in albis* o prazo de apelação para, 6 meses após o trânsito em julgado, ajuizar ação rescisória para desconstituir a sentença.

Independentemente dos motivos que levaram o autor a permanecer inerte ante uma decisão que, além de nula, lhe era desfavorável (desídia do causídico, desistência etc), é legítima a propositura de ação rescisória para anular tal decisão.

A anulação da referida sentença transcende o interesse da parte e alcança pilares que são fundamento do Estado de Direito, interessando à própria Justiça e à sociedade em geral.

Evidentemente, provada a má fé do autor da ação rescisória, com prejuízo a terceiros, este deverá

O que não se admitiria é impor à parte prejudicada a necessidade de esgotar, absolutamente, todas as vias recursais para, após o trânsito em julgado da decisão, atacá-la via rescisória.

Tampouco exigir que a parte tenha oposto embargos declaratórios à decisão atacada parece razoável. Imaginar isso seria impor uma espécie de prequestionamento, um requisito de admissibilidade extralegal.

Além da ocorrência de uma das hipóteses previstas no artigo 966 do NCPC, a lei exige tão somente o trânsito em julgado da decisão, pouco importando tenha ou não havido interposição de recurso.

Por fim, ressalte-se que, no que tange aos limites objetivos da coisa julgada, houve substancial modificação no NCPC: ampliou-se o conceito de coisa julgada a fim de abranger, em alguns casos, parte da fundamentação da sentença, não apenas o dispositivo.

Explica-se: o NCPC elencou três hipóteses em que questões prejudiciais enfrentadas no processo e incluídas na fundamentação farão coisa julgada material:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Isso impõe ao magistrado redobrada cautela na fundamentação, já que determinadas questões, como visto, serão abrangidas pela coisa julgada. Evidentemente, como diz expressamente a lei, deverá haver o contraditório efetivo e competência concomitante do julgador no que tange à questão principal e à questão prejudicial.

Há uma sinergia entre diversas normas da nova lei processual, de modo que a fundamentação da decisão judicial se torna o ponto de contato entre todas elas.

Assim, é de se concluir que a nova lei processual civil brasileira, além de dispor às partes instrumentos recursais efetivos no combate à discricionariedade, dá ao jurisdicionado, a fim de garantir a ordem jurídica, a possibilidade de rescindir a

decisão judicial não fundamentada que transitou em julgado, desfazendo-se a coisa julgada.

O exame da decisão rescindenda, contudo, deverá ser feito com extrema cautela, a fim de prestigiar a segurança jurídica e, sendo o caso, para que a anulação de decisões dessa natureza sejam declaradas de forma inequívoca.

5 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, analisou-se a relevância do processo jurisdicional no Estado Democrático de Direito e no desenvolvimento civilizatório da nação brasileira.

Resta demonstrado que há uma crise dogmática instalada no seio do Judiciário brasileiro, externado pelo ativismo judicial exacerbado, fruto de um protagonismo judicial e de um negativismo legislativo nocivos às instituições republicanas.

Grande parte do problema relaciona-se com a ausência de um método racional capaz de nortear a decisão judicial, mormente no que tange à sua fundamentação.

É pacífico, na doutrina, que os juízes possuem a mesma legitimidade democrática que aqueles que preenchem as cadeiras dos Poderes Executivo e Legislativo; legitimidade esta decorrente diretamente da Constituição Federal.

Se se fala em democracia, fala-se também em prestação de contas, publicidade dos atos de ofício e legitimidade do poder soberano.

Nesse sentido, é de se destacar a função primordial exercida pela fundamentação das decisões judiciais, em todos os graus de jurisdição e em qualquer espécie decisória, tendo em vista que se trata de imposição constitucional a todo pronunciamento judicial, consubstanciando-se, ainda, em direito fundamental do cidadão.

De fato, a fundamentação - também entendida como motivação - das decisões se mostra como instrumento democrático legitimante dos atos decisórios, na medida em que possibilita o controle endoprocessual das razões do juiz pelas partes, como também o controle extraprocessual pela sociedade civil.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, traça os contornos normativos referentes ao dever de fundamentação das decisões judiciais, cominando a pena de nulidade para todo ato judicial feito à revelia do referido dispositivo.

É necessário, contudo, delimitar o conteúdo normativo do dispositivo constitucional, de modo que não é razoável afirmar que se trata de um dever de fundamentação meramente formal, mas também um dever de fundamentar

racionalmente, em acordo com o ordenamento jurídico e os princípios informadores da teoria geral do Direito.

Há, assim, um dever jurídico de fundamentar substancialmente as decisões, que acaba se concretizando e formalizando-se no Código de Processo Civil de 2015.

Resgatando o princípio da legalidade, há muito esquecido na dogmática jurídica, destaque-se que, a partir da vigência do novo Código, a lei processual civil é que traçará os contornos da fundamentação das decisões, elencando as hipóteses em que estas não serão consideradas fundamentadas.

Essa inovação legislativa prestigia o princípio da legalidade, até então relegado a segundo plano pelo Judiciário, o que certamente gerará maior segurança jurídica nos processos jurisdicionais e, conseqüentemente, nas relações jurídicas interpessoais.

O NCPC inovou em diversas matérias referentes à decisão em seu artigo 489, §1º, que, conjugado com outros dispositivos do mesmo diploma, transforma significativamente a atividade jurisdicional brasileira.

Em primeiro lugar, a primeira inovação de destaque é que tal dispositivo referente à fundamentação também é aplicável às decisões administrativas dos Tribunais e de todos os demais órgãos vinculados ao Poder Judiciário, mesmo que não dotados de poder jurisdicional.

No primeiro inciso do artigo 489, firma-se a necessidade de relacionar o ato normativo invocado para justificar a decisão com o substrato fático trazido pelas partes no processo. Esse dispositivo evita o vácuo argumentativo na decisão, de modo que incumbe o magistrado do dever de fazer o link entre fatos e o direito.

Destaca-se que, independentemente da clareza semântica da norma invocada pelo magistrado, este deverá interpretá-la e demonstrar que se adequa ao caso em análise, afastando-se, assim, o brocardo do *in claris non fit interpretatio*.

No inciso segundo, a lei trata de disciplinar a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, impondo, da mesma forma, ao magistrado o dever de relacionar seu conteúdo semântico com os fatos do caso posto sob sua análise. As cláusulas gerais e as cláusulas abertas exigem maior cautela em sua aplicação, já que são normas que facilmente ensejam discricionariedades e subjetivismos. O novo

Código de Processo Civil inovou positivamente ao exigir a justificação pormenorizada dos conceitos jurídicos indeterminados na decisão.

O inciso terceiro do §1º do artigo 489 do NCPC tratou das decisões genéricas, de modo que fica vedado ao julgador valer-se de fundamentações que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Assim, evita-se as fundamentações meramente formais, desprovidas de conteúdo normativo e que, de fato, não enfrentam as questões do processo sob a ótica dos fatos narrados.

Diferencia-se decisão genérica de decisão concisa, na medida em que esta, diferentemente daquela, pode atender aos requisitos constitucionais e infraconstitucionais do devido processo legal e do princípio democrático mesmo sem delongas argumentativas.

Há, ademais, larga diferença entre lançar mão de decisões genéricas e trabalhar em prol da uniformização da jurisprudência. Isso significa que a uniformização da jurisprudência através de decisões judiciais substancialmente fundamentadas irá melhorar a qualidade da prestação jurisdicional. A decisão genérica, em sentido contrário, faz cair sua qualidade (da prestação jurisdicional), propiciando a multiplicação de recursos e colaborando com a lentidão do sistema judiciário.

O artigo 489, §1º, inciso IV, por sua vez, impõe ao juiz o dever enfrentar, na decisão, todos os argumentos aduzidos pelas partes e que, em tese, podem infirmar sua conclusão.

Ressalta-se que esse dever somente abrange os argumentos jurídicos invocados no processo, de modo que argumentos de natureza moral, filosófica ou de qualquer outra natureza não vincula o magistrado que, contudo, deve justificar seu afastamento na decisão.

O julgador deverá, ainda, determinar quais são as teses capazes de infirmar seu entendimento, justificando, portanto, o não enfrentamento de alguma delas. Aqui, de qualquer forma, o magistrado está vinculado a

Uma outra inovação extremamente relevante e merecedora de destaque é o artigo 10 do NCPC, que vedou a prolação das chamadas “decisões-surpresa”, mediante as quais o magistrado inovava na classificação jurídica dos fatos, que são diversas daquela dada pelas partes, sem oportunizar, previamente, o contraditório.

A partir da vigência da nova lei processual, os magistrados estão obrigados a reabrir o contraditório sempre que forem inovar nas teses jurídicas a serem aplicadas na solução do caso, não podendo surpreender as partes.

Uma última mudança significativa no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, no §1º do seu artigo 489, é que este incorpora no ordenamento jurídico regras de formação e superação de precedentes judiciais.

De fato, a realidade forense brasileira não se mostra incompatível com a adoção do sistema de precedentes, o que, de certa forma, já se verifica com a publicação, pelo Supremo Tribunal Federal, de enunciados de súmulas vinculantes.

Os precedentes judiciais diferenciam-se dos enunciados de súmula, na medida em que estas são verdadeiras normas, sujeitas à interpretação como se lei fossem, e aqueles podem ser constituídos por qualquer decisão dos tribunais apta a ser seguida pelas instâncias superiores.

As decisões judiciais revestidas de vinculatividade são as elencadas no artigo 927 do NCPC. Estas deverão, obrigatoriamente, ser observados pelos juízos de instâncias inferiores quando das suas decisões.

O *iter* de aplicação de um precedente deve passar pela investigação da *ratio decidendi* que ensejou o surgimento do mesmo, a fim de se verificar se os fatos aduzidos no processo se identificam ou se assemelham com os que estão contidos na decisão paradigma. Tal hipótese fora prevista no inciso V do §1º do artigo 489.

Também previu o novo Código métodos de superação de precedentes, destacando-se, entre eles, o chamado *distinguishing* e o *overruling*.

De fato, o inciso VI do dispositivo impõe ao magistrado, quando afastar a incidência de determinado precedente, que faça a distinção das razões fundantes daquele em relação ao caso posto sob sua análise, ou ainda, demonstre que o precedente invocado pela parte fora superado pelos Tribunais superiores.

Evidentemente, a superação de precedentes demandará o estabelecimento de critérios que observem o princípio constitucional da segurança jurídica, tais como as técnicas de sinalização e de superação antecipada.

Não obstante as inovações positivas acima destacadas, o NCPC padece de uma grave falha em seu conteúdo, qual seja, a incorporação da técnica da ponderação no §2º do artigo 489.

A técnica da ponderação *alexiana* coloca em risco os avanços trazidos pela nova lei, na medida em que possibilita ao julgador afastar a incidência de qualquer espécie normativa, sem sequer declará-la inconstitucional; solapando o princípio da legalidade e trazendo a irracionalidade ao processo.

Seguindo o disposto na Constituição Federal, é possível dizer que as decisões que não observarem o §1º do artigo 489 do NCPC são relativamente nulas, ou seja, anuláveis por meio de impugnação das partes.

Não parece razoável afirmar que decisão não fundamentada nos moldes do novo Código são inexistentes, porque ela pode, até a declaração de nulidade, produzir todos os seus efeitos.

A ausência de fundamentação ou, ainda, a fundamentação insuficiente, consubstancia-se, processualmente falando, em *error in iudicando*, já que, formalmente, a decisão está em ordem. A falta de fundamentação substancial diz respeito a erro na atividade jurisdicional mesma, na valoração das provas, na apreciação dos fatos e no enquadramento jurídico. Admitir tratar-se de *error in iudicando* possibilita, dogmaticamente, que os Tribunais reformem as decisões atacadas por recurso, prestigiando os princípios da celeridade e economia processual.

A nulidade poderá ser suscitada por diversos mecanismos recursais e através de ação autônoma de impugnação, que é a ação rescisória.

Os embargos declaratórios são espécie recursal que ganham destaque no NCPC, tendo em vista que não haverá a possibilidade de se atacar decisões interlocutórias não fundamentadas via agravo instrumental, já que este só será admitido nas hipóteses expressamente previstas no artigo 1.015.

Os embargos de declaração, por sua vez, são oponíveis a qualquer decisão judicial desprovida de fundamentação substancial ou fundamentação insuficiente (omissão).

Assim como no Código de Processo Civil de 1973, embora este não possua norma correspondente, a sentença que viola os dispositivos do §1º do artigo 489 (ausência de fundamentação), à luz do NCPC, será atacável via recurso de apelação ao Tribunal, que poderá declará-la nula. É possível, ainda, que o Tribunal prolate uma sentença substitutiva, concretizando a teoria da causa madura, desde que atendidos os requisitos legais.

Ainda, destaque-se que é absolutamente plausível admitir a interposição de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça ou recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, a fim de atacar decisão judicial não fundamentada que violou o NCPC ou a Constituição Federal, respectivamente; desde que atendidos os requisitos constitucionais de admissibilidade.

Será possível também, por expressa disposição do novo Código, atacar decisão judicial não fundamentada e transitada em julgado através de ação rescisória, já que se trata de nulidade extremamente grave.

Obviamente, a parte deverá suscitar tal nulidade via recurso de apelação, embargos declaratórios ou nos recursos constitucionais, na devida oportunidade, sob pena de se questionar sua boa-fé quando da propositura de eventual ação rescisória.

Este trabalho possui como objetivo tão somente introduzir essas questões ao leitor, demonstrando que é possível superar antigos paradigmas há muito estabelecidos na ciência jurídica, desprovidos, contudo, de cientificidade.

O desenvolvimento civilizatório, econômico e político do país depende dessa reformulação quanto à maneira de dizer o direito e distribuir justiça.

O pronunciamento judicial não pode ser uma loteria, subtraindo a racionalidade ao processo, sob pena de retorno aos métodos medievais, em que não havia possibilidade de participação efetiva na construção dos convencimentos dos juízes.

Em não havendo uma teoria da decisão judicial que prestigie os valores democráticos - erigindo-os à condição de fundamento último do exercício de toda autoridade constitucional - o devido processo legal é violado em todos os seus institutos, colocando em risco garantias históricas.

Em vão será designar um juiz natural e processualmente competente para a causa, abrir amplamente o contraditório, dar publicidade dos atos às partes, estabelecer um imbricado sistema recursal para evitar abusos e permitir o acesso de todos ao judiciário se, concomitantemente a isso, permitir-se ao magistrado que julgue conforme critério(s) arbitrário(s) e segundo suas subjetividades, e não observando o Direito e o princípio da racionalidade.

O Código de Processo Civil de 2015 inaugura, enfim, uma nova fase na realidade forense brasileira, quebrando dogmas e democratizando efetivamente a

prestação jurisdicional, através de mecanismos de controle e racionalização da fundamentação das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Fundamentação – Existirá o céu dos conceitos?. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed.; São Paulo: Editora Verbatim Ltda, 2012.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal**. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed.; São Paulo: Malheiros Fontes, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**.

BERTUOL, Mayara Karoline. **Estudo comparado da forma de recrutamento dos magistrados do Brasil e dos Estados Unidos**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2013.

BOTTINO, Marco Túllio. **Segurança Jurídica no Brasil**. 1. ed.; São Paulo: RG, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei 13.105/2015. Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 108.518/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DJ: 22/09/2011**, julgado em 06/09/2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+108518+S P%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k5qcpuo>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

_____. **Habeas Corpus nº 105.494/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DJ: 27/10/2011**, julgado em 07/06/2011. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+105494>

+RJ%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kxamgcu>. Acesso em 02 de maio de 2015.

_____. **Habeas Corpus nº 94587/SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa.**

Brasília, DJ: 27/03/2009, julgado em 17/02/2009. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%3A+94587+SP+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k6dpmbc>>. Acesso em 02 de maio de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Embargos declaratórios nº 282092401 PR 0282092-4/01. Relator: Dilmari Helena Kessler. Curitiba, DJ: 22/03/2006.**

Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6288434/embargos-de-declaracao-civel-embdeccv-282092401-pr-0282092-4-01>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 1. ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALDERA, Alejandro Serrano. **Razão, Direito e Poder**. 1 ed.; Ijuí: Editora Unijuí; São Leopoldo: Editora Nova Harmonia, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed.; Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. 1 ed.; Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença Mal Fundamentada e Sentença não Fundamentada – conceitos – nulidade. In: **Revista Jurídica**, nº 216, outubro de 1995, Porto Alegre: Editora Síntese, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed.; São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CÓDIGO IBERO-AMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL. Disponível em:

<http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo_iberico_americano.pdf>. Acesso em: 30/10/2015.

CUNHA, Rogério de Vidal. O Dever de Fundamentação no NCPC: Há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Uma deusa chamada Justiça**. 1. ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 9. ed.; Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol 3. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol II. 6 ed.; São Paulo: Malheiros, 2009.

ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil: Enunciados Aprovados.** Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15/10/2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade:** conceito, natureza jurídica, espécies judiciais. São Paulo: RT, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição.** 2 ed.; São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 14. ed.; São Paulo: Saraiva, 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – O guardião das promessas.** 2. ed.; Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função Criadora do Juiz.** 1. ed.; Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 10. ed.; São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Por que tenho medo dos juizes** – A interpretação/aplicação do Direito e os Princípios. 6. ed.; São Paulo: Malheiros, 2013.

GUEDES, Néviton. **Juízes não são deuses nem profetas, por óbvio!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/juizes-nao-sao-deuses-nem-profetas-obvio>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

IHERING, Rudolf Von. **Jurisprudencia en broma y en serio**. Traducción de Román Riaza. Madrid: Editora Reus S.A., 2015.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Segurança jurídica é valor indissociável da concepção de Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/lewandowski-seguranca-juridica-indissociavel-estado-direito>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

_____. **Voto na ADPF 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em 28 de julho de 2015.

LAMY, Marcelo. **O Princípio da Legalidade sob a ótica da Teoria e da Jurisdição Constitucional**. In: Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coord.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, Vol VI, São Paulo: Ed. RT, 2011.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>, 2008. Acesso em 28 de julho de 2015.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANZI, José Ernesto. **Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas**. 1. ed.; São Paulo: LTr Editora, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed.; São Paulo: Saraiva, 2013.

MIDIA NEWS. **Está na hora de acabar com a hipocrisia e o cinismo**. Disponível em: <<http://midianews.com.br/conteudo.php?sid=24&cid=219042>>. Acesso em: 30/10/2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. São Paulo: RT, 1983.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da Fundamentação da Decisão Judicial na Relação Entre Fatos e Normas segundo o Inciso I do §1º do Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PASSOS, J.J. Calmon. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otavio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PELUSO, Cezar. ADFP 54. **Voto do Presidente do STF contra o aborto**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TN9x_u67Afl>. Acesso em 28 de julho de 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, Incisos V e VI, do CPC de 2015: Justificação da Decisão Judicial e o Argumento por precedente. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**. Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PUOLI, José Carlos Baptista. **O juiz, a aplicação do Direito e o Novo CPC**. Revista do Advogado nº 126. São Paulo: AASP, 2015.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. 1. ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODAS, Sérgio. **Juiz deve priorizar fundamentação em vez de celeridade, diz Teori Zavascki**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/juiz-priorizar-fundamentacao-vez-celeridade-teori>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

RODRIGUES, Lisia Carla Vieira. **10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos**. Vol 1.1. ed.; Rio de Janeiro: Emerj, 2013.

ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; MOURÃO Luiz Eduardo Ribeiro. **O futuro do processo civil no Brasil**. 1. ed.; Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SACCONI, Luiz Antonio. **Grande Dicionário Sacconi**. 1. ed.; São Paulo: Nova Geração, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. n. 65, nov. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – CES, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais: um reexame fenomenológico.** 1 ed.; Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 9 ed.; São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** 11. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e Consenso.** 4. ed.; São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ – Eletrônica, v. 15, n. 01, 2010.

_____. **OK, Juiz não é Deus (*Juge n'est pas Dieu!*). Mas, há(via) dúvida?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-20/senso-incomum-ok-juiz-nao-deus-juge-nest-pas-dieu-duvida>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

_____. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

_____. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. **De olhos abertos: a auto afirmação de Têmis.** Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol1. 54.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

TRINDADE, André Karam. **A juíza que revogou a lei da Física e presidiu duas audiências ao mesmo tempo.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-21/diario-classe-juiza-revogou-lei-newton-presidiu-duas-audiencias-mesmo-tempo>>, 2015. Acesso em 28 de julho de 2015.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. **Kill the lawyers: para que contraditório se já formei o convencimento mesmo?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-09/diario-classe-contraditorio-formei-convencimento-mesmo>>, 2015. Acesso em 28 de julho de 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC (análise e proposta). In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Vol VI. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. **Precedente Judicial como fonte do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. **Estado de derecho.** 4 ed.; Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos; MAIA, Gretha Leite; AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de (ORG). **O projeto do Futuro CPC: tendências e desafios de efetivação.** Fortaleza: CRV, 2013.

VIEIRA, Carolina Fontes. Limites ao Arbítrio Judicial: A Nulidade das Decisões Genéricas. In: **O Dever de Fundamentação no Novo CPC.** Coord.: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentação da decisão judicial no novo CPC brasileiro. **Informativo Ideias & Opiniões.** Ano X, n.21, out., 2014.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, n. 172, 2009.