UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

DOUTORADO

DECISÃO JUDICIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO: SUFICIÊNCIA E CONCRETIZAÇÃO POR MEIO DO ARTIGO 489, § 1º, DO CPC/2015

DANIEL MARQUES DE CAMARGO

JACAREZINHO - PARANÁ
2019

DECISÃO JUDICIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO: SUFICIÊNCIA E CONCRETIZAÇÃO POR MEIO DO ARTIGO 489, § 1º, DO CPC/2015.

DANIEL MARQUES DE CAMARGO

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica

Área de Concentração:
Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão

Linha de Pesquisa:
Função Política do Direito

Orientador:
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

JACAREZINHO - PARANÁ
2019

TERMO DE AUTORIZAÇÃO

Autoriza-se a reprodução e divulgação total e parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional, eletrônico ou concernente, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Este trabalho é publicado nos termos da seguinte licença:

Creative Commons
Atribuição - Não Comercial 4.0 Internacional (CC BY - NC 4.0)
Licença disponível em
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt_BR>.

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

M172d

Marques de Camargo, Daniel
Decisão judicial e sua fundamentação: suficiência e concretização por meio do artigo 489, § 1º, do CPC/2015 / Daniel Marques de Camargo; orientador Edinilson Donisete Machado - Jacarezinho, 2019.
222 p.

Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2019.

1. Artigo 489, § 1º, do CPC/2015. 2. Fundamentação. 3. Decisão judicial. I. Donisete Machado, Edinilson, orient. II. Título.

DECISÃO JUDICIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO: SUFICIÊNCIA E CONCRETIZAÇÃO POR MEIO DO ARTIGO 489, § 1º, DO CPC/2015.

DANIEL MARQUES DE CAMARGO

Esta TESE DE DOUTORADO foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nos termos do regulamento do Programa.

Jacarezinho/PR, em 23 de agosto de 2019.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UENP - Orientador

_____

Prof. Dr. Jaime Domingues Brito - UENP

_____

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves - UENP

_____

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves - UFES

_____

Prof. Dr. Marcelo Negri Soares - UNICESUMAR

EPÍGRAFE

Hoy, en una época de pluralidad de valores,
en que el Derecho depende de complejos procesos discursivos para su aplicación,
la lucha contra la arbitrariedad reside en combatir la falsa fundamentación,
la injustificada argumentación, la irracional ponderación.
(ÁVILA, Humberto. *Interpretación de las leyes*. *Beccaria 250 años después – Dei delitti e dele pene.*
Montevideo: BdeF, 2011, p. 70).

AGRADECIMENTOS

A gratidão é mola propulsora de positividades. Embora nascido paulistano e logo transformado paulista, desde 1991 metade de mim é paulista, metade de mim é paranaense.

Ao Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, pela sua honestidade, clareza de propósitos e firmeza na lida com as questões acadêmicas, o ideal orientador e incentivador que encontrei na fase final de aprovação no processo seletivo do Doutorado.

Ao Prof. Dr. Fernando de Brito Alves, companheiro de vida acadêmica por muitos anos, escorreito Coordenador do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da UENP, criterioso e profundo conhecedor das questões acadêmicas, a quem recorri inúmeras vezes no transcurso do doutoramento, de quem sempre recebi acolhida, viés colaborativo e ensinamentos, e a quem nutro especial respeito e consideração.

A todos os colegas e professores do Doutorado, pela riqueza da companhia, bem assim aos gestores e funcionários da UENP, aos quais homenageio na figura da doce, prestativa, competente e sempre presente Natalina.

Há outros dois grandes juristas aos quais devo respeito, muita consideração e profunda gratidão, quais sejam o Prof. Dr. Eduardo Arruda Alvim e o Prof. Dr. Zulmar Fachin. E existe uma pessoa que sempre foi inspiração, grande amigo e exemplo, o Prof. Dr. Reinéro Antonio Lérias.

À minha família, aos companheiros de vida acadêmica na Uni*fio* (alunos, professores, direção e mantenedores), aos grandes amigos, aos meus sócios e demais parceiros na advocacia, porque souberam entender as minhas contingências e necessidades doutorais, e me proporcionaram respaldo e incentivo.

Finalmente, o agradecimento à Fundação Araucária, pelo apoio e efetivo impulso ao desenvolvimento do Paraná, uma Fundação que se consubstancia em relevante agente indutora da ciência.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às três mulheres pelas quais luto e pulso (esposa Viviane, filhas Ana Beatriz e Lorena). O amor de vocês e por vocês me é vital.

Há outras mulheres essenciais (minha amorosa e positiva mãe Marília, minha irmã Ana Carolina, a sobrinha Katarina e a minha eterna irmã Mariana, precocemente retirada de nosso convívio), e um pai (Osny) que não foi somente genitor.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Decisão judicial e sua fundamentação**: suficiência e concretização por meio do artigo 489, § 1º, do CPC/2015. 2019. Tese – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR, 2019.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) apresenta-se à sociedade e ao mundo jurídico em contexto distinto daqueles Códigos construídos em regime de exceção, que o antecederam (CPC/1939 e CPC/1973). Ao escopo de um processo civil de viés constitucionalizado e democrático, destaca-se a inserção, no início da parte geral do Código em vigor, das premissas que constituem as normas fundamentais do processo civil, a se realçar a exigência de fundamentação das decisões judiciais, o que é objeto de específica tratativa e delineamento no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, e constitui base central da tese, pela construção das bases teóricas e práticas à construção de uma decisão judicial. Ao elencar aquilo que (não) constitui ato decisório fundamentado, a ordem processual civil estabelece uma metodologia, pautas objetivas de racionalidade e diretrizes à operacionalização de decisões judiciais. A hipótese de pesquisa apresentada envolve a proposição de que tais condições de validade das decisões, se efetivamente utilizadas, têm o condão de qualificar, sistematizar e otimizar o dever dos órgãos jurisdicionais relacionado à fundamentação; para além disso, podem exercer a função de impor aos demais profissionais do direito um ônus argumentativo mais substancioso, dialógico, cooperativo e dotado de juridicidade. A atualidade da tese se vincula ao fato de que muito da insegurança jurídica, da ausência de padrão decisório e de um nocivo protagonismo do Poder Judiciário, pode ser minimizado com uma práxis processual respeitadora da engrenagem que impulsiona e propicia a fundamentação dotada de rigor jurídico, ainda que sejam inevitáveis os constantes movimentos pendulares, ora a prestigiar o legalismo, ora a dar ensanchas ao ativismo, ora a vislumbrar maior aplicabilidade de um formalismo interpretativo, ora a se prestigiar um antiformalismo interpretativo. Para o estudo das peculiaridades do constitucionalismo contemporâneo e de um processo civil com espeque constitucional e caracterizado pela concretude, importante também uma visualização crítica das fontes do direito e das tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*, a fim de que se possa apresentar os problemas e contingências do processo civil, bem assim a potencialidade dos elementos postos no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, para evitar a prática do *confirmation bias* ou viés de confirmação, bem como controlar e minimizar a insinceridade das fundamentações e das decisões, relativizar a mera formalidade emprestada a juízos elaborados *a priori*, além de reduzir o solipsismo, o subjetivismo, os atos decisórios solitários e aqueles proferidos *ad hoc*. Tal missão se torna premente para dar maior racionalidade, autonomia, estabilidade, coerência e integridade ao direito, em um Século ou período do Judiciário, concluindo-se a pesquisa pela exigência de uma teoria e práxis decisional fortalecedoras de um processo civil democrático e de extrato constitucional, com as exigências do artigo 489, § 1º, do CPC/2015 revelando serventia como mediações sistematizadoras e métodos para uma melhor argumentação jurídica e, notadamente, constructos decisórios qualificados, passíveis de controle e aferição acerca da juridicidade da fundamentação das decisões judiciais. A título metodológico, a tese segue o método de pesquisa bibliográfica, em abordagem hipotético-dedutiva, não somente conceitual mas também fenomenológica, em técnica de coleta que se desenvolveu por meio de documentação indireta, pelo que se espera com a tese uma contribuição para um delineamento mais objetivo e bem estruturado para a formação dos provimentos jurisdicionais, bem assim para caminhos argumentativos jurídicos mais qualitativos.

Palavras-chave: Artigo 489, § 1º, do CPC/2015. Decisões judiciais. Dever de fundamentação. Metodologia para concretização da norma.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Decisione giudiziale e la sua base**: sufficienza e concretizzazione mediante l'articolo 489 comma 1 del CPC/2015. Tesi – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR, 2019.

RIASSUNTO

Il codice processuale civile del 2015 (CPC/2015) si presenta alla società ed al mondo giuridico in contesto distinto dai codici costruiti in regime di eccezione che lo precederono (CPC/1939 e CPC/1973). Allo scopo di un processo civile di inclinazione costituzionalizzato e democratico, spicca l'incerzione, all'inizio della parte generale del codice in vigore, dalle premesse che costituiscono le norme fondamentali del processo civile, si distingue l'esistenza del fondamento delle decisioni giuridiche, che è l'oggetto di specifica trattativa dell'articolo 489, comma 1, del CPC/2015, e costituisce base centrale della tesi, dalla costruzioni delle basi teoriche e pratiche alla costruzione di uma decisione giudiziale. All'elencare quello che (non) costituisce atto decisorio fondato, l'ordine processuale civile stabilisce una metodologia, spartiti oggettivi di razionalità e direttrici all'operalisazione di decisioni giudiziarie. L'ipotesi della ricerca presentata coinvolge la proposizione che tali condizioni di validità delle decisioni, se efettivamente utilizzate , hanno la capacità di qualificare, sistematizzare e ottimizzare il dovere degli organi giurisdizionali relativi alla base, inoltre può avere la funzione di imporre agli altri professionisti del diritto un peso argomentativo più sostanziale, dialogico, cooperativo e dotato di giurisdicità. L' aggiornamento della tesi si collega al fatto che molto della insicurezza giuridica, della mancanza di decisioni standard e di um nocivo allungamento del tempo dal Potere Giudiziario, può essere minimizzato con una praxis pratica processuale rispettosa del sistema che dà impulso e permette la base del rigore giuridico, anche se sono inevitabili e costanti i movimenti pendolari, ora a valorizzare il legalismo, ora a dare oltre all'attivismo, ora a intravedere uma maggior applicabilità di un formalismo interpretativo, ora elevando un antiformalismo interpretativo. Per lo studio delle peculiarità del costituzionalismo contemporaneo e di um processo civile con apoggio costituzionale e caratterizato dalla concretudine, importante anche una visione critica delle fonti del diritto e delle tradizioni giuridiche della *civil in law e della common in law*, con la finalità di poter presentare i problemi e contingenze del processo civile, in questo modo la potenzialità degli elementi messi sull'articolo 489,comma1 del CPC/2015, per evitare la pratica del *confirmation bias* o pregiudizio di conferma, benché contollare e minimizzare insincerità delle basi e delle decisioni, ravvisare la semplice formalità prestata a giudici *a prioi*, oltre a ridurre il solipsismo , il soggettivismo, gli atti decisori solitari e quelli proferiti *ad hoc* . Tale missione diventa urgente per dare maggior razionalità , autonomia , stabilità, coerenza e integrità al diritto, in un secolo o in um período del giudiziario, concludendo la ricerca dalla esigenza di uma teoria e praxis decisionale fortificante di un processo civile democratico e di estratto costituzionale, con le esigenze dell'articolo , comma 1 del CPC/2015 svelando altro come misure create dal sistema, metodi per um'argomentazione giuridica migliore e, di noto, costruite decisioni qualificate, passibili de controllo e misurazione della giuristicità della base delle decisioni giudiziarie. A titolo metodologico, la tesi segue il metodo di ricerca bibliografica, com approccio iptetico-dedutivo, non solo concettuale ma anche fenomenologico, nella tecnica di raccolta che si è svilupata dalle documentazioni indirette, si spera della tesi un contributo per um delineamento più oggettivo e bem strutturato per la formazione dei provedimenti giurisdizionali, nonché per strade argomentative giuridiche più qualitative.

Parole-chiavi: Articolo 489, comma 1, del CPC/2015. Decisioni giudiziarie. Dovere di fondatezza. Metodologica per la concrezione della norma.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Judicial decision and its legal substantiation**: **s**ufficiency and concretization through the article 489, § 1º, do CPC/2015. 2019. Thesis – State University of Northern Paraná – UENP, Jacarezinho/PR, 2019.

ABSTRACT

The Code of Civil Procedure/2015 presents to the society and the legal world in a distinct context from the other Codes that have been created under an exception regime, which preceded it (CPC/1939 e CPC/1973).The scope of a civil proceeding, that follows a constitutional and democratic path, contrast the insertion, at the beginning of the general part of the Code in force, the premises that constitute the fundamental norms of civil procedure, to emphasize the requirement of justification of judicial decisions, which is the subject of specific approach and delineation in article 489, § 1º of CPC/2015, and constitutes the central basis of the thesis, by the construction of the theoretical and practical bases to the construction of a judicial decision. By listing what (not) constitutes a judicial reasoning decision, the civil procedural order establishes a methodology and objective guidelines of rationality for the operationalization of judicial decisions. The presented research hypothesis involves the proposition that such conditions of validity of the decisions, if effectively used, they have the power to qualify, systematize and optimize the duty of the judicial system related to the legal substantiation; in addition, they can practice the function to impose on other law professionals a more substantial, dialogical, cooperative and juridical argumentative onus and endowed with juridicity.The actuality of the thesis is related to the fact that much of the legal insecurity, the absence of decision-making standard and a harmful role of the Judiciary, can be minimized with a procedural praxis that respects the system which boost and provides the foundation endowed with legal rigor, although the pendulum movements are inevitable, to prestige legalism, sometimes to widen the activism, to envisage greater applicability of an interpretative formalism, or to prestige an interpretive antiformalism. For the study of the peculiarities of the contemporary constitutionalism and of a civil process with constitutional basis and characterized by the concreteness, it is also important a critical view on the law sources and the civil law and common law legal traditions, in order to be able to present the problems and contingencies of the civil proceedings as well as the potentiality elements in the article 489, § 1º, do CPC/2015, to avoid the practice of the confirmation bias, as well as to control and minimize the insincerity of substantiation and decisions, to relativize the mere formality lend to judgments elaborated first of all, in addition to reducing solipsism, subjectivism, solitary decision-making and those pronounced ad hoc. Such mission becomes pressing to give more rationality, autonomy, stability, coherence and integrity to the law, in a Century or period of the Judiciary, concluding the research for the demand of a theory and decisional praxis strengthening a democratic civil process and constitutional extract, with the requirements of Article 489, § 1º, do CPC/2015 revealing usefulness as systematizing mediations and methods for a better legal argumentation, notably, qualified decisions, liable of control and assessment about the legality reasoning of judicial decisions. Methodologically the thesis follows the bibliographical research method, in a hypothetical-deductive approach, not only conceptual but also phenomenological, in a collection technique that was developed through indirect documentation, reason why the thesis is expected to contribute to a more objective and well-structured construction for the jurisdictional appeals formation, as well as for more qualitative legal argumentative ways.

Key words: Article 489, § 1º, do CPC/2015. Duty of legal substantiation. Judicial decisions. Methodology to achieve the norm.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL – ARTIGOS 1º A 12 DO CPC/2015 16
1.1. Panorama histórico do CPC/2015 e processo civil constitucionalizado 16
1.2. Normas fundamentais 22
1.3. Princípio dispositivo, da demanda e do impulso oficial 25
1.4. Princípio do poder constitucional de ação e da justiça coexistencial 27
1.5. Princípio da razoável duração do processo 31
1.6. Princípio da eticidade ou da lealdade processual 35
1.7. Princípio da cooperação ou colaboração processual 37
1.8. Princípio da igualdade processual e do contraditório 41
1.9. Princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência 44
1.10. Princípio da dialética substancial 49
1.11. Princípio da vedação das decisões-surpresa 51
1.12. Princípio da publicidade dos julgamentos e da fundamentação das decisões judiciais 55
1.13. Regra da cronologia de conclusão para julgamento 62
1.14. Síntese integradora 65

2. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PODER DECISÓRIO 67
2.1. Fontes do direito 70
2.1.1. Jurisprudência 72
2.1.2. Jurimetria 78
2.2. *Common law* e *civil law* 80
2.3. O positivismo jurídico e sua incompletude 84
2.4. O formalismo e o antiformalismo interpretativo 90
2.5. Justificação, contextualização e racionalidade 99
2.6. Policentrismo decisório, globalização e inclusão social 104
2.7. Legalismo, ativismo ou outro modelo? 110
2.8. O Constitucionalismo contemporâneo 119
2.9. Construção de precedentes judiciais: crise do direito positivo? 123

2.10. Síntese integradora 135

3. A SIGNIFICAÇÃO DA NÃO FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CPC/2015 (ARTIGO 489, § 1º), E AS PREMISSAS DA ESTABILIDADE, DA COERÊNCIA E DA INTEGRIDADE (ARTIGO 926) 138
3.1. A justificação no processo civil de viés constitucionalizado 146
3.2. O que é (não) fundamentar para o CPC/2015? 151
3.3. Simples indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo, sem explicação de sua relação com a causa ou a questão decidida 162
3.4. Emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicitação do motivo concreto de sua incidência 164
3.5. Invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão 167
3.6. Não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo aptos a infirmar a conclusão tomada pelo julgador 171
3.7. Mera invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem identificação dos seus fundamentos determinantes, nem a demonstração de que a hipótese sob julgamento se harmoniza com aqueles fundamentos 174
3.8. Não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente sustentado pelo interessado, sem demonstração da existência de distinção no caso em julgamento, ou ainda a superação do entendimento 176
3.9. A motivação *per relationem* ou *aliunde* 179
3.10. A omissão da decisão que incorra em qualquer das hipóteses estampadas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, e a possível correção por embargos de declaração (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015) 183
3.11. O artigo 489, § 2º, do CPC/2015: colisão entre quais normas? 188
3.12. É possível uma teoria da decisão judicial com base no CPC/2015? 193
3.13. (In)Sinceridade das fundamentações e *confirmation bias* na motivação das decisões judiciais 198
3.14. Síntese integradora 205

CONCLUSÕES 207

REFERÊNCIAS 213

INTRODUÇÃO

Tanto o CPC/1939 quanto o CPC/1973 foram engendrados em períodos de exceção, nascidos com a estampa de regimes totalitários, de caracteres amplamente publicistas, privilegiadores do protagonismo jurisdicional, pautados por um juriscentrismo exacerbado, centrados na jurisdição e concentrados na figura do Estado-Juiz e do processo como mero instrumento estatal, e não com enfoque em um policentrismo decisório, diferentemente das características e propósitos democráticos, argumentativos e participativos do CPC/2015. A legislação processual civil em vigor, por certo, não constitui uma ruptura com o passado, mas induvidosamente mostra um passo adiante.

O almejado policentrismo decisório busca o equilíbrio entre um processo em que as partes são protagonistas da relação jurídica e processual, tendo o Estado-Juiz como uma figura inerte e exterior, e um outro processo por vezes autoritário, em que prepondera a figura do juiz como grande timoneiro da relação processual, aplicando ou não os textos jurídicos suscitados pelas partes (quase que) a seu bel-prazer.

A base principiológica exposta no CPC/2015 e em sua configuração preocupou-se, por conseguinte, por meio de um viés democrático, com um processo lastreado em premissas comparticipativas e policêntricas, a resgatar a participação da sociedade no debate processual, em contraposição ao protagonismo judicial (SOARES, 2018, p. 559).

O foco primordial do trabalho, por meio não apenas de metodologia conceitual, mas também fenomenológica e prática, lastreada em técnica de coleta desenvolvida por documentação indireta, vincula-se às decisões judiciais e à respectiva fundamentação, bem como à argumentação jurídica, com espeque na sistemática empregada pelo CPC/2015, ao assinalar no artigo 489, § 1º, o que não se considera decisão judicial dotada de fundamentação válida.

Como não é apenas a fundamentação das decisões judiciais que enseja um processo civil de matriz constitucionalizada, após uma breve contextualização histórica do CPC/2015, o primeiro capítulo delineia e explicita aquelas que constituem as normas fundamentais do processo civil, postas nos artigos 1º a 12 do CPC/2015, na sequência principiológica seguinte: dispositivo, demanda e impulso oficial; poder constitucional de ação e justiça coexistencial; razoável duração do processo; eticidade; cooperação ou colaboração; igualdade processual e contraditório; dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência; dialética substancial; vedação das decisões-surpresa; publicidade dos

julgamentos; cronologia de conclusão para julgamento; e o princípio (ou regra, com o CPC/2015?) da fundamentação das decisões judiciais.

Tais princípios e regras, ora presentes em maior grau, ora em menor intensidade, fundem-se e se somam na consolidação de um processo civil efetivo, de resultados e mais democrático, porque respeitador de premissas principiológicas advindas expressa ou implicitamente da CRFB/1988, a merecer respeito por todos os profissionais da seara jurídica, notadamente pelos órgãos jurisdicionais.

O segundo capítulo passa pelas fontes jurídicas e tradições da *civil law* e da *common law*, não apenas para diferenciá-las, como também para concluir que é cada vez mais intensa a correlação e recíproca influência entre as referidas tradições, com especial destaque às pretensões precedentalistas de nosso sistema, em busca de estabilidade, coerência e integridade do direito e da jurisprudência, com realce à importância da jurimetria, ou seja, da estatística aplicada ao direito, visando maior linearidade.

Ainda em tal capítulo, discorre-se acerca do positivismo jurídico e a sua incompletude diante da dinamicidade da vida em sociedade, além de se trilhar a abordagem à polarização entre legalismo e ativismo, entre formalismo e antiformalismo interpretativo, a fim de dar os contornos e a importância não somente da adequada, racional, metódica, jurídica, democrática e dialógica fundamentação (a constituir dever dos órgãos jurisdicionais), mas também a expor a necessidade de que a engrenagem prevista no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, igualmente sirva a um mais otimizado cumprimento do ônus argumentativo dos demais profissionais do direito, tudo a justificar um processo civil de natuteza constitucional e policêntrico, assim também a refletir uma teoria e metodologia da decisão judicial, que de modo alvissareiro surge com o CPC/2015 (embora haja exemplificações as mais diversas das dificuldades de implementação e de modificação de uma cultura jurídica frágil no sentido argumentativo e decisório).

O segundo capítulo cuida, também, da construção de precedentes judiciais (fonte primária do direito), que podem bem servir à concretização dos princípios mais comezinhos do processo (igualdade, segurança jurídica, confiança e eficiência), assim como elemento importante para a redução da litigância e à melhora da ideia de justiça coexistencial, sem que essa influência precedentalista signifique eventual crise do direito positivo, tampouco o uso nefasto do *confirmation bias* ou viés de confirmação, conduta bastante comum, pela qual os profissionais do direito, em uma cultura e práxis não valorizadoras de construções jurídicas (argumentações e decisões) dotadas de juridicidade substancial, bem assim de dialogicidade e elementos democráticos, tendem a verdadeiramente pinçar os argumentos e fundamentos

exclusivos que interessam somente à posição ou conclusão buscada (quiçá antecipada), em argumentações (ônus) e fundamentações (dever) insinceras e que não se justificam democraticamente.

Sendo a fundamentação dos atos decisórios o cerne da pesquisa, o terceiro capítulo cuida da abordagem, desenvolvimento, exemplificação e crítica de cada uma das premissas demonstrativas do que (não) se considera decisão judicial com fundamentação válida, todas previstas nos incisos do § 1º do artigo 489 do CPC/2015, em delineamento de uma teoria decisória. Para além disso, tal capítulo também explora outras problemáticas, a exemplo da denominada motivação *per relationem* ou *aliunde*, da possível correção da decisão nula (porque não fundamentada) mediante embargos de declaração, e ainda a inadequação da previsão do artigo 489, § 2º, do CPC/2015, porque a confundir regras e princípios e possibilitar, em tese, ponderação (e arbitrariedade) na aplicação de regras jurídicas.

Traçadas essas considerações, apresenta-se o problema para questionar e responder pela possibilidade de uma teoria da decisão judicial com base no CPC/2015, sem descurar da dificuldade de superação da (in)sinceridade das fundamentações e do *confirmation bias* na motivação das decisões judiciais, para a consolidação do artigo 489, § 1º, do CPC/2015 e minimização das pseudodecisões, sobretudo aquelas oriundas de um pamprincipiologismo solipsista.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL – ARTIGOS 1º A 12 DO CPC/2015

1.1. Panorama histórico do CPC/2015 e processo civil constitucionalizado

Para Pontes de Miranda, o direito processual civil é o "[...] ramo do direito mais rente à vida. Por ele, poder-se-iam classificar os povos" (1974, p. XV). Daí se extrai uma significação e um conteúdo de grande importância, pois o contexto adjetivo civil bem mostra os parâmetros e a dinâmica impostos em uma dada sociedade para a resolução de seus conflitos, aspectos e pretensões acerca dos procedimentos envolvidos na solução de controvérsias, bem assim como deve se portar o Poder Judiciário em termos de processamento de demandas e comandos jurisdicionais.

Sabidamente o processo não consubstancia fim em si mesmo, até porque a jurisdição atua à vista de uma pretensão, de um direito afirmado, e há tempos se afirma que a ideia e práxis devem ser de menos tecnicismo e mais concretude, por isso que a tutela jurisdicional deve ser entendida como tutela efetiva de direitos ou de situações processuais, por meio de uma visão do direito processual que coloque em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material, ou seja, a técnica processual a serviço de seu resultado (BEDAQUE, 1997, p. 25).

Tal adaptabilidade caracteriza mesmo o processo civil, que não pode ser representado por um quadro estático, mas por uma obra em constante movimento, por isso que a disciplina processual civil possui como característica a maleabilidade, em adequação às necessidades presentes ao seu redor, a representar um fenômeno cultural (WILD, 2017, p. 44).

Há de se buscar pelo processo, tanto quanto possível, exatamente aquilo que o jurisdicionado receberia se a regra de direito material fosse respeitada, cumprida, concretizada, e para tanto deve ocorrer adaptabilidade do processo às necessidades da causa, com a incidência do denominado princípio da elasticidade processual (BEDAQUE, 1997, p. 51).

Para os fins do presente trabalho, de suma relevância aclarar a importância de um processo civil de matriz constitucionalizada, que busca aproximar o Estado e os jurisdicionados de bens jusfundamentais caros ao Estado de Direito e ao Estado Constitucional.

A evolução do direito e da ciência processual, notadamente no que concerne à instrumentalidade do processo, através da predisposição de procedimentos hábeis a veicular tutelas elaboradas à luz das necessidades mais diversificadas do direito material, traduz o incessante escopo da efetividade e utilidade das decisões judiciais (OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 343).

O CPC/2015, na Exposição de Motivos, mostra a pretensão de consolidação de um sistema processual civil imbricado com as premissas e garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, a cumprir a exigência de efetividade, e assinala que "De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo" (2015, p. 24). A efetividade se explica e realiza desde que o processo se constitua em veículo útil e ótimo de concretização do direito substantivo.

A Exposição de Motivos do CPC/2015 enfatiza as mudanças ocorridas na legislação processual civil anterior, destacadamente a partir dos anos 1990, bem recebidas de modo geral pela comunidade jurídica e que culminaram em consequências positivas, naquilo que toca à operatividade do sistema.

Não menos certo que referidas reformas, gradativamente, enfrequeceram a coesão das normas processuais, compremetendo a higidez do sistema processual e retalhando o CPC/1973, com afetação ao grau de funcionalidade, pragmatismo e linearidade do sistema.

Nessa toada, na Exposição de Motivos se destaca que o CPC/2015 não significou "(...) uma ruptura com o passado, mas um passo à frente" (2015, p. 25), tanto que conservou muito do CPC/1973, notadamente novidades esculpidas nos últimos vinte e cinco anos, aperfeiçoando-as naquilo que pertinente e necessário, de modo que a reforma do sistema, pelo CPC/2015, "(...) criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado" (2015, p. 37).

O destaque na motivação do CPC/2015 se conecta à funcionalidade, à resolução de problemas e ao desprestígio da complexidade (em favor da simplicidade), sem perder de vista a imprescindibilidade de que o processo civil respeite os *standards* constitucionais, destacando-se ainda o foco maior no mérito da causa e na (não) fundamentação das decisões judiciais.

Os trabalhos da Comissão se pautaram em cinco objetivos, especificados na Exposição de Motivos:

> 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (2015, p. 26)

Expostos tais objetivos, premissas e contextualização, de se destacar a essencialidade de elementos com o máximo de objetividade acerca do que (não) se considera decisão judicial fundamentada, com o escopo de racionalizar, justificar, ordenar e otimizar o processo e o sistema, e também legitimar democraticamente a função e as decisões judiciais, a exemplo do rol constante no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, a constituir inovação jamais vista em nossas ordenações processuais civis pretéritas, e a consolidar o foco primordial do presente trabalho.

E referido viés constitucionalizado e principiológico, é verdade, não prescinde de um fio condutor de certeza e racionalidade. Levi Rosa Tomé assinala a importância do CPC/2015 e a segurança que dele se espera:

> De nossa parte, não parece haver dúvidas de que um novo marco regulatório do processo civil se haveria de implementar. Ainda que para muitos não se possa mais falar na existência de um "Código" no sentido ideológico ou político com que era concebido no Século passado, em função até mesmo dessa invasão constitucional que se detecta em todos os quadrantes do direito, o fato é que, a despeito dessa nova feição normativa ostentada pelo ordenamento jurídico, agora muito mais principiológica, muito mais heurística, há que existir um "fio condutor" capaz de guiar, de modo seguro, o próprio desenvolvimento do processo. O "discurso jurídico", dizem os especialistas, não pode ser substituído pelo chamado "discurso prático geral" (2015, p. 74).

Incontroverso, por sua vez, que os preceitos, a significação, as ordenações e determinações da Constituição devem iluminar todas as disciplinas jurídicas, e por óbvio também o processo civil. Com lastro em tais assertivas é que Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apontam no seguinte sentido:

> A Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição "do Estado", porquanto possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim a sociedade (Häberle. Estado constitucional, § 2º p. 84; § 54 p. 272). Antes de o processo civil ser ordenado pelo texto normativo do CPC, como preconiza o texto comentado, o processo deve subordinar-se aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República (soberania, cidadania, segurança jurídica, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, valores do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), confirmam a democracia e resguardam os direitos fundamentais dos cidadãos e de toda pessoa, (CF 5º) e permitem a existência de

> sociedade civil livre e organizada. Isto porque, sendo a CF a ordem fundamental que dá a direção do ordenamento jurídico, nada mais natural que o processo civil se submeta a todas as determinações dela emanadas, para cumprir o papel que lhe é próprio, de pacificação do espaço privado de vivência dos cidadãos, na República, pelo exercício legítimo do Poder Jurisdicional do Estado (2016, *on-line*).

Por isso estabelece o artigo 1º do CPC/2015 que "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código", a dar conta da necessidade de sintonização da lei ordinária com a CRFB/1988 e da constitucionalização do processo, uma consequência inarredável da constitucionalidade infligida a todas as disciplinas jurídicas, sejam de direito material, sejam de direito processual.

Em abordagem ao sentido do artigo 1º do CPC/2015, e com enfoque na atividade legislativa e na segurança jurídica, Guilherme Rizzo Amaral explana a importância das previsões processuais civis no que concerne à concretização dos escopos processuais:

> Do ponto de vista do legislador, na criação do direito positivo de caráter processual deve ele indagar que meios seriam adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para viabilizar os escopos do processo. Do ponto de vista da segurança jurídica, deve observar que constantes modificações no direito positivado podem infringir aquele valor, de forma que só devem ser implementadas quando o ganho em efetividade compensar a mudança (2016, *on-line*).

O mencionado autor continua a análise do artigo 1º do CPC/2015, e suas ponderações passam a ter em mira a atividade jurisdicional, também pontuando acerca da limitação criativa dos órgãos jurisdicionais, tudo com vistas à segurança jurídica e a uma característica de autocontenção:

> Já o juiz deve partir de uma posição mais limitativa, visto que não pode ignorar as soluções previamente criadas pelo legislador para o conflito entre efetividade e segurança. Seu campo de atuação será, assim, muitas vezes no apaziguamento da fricção existente entre esses dois complexos valorativos *sobrevivente* à intervenção legislativa [...]
>
> Dessa forma, a leitura do art. 1º do CPC não pode superestimar a primeira parte – "ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais" – e subestimar a segunda "observando-se as disposições deste Código" -, que, claramente, contém uma mensagem de reforço e observância às *regras processuais*, não como obediência cega à legislação, fruto de um formalismo pernicioso, mas, sim, como reconhecimento de que o respeito às normas estabelecidas pelo legislador é uma decorrência lógica do valor *segurança*.
>
> Sendo assim, o eventual afastamento de uma regra processual específica – com a sua não aplicação ao caso concreto – não deve ser analisado sob o prisma do conflito entre a regra e um princípio constitucional maior, e sim, sob o prisma do conflito entre o valor *segurança* e o valor ou princípio que se busca concretizar com o afastamento da referida regra (2016, *on-line*).

A propósito das feições do artigo 1º do CPC/2015, eventual afronta às premissas processuais civis constantes no texto positivado, especialmente nos artigos 1º a 12, que tratam das normas fundamentais do processo civil, poderá abrir ensejo à interposição de recurso especial, para alegação de agressão a tais princípios, agora constantes da lei ordinária, sendo certo que antes tal missão questionadora era bem mais difícil, porque normalmente se considerava que a violação a tal principiologia constituía exclusivamente ofensa reflexa (indireta) à Constituição, mas agora pode consubstanciar ofensa à lei federal (CPC/2015).

Fato é que o CPC/2015 permite a minimização do autoritarismo jurisdicional, consolidando em lei federal as bases daquilo que não se considera decisão judicial fundamentada, em reforço e objetivação do dever de fundamentação, ainda que já se o considerasse preceito de ordem pública. Em face de tais observações, em artigo de lavra anterior à construção e vigência do CPC/2015, Marcelo Negri Soares destacava que a falta de fundamentação acarretava a nulidade do ato decisório, embora tal requisito imprescindível não se encontrasse na norma processual com expressa cominação de nulidade (2011, p. 200).

De conformidade com o exposto por José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Krüger Thamay acerca do tema em voga, a confirmar a tese recursal antes delineada:

> Evidencia-se, aí, a constitucionalização do processo civil, movimento que repetiu o da constitucionalização do direito civil, exigindo uma releitura das respectivas normas, à luz da Constituição.
> A repetição, no corpo do Código, de normas da Constituição poderá ter importante consequência processual, tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe recurso extraordinário por ofensa indireta à Constituição. A ofensa (direta) a norma do CPC justificará a interposição de recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça (2015, p. 18-19).

Não obstante a imbricação e harmonização entre parâmetros constitucionais e a legislação processual civil seja mesmo indispensável, além de um consectário lógico e jurídico inescapável, dada a inevitável força normativa da Constituição, relevante que tenha constado menção explícita à CRFB/1988, de tal modo a fixar o modelo constitucionalizado que se pretende fortalecer no Brasil, desde as ondas renovatórias da fase instrumentalista do direito processual, com prestígio às tutelas coletivas, à assistência jurídica integral e gratuita, ao acesso facilitado à Justiça e também às melhorias diversas no modo de ser do processo, com impulso à melhor utilização da tecnologia (a exemplo do processo eletrônico), à justiça coexistencial e conciliatória, e à racionalização dos serviços forenses (rol meramente exemplificativo).

Em inferência que dá conta da passagem do processualismo ao instrumentalismo, Cândido Rangel Dinamarco assinala que:

> O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje como que preocupar-se o físico com a demonstração de divisibilidade do átomo [...].
> O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados (2005, p. 22-23).

A evolução encaminhou a um delineamento processual civil de matriz constitucionalizada, e embora de meridiana clareza que a legislação processual civil deva se conformar às normas constitucionais, ainda há operadores jurídicos que não assimilaram a exigibilidade da referida adequação e a indispensabilidade de tal influência.

Como assevera Cassio Scarpinella Bueno, a partir de um modelo constitucional do direito processual civil, é inevitável que toda a legislação e outras disciplinas jurídicas sejam informadas pelas diretrizes constitucionais:

> [...] o contraste de qualquer lei com a Constituição é tarefa insuprimível no ordenamento jurídico nacional da atualidade. Trata-se de consequência inarredável do controle de constitucionalidade que, na sua modalidade *incidental*, pode e deve ser feito por qualquer magistrado em qualquer instância, observado, no âmbito dos tribunais, o art. 97 da CF, fundamento da Súmula Vinculante 10 do STF (2015, p. 41).

Zulmar Duarte de Oliveira Jr e Fernando da Fonseca Gajardoni, dando relevo à imersão do ordenamento jurídico na ordem constitucional, como também de que se trata a referida previsão de um verdadeiro vetor hermenêutico, ponderam que:

> A disposição em apreço tem nítido caráter propedêutico ou, melhor dizendo, estabelece um prognóstico hermenêutico, a saber, a necessidade do processo, seja na dinâmica do seu desenvolvimento, seja na sua operacionalização, respeitar primariamente a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como, passo seguinte, os preceitos estratificados no corpo do próprio Código à luz daquela compreensão constitucional [...] Sem receio, podemos dizer que, atualmente, o ordenamento jurídico está imerso na Constituição, funcionando esta como bálsamo que encharca, purifica e fixa o sentido e alcance de todas as normas jurídicas (2015, p. 2-3).

Da menção a valores no referido artigo 1º do CPC/2015, vale anotar a crítica de Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem os princípios não são nada mais do que normas incorporadoras, integradoras e demonstradoras da incidência e preponderância de determinados valores, pois dizer normas fundamentais da Constituição, termo que é normalmente empregado como gênero, de que são espécies as regras propriamente ditas e princípios, já é falar de valores, até porque os valores são encampados pelos princípios (2015, p. 56).

Fato é que essencialmente e como caminho inevitável**,** princípios jurídicos já estão a legitimar determinados valores, não obstante de valores inspiradores de um determinado ordenamento jurídico constitucional também se possa falar de forma autônoma.

1.2. Normas fundamentais

Já se destacou que o CPC/2015 nasce sob os auspícios de pretensões democráticas, e de modo inédito, elenca em seu introito aquelas que são as normas fundamentais do processo civil, em sua grande maioria embrionárias da Constituição.

Um breve retroceder histórico, com enfoque no CPC/1939 e com base em proposições contra o processo autoritário, bem demonstra o relevo de tais novidades. Comentava Moacyr Amaral Santos, em 1959:

> Vai o Código de Processo Civil completar vinte anos de existência. Nasceu numa época em que, amesquinhado, o homem se tornara instrumento do Estado, convertido, por sua vez, em instrumento da vontade do chefe do governo, nas mãos de quem se concentravam todos os poderes. “O reforço da autoridade do chefe da Nação – proclamava o sr. Getúlio Vargas – é tendência normal das organizações políticas modernas”. “Essa forma de concentração do poder”, que dizia “corresponder a imperativos de ordem prática”, levava à corporificação da doutrina do Estado Novo, “na qual todos precisavam ser educados”.
> Primeira condição, para isso, era desmerecer o passado. E assim como a ordem de comando era desmoralizar o regime deposto, qualificado de liberalismo econômico e demagógico, impunha não se reconhecessem quaisquer virtudes em tôdas as instituições que nele se formaram, por maiores que tivessem sido os serviços prestados e por mais valiosa que houvesse sido a sua contribuição civilizadora ou de unidade nacional (1959, p. 212).

Preponderava o princípio da autoridade, o caráter eminentemente publicístico do processo e a cultura autoritária do magistrado, em predominância do princípio inquisitivo sobre o dispositivo, da autoridade sobre a liberdade, sobrelevando-se a vontade estatal sobre a iniciativa das partes, sem as imbricações hoje buscadas entre a Constituição (democrática) e o processo.

As normas fundamentais devem ser entendidas como regras e princípios fundantes e essenciais a uma determinada disciplina jurídica. No caso do processo civil, o CPC/2015 cuidou de estabelecer dos artigos 1º a 12 parâmetros imprescindíveis à regular instauração, ao bom desenvolvimento e à eficiente, justa e legal solução das questões processuais civis.

Nos indigitados artigos há regras mais diretas e objetivas, assim como existem diretrizes principiológicas mais indeterminadas e suscetíveis a aberturas interpretativas, a exigir portanto, no que concerne às últimas, maior densificação normativa.

As regras, ainda preponderantes em sistemas jurídicos de base romano-germânica como o brasileiro, são normas mais determinadas, concretas e reguladoras de situações em que a literalidade e a objetividade prevalecem. Regras jurídicas trazem segurança e certeza ao sistema processual, aos profissionais do direito e aos jurisdicionados.

Os princípios, mais dinâmicos, abstratos, indeterminados e conectados à ideia de direito (justiça), possibilitam maior abertura interpretativa, fixam os vetores hermenêuticos de um universo jurídico e exigem mais mediações concretizadoras. Princípios jurídicos funcionam como *standards* (padrões) e (também) são suficientes, por si sós, à resolução de questões jurídico-processuais. Trabalham os princípios como razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*).

Os princípios exercem algumas relevantes funções e apresentam claramente escopos diversos: em sua função integradora, propiciam resolução dos litígios não enquadráveis nas normas, ou seja, *hard cases* (casos difíceis), além de orientarem preenchimento de lacunas; em sua função interpretativa, encaminham à compreensão das normas no sentido do próprio sistema jurídico; em sua função diretiva, apontam os rumos da ordem jurídica e atuam como diretrizes programáticas; finalmente, em sua função unificadora, asseguram coerência doutrinária e sistêmica à ordem jurídica, além de propiciarem a conjunção entre uma racionalidade formal e substantiva (FARIAS, 2010, p. 49).

Muito embora seja válida a crítica a um pamprincipiologismo desregrado, também não menos defensável a observação de Mauro Cappelletti sobre a típica abertura e indeterminabilidade dos princípios, e da possibilidade de que o Judiciário bem trabalhe com tais normatizações:

> [...] em certo sentido, os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana [...] não contêm senão um apelo à decência e à sapiência daqueles a quem é confiada a responsabilidade de sua atuação. Dizer que a compensação deve ser “justa”, que a proteção da lei deve ser “igual”, que as penas não devem ser “cruéis” nem “inusitadas”, que as cauções e sanções pecuniárias não devem ser “excessivas” nem a investigação “irrazoável”, e

> que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar "sem o *due process*", tudo isto nada mais significa do que autorizar a atividade de criação do direito, sobretudo do direito constitucional, por parte dos juízes, os quais são deixados livres para definir o que seja cruel, razoável, excessivo, devido, ou talvez igual (1993, p. 68).

Para os fins do trabalho, há essencialidade na proposição inicial de que tem havido uma utilização desmesurada, e sem metodologia adequada dos princípios, com omissão completa ou falha parcial do dever de fundamentação (e também de argumentação), a se constatar muito mais retórica, pseudofundamentação, interpretações e aplicações *ad hoc*, como se dos princípios se pudesse extrair qualquer coisa.

Para Lenio Luiz Streck, a salientar que a efetivação de princípios não pode estar refém de subjetivismos e escolhas do intérprete:

> [...] afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais "abertos" em termos de possibilidades de significado, *não constitui novidade*, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno.
> O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) *não depende* – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem *a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade* (2017, p. 104).

Realizada a abordagem das regras e princípios, importante acrescentar entendimento mais ampliado, acerca da existência de três espécies normativas. Para Humberto Ávila, há não somente as já descritas regras e os já indicados princípios, mas também os chamados postulados, que serviriam à mediação entre as regras e os princípios, trabalhando na regulação de parâmetros para a intermediação de tais normas, e indigitado autor explica sequencialmente regras, princípios e postulados:

> 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 (2016, p. 102)

Na mesma obra, Humberto Ávila sintetiza a caracterização dos postulados com a assertiva de que os postulados normativos indicam a existência de normas imediatamente

metódicas, que dão estrutura à interpretação e aplicação dos princípios e das regras, através da exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios (2016, p. 226), como exemplo o postulado da unidade do ordenamento jurídico, a cobrar coerência.

O CPC/2015, ao tratar das normas fundamentais do processo civil, sistematiza, organiza e mostra relevante sentido didático-pedagógico. Não se constituem em normas programáticas, mas sim de eficácia plena e que devem irradiar os seus efeitos práticos com a maior intensidade possível, a observar um processo civil de modelo constitucional, democrático, dialógico, participativo e instrumental.

Referidas normas devem ser compreendidas pelos profissionais do direito exatamente como a própria terminologia está a indicar, isto é, como normas essenciais, básicas, indispensáveis, necessárias, principais da disciplina processual civil, mais especialmente naquilo que toca a um processo civil mais cooperativo, colaborativo, respeitador de um contraditório substancial e efetivo, e gerador de decisões judiciais dotadas de mais dialogicidade, parâmetros democráticos, racionalidade, e portanto mais legitimidade.

1.3. Princípio dispositivo, da demanda e do impulso oficial

Consta no artigo 2º do CPC/2015 que “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Pelo princípio dispositivo (mais especialmente no que concerne à demanda) e como regra, é o interessado ou supostamente prejudicado que deve pleitear a tutela jurisdicional, à exceção daquelas hipóteses em que possível ao Estado-Juiz atuar *ex officio*, a exemplo de situações como restauração de autos (artigo 712 do CPC/2015), alienação judicial (artigo 730 do CPC/2015), herança jacente (artigo 738 do CPC/2015), juros legais, prestações sucessivas e suscitação de conflito de competência de ofício pelo juiz, e sempre de modo fundamentado.

Vincula-se mais especificamente ao princípio dispositivo o fato de que cabe às partes as teses e alegações em seu favor, e a indicação das provas pelas quais pretendem consolidar e obter respaldo de sua pretensão ou direito (sem descarte da atuação proativa e tecnicamente cuidadosa, porque motivada, do Estado-Juiz, e do fato de que os magistrados não devem funcionar como meros espectadores passivos da batalha e/ou da composição processual).

O que se espera é que o magistrado, com fundamento no princípio dispositivo, não apareça como controlador do processo em um viés de exceção (ainda que bem intencionado o julgador), em relativização nociva do princípio da imparcialidade e da igualdade processual.

Mais uma vez emerge em tal panorama a essencialidade de que os órgãos jurisdicionais atuem em respeito às premissas de fundamentação das decisões judiciais, tudo a fim de que o processo constitua uma garantia contrajurisdicional (com julgadores defensores da ordem jurídica).

Provocado o órgão jurisdicional, entra em cena o princípio do impulso oficial, a exigir que a máquina judiciária como um todo promova e encaminhe o procedimento de fase em fase, até o exaurimento ou esgotamento da prestação jurisdicional, em respeito inclusive ao princípio constitucional da eficiência (artigo 37 da CRFB/1988), ao qual também o Poder Judiciário se encontra vinculado, e sem descartar, por certo, os inconvenientes da contumácia das partes, que também são responsáveis pelo bom e escorreito sequenciamento procedimental e processual.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco pontuam que não obstante a jurisdição seja inerte, passiva, uma vez instaurado o processo, não mais pode ficar à mercê das partes, em razão do interesse público presente, a exigir que a relação processual, desde que iniciada, desenvolva-se e conclua-se no mais breve tempo possível, exaurindo-se o dever estatal de prestação jurisdicional (2014, p. 389).

De se observar que o artigo 190 do CPC/2015 estabelece flexibilização ou nova feição ao princípio do impulso oficial, ao prever a possibilidade do denominado negócio processual: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou depois do processo”. E o parágrafo único prevê que “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Também o artigo 357, § 2º, a estabelecer que “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”. Referidos incisos tratam da distribuição do ônus da prova, bem como da delimitação das questões de direito relevantes para a decisão do mérito.

Outro exemplo de relativização do já mencionado caráter publicista do processo está no artigo 459, a criar no processo civil, assim como já ocorreu no processo penal, o sistema *cross examination* (exame cruzado), com os questionamentos dirigidos pelos profissionais que integram as funções essenciais à Justiça diretamente às testemunhas (sem prejuízo da

intervenção jurisdicional, se e quando imprescindível, especialmente para indeferir as intervenções impertinentes, tendenciosas ou inadequadas), com abolição do sistema presidencialista na inquirição das testemunhas.

1.4. Princípio do poder constitucional de ação e da justiça coexistencial

Preconiza o *caput* do artigo 3º do CPC/2015 que "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito"**,** a mostrar a incidência de bem jusfundamental dos mais caros a um Estado Democrático de Direito, constituído pelo direito de acesso à Justiça, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988, a prever que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"**,** ideia fortalecida nos artigos 140 e 373 do CPC/2015.

Ainda criticável a presença no CPC/2015 do artigo 1.059, de duvidosa constitucionalidade, vez que em tese impeditivo da tutela provisória contra a Fazenda Pública, embora haja incontáveis decisões judiciais determinando o custeio pela Fazenda Pública de medicamentos não fornecidos pelo SUS, sob pena de risco à vida, à saúde e à dignidade humanas, além daquelas hipóteses em que possa existir tutela de evidência, em que despicienda a demonstração do *periculum in mora.*

No que respeita ao poder constitucional de ação, conceito detalhado se constata na obra de Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo de Avelar Lamy:

> A ação é, portanto, um direito *meio* de buscar a tutela dos direitos materiais por meio do processo. É o direito público, subjetivo, autônomo, abstrato e instrumental de formular pretensões com vistas à proteção do direito material *fim*, participando tanto do seu julgamento quanto de sua execução perante o Poder Judiciário. Consiste em um importante canal para o debate democrático por meio do processo.
> Trata-se de um direito *público* por pertencer a todos; um direito *subjetivo*, pois embora pertença a todos, cada sujeito de direitos o detém para as respectivas proteções; um direito *autônomo*, pois não se confunde com o direito material, possuindo autonomia operativa e teórica; um direito *abstrato* pelo fato de existir antes mesmo de haver violação ou perigo de violação a direitos; e um direito *instrumental*, pois serve como *meio* para a proteção de outros direitos *fim*: os direitos materiais, com os quais não se confunde.
> Consiste a ação, ainda, um direito *incondicionado*, pois seu exercício não está condicionado a requisitos pré-estabelecidos. As condições da ação, as quais estudaremos adiante, não são condições para o exercício do direito de ação, mas sim condições para a admissibilidade do processo e a consequente análise do mérito. Trata-se de condições para a resolução do mérito.
> Na perspectiva constitucional brasileira o direito de ação decorre diretamente da garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXV), bem como constitui autêntica manifestação do direito fundamental imediatamente aplicável de petição aos órgãos públicos (art. 5º, inciso XXXVI, alínea "a") sendo, portanto, de caráter naturalmente incondicionado (2016, p. 138).

Fato é que as pessoas físicas, jurídicas e entes despersonalizados têm o direito de acesso à justiça, a uma ordem jurídica justa e ao processo justo (*giusto processo, procès équitable, faires Verfahren* ou *fair trail*) para postulação de tutela às suas pretensões e direitos, seja preventivamente, seja repressivamente, sendo direito de todos a tutela jurisdicional adequada e motivada, para que a técnica processual tenha serventia e correlação com a efetividade e a eficácia. E para que haja prevenção, solução e reparação dos conflitos, o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico (artigo 140 do CPC/2015), e deve sempre justificar o iter percorrido à consolidação do ato decisório.

Interessante tratar da constitucionalidade ou não da exigência, por lei infraconstitucional, de esgotamento da instância administrativa para se chegar à jurisdicional. Há exemplo para as lides desportivas, mas na própria CRFB/1988, conforme artigo 217, § 1º, a prever que "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei"**,** e ainda quanto às Forças Armadas, isto porque o artigo 142, § 2º, delimita que "Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares".

No § 1º do artigo 3º do CPC/2015 consta expressamente a permissão e incentivo à arbitragem, a se harmonizar com a Lei nº 9.307/1996. Certo é que a arbitragem se trata de relevante técnica de solução de conflitos de interesses, que realmente merece incentivo no Brasil, servindo àquelas hipóteses em que haja pessoas capazes e litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, produzindo a decisão proferida, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença emanada dos órgãos jurisdicionais, e quando condenatória constituindo título executivo, a teor do artigo 515, inciso VII, do CPC/2015. Há corrente tendente à possibilidade (tema ainda gerador de acesas polêmicas) de utilização da arbitragem para relações trabalhistas, de consumo e em contratos que envolvam empresas públicas ou de capital misto.

Acerca do assunto, vale menção à observação de Guilerme Rizzo Amaral sobre a arbitragem e suas consequências:

> Como bem decidiu o STF no acórdão proferido no AgRg na SE 5206, o que se passa quando da submissão de um litígio à arbitragem é uma renúncia *relativa* à jurisdição estatal, com o reconhecimento da liberdade individual dos contratantes para submeterem seus litígios futuros à arbitragem. Não se exclui, com isso, da apreciação do Poder Judiciário, a análise de lesão ou ameaça a direito, que pode se dar com a instauração de ação anulatória da sentença arbitral. O que não se permite é a análise, pelo Poder Judiciário, do *mérito* das questões submetidas à arbitragem, quando não constatada lesão a direito que tivesse o condão de anular o pacto arbitral ou a sentença dele decorrente. Interpretação diversa dessa esbarraria na cláusula pétrea contida no art. 5º, XXXV, da CF. Além disso, é interessante notar que a

> interpretação do STF, no AgRg na SE 5206, foi a de que o art. 5º, XXXV, da CF continha vedação ao legislador: a este – e não às partes, cuja liberdade individual deve ser respeitada – não seria dado excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (2016, *on-line*).

Inexiste qualquer contraposição entre a apreciação jurisdicional e a decisão de questões fáticas e jurídicas pela arbitragem. A jurisdição arbitral deve ser impulsionada, prestigiada e aplicada, como possibilidade de solução de conflitos, sendo dotada de plena exequibilidade.

Finalmente, a respeito da arbitragem, há hipóteses específicas, previstas no artigo 32 da Lei nº 9.307/1996, a permitir revisão motivada pelo Estado-Juiz, naquelas situações de nulidade da sentença arbitral, e tão somente em tais casos, pelo que correta a afirmação de que o Poder Judiciário não é homologador das decisões arbitrais, sendo o árbitro juiz de fato e de direito, com autonomia da sentença arbitral, que faz coisa julgada material e produz a já mencionada eficácia de título judicial, independentemente de homologação (NERY JUNIOR; NERY; 2016, *on-line*).

O § 2º do artigo 3º do CPC/2015 estabelece previsão das mais relevantes, a exigir e informar que "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". Tal cultura do consenso deve ser incorporada e efetivada pelos atuantes e protagonistas do direito, que não podem nem devem funcionar como autômatos intérpretes e aplicadores da lei, presos a um dogmatismo e a uma liturgia procedimental atravancadora de melhores soluções processuais.

A conciliação, a mediação e a consequente solução consensual dos conflitos intersubjetivos de interesses deve ser buscada de modo incisivo e incessante, quando cabíveis, mas a cultura da beligerância, do individualismo e do "eu" (ser ensimesmado) ainda parece preponderar entre os profissionais do mundo jurídico no Brasil.

Em continuidade ao artigo 3º, portanto, merece destaque o § 3º, a dar conta de que "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial", em previsão alvissareira, ao menos no sentido didático. Prova de tal estímulo consta em toda a regulamentação procedimental do artigo 334 do CPC/2015, a tratar minuciosamente da audiência de conciliação e de mediação.

E de suma importância: o não comparecimento, sem justificativa, do autor ou do réu à audiência conciliatória é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, passível de

sanção com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (artigo 334, § 8º, do CPC/2015).

Outra relevante previsão consta no artigo 381, inciso II, do CPC/2015, a possibilitar a produção antecipada de provas, quando ela for viabilizadora da autocomposição ou de outro meio adequado de solução de conflito, a demonstrar que de modo geral o dever de uma justiça coexistencial é não só dos órgãos jurisdicionais, mas de todos os outros integrantes da comunidade jurídica, a gerar um nível maior de satisfação das partes, de efetividade, de economia processual e de melhor duração do processo, seja pela conciliação, seja pela mediação.

A propósito de distinção básica entre conciliação e mediação, Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece a diferenciação, e os contornos simples entre os institutos encaminhadores de acordo e de construção de mais justiça pacificadora e minimizadora de conflitos (conciliação e mediação), seja pela iniciativa das próprias partes, seja pelo impulso dos profissionais respectivos, a delinear que tanto uma quanto outra são processos encaminhadores a um acordo, distinguindo-se, fundamentalmente, porque na mediação o mediador deve encaminhar as partes (elas próprias), a construir o caminho ao acordo, concebendo seus termos; na conciliação, por sua vez, permite-se que o conciliador faça sugestões de possíveis formas de acordo (2015, p. 60).

O valor e prestígio a tais mecanismos de solução de conflitos se constatam ainda nas previsões dos artigos 165 a 175 do CPC/2015, em detalhados dispositivos dedicados aos conciliadores e aos mediadores judiciais.

Importante registrar que o número de conciliações pode e deve ser impulsionado no Brasil, como se constata de alguns dados trazidos no Justiça em Números 2018:

> A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que solucionou 25% de seus casos por meio de acordo - valor que aumenta para 38% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada. O TRT23 apresentou o maior índice de conciliação do Poder Judiciário, com 31% de sentenças homologatórias de acordo. Ao considerar apenas a fase de conhecimento do 1º grau, o maior percentual é verificado no TRT9, com 49%. Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 16%, sendo de 18% na Justiça Estadual e de 10% na Justiça Federal. No 1º grau, a conciliação foi de 13,8%. No 2º grau, a conciliação é praticamente inexistente, apresentando índices muito baixos em todos os segmentos de justiça (Figura 116). As sentenças homologatórias de acordo representaram, em 2017, apenas 0,7% do total de processos julgados. O único tribunal que alcançou alto índice de acordos no 2º grau foi o TJPA, com 18,1%. Não houve variações significativas no indicador de conciliação no 2º e 1º grau em relação ao ano anterior, observando-se aumento de 0,3 e 0,2 ponto percentual, respectivamente (2018, p. 138).

Os números dão conta de que, à exceção da Justiça Trabalhista, há índices ainda baixos de conciliação, embora muitas das demandas envolvam o poder público, e ainda predominante o ultrapassado entendimento da impossibilidade de acordos. Ilustrativamente, o primeiro grau de jurisdição apresenta produção conciliatória em 13,8% dos casos, enquanto que em segunda instância a conciliação é praticamente inexistente, nada profícua. As sentenças homologatórias de acordo, em 2017, representaram somente 0,7% dos processos julgados, isto é, realmente se trata de índice irrisório, tema em relação ao qual muito há que se melhorar e aperfeiçoar.

1.5. Princípio da razoável duração do processo

Prescreve a norma fundamental esculpida no artigo 4º do CPC/2015 que "As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

A previsão em comento se harmoniza com aquela constitucionalmente inserida no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/1988, com menção expressa não somente à atividade jurisdicional declaratória, constitutiva, condenatória e mandamental do direito, mas também à tutela jurisdicional executiva (satisfativa), em consonância com a ideia de processo sincrético, até porque na atividade cognitiva se transforma o fato em direito, e na atividade executiva o que se pretende é demudar o direito em fato, qual seja a realização ou concretização do direito estampado no título objeto de exequibilidade.

De modo efetivo e real, concretizado se fará o princípio em análise se a duração do processo tomar em consideração não somente o tempo até a sentença, mas a duração integral do caminho a ser percorrido até que se obtenha integralmente a satisfação do direito (WAMBIER, 2015, p. 61)

Fato é que o acesso à justiça deve englobar uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir ou permitir o gozo, o usufruto do direito pleiteado. O termo razoabilidade, não há dúvida, além de (e porque) subjetivo e aberto, deixa margem a ampla apreciação e interpretação, mas isto não exclui a necessidade de que se organizem os meios que garantam a celeridade da instauração, da tramitação e da resolução dos processos.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em tratativa do princípio referenciado, e também de sua incidência em todo o iter e fases processuais:

> Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF 5º, § 1º), não necessita de regulamentação para ser aplicada. Cabe ao Poder Executivo dar os meios materiais e logísticos suficientes à administração pública e aos Poderes Legislativo e Judiciário, para que se consiga terminar o processo judicial e/ou administrativo em prazo razoável [...].
> A garantia constitucional da celeridade e razoável duração do processo (CF 5º LXXVIII) implica o direito fundamental de o cidadão obter a *satisfação* de seu direito reclamado em juízo, em prazo razoável. O conceito de satisfatividade envolve as tutelas de urgência, de conhecimento e de execução, de sorte que somente estará preenchido o preceito contido na norma comentada, se a sentença, os recursos, o cumprimento da sentença e a satisfação da pretensão estiverem findos em prazo razoável. Em sentido mais ou menos conforme, afirmando que o prazo razoável é garantido para que o processo se inicie e termine deve incluir a fase recursal, já que só se pode entender como terminado o processo no momento em que ocorre o trânsito em julgado, isto é, quando não couber mais recurso contra a última decisão proferida no processo (2016, *on-line*).

Com a necessária crítica, no sentido de que a se deixar ao alvedrio exclusivo dos órgãos jurisdicionais a aferição e a densificação normativa para a incidência e respeito ao princípio, perde-se em objetividade e concretude da duração razoável do processo. Importante, por conseguinte, que se criem mecanismos práticos, técnicos, dotados de racionalidade e clareza para a colmatação da duração razoável do processo (previsão objetiva e específica de determinados lapsos temporais), sem exclusão do indispensável prestígio à conciliação, à mediação, à arbitragem, bem como à resolução de questões litigiosas extrajudicialmente, por advogados, defensores públicos e representantes do Ministério Público, em uma espécie de impulsionamento ao *pre trial*, ainda incipiente (quiçá insipiente, também) no Brasil, a se evitar, quando e tanto quanto possível, a judicialização de todas as questões controvertidas.

Há três parâmetros, estabelecidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para se constatar a dilação excessiva ou não do processo: 1 – complexidade da matéria tratada na causa; 2 – ação ou omissão (comportamento) dos litigantes e de seus procuradores; 3 – atuação do órgão jurisdicional. A tais parâmetros se deve somar a fixação legal e negocial (quando possível aplicabilidade dos artigos 190 e 191 do CPC/2015) de prazos razoáveis para a prática dos atos no processo, assegurando-se efetivamente a ampla defesa e o contraditório, ou seja, uma real dialética processual.

Não é simples aferir em cada caso concreto a incidência ou não da prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável. Consoante Guilherme Rizzo Amaral:

> De regra, ter-se-á sempre uma tensão entre os valores efetividade (ao qual se atrela o direito fundamental ora referido) e segurança (à qual se ligam, por exemplo, a pesquisa sobre os fatos e a busca da verdade, ainda que relativa, no processo). Assim, é no caso concreto que se verificará, com o auxílio de postulados aplicativos

> normativos como o da proporcionalidade (juízos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), se as medidas determinadas pelo juízo ou requeridas pelas partes, considerado o *tempo* necessário para o seu desenvolvimento, justificam-se para a concretização do valor segurança e para o regular desenvolvimento dos escopos processuais, ou se estes podem igualmente ser concretizados – ou satisfatoriamente concretizados ainda que com algum sacrifício – sem a dilação provocada por aquelas medidas (2016, *on-line*).

Dilações indevidas no processo civil (e por certo a motivação escorreita não é elemento atravancador, pelo contrário), embora prevaleça em tal seara o princípio da disponibilidade, têm o condão de amplificar ou potencializar litígios desnecessários, de esgarçar o tecido familiar e social, de impedir o devido uso, gozo e fruição da posse e da propriedade, de estancar e inviabilizar a consolidação e cumprimento de contratos, de permitir — quiçá exigir — acordos ruinosos, em regra contra os interesses e direitos dos mais vulneráveis, de sangrar empresas, de incentivar o descumprimento de obrigações, de eternizar brigas em hipóteses de sucessões, criando danos marginais os mais diversos aos jurisdicionados, aos consumidores da Justiça, bem assim a todos que orbitam nas funções jurídicas e processuais.

O alongar demasiado do processo civil — é necessário realçar —, como regra afeta não a União, o Estado, o Município, o Distrito Federal, os demais entes públicos e os grandes conglomerados empresariais — especialmente as empresas de telefonia, securitárias e as instituições financeiras. Afeta, sim, os cidadãos comuns, os hipossuficientes, aqueles todos que mais necessitam da Justiça, e não os litigantes habituais, conhecedores que são dos meandros do sistema.

Não obstante se discorde de alguns dos fatores, há de se pontuar os destaques de Eduardo Rodrigues dos Santos à morosidade do Estado em julgar os processos:

> i) a péssima estrutura da Administração Pública, principalmente do Poder Judiciário; ii) a insuficiência de servidores e a péssima qualificação dos que existem; iii) a resistência à tecnologia (informatização do processo, que caminha a passos de tartaruga, por exemplo) e o apego ao papel; iv) a falta de punição para os magistrados, julgadores e servidores em geral pela desídia e falta de compromisso com os seus deveres, de modo que, não é raro ver juízes que demoram mais de ano(s) para sentenciar um processo que já está com os autos conclusos, dando infinitos despachos procrastinatórios; v) o desrespeito dos juízes para com os precedentes e jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como os decisionismos, pautados nas concepções pessoais dos magistrados e não nas leis democraticamente instituídas; vi) o péssimo comportamento das partes e de seus advogados, que muitas das vezes, esperando uma decisão contrária a seus interesses, agem com má-fé no sentido de procrastinar o máximo possível o processo, impetrando com petições descabidas e sem sentido, recursos inadmissíveis, tumultuando audiências, abandonando audiências etc; vii) o demandismo que se alastrou pelo Brasil nas últimas décadas, pautado numa falsa esperança de que o Poder Judiciário poderia resolver todas as mazelas da sociedade, ou ainda, num *animus* beligerante ao invés

> de um *animus* de pacificação social, muitas vezes incentivado pela mídia, outras vezes incentivado por alguns péssimos advogados, sedentos por ganhar em qualquer causa, mesmo que não haja uma (2016, p. 183).

As observações e realces abaixo, em confronto aos fatores expostos pelo indigitado autor, destacam os pontos que merecem correção de rumos, relativização ou crítica, salvo melhor juízo (não obstante elogiável a exemplificação, de modo geral, no mínimo a cumprir o relevantíssimo mister de propulsionar o debate).

Quanto aos auxiliares da Justiça, não parece que sejam péssimos em termos de qualificação, em sua generalidade, mas muito mais insuficientes, objetiva e quantitativamente.

No que concerne à indicada resistência à tecnologia, não mais parece corresponder à realidade. Embora falte unidade no Brasil no que respeita aos sistemas utilizados, a exigir de cada trabalhador jurídico conhecimentos específicos para lidar com cada um dos sistemas existentes (SAJ, Themis, Tucujuris, E-proc, SCPV, UDI, PROJUD, EJUD, apenas nas Justiças Estaduais). Por sinal, o Justiça em Números 2018 destacou que "É notória a curva de crescimento do percentual de casos novos eletrônicos, sendo que, no último ano, o incremento foi de 9,6 pontos percentuais. O percentual de adesão já atinge 79,7%" (2018, p. 91).

Outro ponto ilustrativo do mesmo Justiça em Números 2018, a contrapor a assertiva e a crítica do autor Eduardo Rodrigues dos Santos, é o fato de que a Justiça Trabalhista é o "[...] segmento com maior índice de virtualização dos processos, com 100% dos casos novos eletrônicos no TST e 96,3% nos Tribunais Regionais do Trabalho, sendo 86,1% do 2º grau e 99,5% no 1º grau" (2018, p. 91).

Mais um exemplo, de que "Outros cinco tribunais se distinguem positivamente por terem alcançado 100% de processos eletrônicos nos dois graus de jurisdição: TJAL, TJAM, TJMS, TJTO e TRT9" (2018, p. 91). Ainda assim, colocados tais índices, vale consignar, para efeito de argumentação, que também não há provas de que os processos eletrônicos tenham melhorado a qualidade das decisões judiciais, a fundamentação delas, assim como não parece tenham gerado mais qualidade nos peticionamentos e argumentações fáticas e jurídicas dos demais profissionais do direito. E não parece crível a assertiva de que haja "apego ao papel".

Por fim, é preciso (re)dizer que o mencionado demandismo é muito mais causado pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, INSS e grandes conglomerados empresariais, useiros e vezeiros desrespeitadores de direitos e de deveres, do que exatamente pelos cidadãos comuns, para os quais a ida ao Judiciário muitas vezes significa uma mera tentativa de exercício da cidadania.

E não serão leis que, por si sós, terão o condão de modificar um panorama de morosidade em boa parte dos 80,1 milhões de processos existentes ao final do ano de 2017 (pendentes de baixa), segundo dados do Justiça em Números 2018 (2018, p. 73). Incontroversa a necessidade de aperfeiçoamento da qualidade da prestação jurisdicional, da celeridade, da gestão e da produtividade, da eficiência, da eficácia e da efetividade dos serviços judiciários em todos os graus. Por óbvio que a busca de celeridade e razoável duração do processo não pode se dar a qualquer custo e forma. Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O mito da rapidez acima de tudo e o submito do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais (Barbosa Moreira. *O futuro da justiça: alguns mitos* [Temas, p. 5], notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. O processo deve ter duração razoável "com todas las garantias", diz a Const. esp. 24, 2, o que significa respeito às garantias orgânicas e processuais, como o contraditório e a ampla defesa, igualdade, juiz imparcial, juiz natural, duplo grau no processo penal, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos [...].
> O que se deve buscar não é uma "justiça fulminante", mas apenas uma "duração razoável do processo", respeitados os demais valores constitucionais (2016, *on-line*).

Fato é que no Brasil, um tanto pela ineficiência e pela demora reinantes, ainda perseveram os descumprimentos dos comandos consumeristas, perpetuam-se as instituições financeiras na imposição de encargos escorchantes, mantêm-se as seguradoras em negativas de cobertura infundadas, continuam as operadoras de telefonia a criar os mais diversos ardis, artifícios e armadilhas para atrair o consumidor a gastar mais e desnecessariamente, criando superendividamento sem uma contrapartida qualitativa, muitos usando o tempo do processo a atingir seus escopos imediatistas e financeiros, mais especialmente quando em jogo estão interesses de hipossuficientes, que acabam por ceder à motivação de resolução de seus problemas por mera sobrevivência e subsistência.

1.6. Princípio da eticidade ou da lealdade processual

Todos os atuantes no processo devem se conduzir com lealdade, probidade e boa-fé, e para os efeitos do trabalho, relevante realçar tais premissas em correlação com a argumentação e decisão jurídicas. A previsão do artigo 5º do CPC/2015 é no sentido de que

“Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Sendo o processo, por sua própria natureza (e essência) eminentemente dialético, é inadmissível, nada desejável (e também punível) quando as partes dele se servem de modo a estampar a falta do dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios e ardis (ação ou omissão fraudulenta). O processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para obtenção de respaldo às suas pretensões diversas, sem que se possa olvidar os escopos de pacificação social e melhor atuação do direito.

De relevo consignar que tal ideia não se vincula apenas à atividade das partes, mas sim a todo aquele que de qualquer forma participa do processo, ou seja, intervenientes, juízes, advogados, defensores, representantes do Ministério Público e auxiliares da Justiça, todos devendo agir pautados por parâmetros de moralidade e probidade no processo, isto é, com respeito ao *fair play* processual (jogo justo).

Há aplicação da boa-fé como vetor hermenêutico no artigo 322, § 2º, do CPC/2015, a prever que “A interpretação do pedido considerará o conjunto do postulado e observará o princípio da boa-fé”.

No que concerne à decisão judicial, há importante previsão no artigo 489, § 3º do CPC/2015, a dar conta de 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”.

Na visão de Zulmar Duarte de Oliveira Jr e Fernando da Fonseca Gajardoni, a boa-fé transcendeu, suplantou a sua condição então estabelecida no CPC/1973, para se travestir em arquétipo de comportamento, cânone hermenêutico, correção de conduta, verdadeiro *topos* do direito processual (2015, p. 32):

É incontroverso que a atuação pautada na eticidade, sem descarte à realidade de que as partes lutam, muitas vezes em completo antagonismo, por uma determinada utilidade, bem da vida ou direito substantivo, fortalece a possibilidade de um processo dotado de maior legitimidade, mais democrático e comparticipativo, conforme sequencial previsão do CPC/2015, sendo de relevo consignar que o *fair play* processual não subtrai o direito de defesa.

1.7. Princípio da cooperação ou colaboração processual

Novidade inaugurada formal e expressamente pelo CPC/2015 envolve o princípio da cooperação, a exigir conduta colaborativa de todos à solução das lides, até porque o processo cooperativo é o único que se harmoniza e atende aos anseios de um Estado Constitucional.

Em abordagem do assunto, Dierle Nunes remete ao fato de que:

> Ganha destaque a denominada "comunidade de trabalho" (*Arbeitsgemeinschaft* – por nós denominada "comparticipação" ou "cooperação") entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, levada a sério, permitiu na Alemanha uma formação unitária dos futuros magistrados e advogados, impediu que a relação entre estes se transformasse em conflito de categorias, além de delinear na doutrina processual a idealização do *policentrismo processual*, que afasta qualquer concepção de protagonismo (das partes e advogados no liberalismo processual e do juiz na socialização) (2013, p. 225).

Tal olhar mostra mesmo que o processo não é mais o habitat onde reinam de modo absoluto interesses privatísticos, nem é o local para que a figura jurisdicional se considere a grande timoneira do processo. Ao invés disso, busca a prevalência de uma comunidade de trabalho no sentido processual.

A pretensão é dar um sentido técnico e democrático ao princípio em comento, não a prestigiar uma doutrina comunista sobre o processo, pela qual todos devem cooperar na busca da verdade (conceito jusfilosófico), cabendo ao magistrado, por vezes, o papel de assessoramento das partes, em eventual prejuízo à imparcialidade. Não se almeja dar ensanchas à cooperação como um simples fator moralizante para o (e pelo) processo.

A previsão do artigo 6º do estatuto processual civil reza que "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Guarda tal princípio clara sintonia com a lealdade processual, não obstante companha ideal de difícil aplicação ou concretude, vez que as partes no processo objetivam a tutela do bem da vida almejado, e muitas vezes a qualquer custo.

Como convencer todos os jurisdicionados de que a sua atuação no processo, antes de se vincular à realização ou proteção de suas pretensões ou interesses, deve atender a um aspecto colaborativo ou cooperativo, a fim de que a decisão judicial seja justa e efetiva?

Sem dúvida que a cooperação, em sentido substancial, é escopo de difícil consecução, pois exigiria maior presença e práxis de um agir efetivamente comunicativo, e não tanto estratégico, este último mais corriqueiro nas relações jurídicas e processuais. Nessa

perspectiva, Nagibe de Melo Jorge Neto explica o que se exigiria para tal padrão comunicativo em sentido forte, com lastro em lições habermasianas:

> Para que existisse uma comunicação verdadeiramente orientada para o entendimento em sentido forte, segundo Habermas, seria preciso que os falantes acordassem quanto à verdade dos estados de coisas que enunciam, quanto a sinceridade de quem fala e quanto à correção do conjunto de valores ou normas sociais que sustentam as interações sociais, o agir comunicativo. Além disso, seria preciso excluir do agir comunicativo as interações que sobrepõem um efeito perlocutório, ou seja, o efeito do ato de fala, à intenção ilocucionária, a intenção expressa no próprio ato. O blefe, no jogo de pôquer, por exemplo. Quando um dos jogadores dobra a aposta, o ato ilocucionário é a afirmação de que dobra a aposta. O ato perlocucionário pode ser a desistência dos demais jogadores. Veja que não há acordo quanto à verdade (jamais saberemos qual dos jogadores tinha o maior jogo), nem quanto à veracidade dos falantes (jamais saberemos se o apostador estava sendo sincero ao dobrar a aposta (2017, p. 197).

A delinear a necessária concretude do princípio em comento, Cassio Scarpinella Bueno afirma que "[...] a cooperação entre todos os sujeitos do processo deve significar a colaboração na identificação das questões de fato e de direito e de abster-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios" (2015, p. 45).

De conformidade com Guilherme Rizzo Amaral:

> A busca da justiça para o caso concreto não passa, assim, por uma simples e formal exposição do direito pelas partes, seguida da instrução e do enclausuramento do magistrado para, longe do contato com os litigantes, tentar reconstruir a verdade e a ela aplicar o direito em atividade meramente subsuntiva. O modelo cooperativo pressupõe a *efetiva* participação das partes no solução do caso, assim como os deveres judiciais (i) de esclarecimento, (ii) de diálogo, (iii) de auxílio e (iv) de prevenção.
> [...] evidentemente o *direito* das partes a participar efetivamente do processo, dialogando com o órgão jurisdicional para a construção da solução mais justa para o caso concreto, traz consigo um correspondente *dever* de exercer tal atividade de forma proba, leal e efetivamente comprometida com a rápida solução da lide. Assim, sempre que as partes ou seus procuradores desviarem-se deste objetivo e passarem a se utilizar do processo como mecanismo de protelação da solução para o caso concreto, o princípio da cooperação, que até então fora aplicado para *garantir* o direito de participação no processo, passa a ser base fundamentadora para a aplicação de sanções processuais, como, aliás, comumente ocorre na jurisprudência (2016, *on-line*).

Um aspecto que merece elogios (e aplicabilidade no mundo da práxis processual) da almejada colaboração consta no artigo 357, § 3º do CPC/2015, a prever que "Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações".

Mas há outras previsões processuais civis, esculpidas no CPC/2015, a tornar realidade a incidência do indigitado princípio, a exemplo do artigo 9º, que estabelece a proibição de que se profira decisão contra uma das partes sem que ela seja ouvida antecedentemente. Também o artigo 378 assinala que ninguém pode se escusar do dever de colaboração com o Estado-Juiz para o descobrimento da verdade (ou da certeza?).

Ainda o artigo 493, parágrafo único, do CPC/2015, a abordar a possível influência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo, posterior ao ajuizamento da ação, e que deve ser tomado em consideração, não sem antes, quando constatado de ofício tal fato novo, se permitir às partes o contraditório efetivo previamente à decisão a respeito do tema.

E o artigo 933 do CPC/2015, a estampar a necessidade de intimação das partes para manifestação, no prazo de cinco (05) dias, nas hipóteses em que se constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício, ainda não examinada, e que devam ser considerados no julgamento do recurso.

Também de um rol exemplificativo de emanações do princípio da cooperação ou colaboração processual, e que respeitados encorpam a fundamentação das decisões judiciais, o artigo 983 do CPC/2015, que trata do incidente de resolução de demandas repetitivas, a delinear a exigência de que o relator ouça as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades de algum modo vinculados à controvérsia, que poderão requerer a juntada de documentos, bem assim as diligências necessárias à elucidação da questão de direito objeto de controvérsia, com sequencial manifestação do órgão do Ministério Público.

Finalmente, a título ilustrativo, o artigo 1.024, § 4º, do CPC/2015, a mostrar que caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária terá o direito de complementar ou alterar as suas razões, nos exatos limites da modificação.

Para José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Krüger Thamay:

> O princípio da cooperação ou da colaboração adveio do direito estrangeiro, mais precisamente da Alemanha, França e Portugal, orientando o magistrado a adotar uma postura de “agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras” [...].
> O princípio do cooperação é apresentado como um terceiro modelo de processo, somando-se aos modelos adversarial (isonômico) e o inquisitorial (assimétrico). Enquanto, no modelo adversarial, o juiz é mero espectador do embate processual realizado pelas partes; no modelo inquisitorial, o juiz conduz de fato a demanda, em conduta ativa e construtiva na formação do processo, até sua decisão final [...].
> Destarte, em que pese a nobreza desse princípio, fato é que, conforme suprapontuado, as premissas sobres as quais ele se funda sempre foram esperadas, mesmo que não efetivamente implementadas. O que gera preocupação é a possibilidade de este princípio ser aplicável somente no campo teórico, ficando à margem da prática forense [...].

> Realmente, somente o tempo e a vivência do CPC poderão nos mostrar qual será o sentido desse princípio em nosso sistema, mas, ao que nos parece, a cooperação, como princípio traduzido em mecanismo positivo, dificilmente poderá ser tratada como um dever entre as partes demandantes, por estarem, autor e réu, buscando interesses antagônicos (2015, p. 56-57-58-59).

De qualquer modo, vale o princípio em comento como mais um elemento a indicar a relevância, e mais que isso, a imprescindibilidade da probidade processual, e quiçá a influenciar, gradativamente e positivamente, os profissionais do direito (e como consequência as partes diretamente envolvidas nas lides), criando-se um círculo de maior solidariedade, alteridade e reciprocidade, sem que isso constitua exatamente uma parte a beneficiar a outra, mas sim e necessariamente agir com o referido *fair play* processual, a fim de que o processo se instaure, se desenvolva e se resolva da melhor forma possível.

Especificamente em relação ao Estado-Juiz e nos ensinamentos de Zulmar Duarte de Oliveira Jr. e Fernando da Fonseca Gajardoni, a cooperação:

> [...] exige do magistrado uma postura dialógica, que ultrapasse a posição de mero fiscal da lei, impondo a ele os seguintes deveres: a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir; d) dever de auxílio. Pelo dever de esclarecimento, o juiz deve esclarecer junto às partes eventuais dúvidas que tenha sobre as alegações, pedidos ou posições em juízo. O dever de consultar está ligado ao direito ao contraditório, devendo o juiz consultar as partes sobre as questões de fato ou de direito antes de decidir a lide. O dever de prevenção vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo, razão porque deve o juiz prevenir as partes sobre tal descompasso. O dever de auxílio demanda iniciativas do magistrado para contribuir na superação de eventuais dificuldades das partes que impeçam o exercício de determinadas posições processuais" (2015, p. 40).

Por óbvio que cooperação exige o vislumbre e o reconhecimento do outro, a possibilitar ao juiz sair de seu solipsismo ontológico, para que possa se dirigir ao *outro rosto* que o interpela por justiça, o que envolve inclusive a escorreita motivação do ato decisório. A formulação da temporalidade diacrônica tem como escopo libertar a subjetividade humana de um solipsismo monádico, inserindo as raízes da formação de tal subjetividade em nível intersubjetivo, assimétrico e diacrônico, como anterioridade a qualquer ontologia (SOUZA, 2018, p. 251).

Realmente é um tanto mais que se espera do magistrado, isto é, uma conduta mais esclarecedora, consultiva, preventiva, auxiliadora e motivada, desde que mantida a imparcialidade e o respeito ao devido processo legal (formal e substancial), tudo com o escopo de um melhor impulsionamento e resolução do processo, bem assim para a construção

de um provimento jurisdicional de característica constitucionalizada, e com respeito à juridicidade e à legitimidade.

1.8. Princípio da igualdade processual e do contraditório

Preconiza o artigo 7º do CPC/2015 que "É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório"**,** a mostrar a incidência da igualdade processual e do devido processo legal, especificamente naquilo que respeita à ciência ou informação para a possível reação, mas também no que concerne aos meios defensivos, ônus, deveres e sanções processuais. A propósito da distinção entre ônus e dever, o primeiro envolve interesse próprio, enquanto que o segundo se conecta a um imperativo do interesse alheio.

As hipóteses de ofensa ao princípio da igualdade são delineadas na breve (mas densa e imprescindível) obra da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello, pelas seguintes conclusões sobre situações de ofensa ao preceito constitucional da isonomia:

> I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.
> II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator "tempo" – que não descansa no objeto – como critério diferencial.
> III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrímen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.
> IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrímen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.
> V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita (2012, p. 47-48).

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988, exsurge o princípio da igualdade no processo, com o objetivo de que todos recebam tratamento igualitário e as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões e pretensões, e um dos vieses de aferição da igualdade reside exatamente na motivação dotada de juridicidade.

Para Guilherme Rizzo Amaral, em tratativa do aspecto formal e material da igualdade no processo:

> Tal princípio consagra o chamado "*direito fundamental à igualdade processual formal e material"*, segundo o qual o processo deve ser formalmente estruturado de forma a proporcionar a igualdade entre as partes, sem permitir a concessão de vantagens injustificadas a uma delas e possibilitando que, se isto vier a ocorrer em virtude da aplicação das regras processuais, existam mecanismos para a correção de tal distorção.
> Assim, a igualdade das partes deve ser buscada não apenas sob o ponto de vista formal, como também sob o ponto de vista substancial, sendo fundamental, contudo, que sob ambas as perspectivas não se cometam excessos que comprometeriam o próprio direito fundamental que se busca concretizar [...].
> Na aplicação do princípio da isonomia, deve o juiz atentar para não comprometer a sua condição de imparcialidade, imprescindível para a atividade jurisdicional. Assim, a liberdade de escolha da parte de seu patrono, somada à existência de uma Defensoria Pública devidamente estruturada para representar aqueles que não tenham condições de constituir patronos para a causa, mostram-se suficientes para que o juiz não venha a exercer, ainda que imperceptivelmente, na busca da igualdade material entre as partes, o papel de advogado de uma delas (2016, *on-line*).

Importante exemplo do CPC/2015 está no artigo 926, isto porque estabelece, em respeito a premissas de igualdade e segurança jurídica, que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Serve também à ilustração da previsão normativa em apreço os artigos 976 e seguintes do CPC/2015, que tratam do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), tudo a exigir escorreita justificação do caminho decisório adotado.

Por óbvio que a igualdade deve respeitar a lógica de tratamento igual aos iguais, mas também de abordagem desigual aos diferentes, razão pela qual por vezes o tratamento desigual, com o suprimento das diferenças, faz atingir justamente a almejada igualdade substancial. A igualdade não envolve um juízo de identidade, por isso não prescinde de uma avaliação comparativa de situações e pessoas distintas.

É mesmo desejável que em dadas circunstâncias haja distinção entre as pessoas, a fim de (re)equilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade de armas. É de absoluta legitimidade constitucional, por exemplo, a lei (fator de discrime) que manda dar prioridade às causas de interesse de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, que mais necessitam da tutela jurisdicional célere, ou ainda os benefícios da gratuidade processual.

Nessa toada se inclui, ainda, o artigo 373, § 1º, do CPC/2015, a possibilitar ao juiz a distribuição dinâmica da carga probatória no processo.

Quanto ao contraditório, sintetizado no trinômio informação ou ciência, reação e poder de influência, deve ser implementado justamente para que se respeite a bilateralidade dialética presente nos conflitos de interesses e no desenrolar processual, e para que a decisão judicial e sua motivação sejam caracterizadas pela juridicidade, a resultar em legitimidade.

A visão de Elio Fazzalari é essencial à compreensão do contraditório em sua feição desejada, no sentido formal e no viés substancial, ao destacar:

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

Fato é que tese e antítese combinadas servirão ao órgão jurisdicional para a busca da melhor e mais justa (é de ética da legalidade que se está a tratar) solução do conflito intersubjetivo de interesses.

Na visão de Cassio Scarpinella Bueno, “Contraditório, insista-se, no sentido de participação e cooperação efetivas e aptas a contribuir com o proferimento das decisões e satisfação do direito tal qual reconhecido” (2015, p. 45).

Para Zulmar Duarte de Oliveira Jr. e Fernando da Fonseca Gajardoni, a visão hodierna, a interpretação e aplicação do contraditório:

> [...] tão rico de consequência, estratifica-se em informação – comunicação das partes sobre determinado fato processual -, reação – faculdade das partes apresentarem manifestação sobre o fato processual -, e, necessariamente, consideração, esta última atrelada à imprescindibilidade do provimento jurisdicional enfrentar os argumentos apresentados pelas partes em sua reação. Portanto, o contraditório tem expressão concreta no trinômio informação/reação/consideração, resultando no direito das partes apresentarem manifestação sobre elementos que aportem nos autos e, principalmente, terem considerada sua perspectiva pelo órgão julgador (2015, p. 49).

O almejado contraditório substancial tem rica e indispensável conexão com a motivação, enfoque primordial do presente trabalho, imbricando-se para efetivação de um Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Newton Pereira e Ramos Neto, destacando-se a projeção de um sistema precedentalista:

> Contraditório e motivação, pois, se complementam como fatores estruturantes de um modelo de decisão comprometido com o chamado Estado Democrático de Direito. Um é a contraface do outro: sem contraditório adequado não se viabiliza a participação plural dos interessados na formação do provimento jurisdicional; sem motivação legítima, não há controle nem aceitação racional a partir da avaliação dos argumentos deduzidos (aspecto interno da legitimidade substancial), nem se permite o debate na esfera pública, em um ambiente de verdadeira democracia participativa (aspecto externo). Isso tudo se torna mais relevante quando se pretende a vinculação de terceiros ao conteúdo da decisão judicial no âmbito de um sistema de precedentes (2016, p. 462-463).

O contraditório, não apenas aquele de sentido formal, mas o efetivo, material, substancial e influenciador da decisão judicial, não só enseja a participação dos sujeitos processuais na construção do ato decisório, mas dá legitimidade ao resultado do processo, com tendência de uma maior aceitação daquilo que decidido.

Michele Taruffo aborda o contraditório e apresenta algumas de suas peculiaridades e vantagens, nos termos seguintes:

> Por outro lado, o contraditório representa uma garantia fundamental para as partes, e por esta razão forma objeto de nome ordinário e constitucional.
> Participando em contraditório de todas as fases do processo, de fato, as partes estão em grau de conhecer tudo o que ocorre e, portanto, de controlar a honestidade do procedimento além da legitimidade e adequação dos comportamentos de todos os sujeitos do processo, em particular do juiz. A noção garantística do contraditório é, portanto, diretamente ligada à ideia de que este seja um instrumento eficaz de controle sobre tudo o que acontece no processo, mas está também conectada ao comprometimento de que o contraditório assegure a possibilidade de uma decisão "melhor" (2005, p. 244, tradução nossa).[1]

O contraditório, como se extrai dos ensinamentos do processualista italiano, representa garantia fundamental, de matriz constitucional e legal, passível de permitir a correção do procedimento, a legitimidade e adequação de todos os sujeitos do processo, bem assim a ensejar uma decisão mais qualitativa e melhor fundamentada.

1.9. Princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência

O artigo 8º do CPC/2015, de matiz nitidamente constitucional e garantista, prevê 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". Trata-se de previsão de grande importância teórica e prática, a influenciar diretamente naquilo que toca à fundamentação das decisões judiciais.

É algo que já consta, em parte, na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), pois o artigo 5º estabelece que: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais

[1] "D'altro lato, il contraddittorio rappresenta una garanzia fondamentale per le parti, e per questa ragione forma oggetto di nome ordinarie e constituzionali. Partecipando in contraddittorio a tutte le fasi del processo, infatti, le parti sono in grado di conoscere tutto ciò che accade, e quindi di controllare la correttezza del procedimento, nonché la legitimità e l'adeguatezza dei comportamenti di tutti o soggetti del processo, ed in particolare del giudice. La nozione garantistica del contraddittorio è dunque diretamente legata all'idea che esso sia uno strumento efficace di controlo su ciò che accade nel processo, ma è anche connessa al convincimento che il contraddittorio assicuri la possibilità di una decisione "migliore"."

a que ela se dirige e às exigências do bem comum". A interpretação (porque aplicar exige interpretar, prévia ou concomitantemente) e a aplicação da norma devem levar em consideração a função social do direito, e aquilo que busque efetivar o bem-estar de todos, respeitada a individualidade de cada qual. Há décadas, com o instrumentalismo processual, Cândido Rangel Dinamarco notoriamente já realçava os fins políticos, jurídicos e sociais do processo.

No que concerne ao termo aberto, relacionado aos objetivos sociais do processo, Guilherme Rizzo Amaral explica que:

> O dispositivo, ao referir-se aos fins sociais do processo, reflete um fenômeno há muito já percebido pela doutrina e pela jurisprudência, qual seja, "o abandono da visão puramente jurídica do processo civil". O processo não está mais reduzido a um mero instrumento do direito material e, embora se possa afirmar ser, hoje, a *realização de justiça*, e não a mera eliminação de litígios ou a pacificação social, que se erige à condição de finalidade precípua do processo, tal constatação em nada infirma a existência de um escopo social do processo (2016, *on-line*).

Quanto à dignidade da pessoa humana, constante na CRFB/1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), embora de grande abrangência e com enorme carga de subjetividade, trata-se da maior e mais relevante diretriz orientadora da interpretação e aplicação jurídicas, e resumidamente (sem qualquer pretensão de vulgarização ou simploriedade), possível delineá-la como impedimento à coisificação do ser humano, ao respeito e efetivação de todos os direitos fundamentais e proteções destinadas a cada um e a todos.

O núcleo primacial da dignidade humana está ligado, por conseguinte, à autonomia e ao direito de autodeterminação de cada ser humano. Está relacionado, certamente, à possibilidade de uma existência que permita a integral fruição dos direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento da personalidade, servindo mesmo de pauta ao conteúdo justificativo de provimentos jurisdicionais.

O princípio da proporcionalidade indica a necessária proporção que deve existir entre os meios e os fins almejados, nas medidas legais ou administrativas. Também dele provém o da razoabilidade e adequação, a estabelecer que deve preponderar o bom senso e aptidão para que se atinjam os objetivos pretendidos.

O lastro mais contundente e substancial à máxima da proporcionalidade encontra nascedouro em Robert Alexy, para quem:

> A máxima da proporcionalidade costuma ser chamada de "princípio da proporcionalidade". No entanto, não se trata de um princípio no sentido exposto. A adequação, necessidade e proporcionalidade, no sentido estrito, não são ponderadas frente a algo diferente. Não é que algumas vezes tenham precedência e outras não. A principal pregunta a ser feita é se seriam as máximas parciais satisfeitas ou não e sua não satisfação, teria como consequência a ilegalidade. Portanto, as três máximas parciais têm que ser catalogadas como regras (1997, p. 112, tradução nossa).[2]

De modo fragmentado, a proporcionalidade exige, por conseguinte, a atenção a três regras, também denominadas de subprincípios ou máximas: 1 – a conformação ou adequação dos meios para o atingimento de determinado fim; 2 – a necessidade, imperatividade ou exigibilidade dos referidos meios, com o escopo de evitar excessos e onerosidade; 3 – a proporcionalidade em sentido estrito, a significar a justa medida entre meios e a finalidade almejada (sopesamento).

Criticável a utilização sem critérios do princípio da proporcionalidade, como se tivesse serventia a qualquer intento, inclusive a decisionismos, subjetivismos e solipsismos os mais diversos, por isso a imprescindibilidade de que seu uso, bem como de outros princípios e cláusulas gerais abertas, ocorra de modo racional, lógico, jurídico e justificado, e não como resultado de uma escolha direta. O alerta de Newton Pereira e Ramos Neto é preciso:

> Entre diversas hipóteses que poderiam ser ventiladas, é o que não ocorre quando há a invocação abstrata da dignidade da pessoa humana, direito à saúde, ponderação de interesses etc., "fundamentos" estes utilizados para, de maneira aparente, legitimar decisões adotadas a partir de parâmetros subjetivos de justiça, ocultando, pois, as reais razões de decidir. Para fazer uma irônica comparação, é possível dizer que tais situações estão para o Direito como a virose está para a Medicina: nesta, quando não se tem um diagnóstico preciso, costuma-se "tirar da manga" o velho curinga (2016, p. 467).

Em sequência, segundo o princípio da legalidade, ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei. De relevo anotar que restrições a direitos fundamentais têm proteção legislativa positivada. O plus que deve ser destacado é que hoje prepondera a ideia de juridicidade, e não somente (ou exatamente) de legalidade no sentido estrito.

A ideia de legalidade, constitucionalidade e limites à atuação ou intervenção jurisdicional, a interessar para o presente trabalho, é bem estruturada por Edinilson Donisete Machado, ao consignar que:

---

[2] "La máxima de proporcionalidad suele ser llamada 'principio de proporcionalidad'. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido expuesto. La adecuación, necessidad y proporcionalidad em sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienem que ser catalogadas como reglas."

> A partir do momento em que a sociedade adota o critério da legalidade para a estruturação do Poder, pode parecer, a princípio, que basta a inscrição de determinada competência no seio do instrumento legal – Constituição – para se ter legitimidade. Este é o cerne da disputa entre teóricos a democracia e constitucionalista, se a atribuição de execução de parcela do Poder do Estado pode ou não ser a Função não representativa do princípio democrático.
> Portanto, a divisão de Função do Poder soberano do povo se realizará por meio da Constituição e os princípios que estruturam as Instituições decorrem da própria legalidade contida na Lei Fundamental.
> A Função Jurisdicional deverá estar limitada à vontade soberana do Povo, por meio da Constituição, que nos dias atuais exerce força normativa por meio das regras e princípios, dos quais cabem revisões da compatibilidade vertical pelo Judiciário, quer no caso concreto ou abstrato.
> O sistema constitucional está estruturado de forma que as normas infraconstitucionais estejam amparadas pela presunção de constitucionalidade, que é princípio básico decorrente da Supremacia da Constituição (2006, p. 60).

No que concerne à publicidade, a presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra de todos os profissionais do direito, também a permitir a constatação do teor das motivações dos provimentos jurisdicionais.

O artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, assinala que “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminosa contra ele”.

Finalmente, não menos importante mencionar que a partir do momento em que o Estado arrogou para si a prestação jurisdicional, imprescindível que tal função seja exercida com o máximo de eficiência, a destinar a cada um o que lhe é de direito, com segurança jurídica, justiça, motivação, respeito ao devido processo legal e em tempo razoável.

Eficiência que ainda é um escopo, uma meta não atingida. Raimundo Carlyle de Oliveira Costa elenca algumas das causas que considera estruturais do funcionamento deficiente do Judiciário:

> Difícil acesso aos seus serviços pelos setores menos favorecidos da população;
> Número insuficiente de magistrados e servidores;
> Ausência de vocação dos magistrados e servidores;
> Falta de instalações físicas adequadas aos seus serviços e ao acesso dos usuários;
> Informatização deficiente;
> Inexistência de planejamento contínuo;
> Inexperiência administrativa dos gestores;
> Controle administrativo da carreira dos magistrados e servidores deficiente (2014, p. 39-40).

Do rol de problemas geradores de ineficiência estatal judiciária, deve-se dar destaque à falta de vontade política para investimentos, bem assim a verdadeira inexistência de gestão

das cortes, dos juízos e dos processos, e ainda o modelo de seleção das carreiras jurídicas, que não prestigia exatamente a qualidade e a excelência.

Finalmente, há de se salientar a inexistência de uma identidade do Poder Judiciário e de objetivos claramente delimitados, assim também a falta de estratégia e gestão judiciária, com a criação de cargos específicos e bem remunerados para indigitada gestão jurisdicional.

E para um viés crítico, há um padrão de eficiência e imposição aos julgadores que pode mesmo não significar eficiência em seu sentido substancial e qualitativo. Conforme Artur César de Souza:

> Sob o discurso verdade/saber fundamentado na morosidade da justiça, na ineficiência e na impunidade, instituiu-se um poder disciplinar hierarquizado, uma nova mecânica de poder que incide antes de tudo sobre os corpos dos magistrados e sobre o que eles fazem, mais do que sobre a *justiça da decisão*. Permite-se, por meio desse novo mecanismo de poder, extrair dos corpos tempo e trabalho, mais do que *bem fazer*.
> Exige-se do magistrado, por intermédio desse poder disciplinar, uma produção numérica e estatística, instituindo-se quotas mensais de produção de sentença. Essas relações de sujeição fabricam juízes operários, vinculados a números estatísticos, indiferentes ao critério de justiça, individualizados, alinhados, colocados em série e em vigilância, organizados por meio desses corpos individuais, devidamente visualizáveis pelos dados estatísticos. São técnicas pelas quais se incumbem desses corpos, tentam aumentar-lhes a força útil por meio de dados técnicos e números frios (2018, p. 167).

Isso pode significar um alto custo à eficiência (substancial), em nome da eficiência (formal), e submetidos os magistrados a tais verdades (im)postas, passam a produzir outras verdades, normas, coerções de decisões, por vezes de natureza tecnicista e representativas daquilo que se pode denominar pseudofundamentação. Mais uma ideologia da modernidade, uma outra vertente do biopoder como delineado por Giorgio Agamben, a consignar:

> [...] pode-se dizer que a violência soberana põe o direito, já que afirma a licitude de um ato de outra forma ilícito, e simultaneamente o conserva, já que o conteúdo do novo direito é somente a conservação do velho. Em todo caso, o nexo entre violência e direito é, mesmo na sua indiferença, mantido (2010, p. 69).

Daí que o pensamento crítico e questionador relacionado às premissas da eficiência se revela imprescindível, até porque muitas das vestes de normalidade, novidade e eficiência tem serventia a fins escusos, pouco ou duvidosamente eficientes, à manutenção do *status quo* ou àquelas modificações que mais servem a manter tudo como está, sem prestígio às pretensões de maior qualidade argumentativa e decisória.

1.10. Princípio da dialética substancial

Estabelece o artigo 9º do CPC/2015 que "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no artigo 701".

O objetivo primacial da previsão é estabelecer real, efetivo e substancial contraditório, além de evitar ou obstaculizar, tanto quanto possível, as denominadas (e conhecidas) decisões-surpresa, dando substância e fundamentação mais democrática aos atos decisórios.

Premissa relevante não somente ao tópico em análise, mas às decisões judicias como um todo e ainda à necessidade de fundamentação, extrai-se dos delineamentos esculpidos por Nagibe de Melo Jorge Neto:

> Está fora de dúvida que a decisão judicial é um ato linguístico, ou um ato comunicativo, em que o órgão judicial comunica às partes um ordem e a justificativa para a ordem. A decisão judicial estatui a norma que regerá o caso concreto. Mas, além de estatuir a norma, a decisão responde aos argumentos das partes; insere-se, portanto, em um discurso, em uma atividade argumentativa, procurando justificar a norma mesma e o alcance da norma que estatui. Sob essa perspectiva, a decisão é produto de uma atividade argumentativa. Para a construção desse produto contribuem muitos atores: as partes da relação processual e, em uma perspectiva mais ampla, a comunidade jurídica como um todo (2017, p. 38)

No *caput* do artigo 9º se verifica emanação do devido processo legal não somente no sentido formal, mas especialmente no aspecto substancial, a fim de que a dialeticidade processual seja uma realidade, e também para que haja um sentido participativo ou colaborativo das partes, a se implementar e facilitar um provimento jurisdicional melhor, mais justo e fruto de diálogo, tese e antítese (somado à possibilidade, também, de maior aceitação pelas partes daquilo que decidido, na medida em que participaram da construção da decisão).

E embora constitua novidade em termos de positivação, a jurisprudência já vinha solidificando e exigindo tal dialeticidade, ao menos no sentido substancial, ou seja, que em certas situações práticas e tanto quanto possível, fosse respeitado o contraditório na práxis processual, como forma de legitimar as decisões proferidas. Guilherme Rizzo Amaral ensina que:

> Com a inclusão da regra contida no art. 9º, concretizam-se os princípios da não surpresa – manifestação natural do princípio da confiança legítima – e do contraditório efetivo – como capacidade concreta de influir na decisão judicial por

> meio do diálogo (art. 10) -, ainda que este possa vir a ser adiado para momento subsequente ao da decisão ou sentença, sempre que o adiamento for justificável ante a urgência ou a evidência do direito do autor, valendo salientar que a urgência referida pelo artigo deve ser aquela incompatível com oitiva imediata da parte contrária, impondo necessariamente o adiamento desta sob pena de perda do objeto da tutela jurisdicional almejada pela decisão.
> Cumpre salientar que o avanço legislativo vem na esteira da evolução jurisprudencial recente, a qual vinha, à míngua de regra abrangente na lei processual, reconhecendo o dever de oitiva da parte contrária, em primeiro grau e em sede recursal, antes da prolação de decisões que lhe fossem contrárias (2016, *on-line*).

Há exemplos diversos no CPC/2015, tais como os artigos 115, 329, inciso II, 372, 437, 493 e 503, § 1º, inciso II. Tal previsão expande seus efeitos ao ambiente recursal, inclusive, a exemplo da previsão do artigo 933 do CPC/2015, a exigir que constatada a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de qualquer outra questão apreciável de ofício, e ainda não examinada, e que deva ser considerada no julgamento do recurso, as partes deverão ser intimadas para manifestação em cinco dias.

E tem especial presença no artigo 489 do CPC/2015, na medida em que para a motivação da decisão judicial, o magistrado deverá apreciar os elementos trazidos pelas partes, tanto para acolhê-los como (mais ainda, em termos motivacionais) para rejeitá-los.

Mas a luta pela implementação de tal substancialidade dialética será árdua. Exemplo de óbice real, vivo, latente, é o criticável, quase inconcebível (mas existente) Enunciado nº 03 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, a estabelecer que "É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa".

Como antever, prever ou adivinhar o julgador que a parte não precisa se manifestar, pois a indigitada manifestação (que não existirá, que não tomou corpo, que não se materializou) nada influenciará o órgão jurisdicional? É como afirmar: não sei o que você dirá, ou até presumo, mas não precisa dizer nada, porque qualquer coisa que disser não me influenciará, algo que no mínimo causa estranheza, onde se pretenda um processo civil de cariz constitucional. O mais preocupante é constatar que o malfadado entendimento brotou de uma escola de "formação" e "aperfeiçoamento".

Obviamente que há situações a exigir contraditório e ampla defesa diferidos, postergados, situados em momento processual subsequente, posterior ou futuro. No que concerne à tutela provisória de urgência, pode ser requerida de modo antecedente ou incidentalmente, e quando em caráter incidental independe do pagamento de custas, conservando sua eficácia enquanto pendente o processo, observada a possibilidade de revogação ou modificação a qualquer tempo. Em prestígio necessário ao poder geral de

cautela do magistrado, consta no artigo 297 do CPC/2015, que o juiz poderá determinar as medidas que julgar adequadas ou pertinentes para a concretização da tutela provisória.

Nessa toada, Eduardo Rodrigues dos Santos estabelece delineamento didático sobre o assunto:

> [...] pode-se falar em duas espécies de contraditório, sendo uma de execução imediata, chamado de *contraditório real*, e uma de execução posterior ao momento da argumentação ou exposição probatória da parte contrária ou do juiz, chamada de *contraditório diferido*. No entanto, para que o contraditório possa ser diferido, exige-se que os requisitos específicos das medidas judiciais sejam preenchidos, em respeito ao próprio contraditório e à segurança jurídica. É o que ocorre, por exemplo, nas medidas cautelares *inaudita altera pars*. Nessas medidas, frise-se, não há inobservância do contraditório, mas apenas uma breve postergação de seu exercício para que se assegure a observância de outros princípios que se encontram latentes no caso concreto (2016, p. 139).

Referentemente à tutela de evidência, especificamente os incisos II e III do artigo 311, dar-se-á, independentemente de demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, em situações nas quais as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente, e houver tese firmada em julgamento em casos repetitivos ou em súmula vinculante, ou ainda quando se tratar de pedido reipersecutório, fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa, sendo que tais decisões podem ser proferidas liminarmente e postergado o contraditório, como afirmado alhures, mas sempre fundamentadas.

Quanto à decisão prevista no artigo 701, cuida tal norma da situação em que, “Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de quinze dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa”.

De se destacar que o réu ficará isento do pagamento de custas processuais se houver cumprimento da ordem no prazo legal, a funcionar tal previsão como influenciadora no ânimo do devedor, impulsionando-o ao cumprimento da obrigação e à efetivação da tutela do direito.

1.11. Princípio da vedação das decisões-surpresa

Outra emanação do devido processo legal, mais especialmente de sua feição vinculada ao contraditório, encontra-se no artigo 10 do CPC/2015, a prever que “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".

Não se trata de uma preocupação exclusiva da doutrina brasileira, pois parece existir ao menos três fontes centrais das quais a inspiração foi parcialmente adotada, a saber: o artigo 16 do *Code* francês, o§ 139 das Z.P.O., e o modelo italiano de *terza via* (OSNA, 2017, p. 2017).

Não mais se pode admitir que os jurisdicionados, os profissionais do direito e a sociedade como um todo sejam surpreendidos com decisões unilaterais, construídas solitariamente, sem respeito à inevitável tese e antítese que devem se enraizar na relação jurídica e processual, a partir de uma visão jurídica que não fora compartilhada, não remanescendo suprido tal problema arraigado na prática brasileira pela simples possibilidade de exercício do duplo grau de jurisdição, menos ainda pela (improvável e cada vez mais dificultosa, tanto por obstáculos legais e legítimos, quanto pela jurisprudência restritiva) ida aos Tribunais Superiores.

Em tratativa a tal princípio, Guilherme Rizzo Amaral sustenta que:

> A regra contida no art. 10 é de caráter fundamental para a legitimação das decisões judiciais. Como já sustentamos noutra oportunidade, o curso do processo deve ser natural e previsível, devendo ser repudiadas posições isoladas na aplicação do direito, em especial, mas não apenas, quando tais posições venham a interromper ou mesmo extinguir a via jurisdicional para qualquer dos litigantes. Da mesma forma, deslegitima o processo a decisão judicial calcada em fundamento sobre o qual não foi dada a oportunidade de manifestação pelos litigantes. A efetiva participação no debate judicial e na construção da solução para o caso concreto nada mais é do que um reflexo do princípio da cooperação (ou da colaboração) no processo (2016, *on-line*).

Tal normativa poderá prestar mais efetividade ao processo, minimizando-se as muitas alegações de nulidade (por vezes sem prova de qualquer prejuízo, em desrespeito à ideia do *pas de nullité sans grief* – não há nulidade sem prejuízo) e de cerceamento de defesa.

É exigência de oportunização às partes para manifestação acerca dos motivos que sustentarão os provimentos jurisdicionais, a fim de se evitar surpresas aos jurisdicionados como resultado dos comandos judiciais, como se o Estado-Juiz, em algumas hipóteses, houvesse guardado um trunfo, apresentado às partes e operadores jurídicos tardiamente.

Acerca da significação do termo "fundamento", ensina Cassio Scarpinella Bueno que releva entendê-lo de modo abrangente, a título de argumento ou de razões aptas a justificar a

decisão a ser tomada pelo julgador. É no que respeita a esse argumento (ou razões) que as partes devem ser ouvidas, e após a discussão específica, segue-se a decisão (2015, p. 48).

Vislumbre da hipótese em comento se constata, exemplificativamente, no artigo 489 do CPC/2015, a exigir que o contraditório estabelecido entre as partes esteja refletido na sentença, bem assim na possibilidade de um contraditório com a própria sociedade (audiências públicas) ou institucional (*amicus curiae*), como naquela previsão constante no artigo 927, § 2º, do CPC/2015, a impulsionar que, no caso de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, possa previamente ocorrer audiências públicas e participação de pessoas, órgãos ou entidades que contribuam para a rediscussão da tese.

Na visão de Zulmar Duarte de Oliveira Jr. e Fernando da Fonseca Gajardoni, em abordagem à necessidade de compartilhamento:

> O magistrado não pode se considerar como sujeito isolado na cadeia processual. Seus atos processuais dependem e pressupõem os atos das partes, numa contínua relação dialética, em que a síntese, ainda que superadora, não se separa da tese e da antítese apresentadas [...] o fato de o juiz poder conhecer de ofício do direito não o desonera do dever de submeter sua perspectiva jurídica previamente às partes, acaso os horizontes da discussão do processo não tivessem apreendido aquela. Noutras palavras, sempre que o campo de visão do juiz alcançar questão não constante daquele compartilhado pelas partes no processo, deverá dar a oportunidade para elas se manifestarem previamente sobre o tema. A necessidade de compartilhamento das respectivas visões do processo evita potenciais danos às partes, por eventual miopia ou cegueira no tema do juiz, e também decorre dos deveres de consulta e auxílio próprios da cooperação processual (artigo 6º). O processo é local destinado à coparticipação, compartilhamento e vivências conjuntas, não havendo espaço para atitudes insulares (2015, p. 64-65-66).

Tal ideia é fortalecida pela pretensão de um processo mais colaborativo, democrático, cooperativo, com enfoque em um devido processo legal encorpado em sua substância, a gerar maior legitimidade (quiçá aceitação) dos provimentos emanados do Estado-Juiz.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram que:

> A proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de "terceira via" [...].
> Não que implique adiantamento do entendimento do juiz, pois isso seria pré-julgamento intolerável e inconstitucional, que macula a imparcialidade necessária para o juiz julgar a causa. Mas o juiz, como sujeito do processo, *terceiro imparcial*, equidistante das partes, deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas,

> fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso. Isso tem a ver, igualmente, com a boa-fé com que devem proceder os poderes públicos, agindo com transparência e imparcialidade. Anote-se que, conforme determina a CF 37 *caput*, é imperativo que os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) ajam com boa-fé em suas esferas de atribuição (2016, *on-line*).

Imperioso que seja aniquilada da práxis processual a decisão surpresa e solitária, fruto da ausência de diálogo efetivo com as partes e interessados, e que o contraditório e a dialética processuais deixem de ser tão somente forma, para integrar um método, uma dinâmica de trabalho, em respeito ao seu conteúdo material e substancial, em toda a sua concretude.

E pouco interessa se a questão é de ordem pública ou de direito dispositivo, consoante Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Para a determinação de ouvida prévia das partes, afigura-se irrelevante tratarem-se de questões de ordem pública, previstas expressamente na lei, fato que poderia conduzir o intérprete à falsa impressão de que, por isso, a rigor, não seria necessária essa providência acautelatória por parte do juiz. A circunstância de se tratarem de matérias de ordem pública evita a nulidade da decisão que sobrevier, pelo fundamento de que era desnecessária a provocação da parte para que o juiz ou tribunal pudesse decidir sobre a matéria de ordem pública. Mas não evita a nulidade da decisão por *cerceamento de defesa*, por desobediência ao contraditório, caso não se tenha dado oportunidade para as partes, previamente, tomarem conhecimento de que será possível ao juiz ou tribunal decidir determinada matéria *ex officio*. É certo que, ao decidir questão de ordem pública sem ouvir previamente as partes, o juiz beneficiará uma delas e prejudicará a outra, razão por que essa *decisão-surpresa* terá ofendido a *paridade de armas* e será, portanto, nula (2016, *on-line*).

Verifica-se, por conseguinte, que a fim de se cumprir e respeitar o devido processo legal, e para que se atinja uma práxis processual respeitadora de uma dialética substancial, não tem relevância aquela velha lição de que, tratando-se de questão de ordem pública, o órgão jurisdicional simplesmente pode decidir, sem o prévio diálogo com as partes.

Fato é que mesmo diante de questões cogentes, os juízes e tribunais por vezes erram na interpretação e aplicação do direito, pelo que a atuação colaborativa dos envolvidos poderá servir a dar lastro e legitimidade ao ato decisório, sem que qualquer das partes se sinta prejudicada pela surpresa decisória, tão comum sob os auspícios do CPC/1973.

Além disso, sempre que pelas partes, interessados e Ministério Público forem trazidas aos autos do processo quaisquer questões novas, imprescindível que se oportunize manifestação em contraditório e ampla defesa, e não somente no aspecto formal, mas exatamente no sentido colaborativo, de respeito ao *due processo of law* e de legitimação da decisão judicial respectiva, em qualquer grau de jurisdição.

O juiz ou tribunal pode e deve decidir de ofício, ou seja, independentemente de provocação do interessado ou da parte, mas tal assertiva não exclui a exigência de contraditório efetivo, e o fato de que devem ser eliminadas as perniciosas decisões-surpresa.

Em (des)sincronia com o tema, o Enunciado 2 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM assinala que não ocorre ofensa à regra do contraditório exposta no artigo 10 do CPC/2015, naquelas hipóteses em que o pronunciamento jurisdicional invoca um princípio, quando a regra aplicada já debatida no curso do processo é emanação daquele princípio referenciado.

1.12. Princípio da publicidade dos julgamentos e da fundamentação das decisões judiciais

A tratar da publicidade e da motivação das decisões judiciais, previsões consolidadas constitucionalmente, o artigo 11 do CPC/2015 estabelece que "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". Em sintonia com o melhor delineamento do princípio da publicidade, expõe Eduardo Rodrigues dos Santos:

> [...] o princípio da publicidade busca assegurar o exercício da cidadania e da democracia na ambiência processual. Entretanto, assim como qualquer outro princípio, existem hipóteses em que ele deve ceder a outros de mesmo grau hierárquico. Contudo, não estando frente a uma destas hipóteses, a inobservância de sua forma ampla gera nulidade da relação processual. Por fim, é de grande valia lembrar que a ampla publicidade não pode ser confundida com a banalização da publicidade promovida pelas grandes mídias sob a ótica de mercado, neste caso, um verdadeiro "mercado de sangue, vida, liberdade e intimidade" (2016, p. 161).

Há que se cuidar da má utilização da publicidade que se tem emprestado a alguns julgamentos (em especial do Supremo Tribunal Federal), a deixar aflorar suscetibilidades, vaidades e falta de serenidade dos julgadores e demais profissionais do direito, além de conduzir à distorção do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial.

No que se refere à publicidade, especial destaque deve ser dirigido ao artigo 927, § 5º, do CPC/2015 ("Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores"), bem como ao artigo 979 do CPC/2015, no sentido de que a instauração e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) serão sucedidos da

mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Outra interessante emanação da publicidade está no artigo 367, § 6º, do CPC/2015, permitindo às partes, diretamente e independentemente de autorização judicial, que gravem as audiências em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico.

Conforme lembrado e consignado pelo Ministro Carlos Ayres Britto quando do julgamento da Ação Penal nº 470 (Mensalão), naquilo que concerne à exigência de transparência, em especial quando em jogo o que é público, "O melhor desinfetante é a luz do sol".

Obviamente que devem ser respeitadas as situações que envolvem segredo de justiça, podendo ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público. É preciso harmonizar, equilibrar e proceder ao devido sopesamento da premissa da publicidade, com as excepcionalidades necessárias, tanto aquelas de extrato constitucional, quanto as legais e regimentais, a resguardar direitos de mesma envergadura, importância e com o mesmo foco protetivo. De conformidade com as proposições de Cesar Asfor Rocha:

> Como se vê, a garantia da publicidade, sob as exceções que a Carta Magna consigna, conecta-se diretamente com a sempre tormentosa *questão dos sigilos* constitucionalmente protegidos (art. 5º, X e XII) que têm sido, ultimamente, objeto de agudas controvérsias, ora recebendo aplausos e elogios, ora vistos como fatores inibidores da própria eficácia de medidas corretivas de condutas censuráveis.
> É preciso ter em mente e recordar a cada passo que os sigilos são instituídos em favor da honorabilidade das pessoas que se acham sob investigação ou sob processo. Seria impreciso supor que os sigilos servissem a outro propósito, senão de resguardar valores subjetivos individuais [...].
> É fora de dúvida que a efetividade da jurisdição e a sua celeridade são escopos inegáveis da processualística moderna, todavia não será prudente que em seu nome sejam sacrificadas conquistas culturais obtidas ao longo da acidentada história social das garantias, direitos e liberdades [...].
> A celeridade e a efetividade não são deusas em cujos altares mereçam ser sacrificados quaisquer valores, mas não se pode minimizar a devoção que se deve prestar a essas divindades. É preciso ter em conta que a jurisdição é um exercício virtuoso, ao qual devem comparecer muitas qualidades; porém, se fosse necessário apontar uma que nunca deve estar ausente, por certo, essa seria a virtude do equilíbrio [...].
> Em síntese, a publicidade, como valor prezível do processo, é serviente na efetividade da jurisdição, não se sobrepondo a ela e nem absorvendo a sua essência, à maneira de uma esponja que retém em sua estrutura o fluido que sobre ela se deposite (2007, p. 45-46-47).

E publicidade dos processos, dos atos processuais e provimentos jurisdicionais se conecta diretamente ao controle de constitucionalidade, juridicidade e de fundamentação das

decisões judiciais, a permitir a aferição pelos jurisdicionados e profissionais do direito da argumentação e da lógica jurídica que permeia o ato decisório.

No que concerne ao outro parâmetro constitucional em abordagem (fundamentação das decisões judiciais, que constituirá o cerne do trabalho, com exploração mais adiante), em sintético escorço histórico do dever de motivação das decisões judiciais, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery exploram o assunto com as seguintes observações:

> Na Europa, essa orientação parece ter surgido na segunda metade do século XVII – ou, pelo menos, essa é a época em que ela se generaliza, pois já havia exemplos de sua prescrição legal a partir do século XII, especialmente na Itália, na legislação florentina e piemontesa. Mas a doutrina era indiferente a isso, visto que tendia a seguir o ensinamento tendenciosamente negativo dos canonistas, os quais davam ênfase ao que era de praxe, em detrimento daquelas normas que impunham o dever de motivação. Na França, o dever de motivação foi tido como um dos fundamentos da ideologia democrática decorrente da revolução francesa (Taruffo. *Motivazione*, pp.319/325). No direito luso-brasileiro, a motivação das decisões é tradicional; já era mencionada pelas Ordenações Filipinas, seguida pelo Regulamento 737/1850 (2016, *on-line*).

Relativamente aos países de tradição da *common law* (consuetudinária), impunha-se a exigência de fundamentação e das razões decisórias, mas tal relevância não resultava de texto escrito, daí que gradativamente a *ratio decidendi* passou a constituir a base e o resultado do sistema precedentalista, com mais ênfase na atividade dos órgãos jurisdicionais superiores.

Em delineamento acerca das origens da motivação e dos vieses iluminista (racionalista) e do pensamento cristão medieval (de caráter argumentativo), Tomás Javier Aliste Santos destaca que:

> Conforme a tese que entende a motivação como garantia judicial, fruto do pensamento ilustrado de corte racionalista, esta obedecerá a um caráter marcado pelo formalismo e positivismo, de tal forma que não seja possível mais exercício de racionalidade na fundamentação das decisões judiciais que o permitido nas leis, transmutando assim, a aplicação judicial do Direito, restringindo a um mero trabalho mecânico, de acordo com a lógica formal do silogismo, impecável na sua resposta ao problema da validez da motivação contida na resolução contida (motivação formal), mas claramente insuficiente na obtenção de uma solução adequada, ou seja, racional e razoável aos problemas derivados da correção da resolução judicial que se traz (motivação material). Por outro lado, a tese que conecta a necessidade de motivar com a tradição do pensamento Cristiano medieval de caráter argumentativo, ou seja, com a tópica, a dialética, a retórica e as lógicas medievais, desenvolvida e muito difundida na práxis forense eclesiástica e secular do *ius commune*, resulta muito mais flexível que a anterior, uma vez que é capaz de dar uma resposta razoável, tanto aos problemas de validez da motivação das resoluções judiciais, como de correção, para que respondam às razões manipuladas na parte não dispositiva destas, buscando, ainda, que as referidas resoluções não só satisfaçam puras exigências de

> correção, mas também o convencimento das partes do pleito através do exercício do arbítrio judicial lícito (2018, p. 445-446, tradução nossa).[3]

A motivação das decisões judiciais exercita funções processuais, sociais e políticas. No que concerne às funções processuais, guardam correlação com a correta interpretação do julgado para que o insatisfeito busque sua tutela recursal, também a auxiliar o tribunal no julgamento do recurso, possibilitando a plena concretização do duplo grau de jurisdição, além da delimitação da coisa julgada, do julgado para a execução, e ainda a constituir requisito formal para a validade das decisões.

No que toca às funções sociais vislumbra-se a pacificação com justiça e segurança, como também a educação para que haja maior confiança no Poder Judiciário. Finalmente, em relação às funções políticas, residem no fato de que a exigência de motivação das decisões judiciais funciona como relevante instrumento de controle das decisões judiciais, colaborando na separação das funções políticas, além de garantir os direitos fundamentais em sua máxima efetividade (FUIN, 2009, p. 243).

O dever de motivação das decisões judiciais se liga ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, com ênfase à fiscalização do princípio da legalidade (ou juridicidade, em parâmetro mais amplo), e também a uma função política de sustentação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o magistrado competente para julgar eventual recurso, mas a coletividade, com a finalidade de se aferir em concreto a imparcialidade do juiz, a legalidade e justiça das decisões, além do devido processo legal em sentido substancial, ou seja, integra a esfera dos direitos fundamentais e apresenta significação jurídico-política.

Já em 1952 Piero Calamandrei caracterizava a motivação das decisões judiciais como a comprovação *per tabulas* de sua natureza essencialmente lógica, isso porque o silogismo

---

[3] "Conforme a la tesis que entiende la motivación como garantía judicial fruto del pensamiento ilustrado de corte racionalista, ésta obedecerá a un marcado carácter formalista y positivista, de suerte que no sea posible más ejercicio de racionalidade en la fundamentación de las decisiones judiciales que el permitido en las leyes, trasmutando así la antigua práctica de arbitiro judicial em arbitrariedad. Esto condiciona la aplicación judicial del Derecho, restringido a una mera labor mecánica de acuerdo a la lógica formal del silogismo, impecable en su respuesta al problema de la validez de la motivación contenida en la resolución contenida (motivación formal), pero claramente insuficiente en cuanto a la obtención de una solución adecuada, es decir, racional y razonable, a los problemas derivados de la corrección de la resolución judicial que se trate (motivación material). Por el contrario, la tesis que entronca la necesidad de motivar con la tradición del pensamiento Cristiano medieval de carácter argumentativo, es decir, con la tópica, la dialéctica, la retórica y la lógica medievales, desarrollada y muy difundida en la praxis forense eclesiástica y secular del *ius commune* resulta mucho más flexible que la anterior, a la vez que es capaz de dar una respuesta razonable tanto a los problemas de validez de la motivación de las resoluciones judiciales, como de corrección a la que respondan las razones esgrimidas en la parte no dispositiva de las mismas, buscando, además, que dichas resoluciones no sólo satisfagan puras exigencias de corrección sino también el convencimento de las partes del pleito a través del ejercicio de un arbitrio judicial lícito."

judicial, antes de viver nas construções dos teóricos, vive na realidade judicial, em razão de que a lei exige que cada decisão jurisdicional seja acompanhada daquela espécie de radiografia lógica que faz aparecer, por transparência, o esqueleto racional (2017, p. 70).

De acordo com a explanação de Hugo Filardi Pereira, sobre a motivação dos provimentos jurisdicionais:

> Existe a necessidade formal de externalização dos valores e conceitos considerados pelos magistrados na prolação de decisões judiciais. Todo julgamento carece de justificação e a motivação das decisões judiciais é a única forma de controlabilidade dos atos decisórios dos juízes, além de servir para contribuir com o alcance de legitimidade da atuação do Poder Judiciário junto à sociedade civil [...].
> A avaliação de todos os argumentos desenvolvidos pelos personagens de uma relação processual permite que as decisões judiciais adquiram legitimidade e faz que os jurisdicionados interessados não se sintam desprestigiados e preteridos pela não observância de suas contribuições para um adequado julgamento pelos magistrados. A motivação deve servir como instrumento hábil para repelir a ocorrência de qualquer tipo de arbitrariedade ou de favorecimento indevido dos jurisdicionados. Não podemos conceber mais que, num cenário de democracia processual e amplo incentivo para a participação popular na formação dos provimentos jurisdicionais, magistrados possam desconsiderar alegações das partes sem ao menos expor a razão pelas quais não foram consideradas importantes para o julgamento da questão posta em Juízo (2012, p. 69).

Neste espaço do trabalho somente se exporá de modo sintético o princípio (ou com o CPC/2015 seria regra?) da motivação das decisões judiciais, até porque aquilo que se considera decisão judicial (não) fundamentada, na modelagem esculpida pelo artigo 489, § 1º, do CPC/2015, será objeto de mais minuciosa e aprofundada análise com a tratativa do tema mais à frente.

Mas já cabe adiantar que a alvissareira previsão integrante do CPC/2015 se trata de mecanismos, de premissas, de metodologia e de verdadeiras condições de possibilidade à (melhor) concretização da norma, ainda que a jurisprudência, de modo aleatório, já viesse sustentando, quando lhe era conveniente, hipóteses de decisões judiciais não devidamente fundamentadas, mesmo (e porque) sabido que legisladores e juízes são humanos e, portanto falíveis. A questão se relaciona à construção de técnicas capazes de maior redução dos erros e de uma melhor efetivação dos valores, princípios e regras constitucionais (CAMBI, 2012, p. 85).

Eduardo Cambi persevera em sua percuciente análise acerca da liberdade e da responsabilidade de julgar, a consignar que não existe espaço para a íntima convicção, até porque são as razões públicas, presentes na motivação judicial, que ensejam o cumprimento do dever constitucional, de objetividade republicana, essencial ao exercício democrático da função jurisdicional (2012, p. 92).

Fato é que decisão judicial não pode ser uma mera escolha ou opção do julgador. Sendo a decisão judicial um conjunto de signos que interpreta outro conjunto de signos (as normas jurídicas), gerando alteração no mundo real e determinando condutas (JORGE NETO, 2017, p. 33), imprescindível que as decisões judiciais sejam operadas de modo racional, lógico e dotado de juridicidade (constitucional e infraconstitucional).

Nessa perspectiva panorâmica e propedêutica, as palavras de Morton Luiz de Faria Medeiros, a dar conta da imprescindibilidade da fundamentação no Estado Democrático e de Direito, bem assim da necessidade de justificação e persuasão:

> Avulta resplandecente, neste plano, a missão de *fundamentar* as decisões incumbida a todos os Juízes em Estados democráticos de Direito. Despidas as decisões de fundamentação racional, abre mão o magistrado, precisamente, do alicerce da liberdade que lhe confere o ordenamento jurídico para decidir com justiça em todos os casos: a *justificação* de seu juízo de valor, a ser arrostada com a aceitabilidade geral dos jurisdicionados, o que vem a caracterizar seu discurso como *persuasivo*, mais que meramente *informativo* (2000, p. 191).

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, o dever de fundamentação garante que a decisão proferida não emanou de arbitrariedade, além de possibilitar, tecnicamente, que a decisão seja impugnada pela via recursal, pois, de fato, o que se ataca não é exatamente a decisão, mas sim o seu fundamento (2015, p. 68).

Em arremate a um panorama geral acerca da fundamentação, a construção de Eduardo Arruda Alvim, Rennan Faria Kruger Thamay e Daniel William Granado:

> A necessidade de motivação das decisões judiciais (todas as decisões judiciais devem ser motivadas, e não apenas a sentença), em rigor, nem haveria de constar do texto constitucional, pois decorre do próprio Estado de Direito e, ainda, do princípio do *due process*, de que já se tratou. É, ainda, verdadeiro pressuposto para que se possa recorrer. As razões recursais são voltadas a contrastar a fundamentação das decisões judiciais (2014, p. 48).

A se pretender um Estado de Direito, regido por parâmetros democráticos, constitucionais, e de respeito ao devido processo legal, a fundamentação das decisões judiciais (ainda que de modo conciso, breve, sintético) constitui consectário lógico, processual e jurídico indispensável, pelo que os órgãos jurisdicionais deverão sempre dar conta do caminho racional e jurídico percorrido até chegar a determinada solução, em verdadeira prestação de contas (*accountability*) aos consumidores de justiça (jurisdicionados), aos profissionais do direito, aos órgãos hierarquicamente superiores e à sociedade como um todo.

A essencialidade da motivação das decisões judiciais se vincula também ao necessário respeito ao devido processo legal e às premissas de um processo justo, bem assim da fuga da denominada discricionariedade judicial, conforme bem sintetiza José Rogério Cruz e Tucci:

> Na verdade, as determinações legais acerca do dever de motivação, inseridas no diploma processual em vigor, reforçam a ideia de que a moderna 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 da época moderna deve estar comprometido e envidar esforço, tanto quanto possível, para a observância, assegurada aos litigantes, da garantia do devido processo legal (2017, *on-line*).

Mais do que envidar esforços, a bem da verdade e de um processo de extrato constitucional, os órgãos jurisdicionais têm o dever inescapável de não incidir naquelas condutas construídas e exemplificadas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, sob pena de ofensa grave à ordem jurídica constitucional e legal, a culminar em nulidade.

Nessa tratativa inicial acerca da fundamentação das decisões judiciais, destaca-se novamente Piero Calamandrei:

> Este requisito da motivação tem, antes de mais nada, uma função exortativa e, por assim dizer, pedagógica. O juiz não se contenta mais em comandar, não se limita mais ao "*sic volo, sic iubeo"*, pronunciando do alto do seu lugar, mas desce ao nível de quem é julgado e, ao mesmo tempo em que comanda, procura explicar a racionalidade daquele comando. A motivação é, antes de tudo, a justificação, que pretende ser persuasiva da bondade da sentença. Desde o momento em que a justiça desceu dos céus para a terra, e se começou a admitir que a resposta do juiz é palavra humana, e não um oráculo sobrenatural e infalível que se adora e não se discute, o homem sentiu a necessidade de razões humanas para encontrar a justiça dos homens. E a motivação se constitui naquela parte racional da sentença que serve para demonstrar que a sentença é justa e por que é justa; e também para persuadir a parte sucumbente que a sua condenação foi o necessário ponto de chegada de um mediato raciocínio, em lugar de ser fruto improvisado de arbítrio e de opressão (2017, p. 67).

A exigência de fundamentação constitui verdadeiro chamado e imposição de racionalidade ao sistema. Além do sentido técnico-jurídico, tem viés educativo, pedagógico, como bem assinalado por Piero Calamandrei. Decisões judiciais bem fundamentadas (artigo 489, § 1º, do CPC/2015) geram confiabilidade, legitimidade, até mesmo probabilidade maior de aceitação e acolhimento, além de permitir, quando o caso, o escorreito e bem direcionado exercício do duplo grau de jurisdição, em fuga da improvisação, do arbítrio e da opressão.

1.13. Regra da cronologia de conclusão para julgamento

Em respeito ao tempo razoável do processo, à igualdade processual, à eficiência e à publicidade, o *caput* do artigo 12 do CPC/2015 apresenta novidade, no sentido de se criar condições aferíveis com maior objetividade para controle do tempo dos processos.

Consta que "Os juízes e os tribunais deverão, preferencialmente, obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão", e com o fito de possibilitar transparente e real controle por parte dos jurisdicionados e trabalhadores jurídicos, o § 1º estabelece que "A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores".

Nos passos de Cassio Scarpinella Bueno, a norma busca criar ou propiciar condições objetivas de controle do tempo do processo nos gabinetes judiciais. Por tal regra, devem os magistrados se manifestar nos processos com observância da ordem cronológica da conclusão, disponibilizada a lista respectiva, para fins de controle, ao público em geral, inclusive pela internet (2015, p. 50).

Sabidas as contingências e agruras que atingem a máquina judiciária, ainda assim é relevante e necessário que se busque respeito à isonomia, à eficiência e à razoável duração do processo. Os juízes e os tribunais, não obstante o termo "preferencialmente" estampado no dispositivo, deverão respeitar a cronologia, e quando não o fizerem deverão justificar a excepcionalidade.

Consoante Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Dar preferência à ordem cronológica não significa que seja faculdade do juiz. O magistrado deverá, sim, atender preferentemente a ordem cronológica, sempre que isto for possível. Para não atendê-la terá de justificar. Mais um dispositivo legal feito por encomenda de última hora, que atrapalha o sistema processual do CPC. Tudo o que vem em seguida ao *caput* indica a *obrigatoriedade* de atender-se a ordem cronológica, pois do contrário não faria sentido manterem-se os demais dispositivos. Melhor teria sido o legislador da L 13.256/2015 alterar apenas o *caput* para que a preferência fosse realmente uma *faculdade* e revogar os demais dispositivos (2016, *on-line*).

Tal premissa talvez nem devesse constar como norma fundamental do CPC/2015, e diferentemente daquilo que apregoado, não consubstancia princípio, mas sim regra, até pela objetividade, clareza e precisão do texto normativo (embora com excepcionalidades, também postas de modo objetivo), a necessitar de pouca densificação normativa.

A se pensar no controle da legalidade, da eficiência e da duração razoável do processo, tal aferição (se aplicada) trará transparência e mais segurança, além de

racionalização dos serviços judiciários, que estão a necessitar de gestão e administração mais qualitativa e profissionalizada, inclusive por pessoas formadas e treinadas para tanto, permitindo-se aos magistrados que se dediquem à sua principal, nobre e essencial função, qual seja a de estudar, instruir, compor, motivar e julgar processos, proferindo comandos jurisdicionais, sem preocupação desmesurada com a gestão, que deve mesmo ser encaminhada e cuidada por auxiliares da Justiça capacitados a tal essencial e relevante atribuição, para que haja melhor estabelecimento de prioridades, racionalização e otimização dos serviços forenses, separação dos problemas e casos afins para julgamento em bloco, aferição da relevância das tutelas provisórias, eficiência e tutelas mais qualitativas enfim.

É preciso, portanto, o gerenciamento das unidades judiciais (*court management*) e dos processos respectivos (*case management*), bem como a utilização da inteligência artificial naquilo que possível e pertinente. Embora louvável a transparência que se cria com a regra em comento, para Teresa Arruda Alvim Wambier:

> Em seu desfavor, há a dificuldade, que a regra gera, no sentido de que os juízes *administrem* seus processos, seu cartório. De fato, há processos mais simples, outros mais complexos, e é comum que os juízes prefiram passar na frente os mais simples. Esta regra não permite a utilização deste critério e pode ocorrer que o julgamento de uma causa complexa represe dezenas, centenas de outras ações cuja solução poderia ser rapidamente concebida. Espera-se que a lista de exceções previstas pelo próprio NCPC minimize este efeito, que dificulta, sob este aspecto, a atividade do juiz. Entendeu-se, todavia, que a regra traria mais vantagens do que desvantagens (2015, p. 70).

O § 2º excepciona a regra do *caput* acerca da obediência à ordem cronológica de conclusão, para que sejam proferidos os provimentos jurisdicionais finais, excluindo de tal imposição normativa as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar de pedido, que podem e devem ser prolatadas, por óbvio, imediatamente, tanto quanto possível.

Também se exclui da indigitada cronologia o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos, assim como o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas.

As decisões que não resolvem o mérito, nas mais diversas modalidades, e também aquelas em âmbito recursal, previstas no artigo 932 do CPC/2015, o julgamento dos embargos de declaração, o julgamento de agravo interno, as preferências legais, as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, os processos penais, nos órgãos jurisdicionais que tenham tal competência, e a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por

decisão motivada, todas estas hipóteses também ficam excluídas da referida obediência à ordem cronológica.

A fim de evitar manobras que objetivem a fuga da cronologia, o § 4º do artigo 12 estabelece que "Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência", e o parágrafo subsequente arremata ao prever que "Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista".

Caberá, por conseguinte, ao chefe de secretaria ou escrivão a observação e cumprimento do preceito, facilitador em tese do controle do público em geral e dos profissionais do direito.

Como bem assinalam Zulmar Duarte de Oliveira Jr. e Fernando da Fonseca Gajardoni:

> Ninguém é contra a cronologia para julgamento e cumprimento de processos. Pelo contrário. Ela é desejável, pois espelha igualdade de tratamento pelo Estado. Porém, ela deve ser aplicada juntamente com outras técnicas de gestão, avaliadas casuisticamente conforme características da unidade judicial e do próprio caso concreto. Definir de modo legal, cogente e abstrato, com base simplesmente na cronologia, a forma de julgamento, cumprimento/publicação de atos processuais, não parece algo consentâneo com a promessa de um processo civil constitucional, justo e célere, premissas principais do Novo CPC (artigos 1º e 4º). O sistema deveria se preocupar em punir os poucos magistrados e servidores que cedem a influências escusas para definir suas pautas de trabalho. Não, na ânsia de impedir iniquidades, engessar inovações na gestão da Justiça (2015, p. 75).

Fato é que houvesse mais vontade política de se criar gestão judiciária qualitativa (unidades jurisdicionais e processos respectivos), assim também a utilização da jurimetria (estatística aplicada ao direito), a máquina judiciária certamente poderia estabelecer prioridades e melhor desenvolver a instauração, o desenvolvimento e a resolução de processos, sempre na busca do julgamento de mérito e na satisfação ou concretização de direitos.

Finalmente, cumpre destacar dois Enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, que mostram a relatividade, na prática, da regra construída no artigo 12 do CPC/2015.

O primeiro deles, o 32, ao abordar as exceções à regra da cronologia, assinala que o rol do artigo 12, § 2º, do CPC/2015, é meramente exemplificativo, de modo que os órgãos jurisdicionais poderão, fundamentadamente, proferir sentença ou acórdão em desobediência à

cronologia de conclusão, desde que haja preservação da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da eficiência na gestão da unidade judiciária.

O segundo, o 34, assevera que a violação das regras dos artigos 12 e 153 do CPC/2015 não resulta em nulidade dos atos praticados no processo decidido ou cumprido fora da ordem de cronologia, nem caracteriza, por si só, parcialidade do julgador ou do auxiliar da Justiça.

Pela menção, o artigo 153 é aquele a prescrever que o escrivão ou o chefe de secretaria atenderá, preferencialmente, à cronologia de recebimento para publicação e efetivação de pronunciamentos judiciais.

1.14. Síntese integradora

Os artigos 1º a 12 do CPC/2015 mostram utilidade teórica e prática com a construção e consolidação, logo na introdução da legislação processual civil, dos marcos fundamentais do processo civil brasileiro, dando conta de sua matriz constitucional, assim como de todas as outras regras e princípios que devem nortear a interpretação, a aplicação, a estruturação e a práxis processual civil brasileira, até porque já se destacou não somente a importância do direito processual civil, mas o seu destaque como elemento cultural a reger a vida em sociedade. E cada uma das normas construídas fundamentalmente no CPC/2015, em maior ou menor grau, influenciam na existência de provimentos jurisdicionais mais bem estruturados e fundamentados.

Estabelecidas tais proposições, há de se atribuir especial destaque ao acesso à justiça qualitativo, à importância da justiça coexistencial, à eficiência e à duração razoável do processo, à eticidade e à colaboração ou cooperação processuais como vetores hermenêuticos e práticos, à igualdade processual, à juridicidade, ao contraditório substancial, à dialogicidade e participação policêntrica, à proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana, à proibição de decisões solitárias, e finalmente àquilo que de maior relevo para o presente trabalho, à fundamentação das decisões jurisdicionais como bem jusfundamental e exigência metodológica, a preponderar o império da juridicidade e do devido processo legal em toda a sua acepção e emanação, como pressuposto de validade e legitimidade dos atos decisórios.

Na sequência do trabalho aportarão questões relacionadas às fontes do direito, à jurisprudência, aos precedentes judiciais e à respectiva e necessária argumentação jurídica, às escolhas interpretativas e opções à disposição do profissional do direito, notadamente no que

concerne à justificação das decisões e aos modelos (normalmente polarizados) do legalismo e do ativismo.

Além disso, também realizar-se-ão abordagens acerca do formalismo e do antiformalismo interpretativo, das interações entre letra e espírito da lei, da inexistência de vinculação irrestrita a métodos hermenêuticos ou fórmulas interpretativas, para que melhor se possa compreender os trilhos para a justificação jurídica, em um processo civil de matriz constitucional e democrática, em que se verifique um mínimo de metodologia, lógica e uma engrenagem a funcionar para otimização dos padrões decisórios.

Ainda, tal justificação mais racional e comunicativa haverá de possibilitar a aferição do conteúdo jurídico, do lastro constitucional e do efetivo diálogo havido antes e durante a prolatação de decisões judicias, inclusive a dar maior legitimidade e respeitabilidade àquilo que decidido.

2. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PODER DECISÓRIO

Previamente à verificação da teoria e práxis relacionadas à (não) fundamentação das decisões judiciais, essencial destacar que uma justiça opinativa não costuma necessariamente prestigiar a solidez e a juridicidade na construção da argumentação jurídica e das decisões judiciais. Tal omissão argumentativa também se revela presente naquilo que respeita à atuação dos demais profissionais da área jurídica, mas ressalta em importância, por óbvio, quando relativa à função jurisdicional, em virtude do poder decisório e da autoridade que lhe são peculiares.

Quando a práxis revela um amontoado e agregação de opiniões, a qualidade das decisões judiciais sofre uma sensível carência, assim também como pecam os demais operadores jurídicos em seu ônus argumentativo.

Consoante Adriano Consentino Cordeiro:

> Como resultado de toda essa logística, se tem um manancial de argumentos, misturados a doutrinas, enunciados e jurisprudências, tornando quase impossível reconstituir argumentos racionais e unificados. Existem estilos de julgamentos variáveis de juiz a juiz, mas não existindo uma padrão claro de decisão das cortes em sua unidade.
> Seja como for, fica evidente uma relativa irracionalidade de justificação nas decisões, por meio de decisões desorganizadas, restando vencedor no caso do STF, por exemplo, o voto que convencer individualmente o maior número de juízes. A divergência nesse contexto, até parece apresentar um perfil da importância nas discussões, mas o que, todavia acaba prevalecendo é a decisão final de cada julgador.
> A agregação de opiniões que se forma se reveste da autoridade da jurisdição enquanto poder estatal, e somado a opinião pessoal de cada juiz, estabelece grandes discussões acadêmicas, mas prevalecendo, no final, a opinião individual de cada julgador que melhor retratou o conjunto de argumentos no convencimento de seus colegas (2014, p. 225).

Ainda existem no Brasil muitas pseudofundamentações destituídas de uma substancialidade democrática e dialógica, apego a enunciados sumulares sem atenção às fontes jurídicas das quais emanaram, pouca dialética substancial e decisões judiciais solitárias (porque produzidas em desrespeito aos argumentos e fundamentos apresentados pelos partícipes da relação jurídica e processual), inférteis em termos de efetiva análise e consideração de teses e antíteses probatórias e argumentativas.

Em Manuel Atienza se constata a assertiva de que “a qualidade que melhor define o que se entende por um ‘bom jurista’ talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade (2006, p. 17), salientando-se que os órgãos jurisdicionais não necessitam explicar os seus provimentos jurisdicionais, mas sim justificá-los.

Manuel Atienza explica que o estilo de argumentação lógico e dedutivo, embora apresente correção formal, pode ensejar problemas conteudísticos:

> Um primeiro motivo de insatisfação – aliás óbvio – deriva precisamente do fato de que a lógica dedutiva só nos oferece critérios de correção formais, mas não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática).
> (...) a partir de premissas falsas pode-se *argumentar corretamente* do ponto de vista lógico; e, por outro lado, é possível que um argumento seja *incorreto* do ponto de vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras, ou pelo menos altamente plausíveis (2006, p. 28).

Percebe-se, pois então, que a lógica surge como elemento importante, mas insuficiente para o controle dos argumentos, até porque um bom argumento deve sê-lo do ponto de vista formal e ainda do ponto de vista material. Inclusive um argumento não lógico pode consubstanciar um bom argumento.

A teoria da argumentação surge para empreender maior (e racional) controle do discurso jurídico, a envolver o fato de que decisões judiciais se revelam corretas se e enquanto baseadas em processos de justificação racional, com espeque no direito posto, precedentes e dogmática.

A importância da clareza e da coerência argumentativa é destacada por Mª Isabel Garrido Gómez, para quem:

> Em conjunto, o juiz deve levar em conta a lógica, ao elaborar de forma ordenada, clara e coerente todas as argumentações. Isto é útil na hora de produzir uma expressão linguística desses argumentos por meio de uma linguagem precisa, o que abarca também a congruência interna das cadeias argumentativas que articulam o raciocínio judicial e que formam a exigência da motivação das sentenças (2014, p. 117, tradução nossa).[4]

Embora não se trate de regra absoluta, fato é que as boas e fundamentadas decisões judiciais correspondem às decisões bem argumentadas, que se apoiam no direito, na racionalidade e na coerência.

Propugna-se por maior racionalidade, objetividade e certeza, e por menos imprecisão e subjetivismos, a gerar inclusive maior solidez do Estado de Direito e Democrático, por meio de cientificidade na linguagem jurídica (ALBERTO, 2012, p. 64-65).

---

[4] "En conjunto, el juez debe tener en cuenta la lógica al elaborar de forma ordenada, clara y coerente todas las argumentaciones. Esto es útil a la hora de producir una expressión linguística de esos argumentos por médio de un linguaje preciso, y en lo que se refiere a la congruencia interna de las cadenas argumentativas que articulan el razonamiento judicial y que conforman la exigencia de la motivación de las sentencias."

A argumentação envolve um jogo de linguagem, e os argumentos consubstanciam a estrutura básica da atividade argumentativa. Para Nagibe de Melo Jorge Neto:

> Dois dos principais argumentos são *explicar* e *justificar* uma proposição ou uma conclusão. Na *explicação*, o que se pretende é oferecer razões para um fenômeno cuja existência ou ocorrência não se disputa. A explicação pretende responder a uma pergunta do tipo: *por que é assim?* É o caso, por exemplo, de oferecer argumentos que possam explicar por que os dinossauros foram extintos. Não se disputa que os dinossauros foram extintos em determinado período geológico. Essa afirmativa não é controvertida, pelo menos não para a maioria da comunidade científica. Nesse sentido, as teorias científicas sobre o tema são uma série concatenada de argumentos que procuram explicar um fenômeno natural. Na justificação, a própria ocorrência do fato, a crença que se enuncia, a opinião que se defende, a interpretação da norma, enfim, a conclusão (o objeto da argumentação) é o que está em disputa. Por exemplo, quando afirmo que a Constituição permite o casamento de pessoas do mesmo sexo, não há consenso acerca de minha afirmação. É assim que esta afirmação demanda justificação enquanto aquela, acerca da extinção dos dinossauros, demanda explicação (2017, p. 142-143).

A explicação, por conseguinte, parte de premissas postas, em relação às quais não se estabelece verdadeiramente controvérsias, divergências, contraposições ou disputas. A justificação, por outro lado, exibe uma natureza indefinida e incerta, a exigir uma afirmação fundada, em vista de haver disputa, dúvida ou contraposição acerca de tal questão.

"A justificação se preocupa com a correção entre as diferentes deduções lógicas, que autorizam o passo de premissas certas a uma conclusão igualmente considerada como certa"[5], na forma sintetizada por Tomás Javier Aliste Santos (2018, p. 241, tradução nossa), tudo a exigir não somente uma lógica formal, mas especialmente uma lógica operativa (*workin logic*), da qual o trabalho jurisprudencial e precedentalista se revela o campo de trabalho por excelência.

De Nagibe de Melo Jorge Neto destaca-se que:

> Uma teoria que descreva a decisão judicial simplesmente como ato argumentativo seria uma teoria claramente insuficiente. Isso porque a argumentação não acontece isoladamente. É impossível argumentar sozinho. A argumentação de alguém consigo próprio é um ato subjetivo, um pensamento intelectual que ainda não foi exteriorizado. A argumentação é, por excelência, um ato intersubjetivo, uma vez que é preciso que se dê entre, pelo menos, duas pessoas. A argumentação acontece no contexto de um discurso, entendido por discurso, nesta primeira aproximação, qualquer conjunto de atos de comunicação entre pessoas, com um fim determinado. Sendo assim, uma teoria da decisão judicial minimamente abrangente deve abarcar também o contexto em que acontece a argumentação, ou seja, o discurso (2017, p. 181).

[5] "La justificación se ocupa más bien de la corrección entre las distintas inferencias lógicas que autorizan el paso de premisas ciertas a una conclusión igualmente considerada como cierta."

Para os fins do trabalho, a argumentação posta na decisão judicial exige intersubjetividade, deve estar imbricada com as teses e antíteses dirigidas pelas partes, Ministério Público, terceiros interessados, a respeitar um agir comunicativo, um discurso ou uma linguagem interna.

E também deverá se enraizar um diálogo externo, com a sociedade como um todo, com os jurisdicionados de maneira geral, bem assim com os outros juízes e tribunais, especialmente quando se pretende um fortalecimento precedentalista, o que será objeto de tratativa mais adiante. Certamente não há uma forma padronizada de argumentação jurídica, e os modelos ou premissas servem apenas como ferramentas úteis à prática jurídica e às decisões judiciais.

Com base em Tomás Javier Aliste Santos se afirma:

> Assim, um argumento forte e com ele uma boa motivação, seria capaz de convencer um auditório universal, porque saltaria qualitativamente da mera persuasão, sempre referida a alguns poucos, ao convencimento, que é qualidade previsível de todos aqueles que em estado ideal lembram que a argumentação dirigida é a correta. Neste sentido, o juiz, no momento de construir a *ratio decidendi* de sua resolução, deve se comportar como se estivesse dirigindo-se a esse auditório universal (2018, p. 261, tradução nossa).[6]

Para o desenlace da argumentação jurídica, também de relevo o vislumbre das fontes e tradições jurídicas, que geram relevante influência sobre os mecanismos argumentativos, padrões decisórios e fontes utilizadas ao balizamento e construção dos atos decisórios.

2.1. Fontes do direito

Fontes do direito se relacionam aos meios de produção das normas jurídicas em sentido lato, isto é, estão condicionadas a uma estrutura de poder que origina não somente a lei, mas também tudo que constitui emanação e corporificação do fenômeno jurídico.

Nas clássicas lições de Miguel Reale:

> Por "fonte do direito" designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação

[6] "Así un argumento fuerte, y con ello una buena motivación, sería capaz de convencer a un auditorio universal, porque saltaría cualitativamente de la mera persuasión, siempre referida a unos pocos, al convencimento, que es cualidad predicable de todos aquellos que en estado ideal acuerdan que la argumentación esgrimida es la correcta. Em este sentido, el juez en el momento de construir la *ratio decidendi* de su resolución ha de comportarse como si se dirigiera a ese auditorio universal."

> vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas *fôrmas*, ou *estruturas normativas*, que são o *processo legislativo*, os *usos e costumes jurídicos*, a *atividade jurisdicional* e o *ato negocial* (2005, p. 140).

Pelos ensinamentos de um dos construtores da introdução ao estudo do direito e idealizador da teoria tridimensional jurídica (fato, valor e norma), tais fontes emanarão do Poder Legislativo (lei em sentido estrito), do poder social (usos e costumes), do Poder Judiciário (função jurisdicional geradora de decisões judiciais) e da autonomia privada ou da vontade (poder negocial).

A despeito da corporificação no Brasil de um sistema de base romano-germânica, em que predomina como fonte do direito a lei em sentido estrito, na construção do fenômeno jurídico deve ser relativizada qualquer hierarquização entre as referidas fontes jurídicas.

Para Maria Helena Diniz, a doutrina pode ser considerada como fonte jurídica, embora uma fonte formal não estatal, fruto da atividade científico-jurídica. A comentada jurista estabelece divisão entre as fontes formais estatais e as não estatais, e pelo didatismo de suas lições vale assinalar que:

> As *estatais* subdividem-se em legislativas (leis, decretos, regulamentos etc) e jurisprudenciais (sentenças, precedentes judiciais, súmulas etc). Tal divisão foi feita tendo-se em vista o predomínio das atividades legiferante e jurisdicional. A isso podemos acrescer as convenções internacionais, pelas quais dois ou mais Estados estabelecem um tratado, daí serem fontes formais estatais convencionais.
> As *não estatais*, por sua vez, abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos (2005, p. 285).

Fontes do direito confundem-se, portanto, com a gênese ou origem do direito, e também com os fatores reais ou materiais que impulsionam e condicionam o surgimento da norma jurídica no seu aspecto abrangente, a exemplo de aspectos políticos, econômicos, ambientais, geográficos, sociológicos, históricos, filosóficos e éticos, que dão ensejo à produção e fortalecimento do fenômeno jurídico.

Também a se destacar a observação de Silvio de Salvo Venosa:

> Entendem-se como *fontes formais* os modos, meios, instrumentos ou formas pelos quais o Direito se manifesta perante a sociedade, tal como a lei e o costume. São os meios de expressão do direito. Criam o Direito, isto é, introduzem no ordenamento novas normas jurídicas.
> *Fontes materiais* são as instituições ou grupos sociais que possuem capacidade de editar normas, como o Congresso Nacional, as assembléias legislativas estaduais ou o Poder Executivo, em determinadas hipóteses. Sob esse sentido, fonte é vista sob o prisma da autoridade que pode emitir legitimamente o Direito (2004, p. 139–140).

Os breves apontamentos e delineamentos sobre as fontes jurídicas adquirem relevo na medida em que ainda preponderam — quiçá com cada vez maior miscigenação — duas grandes tradições jurídicas, a da *civil law*, primordialmente lastreada na lei como fonte do ordenamento jurídico, e a da *common law*, preponderantemente forjada com amparo nas construções jurisprudenciais (costumes judiciários ou direito consuetudinário), e cada vez parece existir menos razão ou fundamento às assertivas relativas ao primado ou maior relevância de um determinado modelo ou sistema jurídico em detrimento do outro.

Conforme José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Krüger Thamay, em abordagem à diversidade e realidade da produção do direito:

> A sociedade continua a produzir normas costumeiras, mas estas perdem quase toda a sua importância. O que releva, quase sempre, são as normas produzidas pelo Estado, através de seus três Poderes. Todos eles produzem normas gerais e abstratas, sobretudo o Legislativo. Ao Executivo e ao Judiciário caberia, em princípio, a produção de normas concretas. Todavia, isso está longe de refletir a realidade. O Poder Executivo produz, em larga escala, também ele, normas gerais e abstratas. O Poder Judiciário produz especialmente normas concretas, mas com a virtualidade de se tornarem gerais, pelo fenômeno chamado jurisprudência (2018, p. 52).

É realmente complexo e variegado, por conseguinte, o fenômeno de produção e de nascimento do direito e do fenômeno jurídico, sem preponderância única de quaisquer das fontes, e tal emanação fica no Brasil reforçada pela pretensão precedentalista, embora ainda bastante prejudicada pela pouca dialogicidade em termos de participação, construção e influência social.

2.1.1. Jurisprudência

O vocábulo jurisprudência tem origem no latim, a junção de *juris* e *prudentia*, também designado com significação relativa à Ciência do Direito. Nesses tempos atuais líquidos (BAUMAN, 2007), em que prevalece o imediatismo e a superficialidade, talvez fosse mesmo oportuno lembrar que aos juristas a *prudência* é qualidade cara.

Pontua Carlos Amunátegui Perelló acerca da jurisprudência, sua forma de produção e de adoção, que:

> A jurisprudência, como fonte do direito, consiste em obter regras de caráter geral de outras de um alcance particular. Isto, naturalmente, pode ser realizado por um acadêmico ou pelo próprio juiz e outros sentenciadores se verão compelidos a adotar suas regras, na medida em que estas resultarem convincentes, isto é, que contarem com *autorictas* suficientes ao ponto de fazer com que o tribunal se vincule às suas razões. Não existem nelas regras que determinem sua validez, uma vez que esta é

> outorgada a elas pelo próprio juiz quando decide aderi-las, como também não tem sentido dar-lhes força geralmente obrigatória, vez que obrigam somente àqueles que se sintam submetidos ao mandato de atuar racionalmente (2016, p. 125, tradução nossa).[7]

Explicação do sentido lato e estrito de jurisprudência é dada por Paulo Nader, em conceituação tradicional, mas a apresentar didatismo, não somente pelo sentido mais abrangente, mas também pelo afunilamento do tema, segundo o qual:

> *Jurisprudência em Sentido Amplo:* é a coletânea de decisões proferidas pelos juízes ou tribunais sobre uma determinada matéria jurídica. Tal conceito comporta: *a) Jurisprudência uniforme:* quando as decisões são convergentes, quando a interpretação judicial oferece idêntico sentido e alcance às normas jurídicas; *b) Jurisprudência contraditória:* esta ocorre em face da divergência, entre os aplicadores do Direito, quanto à compreensão do direito positivo.
> *Jurisprudência em sentido estrito:* dentro desta acepção, jurisprudência consiste apenas no conjunto de decisões *uniformes*, prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre uma determinada questão jurídica. É a *autorictas rerum similiter judicatorum* (autoridade dos casos julgados semelhantemente). A nota específica deste sentido é a uniformidade no critério de julgamento. Tanto esta espécie quanto a anterior pressupõem uma pluralidade de decisões (2008, p. 172).

Em sistemas de *common law*, a jurisprudência constitui fonte primordial do direito, utilizada pelos juristas em sua práxis forense. No Brasil, tal assertiva também se revela verdadeira, não obstante ainda haja defesa do entendimento de que a jurisprudência (atividade jurisdicional) se limita a dar conta do direito preexistente.

Mesmo os países de tradição continental tem conferido proeminência à jurisprudência como fonte do direito, até mesmo em virtude da indeterminação da lei, como explica Natalia del Barrio:

> É certo que grande parte dos sistemas jurídicos que pertencem à tradição continental tem uma evidente propensão a outorgar maior preeminência à jurisprudência no sistema de fontes, contanto que seja a lei a que estabeleça os princípios com caráter geral e que seja a jurisprudência a que os desenvolva. Espera-se implicitamente do juiz continental que, diante da indeterminação da lei aplicável, <<acredite>> o direito necessário para dar uma solução justa. Em primeiro momento, pode parecer que o juiz continental se assemelha ao seu colega do *common law* e disto, a suposta aproximação entre ambas as tradições (2018, p. 128, tradução nossa).[8]

---

[7] "La jurisprudencia, como fuente del derecho, consiste en obtener reglas de carácter general de otras de un alcance particular. Esto, naturalmente, puede realizarlo un académico o el próprio juez y otros sentenciadores se verán compelidos a adoptar su reglas en la medida en que estas resulten convincentes, esto es, que cuentem con *autorictas* suficiente como para hacer que el tribunal se pliegue a sus razonamientos. No existem en ellas reglas que determinen su validez, por cuanto esta es outorgada a ellas por el próprio juez cuando decide aderir a ellas, como tampoco tiene sentido darles fuerza generalmente obligatoria, puesto que obligan solo a quienes se sienten sometidos al mandato de actuar racionalmente."

[8] "Lo certo es que gran parte de los sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición continental hay una evidente propensión a otogar mayor preminencia a la jurisprudencia en el sistema de fuentes en tanto que se ala ley la que establezca los principios con caráter general y que sea la jurisrudencia la que los desarrolle. Se espera

Maria Helena Diniz delineia o tema da jurisprudência não só aos iniciantes no mundo jurídico e acadêmico, mas a todos que cultuam a didática, a correta significação dos institutos, e os saberes que se enraízam no tempo e no espaço, dando conta do posicionamento da jurisprudência e de sua influência como fonte do direito e do fenômeno jurídico, a saber:

> A jurisprudência resulta no direito estabelecido pelas decisões uniformes dos juízes e tribunais. Está, portanto, como já dissemos, constituída por normas gerais e obrigatórias criadas pela prática consuetudinária do Poder Judiciário, consubstanciando normas individuais, pois forma-se no meio de casos concretos. É norma geral como a lei, mas dela se distingue pela sua maior flexibilidade e maleabilidade e é obrigatória e válida não pelo seu caráter geral, mas por sua normatividade. Logo, a jurisprudência atua como norma aplicável a todos os casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver nova lei ou modificação na orientação jurisprudencial, já que é suscetível de revisão, por não se excluir a possibilidade de se alterar o entendimento da maioria, embora isso ocorra, excepcionalmente, por motivos graves. É fonte não só porque influi na produção de normas jurídicas individuais (sentença, p. ex.), mas também porque participa no fenômeno de produção do direito normativo, desempenhando relevante papel, apesar de sua maleabilidade.
> A jurisprudência, de um modo ou de outro, acaba impondo ao legislador uma nova visão dos institutos jurídicos, alterando-os, às vezes integralmente, forçando a expedição de leis que consagram sua orientação. É indubitável que constitui, além de uma importantíssima *fonte* de normas jurídicas gerais, uma fonte subsidiária de informação, no sentido de que atualiza o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda aos reclamos das necessidades do momento do julgamento e de preenchimento de lacunas (2005, p. 299).

De fato e de modo mais consentâneo à realidade, verdade é que o processo não é apenas forma de atuação do direito objetivo, mas também mecanismo de complementação, enriquecimento e fortalecimento do direito objetivo, isso porque o resultado do sequenciamento processual e procedimental é em regra uma decisão judicial, que por vezes fortalece e inova o ordenamento jurídico, consubstanciando fonte do direito, a exigir e destacar, por conseguinte, para o nosso direito, a consecução das premissas instituídas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015.

Fernando de Brito Alves, ao abordar o fato de que a contemporaneidade exige e aspira a convivência de valores e princípios diversos, de modo que um pluralismo conforma a convivência coletiva por meio de valores, tais quais a livre iniciativa, mas também reformas sociais; a igualdade perante a lei, e ainda as ações afirmativas; os direitos individuais, mas por outro lado os direitos coletivos, cabe à jurisprudência efetivar a concordância prática de indigitada diversidade, que inclusive pode ser considerada teoricamente contraditória, mas desejável do ponto de vista pragmático, até porque os juízes e tribunais ocupam, no Estado

---

implicitamente del juez continental que ante la indeterminación de la ley aplicable <<cree>> el derecho necessário para dar una solución justa. A primera vista, pudiera parecer que el juez continental se asemeja en esto a su colega del *common law* y de ahí el supuesto acercamiento entre ambas tradiciones.”

constitucional contemporâneo, uma destacada e difícil posição de intermediação entre o Estado e a sociedade, que não encontra paralelo em outros funcionários públicos (ALVES, 2012, p. 270).

Nessa toada, parece certo que a redemocratização do País, o princípio do acesso à Justiça, concretizado no cotidioano dos tribunais, o enriquecimento de meios processuais difusos e coletivos, a conscientização quanto aos direitos, notadamente aqueles de envergadura constitucional, provocaram mesmo um aumento da demanda do Poder Judiciário, conclamando-o à assunção de um viés político, e não apenas institucional e técnico, na consolidação do Estado Democrático de Direito, tornando-o permeável aos anseios sociais e impondo intervenção nas questões mais candentes da sociedade pós-moderna de massa, mais especialmente naquilo que concerne a políticas públicas e questões privadas outrora postas à margem de sua atuação (MARCHESI; FONSECA, 2013, p. 147), tudo a exigir fundamentação dos provimentos jurisdicionais que seja dotada de lógica e sustentação jurídica.

A propósito do tema da riqueza, diversidade e mesmo contrariedade da jurisprudência, Miguel Reale explicita que:

> A jurisprudência é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de uma forma e, pouco depois ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude das opiniões divergentes dos magistrados que o compõem.
> Certa vez, tivemos a oportunidade de assistir ao julgamento de uma ação perante uma das Câmaras Cíveis de nosso Tribunal, acompanhado de um cliente que tinha exatamente duas questões com os mesmos dados, embora sem a mesma identidade de partes. O julgamento se processara no interregno de sete ou oito dias e uma tese jurídica foi consagrada numa Câmara, enquanto que a oposta lograva triunfar em outra. Bem podem imaginar a revolta e, ao mesmo tempo, a perplexidade desse cliente ao verificar que, diante da mesma situação de fato, de provas de igual alcance e de textos legais absolutamente idênticos, havia sido possível atingir consequências opostas.
> Isto, entretanto, não deve surpreender ao jurista. É da própria natureza da jurisprudência a possibilidade desses contrastes, que dão lugar a formas técnicas cada vez mais aperfeiçoadas de sua unificação (2005, p. 171–172).

Indubitável que a jurisprudência é e deve mesmo ser rica, pulsante, mutante, adaptável, mantendo simbiose com a evolução social, cultural, política e do direito, assim como harmônica à evolução da interpretação e aplicação jurídica. Mas os vetores da segurança, da certeza jurídica, da igualdade entre as partes, da coerência, da previsibilidade mínima daquilo que emana dos órgãos jurisdicionais, e mais especialmente da motivação ou fundamentação dos atos do Estado-Juiz, também merecem prestígio e implementação. Nada

obstante, é de se notar que no Brasil a jurisprudência não é una e organizada, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni:

> No Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais não respeitam os precedentes do STJ. Na verdade, esses juízes e tribunais sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão da Suprema Corte. O próprio STJ tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais. Isso ocorre não só quando uma Turma diverge da outra. Uma mesma Turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão (2014, p. 69).

A propósito do tema da previsibilidade e estabilidade que minimamengte se almeja, no que respeita às decisões judiciais, veja-se recentes julgados emanados do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, referentemente ao termo inicial da atualização do débito, em hipóteses de indenização por dano moral (se a sentença ou o acórdão modificador da decisão de primeira instância), em ambos utilizada como premissa e lastro jurídico a Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, mas advindas conclusões diametralmente opostas, em prazo inferior a trinta dias:

> I) "Contudo, em se tratando de matéria de ordem pública e para que não haja enriquecimento ilícito, remanesce como termo inicial da atualização do débito a data da sentença uma vez que a indenização por danos morais foi apenas reduzida e não arbitrada no acórdão, sem, obviamente, alteração do termo inicial da correção monetária, nos termos da Súmula 362, STJ. Em outras palavras, arbitramento não se confunde com redução ou majoração a implicar em alteração do termo de correção monetária" (TJSP; Agravo de Instrumento 2063443-27.2019.8.26.0000; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/04/2019; Data de Registro: 25/04/2019).
> II) "O acórdão deste Tribunal, também de minha Relatoria, deu provimento em parte ao apelo para reduzir o valor da condenação à R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Com efeito, o termo inicial da correção monetária é data da publicação do acórdão, por ter havido a modificação do valor indenizatório, em conformidade com a Súmula n. 362, do STJ e porque não houve nenhuma outra expressa determinação no acórdão. [...] Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso, na parte conhecida, para determinar a incidência da correção monetária a partir da data da publicação do acórdão que reduziu o valor do dano moral" (TJSP; Agravo de Instrumento 2017598-69.2019.8.26.0000; Relator (a): Cauduro Padin; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/03/2019; Data de Registro: 28/03/2019).

Não é por outra razão que o CPC/2015 estabeleceu no artigo 926, *caput*, que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, coerente e íntegra”, sem descarte da crítica dirigida ao pamprincipiologismo ou à principialização excessiva do direito, ou ainda da transformação de tudo em bens jusfundamentais (e se tudo é direito fundamental, a banalização exsurge, porque no final das contas nada mais é direito fundamental).

Cabe trazer à baila a observação de Hermes Zaneti Júnior acerca da nova conformação da jurisprudência, a constituir fonte primária do direito, pois segundo a sua posição, a natureza das modificações decorrentes do pós-positivismo (constitucionalização e principialização dos direitos), bem como a conformação atual do direito (súmulas vinculantes, decisões com efeitos vinculantes e jurisprudência dominante dos tribunais, uma tendência internacional, revelam uma insofismável realidade, vinculada ao fato de que a jurisprudência é fonte primária do direito contemporâneo brasileiro (2014, p. 233).

Apesar de tais considerações, acrescida das premissas fortalecedoras da jurisprudência no CPC/2015, não se pode olvidar que a mera alteração legislativa não tem, por si só, o condão de modificar o hábito, o dogma, daí por que a jurimetria pode auxiliar na construção da jurisprudência (e também dos precedentes), vez que se presta a identificar o entendimento (ou a falta dele) acerca de determinada matéria, bem assim proporcionar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, porquanto o profissional do direito e o cidadão poderão projetar, na medida do possível, o resultado da lide, o que se tornará tão mais concreto, à medida que os juízes e os tribunais passarem a respeitar a jurisprudência e os precedentes.

Ainda quanto à jurisprudência como fonte jurídica, José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Krüger Thamay delineam construção consentânea com a realidade fática e jurídica, nos termos seguintes:

> Não há dúvida quanto à primazia da lei, em nosso sistema jurídico. Primazia sim, mas não monopólio. As leis, editadas no passado, frequentemente vigem no presente em descompasso com as circunstâncias em que são chamadas a atuar. Há também as hipóteses de leis “monstruosas” e de leis “tolas”, e seria monstruoso e constituiria tolice exigir-se que os tribunais aplicassem tal como editadas. Há, ainda, o caso das leis que a sociedade rejeitou e que, por isso, não podem ser aplicadas. Há, sobretudo, a lição que os séculos nos legaram, no sentido de que o direito não se contém todo nas leis. Há, pois, que se admitir a jurisprudência como fonte do direito. Introduz-se, assim, uma certa desordem no sistema jurídico, que deixa de ser monolítico. Ressalte-se, contudo, que uma ordem perfeita e absoluta não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático, tendo mais a ver com os delírios das ideias do que com as realidades da vida (2018, p. 60).

Realmente o direito longe está de ser monolítico, embora devam ser respeitados os filtros e caminhos constitucionais e legais para a mera desconsideração de um texto legislativo em vigor, até porque isso não pode estar ao alvedrio do subjetivismo unilateral do julgador. E sim, a jurisprudência revela-se como essencial fonte viva e pulsante do direito, por isso a imprescindibilidade de respeito às premissas constitucionais e legais (em especial o artigo 489, § 1º, do CPC/2015) quando da formação do corpo jurisprudencial e precedentalista.

2.1.2. Jurimetria

A se tratar de fontes do direito, de sistemas e tradições jurídicas, de emanações jurisprudenciais, de seu lastro em termos de fundamentação, motivação e justificação, bem como de sua influência não somente aos operadores jurídicos, mas especialmente aos consumidores de justiça, cumpre consignar que a fim de minimizar a aleatoriedade, bem assim para estudos não somente retrospectivos, mas prospectivos, adquire suma importância o conhecimento e maior aplicabilidade da jurimetria.

Nessa senda, jurimetria é uma ferramenta que estuda as características dos processos (judiciais, arbitrais e negociais), isto é, estuda o perfil dos demandantes e demandados, além, é claro, do entendimento dos juízes e tribunais.

A Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), por exemplo, entidade sem fins lucrativos, visa ao incentivo da aplicação de conceitos estatísticos e de probabilidade no direito. Em junho de 2011, na cidade de São Paulo/SP, foi realizado o primeiro colóquio de jurimetria do Brasil, que contou com o apoio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), da Associação de Advogados de São Paulo (AASP) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) (ABJ, *on-line*).

Nas palavras do Presidente da ABJ, Marcelo Guedes Nunes:

> Discutir ideais e propostas de como o mundo deveria ser é parte importante da vida em sociedade. No entanto, conhecer a realidade é o primeiro passo para transformá-la e, se pretendemos transformar a realidade do direito, o estudo abstrato da lei não basta.
>
> Daí a importância de estudarmos não apenas a lei e suas possíveis interpretações, mas também as características concretas dos processos jurídicos de decisão. Para se entender o que é o direito real, temos de utilizar ferramentas capazes de descrever como se dá, efetivamente, a dissuasão prática dos processos em que há conflitos de interesses. Por exemplo, para sabermos como se dá a condenação em perdas e danos no Brasil, não basta estudar as disposições gerais dos artigos do Código Civil. Temos de verificar qual o perfil dos demandantes e demandados que vão aos tribunais pedir indenização e quais os entendimentos dos juízes a respeito das narrativas e dos pedidos apresentados. Da mesma forma, se quisermos entender o que é contrato no Brasil, não basta discorrer sobre os diversos dispositivos legais que regulam os negócios jurídicos típicos e atípicos, sua natureza jurídica e seus possíveis sentidos. Temos de verificar quais contratos são pactuados cotidiana e concretamente, como eles são operados na prática, quais seus objetos, partes, prestações, contraprestações e garantias, quais são inadimplidos e em que condições.
>
> A jurimetria serve de ferramenta para a compreensão desse universo de processos e fatos jurídicos. Quando estudamos uma única norma geral e abstrata, por exemplo, um artigo de lei, há ferramentas apropriadas para a sua descrição, como a história, a gramática ou a lógica. Já o estudo de populações demanda a utilização de outras áreas do conhecimento capazes de descrever de forma resumida as suas tendências centrais e a sua variabilidade: a estatística e a probabilidade. Diferentemente das normas abstratas, os processos e fatos jurídicos surgem em populações numerosas, mas cujas características podem ser sumarizadas. A jurimetria é, portanto, a

> disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos (ABJ, *on-line*).

Deste modo, a jurimetria une a Ciência Estatística ao Direito e vai muito além do mero apontamento em torno dos entendimentos dos juízes e tribunais, engloba também um estudo do perfil dos jurisdicionados, a lembrar aquilo que a Criminologia estuda na seara penal e processual penal.

Além da constatação em concreto do grau e qualidade da fundamentação das decisões judiciais, a jurimetria pode ter aplicabilidade, exemplificativamente, nas hipóteses seguintes: aferição e implementação de maior coerência, integridade e estabilidade aos comandos jurisprudenciais; melhor gestão da máquina judiciária; aferição do impacto social e econômico dos provimentos jurisdicionais; elemento à revisão e elaboração legislativa; mensuração dos fatos sociais, familiares, empresariais, econômicos e políticos que dão origem aos conflitos intersubjetivos de interesses; verificação da eficiência dos juízos, cartórios, tribunais, assim também das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ; averiguação da atuação do Ministério Público, da Advocacia, da Defensoria Pública, das Procuradorias, das Polícias e, finalmente, de um rol meramente exemplificativo, pode servir também à criação e concretização de políticas públicas.

Um exemplo da jurimetria aplicada à elaboração legislativa está esculpido nos artigos 599 a 609 do CPC/2015, na tratativa acerca da dissolução parcial de sociedade empresarial. O objeto da indigitada ação, a procedimentalização, o mecanismo de apuração de haveres, a data da resolução da sociedade e a eventual perícia foram objeto de estudos qualitativos e quantitativos, ensejadores de uma formulação legislativa e processual harmônica com os parâmetros jurisprudenciais construídos ao longo do tempo, assim como dos anseios societários dos sócios, e de preservação da função social da empresa.

Laurence Tribe e Michael Dorf já indagavam como o juiz deveria se comportar em sua atuação, notadamente quanto à utilização de decisões anteriores de casos que guardem similitude com o caso presente (2007, p. 107). Em trabalho desenvolvido por Ricardo Nussrala Haddad, com enfoque na colaboração da jurimetria à motivação dos provimentos jurisdicionais, consta de sua conclusão:

> E é aqui que a jurimetria de Lee deve ser lembrada. Não como algo perfeito, acabado, ou absoluto, mas algo por se considerar no futuro que se aproxima, onde a tecnologia auxilie o magistrado na motivação de suas decisões na busca da melhor resposta (ou da única resposta possível).
> A jurimetria, desta forma, pode ser um ótimo elemento em prol da efetividade da jurisdição, algo tão desejável como a segurança jurídica, a previsibilidade das

> decisões judiciais e ainda o impacto e a contribuição para o desenvolvimento político, social, econômico e democrático (2010, p. 3934).

A jurimetria, porque a tecnologia é algo inerente ao mundo atual, e deve ser utilizada positivamente, pode colaborar no trabalho de delegados, promotores, juízes, advogados, defensores públicos, procuradores, assim também ao legislador e ao administrador público de todas as esferas.

Em tal contexto, a jurimetria significa mesmo uma importante ferramenta direcionadora do rumo das decisões judiciais (sem esquecer que referido instituto estuda também as decisões arbitrais e questões negociais), como forma de evitar surpresas indesejáveis no processo, as quais causam insegurança e desigualdade jurídica.

Fato é que a jurimetria proporciona maior previsibilidade, racionalidade e segurança, além de constituir relevantíssima fonte retrospectiva e prospectiva do fenômeno jurídico-processual, a possibilitar também, mais especialmente naquilo que toca ao cerne do presente trabalho, uma maior controlabilidade e racionalidade das decisões judiciais e de seu suporte em termos de fundamentação e motivação.

2.2. *Common law* e *civil law*

Os dois importantes sistemas (a melhor acepção talvez se obtenha com o termo tradições) ocidentais da *civil law* e da *common law* são compostos pelos ordenamentos de tradição latina e germânica e os de histórico anglo-americano. Trata-se, a bem ver, simplesmente de experiências culturais e históricas distintas.

De efeito, quando se fala em processo contemporâneo, cada vez mais o que se afere é uma verdadeira miscigenação entre os dois principais sistemas ou famílias processuais do ocidente. Naquilo que respeita ao sistema da *commmon law*, inclusive, Michele Taruffo destaca o seguinte:

> Algumas breves referências, porém, podem ser suficientes para mostrar como o modelo de *common law* perdeu ou está perdendo algumas de suas conotações tradicionais e está adquirindo novas. Faço aqui referência a três aspectos muito importantes: a) o papel do juiz; b) a natureza e a função de *pre-trial*; c) o papel do júri (2013, p. 18–19).

O italiano assevera mudança importante na atuação do magistrado nos ordenamentos de *common law*, com o distanciamento da figura passiva e inerte do órgão jurisdicional, para uma atuação mais proativa, com diversos poderes de encaminhamento e direção do

procedimento, designação de audiências e produção probatória, inclusive com iniciativa do magistrado.

Mais além, especifica Taruffo a não prevalência do *trial* (julgamento propriamente dito), isso porque a grande maioria das demandas civis, tanto nos EUA quanto na Inglaterra, é resolvida na fase preliminar, a envolver técnicas compositivas e verdadeira resolução de controvérsias sem provimentos jurisdicionais (decisões), aspecto em relação ao qual no Brasil há imperiosa necessidade de reconstrução, para que busquemos diminuição da litigância, uma maior cultura de justiça coexistencial, melhor e mais extrajudicializada solução dos conflitos, muitos surgidos da prodigalidade de direitos esculpidos na CRFB/1988, e também para que se possa diminuir o protagonismo dos juízes (circunstância talvez de anseio da própria classe dos magistrados).

O terceiro e último aspecto objeto de abordagem pelo processualista da Itália engloba o fato de que o júri, aquele mostrado em especial nos filmes norte-americanos, já destoa da práxis forense prevalecente nos clássicos adeptos da *common law*, sendo que poucos casos chegam efetivamente aos júris.

Em tratativa histórica do tema, e no estabelecer de interessante distinção entre *civil law* e *common law* e seus destacados juristas, Jaime Domingues Brito e Tiago Domingues Brito asseveram que:

> O medo do "governos dos juízes" era latente no mundo da *civil law*, enquanto na *common law* a atuação judicial na defesa das liberdades individuais era bastante aceita e desejada, o Poder Judiciário invocava a *common law* contra as arbitrariedades do rei. John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo lembram e ressaltam, por exemplo, que um dos reflexos dessa diferença é que enquanto na *civil law* os grandes juristas confundem-se com os grandes legisladores (Justiniano, Napoleão etc) e doutrinadores (Domat, Pothier, Savigny, Kelsen), no mundo da *common law* os juízes são os grandes nomes do direito (Marshall, Story, Holmes etc) (2014, p. 162).

Sistemas de *civil law*, por sua vez, têm cada vez mais acolhido a relevância do respeito às construções jurisprudenciais, especificamente no que toca aos precedentes judiciais (o que é visível na conformação do CPC/2015, no que respeita ao escopo de idealização de um sistema com atenção aos precedentes judiciais, à coerência, integridade e estabilidade da jurisprudência).

Ao abordar as origens e características embrionárias da *common law*, Norberto Bobbio assevera que a *common law* não se relaciona ao direito comum de origem romana, mas sim de um direito consuetudinário anglo-saxônico, que emana diretamente das relações sociais e é encampado pelos magistrados indicados pelo Rei. Em um segundo momento, a

common law se torna um direito de elaboração judiciária, já que constituído tal direito por regras adotadas pelos julgadores para resolução de controvérsias individuais (regras estas que se transformam em obrigatórias para os sucessivos julgadores, segundo o sistema dos precedentes obrigatórios ou vinculantes) (2006, p. 33).

Chegava-se a afirmar que o direito baseado na *common law* era deveras assistemático, vez que se pautava pelos casos, e portanto completamente destituído de um sequenciamento seguro e de um desenvolvimento legislativo.

Por isso que se criticava a *common law*, por exemplo, pela sua incerteza (falta de segurança); pela sua retroatividade, porque a decisão judicial se aplicava a um comportamento posto em prática quando o próprio padrão decisório nem mesmo existia; e ainda outra crítica relevante se vinculava ao fato da impossibilidade de controle da produção do direito pelas pessoas comuns, do povo (o direito não era expressão da vontade do povo, em tese).

Como já assinalado, as famílias da *civil law* e da *common law* parecem cada vez mais em estado de convergência, conforme já assinalava há décadas Mauro Cappelletti em clássica obra, ao destacar que ambas têm ensejado maior criatividade jurisdicional, causada pela necessidade de implementação de direitos sociais:

> [...] para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao "terceiro poder", de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica (1993, p. 133-134).

Fato é que os ordenamentos jurídicos cada vez mais se entremeiam, se imbricam e se confundem, sendo relevante ressaltar, ainda em Michele Taruffo, quatro aspectos essenciais, resultado de um esquema cultural que pode ser identificado sobre a base das recentes transformações estruturais dos sistemas processuais:

> i) a atuação das garantias fundamentais previstas nas várias Constituições ou cartas de direitos e inclusive reconhecidas em nível nacional e internacional (como no art. 6º da Declaração Europeia dos Direitos do Homem ou no art. 47 da Carte Europeia dos Direitos Fundamentais), com especial referência à regra *audie et alteram partem* e à independência e imparcialidade do juiz; ii) a deformalização e a simplificação da disciplina do processo; iii) a atribuição ao juiz de funções e responsabilidades gerenciais (*manageriali*) na direção do procedimento; iv) a adoção de um esquema

> procedimental de duas fases, uma destinada à preparação (e eventual resolução antecipada) da causa e outra destinada à produção das provas e à decisão. Cada um dos ordenamentos pode evidentemente apresentar esses aspectos com intensidades diferentes e com várias modalidades: esses constituem, entretanto, pontos de partida para imaginar uma estrutura ideal do processo civil. Um modelo articulado sobre esses quatro aspectos pode também ser útil seja como esquema heurístico, seja como *standard* de referência para determinar e valorar o grau de evolução de qualquer ordenamento processual (2013, p. 32).

As formas de elaboração e emanação do direito, por conseguinte, variam em sintonia com as conformações sociais e históricas de cada Estado. De se lembrar que a tradição continental do sistema da *civil law* tem seu embrião no Direito Romano, mas se acentuou e ganhou força no período pós-Revolução Francesa, em que a lei passou a ser considerada e aplaudida como a manifestação mais autêntica do direito, mesmo se sabendo que o escopo de completude dos textos positivados (lei em sentido estrito) constitui fantasia, utopia, objetivo inatingível.

Nessa toada de tradições inspiradoras de ordenamentos jurídicos, a sobrelevar a lei como fonte e fenômeno jurídico, não obstante caracterizada pela incompletude, Morton Luiz Faria de Medeiros pontua que:

> A cultura romano-cristã, que inspirou a criação de nosso ordenamento jurídico, elegeu a *lei* como veículo mais importante para enunciar as regras sociais, ou seja, é ela a mais comumente utilizada difusora de símbolos. Nela, contudo, não se esgota o Direito, por ser este muito mais dinâmico, fluente, vivo, enquanto aquela parece "engessar", em seu corpo, as normas de conduta convenientes à vontade da classe dominante em determinado momento histórico.
> [...] como pode a lei, sendo imutável, ser aplicada em diferentes momentos históricos e manter seu compromisso com a justiça? Apesar da insolubilidade desse mistério, cumpre-nos reiterar a advertência de que o *Direito* não cabe na estreiteza da lei. Diga-se mais: o Direito é conteúdo, enquanto é a lei apenas uma de suas formas. Assim, se o regime jurídico começa a extravasar as tessituras da lei, é mister que se valha o Direito de outras formas, aptas a mantê-lo sempre ombreado à evolução social, em que sempre buscará seu fim mais lídimo – a justiça (2000, p. 187).

Nos sistemas da *common law*, de sua parte, o trabalho dos parlamentos perde essencialidade, e tem proeminência a fidelidade aos usos e costumes e às construções jurisprudenciais, que para muitos melhor corresponde a uma maior e mais real conformação e adaptabilidade sociais, o que por vezes é mais dificultado, formalizado e demorado no que respeita às construções legislativas.

Nesse ponto, releva anotar que a questão do respeito às decisões judiciais anteriores, diferentemente do que muitos propugnam, é muito mais uma consequência da tradição da

common law, do que exatamente uma causa ou característica marcante do surgimento de referida tradição.

A calhar os delineamentos fixados por William Pugliese sobre a tradição em testilha:

> A característica mais marcante da *common law*, em sua forma pura, é a ausência de uma compilação básica de leis: a *common law* não possui um código. Os países que seguem a tradição jurídica inglesa herdaram um sistema em que as regras escritas não são tão importantes quanto a imagem e a aparência do direito [...].
> Para Frederick Shauer, a maior diferença entre as tradições é a preocupação dos juízes anglo-saxônicos com o caso e não, com o código. Na *civil law*, os juízes dão maior importância à lei e buscam aplicá-la a um caso concreto. Os magistrados da *common law*, ao inverso, examinam o caso e aplicam uma regra para solucioná-lo da melhor forma possível. A principal disparidade, portanto, é o método utilizado para a solução de uma determinada questão. Nesse sentido, a premissa maior para um magistrado inglês é o fato (2016, p. 36-37).

Interessante e pertinente a observação do indigitado autor de que uma distinção de relevo entre as tradições em destaque (*civil law* e *common law*) envolve o fato de que na primeira há maior destaque ao texto positivado (lei em sentido estrito) e sua incidência ou aplicabilidade ao caso concreto, enquanto que na *common law* há um exame, uma interpretação e aplicação de viés mais tópico-problemático, com exame do caso e projeção da melhor solução possível, e usualmente com característica prospectiva, isto é, com respeito ao fato de que tal decisão poderá ter futura incidência, o que inclusive possibilita que as pessoas físicas e jurídicas regulem e pautem sua vida e seus projetos futuros com espeque no entendimento objeto da decisão, mas em ambos os projetos as decisões judiciais devem ser fundamentadas e dotadas de juridicidade.

2.3. O positivismo jurídico e sua incompletude

As bases primordiais acerca do positivismo jurídico, para os fins do presente trabalho, tomam em consideração e como parâmetro as lições de Norberto Bobbio, para quem a expressão positivismo jurídico é derivada da locução *direito positivo,* e contraposta à ideia de direito natural, destacando-se o confronto entre os termos positivo e natural, sendo o primeiro aquilo que é determinado por convenção ou posto pelos homens (*thésis*), e o segundo aquilo que é por natureza (*physis*) (2006, p. 15).

Daí emana a distinção entre direito natural, a pregar que para uma norma ser válida deve ser justa, um direito válido para todas as pessoas, por se tratar de postulados universais, imanentes ao ser humano e que permanecem sempre firmes e imutáveis, e os direitos postos por cada nação, que podem se modificar pelo consenso dos povos ou por determinação de

outra lei, explicação também dada por Norberto Bobbio, conforme adiante, em comparação entre os *jus gentium* e o *jus civile*:

> O *jus gentium* e o *jus civile* correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (*naturalis ratio*) e o segundo às estatuições do *populus*. Das distinções ora apresentadas temos que são dois os critérios para distinguir o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*): a) o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites; b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalis ratio* (2006, p. 18)

Classicamente, por conseguinte, e com espeque em Norberto Bobbio, havia duas categorizações distintas de definições do direito, a primeira científica, factual, avalorativa ou ontológica, a tratar do direito tal como ele é, e a segunda filosófica, ideológica, valorativa ou deontológica, a buscar o direito tal como ele deve ser e se realizar para a satisfação de um determinado valor (2006, p. 138)

As origens do positivismo jurídico perpassam pelo Código de Napoleão e seu significado histórico, a influenciar de modo decisivo todo o pensamento jurídico e a sistemática de codificação desde o Século XIX. As lições de Norberto Bobbio retratam tal significação e mostram as conformações iniciais das ideias de codificação:

> Em 1804, entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Hoje estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a idéia da codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou codificado. Por outro lado, não se trata de uma condição comum a todo o mundo e a todos os países civilizados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental (2006, p. 63).

Os iluministas, grandes influenciadores do positivismo jurídico, pensavam que um direito histórico, com lastro em aspectos fenomênicos, circunstanciais e aleatórios, apenas encaminhava a complicações e arbitrariedades, devendo preponderar a razão humana para a construção e consolidação do verdadeiro direito, simples e unitário. A codificação apresentava a vantagem de estabelecer alguma concisão, o agrupamento dos textos normativos, a compactação que minimizava a dispersão e facilitava a acessibilidade.

O positivismo jurídico por certo tem seu embrião no impulso histórico para a legislação, realizando-se quando a lei se transforma na fonte exclusiva ou prevalecente do direito, e o resultado último é representado pela codificação (BOBBIO, 2006, p. 119).

As concepções positivistas apresentam um extrato comum, baseado na ideia de que o passado jurídico é formado exclusivamente por aquilo que o legislador realiza, ou ainda por aquilo que os doutrinadores jurídicos pensaram e escreveram, sendo que os demais aspectos da vida social são de modo solene ignorados, remanescendo o direito como uma instância independente das instâncias do devir (FONSECA, 2009, p. 162-163).

Como caracterizar o positivismo jurídico? Para tanto, imprescindível que algumas premissas sejam estabelecidas. A primeira delas, inclusive mal compreendida por muitos operadores do direito e cientistas do direito, envolve o fato de que o direito deve se apresentar em sua neutralidade axiológica, com uma clara compartimentação entre elementos morais e jurídicos.

As referências no tema são Hans Kelsen e Norberto Bobbio, e naquilo que diz respeito ao primeiro, Fausto Santos de Morais ensina:

> O que se pretende por em evidência com a apresentação do pensamento de Kelsen é a tentativa de delimitação científica do Direito como Ciência. Isso não quer dizer que o Direito possa ser considerado imune à Política ou à Moral, mas que o conhecimento científico do Direito, empírico, parte da norma como seu objeto. E, assim, não centraliza como seu objeto de conhecimento os elementos pressupostos pela autoridade à imputação jurídica. Esses elementos, não poderiam ser objeto de conhecimento científico, pois envolveriam o exercício de um ato de vontade. Seja no exercício da competência legislativa ou judiciária.
> A separação do Direito da Moral ou da Política pode ser considerada o grande marco que qualifica Kelsen como positivista científico ou normativista. O problema é que, ao concentrar-se exclusivamente num conhecimento científico – ou na construção de uma *Teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico,* Kelsen abdica da discussão do conteúdo do Direito, fazendo com que o seu conceito científico de norma jurídica vaze por todo o conteúdo Moral (Político), atribuível a um ato de vontade (2016, p. 23).

Uma outra premissa ou característica do positivismo jurídico engloba a atuação particular e exclusiva do Estado na produção normativa, sendo o legislador a figura referencial, sendo que do seu trabalho resultaria uma atuação jurisdicional subsuntiva (*vox legis*). Estado de Direito, por esse viés, tem a ver com a noção de legalidade estrita.

Também merece consideração a clássica ideia ou pretensão do positivismo jurídico de completitude e certeza do direito, por isso também que a atividade jurisdicional deve servir à reprodução e à explicitação de tal conteúdo jurídico lógico e racional, utilizando o positivismo jurídico de quatro expedientes denominados hermenêuticos para interpretações

dos textos jurídicos: o meio léxico (a envolver os contextos linguísticos), o meio teleológico (a se basear na *ratio legis*), o meio sistemático (a propugnar que a vontade do legislador seja unitária e coerente), e por fim o meio histórico (a se sustentar nos trabalhos preparatórios e intenções relacionadas à aprovação de uma lei) (BOBBIO, 2006, p. 214-215).

Ainda das características gerais que se pode imputar ao positivismo jurídico, prepondera a ideia de que o sistema jurídico deve respeitar uma lógica fechada, com lastro em regras jurídicas dotadas de objetividade, bem assim o fato de que não existe necessária correspondência entre o fenômeno jurídico e a moralidade.

O positivismo jurídico considera o direito como um fato, e não como um valor. O direito, por conseguinte, emana de um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do ambiente natural, por isso o cientista jurídico deve estudar o direito abstendo-se da formulação de juízos de valor, sempre presente a coatividade do direito, assim também a prevalência do elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (BOBBIO, 2006, p. 131-133, *passim*).

Mas parece equívoco reduzir o positivismo jurídico à lei, pregando a sua superação. Inescapável um grau (maior ou menor) de positivismo jurídico, como explica Elival da Silva Ramos:

> Quanto ao, por assim dizer, "legalismo positivista", já restou esclarecido que não é característica elementar do positivismo jurídico a afirmação da primazia da lei, em sentido formal, sobre as demais fontes do direito. Antes, se deve apontar como um postulado positivista o predomínio das fontes estatais do direito, com o que se deveria aludir a um "estatismo positivista", ainda assim com a nota de que certos autores, como Kelsen, subordinam o ordenamento interno ao direito internacional público, parte dele oriundo da prática dos Estados e organizações internacionais e não da vontade dos Estados propriamente dita. Incidem, pois, em rematado equívoco os autores nacionais, usualmente adeptos do "neoconstitucionalismo", que afirmam estar superada a concepção positiva de fontes do direito por situar a lei (formal) no ápice da hierarquia sistêmica. A suplantação da lei pela Constituição, no plano das fontes do direito (interno), dando ensejo ao chamado Estado Constitucional de Direito, em nada afetou a Dogmática positivista, por não dizer respeito a um elemento essencial e sim meramente acidental ou conjuntural dessa vertente teorética [...] (2010, p. 57-58).

O positivismo jurídico convive (e deve mesmo fazê-lo) em absoluta harmonia com um ordenamento jurídico que prestigia os elementos de matriz constitucional, e não olvida de outras fontes jurídicas e da complexidade do fenômeno jurídico, mas apenas prestigia as fontes estatais do direito.

Também não é possível concluir com cientificidade social e jurídica que o positivismo necessariamente se afasta das exigências, efervescências e necessidades sociais,

mas sim as encampa e norteia caminhos resolutivos, até porque desde Miguel Reale, sabido que inviável a eliminação ou abstração completa dos aspectos valorativos e fáticos que integram o fenômeno do direito.

Quando se trata do positivismo exegético ou legalista, a ideia geral é bem estruturada e caracterizada por Raphael de Souza Almeida Santos:

> Com efeito, para os simpatizantes dessa escola, a lei era contemplada como um tipo de obra perfeita, isto é, um produto jurídico de caráter absoluto, insculpido pela vontade do legislador a partir da cisão entre o Direito e a moral e emanado de uma lógica formal rígida.
> Em termos práticos, pode-se dizer que a proposta metodológica em questão deu uma guinada quanto ao modo de se exercer a jurisdição, isto porque a atividade judiciária desenvolvida pelos magistrados foi reduzida a uma operação totalmente burocrática, ou seja, coube aos juízes, apenas, aplicar as leis, cuidando de observar se os casos conduzidos ao Judiciário estariam regulamentados pelos dispositivos legais em vigor, devendo, ao final, resolvê-los, mediante uma regra de subsunção (2016, p. 118).

Hodiernamente é incontroverso que tal pretensão de onipotência e onipresença dos textos legislativos é não somente inviável praticamente como indesejável, mas que tal momento histórico teve sua importância, inclusive a coibir (?) um Judiciário autoritário e de conveniências àqueles que se estruturavam no poder absoluto, e em fuga de subjetividades e moralismos desmesurados e escusos.

Segundo Lenio Luiz Streck, sempre sobrarão realidades e vivências fáticas, e o calcanhar de Aquiles das posturas positivistas envolve o fato de que, não havendo espaço aos princípios, as regras podem e devem resolver todas as hipóteses de modo subsuntivo-dedutivo, mesmo nos casos difíceis (*hard cases*), a permitir o positivismo que o juiz faça a melhor escolha, criando-se a situação em que o direito constitui apenas a moldura na qual serão subsumidos os fatos, como se houvesse possibilidade de separar fato e direito (2017, p. 78).

O direito não contém o mundo, nem o positivismo jurídico foi capaz de dar conta de todas as incompletudes e indeterminações do direito, e decisões judiciais não devem consubstanciar escolhas ou vontades, até porque não se pode afirmar qualquer coisa ou dar qualquer sentido normativo aos textos e fontes jurídicas. Portanto, de longe superado o tempo em que se almejava ou se imaginava completude do texto positivado, especificamente da lei, mesmo nos sistemas de tradição da *civil law*.

É que as fontes jurídicas são as mais diversas, e os textos normativos jamais terão o condão de estabelecer máxima previsibilidade de soluções às mais diversas contingências, e aos mais variados conflitos que apresentam relevância jurídica na coexistência em sociedade.

Acerca do tema, William Pugliese destaca que a lei pode inclusive servir à insegurança jurídica, com enfoque naquilo que o Poder Judiciário pode (ou não deve) fazer da lei:

> Curiosamente, a lei, por si só, é incapaz de garantir a tão desejada previsibilidade. Ou melhor, a lei como é entendida hoje na *civil law*, sujeita a controle de constitucionalidade e a interpretação, tornou-se um obstáculo para a segurança jurídica. Vale dizer que o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito [...]
> Se o magistrado não deve respeito à lei, pois pode declará-la inconstitucional, nem às decisões de seus superiores hierárquicos, o que se tem não é um Estado de Direito. Esse Estado também não é democrático, uma vez que a legitimidade e a eficácia da lei pode ser afastada em todos os casos.
> O que se tem, com o perdão da metáfora, não é um Leviatã, mas sim uma Hidra, com o número de cabeças igual ao número de juízes empossados. Se o problema é a liberdade do juiz, deve-se constatar que a independência e o livre convencimento têm limites estabelecidos pela própria Constituição e não podem prevalecer diante de direitos como a igualdade e a segurança (2016, p. 18-19-58).

É possível assinalar que toda a segurança jurídica, racionalidade, certeza e completude pretendidas pelos cultores da lei em sentido estrito jamais foi atingida, em nenhum sistema jurídico, nem mesmo na França do início do Século XIX. O mesmo William Pugliese sustenta tais proposições com lastro nas seguintes informações:

> [...] a realidade é muito mais rica do que a mente de um grupo de pessoas pode imaginar. Por essa razão, uma série de problemas não previstos especificamente pela legislação é levada à apreciação do Judiciário com frequência [...].
> Um segundo fator que demonstra a falibilidade das codificações é a edição posterior de reformas ou de leis especiais que gravitam em torno dos códigos. Muitas delas visam complementar o sistema, de modo que os juízes não precisem buscar a resposta na interpretação. No entanto, muitas dessas leis estabelecem regimes legais inteiramente novos e que podem decorrer de ideologias diferentes das que convergiram na aprovação dos códigos. Afinal, o Poder Legislativo é marcado por uma maior alternância de poder do que o Judiciário (2016, p. 28-29).

O dinamismo, a efervescência, a riqueza (e a pobreza) da vida em sociedade apresentam por vezes o imponderável, o imprevisível, o não previsto, o consequencialismo de mutações sociais, econômicas, políticas e culturais, e muito dificilmente o legislador consegue se antecipar, a tempo e modo devidos, a todas essas contingências. Até mesmo as próprias adaptações ou reformas legais são geradoras de tensões, distúrbios, atritos e conflitos os mais diversificados.

E não será pelo processo que se resolverão todas as contingências sociais, revelando-se uma tendência de apreço e impulso às convenções privatísticas, bem assim ao convencionalismo contratual como caminhos de libertação do jugo do viés publicista

exclusivo do mundo jurídico e processual, a se evitar, tanto quanto possível, uma desmesurada judicialização, que sob certo aspecto tende mais a prejudicar do que a celebrar a cidadania, porque pode servir a uma litigiosidade excessiva e impossibilitadora de uma positiva gestão e resolução dos processos, em afronta às mais diversas premissas constitucionais e legais.

2.4. O formalismo e o antiformalismo interpretativo

O direito é fenômeno linguístico e exige comunicação, muito embora não se resuma a uma mera formulação linguística. Mas não se pode olvidar que a compreensão linguística constitui ponto de partida para a interpretação jurídica, o que se extrai das assertivas de Isabel Lifante Vidal, consoante segue:

> O ponto de partida comum para a maioria das teorias de interpretação jurídica, na consideração do Direito como um fenômeno linguístico (o Direito –diz-se–opera necessariamente a partir da comunicação de uma série de pautas de comportamento), o qual não tem porquê implicar que todo o Direito possa ser reduzido à linguagem, nem tampouco que as normas possam ser identificadas com sua mera formulação linguística; mas sim que o fato de atender ao aspecto linguístico do fenômeno jurídico é de grande importância para uma adequada compreensão do mesmo (2018, p. 28, tradução nossa).[9]

Como ponto inicial, Mª Isabel Garrido Gomes destaca se tratar a interpretação de ato de vontade, mas certamente não absoluto, conferindo ao intérprete um poder específico, vinculado ao sentido que se atribui ao texto. Em suas palavras:

> A ideia que aqui vamos defender é que se trata de um ato de vontade, mas não absoluto, senão limitado pelo contexto em que opera o próprio juiz, segundo os casos que tenha que resolver e, sobretudo, pela necessidade prática de justificar coerentemente as interpretações que oferece. Diante deste ponto de vista, a interpretação é uma função de vontade e não do conhecimento, do modo em que o apresenta Troper; ela tem como objetos enunciados ou feitos e confere ao intérprete um poder específico, porque antes da ação interpretativa o texto não tem realmente nenhum sentido (2014, p. 86, tradução nossa).[10]

---

[9] "El punto de partida común para la mayoría de las teorías de la interpretación jurídica em la consideración del Derecho como un fenómeno linguístico (el Derecho – se dice – opera necesariamente a partir de la comunicación de una serie de pautas de comportamiento), lo cual no tiene por qué implicar que todo el Derecho pueda ser reducido a linguaje, ni siquiera el que las normas puedan ser identificadas con su mera formulación linguística; pero sí que el atender al aspecto linguístico del fenómeno jurídico es de gran importancia para una adecuada compreensión del mismo."

[10] "La idea que aquí vamos a defender es que se trata de un acto de voluntad pero no absoluto, sino limitado por el contexto en el que opera el próprio juez según los supuestos que haya que resolver y, sobre todo, por la necesidad práctica de justificar coerentemente las inerpretaciones que ofrece. Desde este punto de vista, la interpretación es una función de voluntad y no del conocimiento al modo en el que lo presenta Troper; ella

Para bem aplicar o direito, exige-se interpretação e fundamentação dotada de juridicidade. Não há dúvidas de que a interpretação mais adequada envolve uma pretensão que se resolve discursivamente (JORGE NETO, 2017, p. 201). As regras processuais, apesar de limitarem a decisão judicial e a argumentação jurídica que ocorre no bojo do processo, favorecem, de modo geral, a comunicação entre uma teoria da argumentação jurídica e uma teoria do agir comunicativo, isto porque as regras processuais são estabelecidas e incorporadas em um contexto mais amplo de legitimidade do próprio direito (JORGE NETO, 2017, p. 243). Não há caminho interpretativo correto ou único.

Nos EUA, a questão suscitada é dividida entre interpretativistas, para os quais os órgãos jurisdicionais devem se vincular e respeitar o texto constitucional e legal, fugindo de imposições criativas, e os não-interpretativistas, que apregoam o poder dos juízes e tribunais (mais especialmente a Suprema Corte) de se pautar pelo espírito da lei, com a adoção de valores éticos ou parâmetros principiológicos, esculpidos no texto, na própria história e contingências constitucionais, sendo fato que por conta de movimentos pendulares, em determinados períodos prepondera uma determinada feição, em outras épocas prevalece a outra configuração, e por vezes se constata disputas entre interpretativistas e não-interpretativistas.

Nagibe de Melo Jorge Neto adverte que:

> De fato, os métodos e princípios hermenêuticos não têm caráter normativo. A rigor, nem os juízes nem os advogados estão obrigados a utilizá-los, considerá-los ou segui-los na resolução dos casos concretos. Não quero com isso negar a importância do estudo de tais métodos ou a importância de sua utilização. O ponto que gostaria de destacar é o de que a utilização desse ou daquele método hermenêutico não é capaz de legitimar, por si só, a interpretação do Direito, a criação do Direito pelos juízes e, portanto, o ativismo judicial (2017, p. 131).

Antes de se adentrar especificamente nas peculiaridades e especificidades do formalismo e do antiformalismo interpretativo, vale a menção de que a interpretação sempre envolverá certa margem de discricionariedade, de criatividade, pois raramente existirá uma fidelidade objetiva e completa ao texto interpretado. O intérprete é mesmo forçado a ser livre, consoante lição e exemplificação de Mauro Cappelletti:

> [...] com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização

---

tiene como objeto enunciados o hechos, y confiere al intérprete un poder específico porque antes de la acción interpretativa el texto no tiene realmente ningún sentido.”

> humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreende-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, "aplicá-los" e "realizá-los" em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso vizinho ruidoso? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas bem diversas, de Cortot, Gieseking ou de Horowtiz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu "texto", ele será sempre, por assim dizer, *forçado* a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas (1993, p. 21-22).

Inviável e utópica a busca de um único ou melhor caminho interpretativo, mas essencial que a interpretação e a aplicação do direito sejam reguladas e operacionalizadas com espeque em determinadas pautas, em instrumentos que imprimam condições de efetivação de comandos judiciais e de controlabilidade.

Que os juízes e tribunais praticam uma dose de atividade criativa do direito parece certo, inclusive estéril e ultrapassada tal discussão. O que efetivamente interessa é a existência de limites, de regras, de metodologia e condições de possibilidade para a consecução da norma, de caminhos obstaculizadores de uma criatividade exacerbada e ilimitada.

Consoante as observações de Isabel Lifante Vidal:

> A configuração da atividade interpretativa aqui defendida nos leva a sustentar que os juristas em muitas ocasiões, na hora de determinar o conteúdo do Direito, devem tomar decisões sobre questões filosóficas, tais como o que é e no que implica a dignidade, responsabilidade ou liberdade e, para isto, devem inevitavelmente escolher entre concepções rivais destes conceitos. Essas escolhas têm que ser apresentadas (não ocultadas) e defendidas através de argumentações racionais, que implicam em uma tendência em direção à integração entre as diversas esferas da razão prática: o Direito, a moral e a política. Isto não eliminará as controvérsias (seria ingênuo pensá-lo), mas as fará mais respeitáveis ou, ao menos, mais abertas à crítica racional (2018, p. 228, tradução nossa).[11]

Para o formalismo interpretativo clássico, ou teoria formalista, a interpretação judicial se relaciona a uma busca do sentido posto pelos textos normativos, com a significação

[11] "La configuración de la actividad interpretativa aquí defendida nos lleva a sostener que los juristas en muchas ocasiones a la hora de determinar el contenido del Derecho han de tomar decisiones sobre cuestiones filosóficas tales como qué es y qué implica la dignidad, la responsabilidad, o la libertad y para ello tienen inevitablemente que elegir entre concepciones rivales de estos conceptos. Esas elecciones deben ser presentadas (no ocultadas) y defendidas a través de argumentaciones racionales que implican una tendencia hacia la integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. Ello no eliminará las controvérsias (sería ingenuo pensarlo), pero las hará más respetables o al menos más abiertas a la crítica racional."

de apurar, declarar ou reconhecer uma proposição previamente constituída, anteriormente existente, a se permitir pouca margem de manobra, de delimitação ou de opção ao intérprete.

Para indigitada teoria formalista, a equivocidade do direito deve ser a todo custo evitada, buscando-se sempre a resposta ideal, correta, pronta, quase em uma situação de sintonia, coerência, harmonia e mesmo significação entre texto e norma. A norma guarda(ria) correlação com o texto posto, por conseguinte.

Ilustra tal concepção Otávio Verdi Motta, nos termos seguintes:

> A atividade desenvolvida pelo intérprete no processo de interpretação e aplicação do direito é guiada basicamente pelas regras da lógica formal, considerando-se a sentença judicial como a conclusão de um silogismo, que tem como premissa maior a disposição normativa (cujo significado é conhecido ou descoberto pelo intérprete), como premissa menor o fato e como conclusão a aplicação da premissa maior à menor, extraindo-se daí a respectiva consequência jurídica (2015, p. 31).

O formalismo interpretativo tem sua clássica exposição pela *École de l´Exégèse*, corrente jurídica francesa que tomou como referência o Código de Napoleão em sua suposta (almejada) completude de textos e significações, pela qual exsurgiriam as soluções aos casos concretos como resultado de um silogismo objetivo, de uma aplicação mecanicista, e por uma dedução a partir das premissas (texto e situação apresentada) que geraria conclusão inarredável.

A esse respeito, as clássicas palavras alçadas a Bugnet, no sentido de que importava mesmo o Código de Napoleão, porque não se conhecia o direito civil, mas sim o Código Napoleônico, transcritas por François Geny: "*Je ne connais pas le droit civil, je n´enseige que le code Napoléon"* (1919, p. 30), a respaldar inclusive a assertiva acerca dos juízes como meras extensões, braços ou bocas da lei, até porque *in claris non fit interpretativo*, isto é, nas coisas claras não se faz interpretação.

Releva anotar que perante o Código de Napoleão não era encaminhado a único viés o sentido que se emprestava ao artigo 4º do Código, a estabelecer que o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada. Isto significa que, por mais que se pregasse o dogma da onipotência do legislador, bem assim que as respostas estariam na própria lei, mesmo naquela época já se podia inferir que há um inevitável grau de criatividade aos julgadores, o que também se extrai das proposições de Norberto Bobbio:

> As posições diversas de redatores e intérpretes do Código de Napoleão, quanto ao dogma ora lembrado, se deduzem do significado diverso que uns e outros atribuíam

> ao art. 4º do próprio Código (o único dos vários artigos de caráter geral contidos no projeto que foi mantido no texto legislativo) [...].
> Este artigo estabelece portanto que o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir (o assim chamado juízo de *non liquet*), argumentando com o fato de que a lei não oferece nenhuma *regula decidendi*. Em particular, tal artigo explica com três conceitos os casos que poderiam colocar o juiz em dificuldade:
> a) *obscuridade* da lei: neste caso o juiz deve tornar clara, através da interpretação, a disposição legislativa que parece obscura;
> b) *insuficiência* da lei, no momento em que esta não resolve completamente um caso, descurando a consideração de qualquer elemento: em tal caso o juiz deve completar o disposto legislativo (*integração* da lei);
> c) *silêncio* da lei, quando esta se cala sobre uma determinada questão (é o caso típico das "lacunas", as quais, por outro lado, se verificam também no caso de insuficiência da lei): neste caso o juiz deve suprir a lei, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver a controvérsia em exame (2006, p. 73-74).

Embora não se quisesse dar espaço ao juiz, nem emprestar validade às construções jurisprudenciais, com o escopo de evitar que um julgador pudesse ter qualquer autoridade que se aproximasse à da lei, mesmo em tal ambiente exegético parecia impossível se vislumbrar a completitude do ordenamento jurídico legal, em sentido estrito (*dura lex, sed lex* ou a lei é dura, mas é a lei). Argumentava-se à época que um bom julgador humilhava a sua razão diante da razão da lei.

Nagibe de Melo Jorge Neto resume a relevância da Escola da Exegese e sintetiza as outras Escolas que apregoavam a sua insuficiência, isto porque a Escola da Exegese realmente dominou todo o Século XIX, mas fora assaltada por movimentos relevantes, como a Livre Pesquisa Científica de François Gény; a Escola Histórica do Direito, de Savigny; a Jurisprudência dos Interesses, de Philip Heck; o Movimento para o Direito Livre, de Eugen Ehrlich, todas estas Escolas apontando para a insuficiência da lei e dos códigos, com toda a sua pretensão lógica e ordenada, para abarcar todo o fenômeno jurídico (2017, p. 56).

Embora em outro sentido, mas com a mesma pretensão de textos preexistentes e aptos a fornecerem os caminhos às soluções dos problemas jurídicos, a Escola Histórica do Direito e a *Begriffsjurisprudenz*, pela visão de Otávio Verdi Motta cultuava o seguinte:

> Tinha esse movimento filosófico-cultural por essência a oposição ao racionalismo iluminista, sua abstrata autonomia construtiva, e pregava a afirmação de uma natureza histórica constitutiva da realidade humana e de suas manifestações culturais [...].
> A fonte originária do direito não era a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o espírito do povo, na concepção de seu maior expoente, Savigny. Não significa que a Escola Histórica do Direito negasse a existência de um legislador ou da lei, mas certamente rejeitava o papel que lhe era dado pelo legalismo iluminista [...].
> Se o direito positivo é sempre *Volksrecht*, sendo a lei expressão do *direito do povo já existente*, e o direito, para ser ciência, deveria ser formalmente sistematizado, a consequência do ponto de vista da teoria jurídica é que o direito é um dado pronto, preexistente, que deve ser *descoberto* em determinado contexto cultural. O direito

> poderia ser encontrado olhando-se para a história e para a tradição do povo, nessa história constitutivamente fundado, mas, definitivamente, *objeto de conhecimento*. Aí está a raiz da origem positivista do direito na Alemanha, pois a Escola Histórica do Direito compreendia que o direito era objeto suscetível de conhecimento (2015, p. 38-39-40).

Para o formalismo interpretativo do sistema jurídico de *common law* (*analytical jurisprudence*), a atividade dos órgãos jurisdicionais apenas reconhece um direito posto, lastreado no próprio conhecimento das atividades humanas, e naquilo que consubstancia evidências ditas por decisões judiciais consolidadas no tempo e no espaço, com a finalidade de ser criar um sistema coerente e seguro, a rejeitar o direito natural, pela falta de clareza.

Seja qual for o viés interpretativo, sempre houve a busca por segurança jurídica, mas relevante assinalar que tal objetivo, somente nos textos positivados, jamais será completo, por mais exata e bem estruturada que seja a legislação, sendo necessário lembrar que um objeto somente passa a ter importância e concretude a partir de sua conversão através da linguagem. Acerca de tal abordagem, Newton Pereira e Ramos Neto merece menção:

> Subjacente a esse discurso estava a ideia de segurança jurídica que o positivismo jurídico poderia pretensamente garantir. Haveria segurança apenas quando o direito oferecesse certeza, o que seria possível através da positividade, consubstanciada em uma possível previsibilidade de resultados baseada na expectativa de comportamentos já definidos no ordenamento formal. O Direito deveria ser previamente fixado. As leis deveriam ser determinadas no modo mais exato possível.
>
> Mas a busca por essa segurança no processo interpretativo irá sucumbir historicamente diante do reconhecimento, no campo das ciências sociais e jurídicas, da impossibilidade de completa apreensão científica dos fatos. É que o "mundo da vida" não é, em si, acessível. Ao conhecer algo, o ser humano automaticamente transforma a coisa. O conhecimento é uma espécie de transformação do real. Para conhecer algo, eu devo iluminá-lo, mas a luz transforma o objeto de conhecimento, como diria Kant. Assim é que o objeto não existe como evento naturalístico, na medida em que só adquire relevância a partir de sua conversão através da linguagem, no âmbito da qual, obviamente, inclui-se a percepção, os valores daquele que observa. Em sentido epistêmico, objeto equivale ao conteúdo de uma forma de consciência (2016, p. 455).

A influenciar de modo importante as construções constantes no CPC/1973 (Código Buzaid), Chiovenda nutria concepção formalista e técnica acerca da legislação processual civil e suas teorias, e assinalava que a adaptabilidade histórica configurava um risco, além de destacar o inconveniente de se encorajar uma maior liberdade do julgador, pela nocividade de interpretações cerebrinas, contrárias a um necessário rigor e adequação do juiz à lei. Para Otávio Verdi Motta, em tal sentido:

> Chiovenda inclusive critica a concepção antiformalista de seu tempo, qual seja, a escola do movimento do direito livre. Ao analisar a possibilidade de adaptação da lei em face do decurso do tempo, Chiovenda qualifica essa adaptação histórica como envolvendo "quiçá um perigoso equívoco" e arremata, com o peso da caneta formalista: "Uma coisa é dizer-se que renovadas condições econômicas, sociais, políticas e culturais determinam correntes e tendências novas que lentamente dispõem a doutrina a novas interpretações da lei velha, e que o juiz, como jurisperito, participa incidentalmente dessa renovação. Outra coisa é considerar isso como mister do juiz, perigosa máxima que pode encorajar as interpretações individuais e cerebrinas. Com dobrada razão podemos dizê-lo das doutrinas inspiradas pelo princípio da maior liberdade ao julgador (a chamada escola do direito livre) e que a exageraram a ponto de admitir um poder de correção da lei. Os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias". Verifica-se, com isso, a influência formalista no pensamento de Chiovenda (2015, p. 106).

Vale dizer que a proibição às decisões arbitrárias não se limita à busca de vinculação da atividade jurisdicional aos imperativos de feição lógica e silogística sobre interpretação e aplicação do direito, tendo o direito como um mero objeto. Reconhecida a inescapável abertura do processo interpretativo e aplicativo do direito, com a fuga do simples objeto para uma prática argumentativa, resta evidenciado que a racionalidade das decisões judiciais passa a depender da racionalidade dos procedimentos de interpretação, do que resulta a relevância ou essencialidade da fundamentação das decisões judiciais (KOCHEM, 2016, p. 483).

O antiformalismo interpretativo, de sua vez, entende em primeiro momento que a norma é o resultado da interpretação do texto, dando conta de que há opções inevitáveis diante do intérprete e aplicador do direito, até porque os textos frios da lei não conseguem acompanhar as vicissitudes, mudanças e recomposições da vida em sociedade. Em segundo momento evolutivo há menos radicalismo, admitindo-se uma parcela criativa, proativa e além do mero texto frio da lei, sem descurar de alguma racionalidade e lógica do sistema.

Como marco de referência do movimento antiformalista, impende pontuar a existência inicial do direito livre (*Libre Reserche*), a pregar que o texto normativo é apenas uma referência, e o direito vai muito além daquilo que positivado, devendo ser considerada inclusive a ideia do justo. Para a *Interessenjurisprudenz*, interessava uma prática valorativa, mas não deixando de lado a obediência aos textos normativos.

Da tradição de *common law*, cabe menção ao realismo jurídico americano, pelo qual, na perspectiva de Otávio Verdi Motta:

> [...] compreende-se a perspectiva que desafia a concepção tradicional da aplicação, especialmente judicial, do direito, caracterizando como tradicional aquela vertente de pensadores que compreende que as leis e casos julgados por tribunais poderiam ser aplicados de modo direto, mecânico e lógico.
> [...] os realistas reagiram contra a aplicação mecanicista do direito, ou seja, o formalismo do seu tempo, no sentido de que os juízes decidiriam casos com base em

> regras jurídicas e razões que justificariam um único resultado. Isto é: o realismo jurídico representou no *common law* uma reação à *analytical jurisprudence* (2015, p. 50).

Difícil, senão impossível, para os realistas, por mais lógica que se imprima à decisão, e mesmo havendo elementos legais e jurisprudenciais previamente construídos, fugir a um mínimo de discricionariedade, abertura e aspectos variáveis em termos de escolhas realizadas para formação de uma decisão judicial (inevitável, por conseguinte, uma indeterminação jurídica nas premissas normativas, a impedir praticamente a ocorrência ou implementação de um simples e objetivo silogismo).

No entanto, o realismo e o pragmatismo podem criar um estado de exceção hermenêutico, até mesmo a excluir a produção jurídica respeitadora de parâmetros democráticos, racionais e dialógicos, possibilitando e incentivando a atividade judicatória a se pautar por escopos finalísticos, em incentivo também ao *confirmation bias* ou viés de confirmação, transformando-se o direito naquilo que os juízes e tribunais afirmam que seja, a resultar em um positivismo fático.

Para o antiformalismo na vertente hermenêutica, e novamente tomando as palavras de Otávio Verdi Motta:

> [...] o ponto de partida do modelo hermenêutico é consubstanciado na relação entre a norma e o caso concreto, entendida na recíproca correspondência dos dois elementos fundamentais, a norma e o caso. A partir do momento em que a norma não pode ser entendida como um elemento externo à interpretação e que a avaliação do fato só tem sentido e relevância com referência ao enunciado jurídico, a concretização do juízo realiza-se somente simultaneamente ao caso concreto – estabelece-se um círculo hermenêutico entre a compreensão da norma e das circunstâncias de fato. A atividade interpretativa não é vista como um fenômeno estático e objetivo, mas como um evento que envolve o intérprete na sua subjetividade, na sua expectativa de sentido em relação à sua experiência, de modo que o discurso interpretativo se desenvolve numa relação comunicativa e relacional (2015, p. 57).

Fato é que a compreensão envolve dialética, argumentação, escolhas, deixar falar o objeto, não sendo o texto normativo estático, hermético e livre de pressuposições e mesmo preconceitos. Acerca da compreensão como processo hermenêutico, da relação entre o sujeito e o objeto e da necessária distinção entre as ciências culturais e as ciências formais e da natureza, Oswaldo Giacóia Junior delineia o seguinte:

> A compreensão é um processo hermenêutico, visando ao sentido dos eventos do mundo histórico-cultural, especificamente humano. Na interpretação do sentido, o próprio cientista (sujeito), com seu lastro subjetivo de estimativas de valor, nunca pode ser separado inteiramente do objeto a ser interpretado, de modo que um teor de subjetividade não pode ser retirado das ciências da cultura, ao contrário do que

> ocorre com as ciências formais (matemática) e as ciências da natureza, cujas explicações se pretendem fundadas apenas na objetividade dos fatos, sem interferência subjetiva (valorativa) por parte do cientista (2013, p. 31).

Para a teoria antiformalista tópica de Viehweg, impossível a mera dedução quando se está diante de um determinado problema e suas repercussões. O direito, pois, há de ser pensado topicamente, a partir do problema claramente identificado, compreendendo-se o direito a partir da questão, do problema.

Já pelo viés da *Nouvelle Rhétorique* de Chaim Perelman, a dialética se faz essencial à aplicação do direito, de modo que se possa buscar soluções reais, efetivas e consentâneas não somente à lei, ao texto positivado e aos demais parâmetros de juridicidade, mas também respeitada uma contextualização sociocultural, sendo a racionalização argumentativa inerente e imprescindível ao processo de justificação.

Importante delinear que não se pretende controlar o raciocínio decisório dos julgadores, o que seria missão impraticável, mas consoante assinala Ronaldo Kochem, estabelecer formas de controle sobre a fundamentação das decisões judiciais, tomando-se em consideração as justificações interna e externa:

> Por meio da expressão *justificação interna* refere-se à articulação do raciocínio demonstrado para justificar a conclusão da decisão. Trata-se de análise da estrutura lógica da justificação, isso é: da já conhecida *justificação lógica-dedutiva*. A expressão *justificação externa* refere-se à construção das premissas normativa e fática do raciocínio demonstrado na decisão judicial. Trata-se de análise dos argumentos textuais e meta-textuais adotados pelo intérprete do ordenamento jurídico para suportar a sua premissa normativa (*justificação externa-normativa*) e sobre as alegações de fato e as valorações de prova que suportam a premissa fática (*justificação externa-probatória*).
> A análise da justificação interna verifica se a decisão deduzida decorre das premissas fixadas. É condição de racionalidade formal, que diz respeito ao primeiro dos dois princípios associados à ideia ocidental de racionalidade: o princípio da não-contradição. Enquanto isso, o exame da justificação externa verifica se as premissas são racionalmente justificadas. É condição de racionalidade substancial, que diz respeito ao segundo dos dois princípios: o princípio da suficiência das razões (*nihil sine ratione*) (2016, p. 485).

Não parece simples distinguir no tempo e no espaço os indigitados momentos de justificação, que se entremeiam e se imbricam. A justificação interna permitirá a aferição da correlação entre as premissas estabelecidas e a conclusão adotada pelo órgão jurisdicional, com o escopo de evitar a contradição interna. A justificação externa servirá à constatação da racionalidade e justificação das premissas tomadas como parâmetro, a envolver uma racionalidade substancial, dando ao final conta da suficiência das razões.

2.5. Justificação, contextualização e racionalidade

As motivações ao proferimento de provimentos judiciais, os mais variados, são também as mais diversificadas. Há (e pode mesmo haver) no julgamento premissas (especialmente ideológicas) obscuras, não palpáveis, contingenciais e imperceptíveis, porque inescapável alguma margem de discricionariedade dos órgãos jurisdicionais.

Há quem afirme que a prática jurídica, a argumentação utilizada nas decisões judiciais e nos outros raciocínios jurídicos, é soberana relativamente às teorias, e não se curva a elas, muito embora as teorias possam ser instrumentos úteis àquelas (JORGE NETO, 2017, p. 81).

Deve ser rechaçada (ao menos minimizada, tanto quanto possível) a possibilidade dos juízes e tribunais decidirem com lastro em escolhas políticas, morais ou pessoais, controlando-se aquela discricionariedade, fruto de uma força intelectiva e do fato de que julgar não é mesmo algo mecânico, ainda mais quando o contexto posto à apreciação do Estado-Juiz não é por si só esclarecedor, pelo que se reforça a necessidade de justificação, contextualização, racionalidade e fundamentação dos atos decisórios, ainda que sem descarte da relevância da prudência.

Mas não se pode depender da prudência, por isso as pautas esculpidas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, consubstanciadoras de uma carga de argumentação, retomam e sobrelevam a sua importância. A mencionada prudência envolve uma virtude intelectual distinta da sabedoria, porque se volta para a ação, e não para a teoria ou contemplação, pois é próprio da justiça, enquanto virtude ética, dar a cada um o que é seu em termos jurídicos, e para muitos a descoberta do direito no caso concreto é função da prudência, a demandar a capacidade de uma silenciosa observação da realidade, além da memória, da sagacidade e da docilidade (OLIVEIRA, 2017, p. 181).

Rui Portanova, em obra sobre as possíveis ideologias nas motivações da sentença, apresenta o tema com a seguinte assertiva:

> A ideologia de que falamos não é má-fé, é um conjunto de representações, saberes, diretrizes ou pautas de condutas. Este complexo disperso, acumulado e pseudamente sistemático orienta, condiciona e governa atos, decisões e atividades. Não é uma realidade sensível e concreta, mas realidade imaginária e meramente possível, emanada do contexto socioeconômico. Está difundida nos preconceitos, costumes, religião, família, escola, tribunais, asilos, ciência, cultura, moral, regras sociais de conduta, filosofia, bom-senso, tradição (2003, p. 17).

É preciso metodologia e respeito aos princípios constitucionais do direito processual, a exemplo do supraprincípio do devido processo legal, assim também dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da igualdade processual, da motivação das decisões judiciais, do tempo razoável do processo, da publicidade dos atos processuais, da proibição de provas ilícitas, do juiz natural e da eficiência (à qual estão vinculadas todas as funções políticas), para a necessária construção de legitimidade da argumentação jurídica e, por consequência, da decisão judicial, por isso a abordagem daqueles vetores principiológicos no início do trabalho.

Para além disso, ressalta-se a suficiência do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, na busca de um melhor delineamento das exigências de fundamentação das decisões judiciais (e controle da motivação), e ainda da própria argumentação jurídica, de modo mais geral.

Bianor Arruda Bezerra Neto dá conta de que justificar é demonstrar a correção dos critérios utilizados na fundamentação da decisão judicial, e portanto deve-se distinguir entre as operações de fundamentação e justificação. Para referido autor, a fundamentação relaciona-se à construção que o julgador realiza, através da linguagem e a partir de determinado sistema de referência (para o que interessa, o artigo 489, § 1º, do CPC/2015), do fato jurídico em sentido estrito, com seu antecedente e consequente.

Já a justificação, para o mesmo doutrinador, envolve atividade consistente na explicação, comprovação ou demonstração dos critérios utilizados e respectivos sistemas de referência, utilizados pelo julgador no processo de valoração, que redunda na atribuição de sentido à linguagem, e na criação da realidade jurídica que é a própria decisão. Justificar, por conseguinte, significa apresentar proposições com o escopo de respaldar as teses concluídas na sentença. Fundamentação e justificação são partes do processo de construção da decisão (2018, p. 249-253, *passim*).

A justificação dos atos decisórios integra o núcleo primacial da atividade jurisdicional em um Estado de Direito, sendo inevitável a existência e a possibilidade de escolhas. A calhar os delineamentos sobre a justificação desenvolvidos por Otávio Verdi Motta:

> O traço distintivo da justificação como núcleo da atividade jurisdicional está em, ao invés de negarmos a existência de escolhas no processo de interpretação, imaginando que encontramos na lei o ideal de segurança jurídica como "uma predeterminação do normativo jurídico que possibilite seu conhecimento *certus*", como imagina o formalismo interpretativo, claramente fechando os olhos para a existência do problema, admitirmos que a interpretação envolve a tomada de um caminho decisório. Dessa forma, compreenderemos que só haverá um maior grau de segurança jurídica, de igualdade e de imparcialidade na aplicação do direito se

> percebermos que esses ideais deverão ser buscados, conforme refere Humberto Ávila, no estabelecimento de um mais elevado grau de determinação com relação às estruturas argumentativas por meio da qual o conteúdo das normas jurídicas é reconstruído. A segurança jurídica vai nesse sentido compreendida, portanto, como "controle racional de arbitrariedade argumentativa". Admitindo-se a existência de escolhas, a justificação da decisão judicial passa a ter uma função central da atividade judicativa (2015, p. 91).

Sendo incontroverso que o direito não é mera forma (é também fôrma), dedução e silogismo (embora deva partir do máximo de certeza, previsibilidade e segurança), e que há uma inevitável natureza lógica, argumentativa e antiformalista, a proporcionar e permitir escolhas, opções, sentidos, ainda maior se torna a necessidade de justificação do ato decisório, e de respeito a premissas dotadas de juridicidade, clareza e legitimidade.

Nessa vereda novamente as proposições de Otávio Verdi Motta, a realçar que:

> [...] trabalhar com o direito não é trabalhar com um objeto pronto, mas com indeterminação e equivocidade. Isso conduz à compreensão de que a *interpretação jurídica* é um caminho que se percorre por meio de escolhas. Com o reconhecimento de que interpretar envolve escolher, realça-se o papel da *justificação das decisões judiciais* como ponto fundamental da atividade jurisdicional no Estado Constitucional (2015, p. 19).

Os estudos de teorias jurídicas e aqueles relacionados à atividade interpretativa podem não somente explicitar as opções e definições dos profissionais do direito, mas também condicionar o ordenamento jurídico e gerar afetação às pessoas jurídicas, aos cidadãos, aos jurisdicionados, até porque a interpretação envolve compreensão, que enseja a aplicação (círculo hermenêutico).

Não obstante o trabalho não almeje aprofundamento jusfilosófico, é indispensável observar a pauta de Lenio Luiz Streck, a consignar que no *linguistic turn* (viragem linguística), a invasão da linguagem na seara filosófica transporta o próprio conhecimento para o campo da linguagem, local em que o mundo se descortina. É, pois, na linguagem que ocorre a ação e que se empresta o sentido (não na consciência de si do pensamento pensante, causadora do criticado solipsismo e suas vertentes) (STRECK, 2017, p. 15).

E calha pontuar, em tal passagem, que o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) é aquele sempre pautado em si mesmo, ensimesmado em seu mundo próprio e autorreferenciado, uma pessoa viciada em si mesma, fruto de uma corrente filosófica pregadora do *eu* como determinante no comando do mundo, que passa a ser o esboço ou configuração daquilo que o sujeito pensa ou decide que é. Mas não é nem pode ser assim, exatamente pela razão de que a

pessoa que estrutura ou pensa a linguagem já se movimenta além de sua subjetividade (GADAMER, 2007, p. 27).

E o deslocamento da questão da atribuição de sentido para a consciência tem gerado problemas diversos em *terrae brasilis*, pelo que se socorre da referência a Lenio Luiz Streck:

> [...] deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que "constrói" o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles (Blackburn).
> Isso, aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas. Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos dos Tribunais) deixam "claro" que estão julgando "de acordo com a sua consciência" ou "seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei". Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário* dos juízes (2017, p. 20).

E para dar concretude e ilustração ao que posto como referência, há infindáveis exemplos, tais como a decisão que se pauta pela convicção do julgador e pela busca da justiça, a proposição ultrapassada de que o juiz é o destinatário da prova (fruto de um juriscentrismo exacerbado e nocivo), a superada (?) noção de livre convencimento motivado ou persuasão racional, as tantas sentenças solitárias (pois inexistente o diálogo e o policentrismo decisório), a sustentação de que nos *hard cases* cabe ao julgador um escolha *ad hoc*, tudo isso e muito mais fruto de solipsismo e com vínculo na filosofia da consciência.

E já que se está a tratar da atribuição de sentidos, tal empreitada não deve focar nos extremos da interpretação pautada pela exclusiva objetividade, nem mesmo com enfoque essencialmente subjetivista, consoante destaca Raphael de Souza Almeida Santos, lastreado em estruturas gadamerianas:

> [...] diante da Hermenêutica Filosófica gadameriana, o ato interpretativo já não pode mais ser vislumbrado a partir de um aspecto tão somente objetivista – no qual, supostamente, as coisas manifestariam o seu sentido a partir de um prisma singular, impassível, portanto, de qualquer outra assimilação – ou, de forma contrária, sob a luz de um ponto de vista essencialmente subjetivista – decorrente, portanto, de uma ação volitiva do intérprete na qual este, diante da ausência dos significados das coisas, passaria a atribuir os sentidos que melhor lhe aprouvessem; isso porque, para Gadamer, autor e texto se relacionam em um mesmo período histórico, fazendo surgir assim a compreensão (2016, p. 47).

A norma não é emanação exclusiva nem do intérprete nem do texto, mas sim de uma harmonização e coexistência dialógica e contributiva entre o intérprete e o texto para a criação

do significado, de acordo com circunstâncias de temporalidade, respeitados os fenômenos reais e sociais.

Fato é que, para os Estados de Direito contemporâneos, refutadores do modelo de juiz livre e não motivador, exige-se a justificação das decisões judiciais partindo-se de um dos modelos que seguem: o primeiro é o modelo iluminista, tendo o julgador como aplicador objetivo e mecânico do direito aos fatos, através de normas pré-constituídas e descobertas pelo aplicador, por meio de um silogismo; o segundo se relaciona a um órgão jurisdicional aplicador prudente do direito e criador também prudente do direito de forma intersticial, sendo que em tal modelo os julgadores cooperam com o trabalho do legislador na determinação do direito em vigor, mantendo a referibilidade a normas gerais abstratas (KOCHEM, 2016, p. 486).

Como é difícil (senão inviável mesmo) separar o ato de interpretar e aplicar o direito, aos fins do presente trabalho também não se constata com facilidade (se é que se pode vislumbrar) distinção entre justificação e fundamentação ou motivação dos atos decisórios, isso porque tudo parece se mesclar na organização, concatenação e construção lógica, jurídica e processual das decisões judiciais. A justificação, a evitar a arbitrariedade e a fundar uma decisão justa e racional, imbrica-se e constitui-se com o próprio ato de fundamentar.

Não obstante tal posicionamento, há quem busque delinear diferenciação, a estabelecer a motivação como a sede material da justificação, isto é, a motivação ocorre no momento em que e a partir do fato de que o órgão jurisdicional concretiza em ato material a justificação, por meio de um discurso racional e escrito, as razões que fundaram a reconstrução normativa e as provas que demonstraram a ocorrências dos aspectos factuais, com vistas à prolação de uma decisão justa (MOTTA, 2015, p. 130-131).

A questão que se relaciona à racionalidade das decisões judiciais, para que se possa aferir a sua arbitrariedade ou justificação, guarda interdependência com a existência de um parâmetro exterior à decisão, que sirva de validade racional da decisão (KOCHEM, 2016, p. 481).

Por isso a essencialidade da previsão do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, como direito e ordem jurídica a balizar a decisão judicial dotada de racionalidade, e não somente de argumentos *ad hominem* (ataque à pessoa que elaborou um raciocínio), *ad misericordiam* (utilização de recursos de piedade para formação do convencimento), *ad populum* (suposta adesão às perspectivas e sentimentos do povo), ou ainda *ad ignorantiam* (a se exigir a prova de um fato negativo ou que não existe).

Para Luiz Fernando Coelho, em tratativa à (ir)racionalidade decisional e crítica à tradicional lógica do direito:

> Todas essas formas retóricas de argumentação integram a realidade do direito e demonstram que o raciocínio jurídico é muito mais complexo do que a tese da subsunção jurídica pretende demonstrar. Acresce a isso que a própria lógica fornece instrumentos para a distorção de realidades jurídicas, como ocorre com as falácias, que consistem em raciocínios enganosos, os quais, embora observem rigorosamente os princípios da lógica formal, levam a conclusões que distorcem a realidade, muitas vezes por má-fé.
> O princípio da racionalidade articula-se com o mito da realidade experiencial do direito para fazer prevalecer os elementos sintáticos e semânticos que interferem na formação das premissas, tanto na interpretação da lei quanto na do fato subsumível. O jurista parte da noção de que o direito existe como um dado de experiência, afirma-se a sua substância, manifesta através de suas expressões semiológicas, identificando-o com a vontade do legislador, a intenção da lei, a vontade do Estado, o interesse do povo, da nação etc., sendo que muitas vezes esses referenciais não passam de argumentos retóricos destinados mais a persuadir do que demonstrar, mas firmemente apoiados nos mitos do direito. Entretanto, a fim de resguardar a imagem ideológica de um direito legítimo, o importante é estabelecer a forma lógica que dissimula a irracionalidade das decisões nos diversos escalões da experiência jurídica, no interesse dos grupos microssociais que manipulam o direito e a idéia de justiça (2003, p. 481).

Se tal (pseudo)racionalidade passa muitas vezes imperceptível aos olhos dos próprios profissionais do direito, imagine-se então aos do leigo, da pessoa comum, do simples consumidor de justiça, que poderá acreditar em falácias, em capas de formalidade sem conteúdo propriamente fático e jurídico, em raciocínios enganosos com muito mais facilidade e constância, a perpetuar um círculo vicioso, no qual prepondera o caráter meramente informativo e opinativo, em detrimento da característica de persuasão racional e juridicidade.

2.6. Policentrismo decisório, globalização e inclusão social

O policentrismo decisório a que se refere constitui uma característica da globalização, e tem a ver com a ideia de que a normatização não é mais exclusividade dos Estados (menos ainda de Estados periféricos, que veem sua soberania sofrer cada vez maiores relativizações). Tal policentrismo é bem caracterizado por José Eduardo Faria:

> Em face do policentrismo decisório que caracteriza a economia globalizada, com suas hierarquias altamente flexíveis, entidades nacionais ou supranacionais híbridas e estruturas de comando cada vez mais diferenciadas e diversificadas, os Estados tendem a perder a posição de poder exclusivo na coordenação das ações coletivas (2010, p. 33).

A globalização tem produzido a preponderância do mundial sobre o nacional, e envolve a economia internacional dependente das contingências dos grandes centros de influência e de dominação, prevalecendo a ideia de compressão de tempo e espaço, de comunicação em tempo real, *on-line*, de dissolução de fronteiras geográficas, de multilateralismo político-administrativo e do referenciado policentrismo decisório (FARIA, 2010, p. 3).

Quanto mais se constata, a exemplo do Brasil, que o Estado e especialmente o Poder Judiciário, não dá conta de seu mister em termos de gestão e resolução de conflitos de interesses, percebe-se o enfraquecimento do próprio direito positivo, bem assim encaminhamentos e soluções outras, a constituir verdadeiras justiças paralelas e normatividades justapostas (FARIA, 2010, p. 39), a exemplo de localidades dominadas pelo tráfico, pela violência, pelo crime organizado e por grupos armados, onde o Estado-Juiz em sua ambiência formalmente conhecida inexiste (de fato e de direito).

Essa retirada de influência do Estado, típica da globalização e geradora do referenciado policentrismo decisório, desvinculando o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no ambiente econômico, gera por óbvio menor incidência e controlabilidade legislativa, e um pluralismo jurídico não exatamente ensejador de inclusão social e de respeito a bens jusfundamentais.

A esse respeito, a posição crítica de José Eduardo Faria:

> A *desjuridificação* se dá por meio de um processo de deslegalização e desconstitucionalização de direitos e de criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que costumam ocorrer paralelamente à ruptura dos monopólios estatais, à alienação de empresas públicas, à privatização de serviços essenciais, à entrega de redes sociais de proteção e demais instituições de bem-estar coletivo ao chamado "terceiro setor" ou "voluntariado", à abdicação do poder de regulação ou interferência na fixação de preços, salários e condições de trabalho por parte do poder público.
> Já na *procedimentalização* do direito, o Estado deixa de decidir o conteúdo das leis, limitando-se a estabelecer procedimentos para que os direferentes setores sociais possam negociar as alternativas normativas mais adequadas aos seus respectivos interesses (2010, p. 59).

De uma litigiosidade contida, evoluímos a uma litigiosidade exacerbada (causada mais especialmente pelos grandes litigantes habituais, e não pelo cidadão comum), e a uma litigiosidade controlada pelos entes públicos e pelos grandes conglomerados empresariais. Em análise à crise atualmente vivenciada, bem assim em explicitação ao fenômeno da *judicialização* e da *tribunalização*, José Eduardo Faria consigna que:

> Como essa busca da proteção conduz a uma verdadeira corrida a todos os setores e instâncias do Judiciário, por parte da sociedade, e a instituição não está preparada para dar conta dessa avalanche de novos processos, em termos organizacionais, operacionais e financeiros, quanto mais cidadãos e empresas a procuram, mais ela revela dificuldades de cumprir suas três funções básicas: (a) função *instrumental*, de dirimir litígios, neutralizar conflitos e manter as estruturas sociais sob controle; (b) a função *institucional*, de reforço da legitimação e eficácia do sistema político; e (c) a função *simbólica*, de efetivação das orientações sociais, por meio de decisões exemplares e de uma jurisprudência clara e uniforme. Por fim, constituindo um círculo vicioso e esquizofrênico, quanto mais o Executivo reage às sentenças do Judiciário que lhe são contrárias, seja negando recursos orçamentários e/ou ameaçando impor um "controle externo", seja editando medidas destinadas a restringir o acesso de cidadãos e empresas aos tribunais, seja impondo inovações processuais arbitrárias com o objetivo de acabar com o duplo grau de jurisdição, esvaziar as primeiras instâncias e concentrar as decisões nas instâncias superiores, como a "súmula vinculante" e o "incidente de constitucionalidade", mais ele multiplica o número de novas ações contra as suas decisões. E, com isso, paradoxalmente aprofunda ainda mais a "judicialização" da administração pública e a "tribunalização" da política (2010, p. 62).

Fruto do policentrismo decisório e do fenômeno da globalização em países periféricos, a exemplo do Brasil, verifica-se algumas tendências expostas por José Eduardo Faria, quais sejam: 1 – desformalização dos tradicionais meios de elaboração legislativa, em especial nas questões mais técnicas; 2 – progressiva diminuição do grau de imperatividade do direito positivo; 3 – excesso de formalismo dos tribunais e excessiva burocratização de procedimentos; 4 – hegemonia americana e inglesa no sistema financeiro da economia globalizada; 5 – expansão dos campos de autonomia privada e contratualização pelos próprios agentes econômicos; 6 – enfraquecimento progressivo e incisivo do Direito do Trabalho (muita negociação e pouca legislação); 7 – transformação paradigmática na linha arquitetônica, na fonte de legitimidade e no conteúdo programático do Direito Internacional; 8 – regressão dos direitos sociais e humanos consagrados ou tutelados pelo direito positivo; 9 – prevalecimento do primado *Lei e Ordem* no direito penal, com crescente criminalização de condutas, repressão e punições (2010, p. 73-112).

Tais características e operacionalizações, por óbvio, diminuem o campo de incidência dos bens jusfundamentais, potencializam o uso da Justiça pelos litigantes habituais, criam uma competitividade nociva e desenfreada e geram a desconstitucionalização e deslegalização de direitos sociais, e maior exclusão social, por conseguinte, dando ensejo a uma população de *sobrantes*, ou seja, aquelas que não conseguem emprego permanente ou que não têm acesso aos direitos sociais supostamente garantidos a todos, as que não têm acesso aos benefícios da Previdência Social ou o terão tardiamente, as que não têm onde morar, não têm terra para plantar, não têm acesso à assistência médico hospitalar que lhes garanta a duração da vida, no que a vida deve durar (LEWANDOWSKI, 2017, *on-line*).

Apregoa-se que já se passou tempo mais que suficiente para a assimilação do conteúdo democrático na CRFB/1988, havendo necessidade de se conferir força de norma jurídica a todas as suas disposições, sem exceção. Mesmo a eficácia mínima parece pouco, não satisfazendo àqueles que pretendem que a Constituição deve ter função diretora na vida política e social do País. Para tal mister, imprescindível que os poderes públicos estejam comprometidos com o desenvolvimento e a efetivação de todas as normas constitucionais, não sendo suficiente a referenciada eficácia mínima (MORO, 2004, p. 233)

Para Jairo Néia Lima, justifica-se uma refundação teleológica da função jurisdicional, que não tem dado conta de responder aos consumidores da justiça com tutela efetiva de direitos ameaçados ou violados, em crítica ao apego excessivo ao formalismo, sem nenhuma conotação finalista, o desapego a princípios processuais-constitucionais, tudo a gerar exclusão social por meio do processo, além de falta de participação na vida social e coletiva (LIMA, 2010, p. 88-89).

A tão aclamada pós-modernidade, em País periférico e atrasado como o Brasil, existe para as elites, porque a pessoa comum do povo, o ser sobrante e excluído, vive ainda em ritmo de atraso social, cultural e econômico, marginalizado por completo dos frutos da onda neoliberal, porque a prodigalidade não lhe atingiu, muito embora pareça se justificar, quando se trata de direitos sociais, um maior ativismo judiciário. Nas palavras de Mauro Cappelletti:

> É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa de acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (1993, p. 42).

Perceba-se que, embora tais assertivas venham de Itália, e de algumas décadas passadas, parece ter pertinência e atualidade para países periféricos e de modernidade tardia, a exemplo do Brasil. Até porque, consoante o autor italiano, os juízes e tribunais hão de escolher um dentre dois caminhos: ou a permanência na fidelidade à concepção tradicional, tipicamente do Século XIX, dos limites da função jurisdicional; ou a elevação ao nível dos outros poderes, tornando-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador (CAPPELLETTI, 1993, p. 47), sem se

desconsiderar os riscos de tal gigantismo, direcionados a alguma perversão, abuso, autoritarismo e inquisitoriedade policialesca, a justificar e relembrar a importância do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), de modo que sempre haja a possibilidade de restabelecimento do equilíbrio eventualmente perdido, pela força e autonomia de cada uma das funções políticas.

Piero Calamandrei explanava, em 1952, nas Conferências na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, e delineava que:

> [...] a justiça "burguesa" é uma justiça "de classe", na qual o juiz, como qualquer jurista, é o intérprete das leis ditadas para tutela da riqueza e do privilégio, e vem a ser, sem avisá-lo, um instrumento desta mesma tirania, chamado a justificar, com seus sutis sofismas, a prepotência do rico em prejuízo do pobre. No contraste entre os humildes e os poderosos, que está no centro do imortal romance manzoniano, o doutor Azzeccagarbugli escolheu, sem vacilar, a parte dos poderosos (2017, p. 76).

Tal fugaz alusão serve mais a interrogações do que a certezas. A crítica marxista, quiçá pertinente em determinados aspectos, não evitaria que em outro viés político e filosófico o mesmo juiz fosse refém de outro sistema, e mesmo sem se dar conta, um veículo de dominação social, econômica e política de quem está no poder.

Postas tais premissas, conclui-se que não pode nem deve o Judiciário, respeitado sempre o devido processo legal e parâmetros de juridicidade, olvidar à essência da isonomia respeitadora de situações jurídicas e processuais distintas, bem como da necessidade de implementação de bens jusfundamentais, consoante alerta Gonçal Mayos:

> A "imparcialidade positiva" por parte do judiciário deve evitar que a "verdade" dos que tem a favor os meios materiais, os prejuízos e os autofalantes, impeça totalmente o aparecimento da "verdade" dos outros, evidentemente mais fracos, pobres, incultos, isolados, excluídos, improvidos de reconhecimento, avergonhados diante do judiciário. Certamente, em tais casos, requer-se alguma ação positiva ou prevenção material que informe os atos dos poderes públicos em direção a um processo judicial (mas também a uma sociedade!), mais justo, equitativo, solidário e que evite a mera consagração judicial das misérias e desigualdades sociais. [...].
> A "(im)parcialidade positiva" também obriga o juiz a um enfoque crítico holístico de todos "os interesses relevantes ao caso concreto" e a uma ética de concretização". Deve ser capaz de atender às pessoas humanas desprovidas dos necessários fomentos da vida humana como conclama a Constituição Federativa do Brasil. A "(im)parcialidade positiva" exige que se permita e se peça ao juiz que saia "de seu solipsismo ontológico" para ser capaz de reconhecer nas partes litigantes o rosto do "outro" que também interpela à justiça. Os "outros" ou "ninguém" devem ser atendidos como cidadãos de pleno direito, evitando que no judiciário se reproduzam as muitas discriminações sociais. O juiz e o judiciário em conjunto não têm somente a responsabilidade com a justiça em abstrato, senão com os membros reais e danificados da sociedade" (2018, p. 26-27, traduçã nossa).[12]

[12] "La "imparcialidad positiva" por parte del judiciario debe evitar que la "verdad" de los que tienen a favor los medios materiales, los prejuicios y los altavoces, impida totalmente que pueda aflorar la "verdad" de los otros,

Tais proposições são de grande importância, isso porque a pretendida objetividade e racionalidade do sistema jurídico e da atividade jurisdicional não podem servir a qualquer coisa, e há de se insistir no chamado de efetivação, concretização, implementação de direitos fundamentais, mais especialmente aqueles de envergadura constitucional, a fim de que não se perpetuem desigualdades sociais e misérias as mais diversas.

A existência de uma justiça positiva é delineada por Artur César de Souza, e ao menos naquilo que concerne aos bens jusfundamentais sociais, concorda-se com a conveniência da ruptura de paradigmas e de uma práxis jurídica mais emancipatória e libertadora, sempre realçada a imprescindibilidade da fundamentação dotada de juridicidade. Segundo o indigitado autor:

> A venda da deusa da Justiça necessita ser retirada para que se possa reconhecer no processo a *racionalidade do outro*, a sua diferença sócio-cultural-política-econômica. A balança, diante da realidade latino-americana, deve ser desequilibrada, a fim de representar as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes num continente regrado por injustiças sociais. E a espada, por fim, deveria ser substituída por uma "lupa", para que se possam avistar as concepções ideológicas que existem por detrás de um determinado ordenamento jurídico de cunho capitalista e neoglobalizante (2018, p. 257).

Consigne-se que muitas dessas desigualdades e misérias brotam em decorrência da falta de uma ética de concretude e de abertura à alteridade pelos profissionais do direito, sempre mantida a necessária imparcialidade do juiz, garantia que não consta explicitamente na CRFB/1988, mas que constitui mais um daqueles direitos ou princípios ocultos, garantia que se encontra reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 10), na Declaração Americana dos Direitos do Homem (artigo 26, 2), na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8.1), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 14, I) e no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (artigo 6, 1), também a compor o rol de proteções contra um Judiciário "justiceiro".

---

evidentemente más débiles, pobres, incultos, aislados, excluidos, faltos de reconocimiento, avergonzados ante el judiciario...Ciertamete em tales casos se requiere alguna acción positiva o prevención material que informe los actos de los poderes públicos em dirección a um proceso judicial (pero también a una sociedade!), más justos, equitativos, solidarios y que eviten la mera consagración judicial de las miserias y desigualdades sociales. [...]
La "(im)parcialidad positiva" también obliga al juez a um enfoque crítico holístico de todos "los intereses relevantes al caso concreto" y a una "ética de concreción". Debe ser capaz de atender a las personas humanas faltadas de los necesarios fomentos de la vida humana como reclama la constitución federativa del Brasil. La "(im)parcialidad positiva" exige que se permita y se pida al juez que salga "de su solipsismo ontológico" para ser capaz de reconocer en las partes litigantes el rosto del "Otro" que también interpela a la justicia. Los "otros" o "nadies" deben ser atendidos como ciudadanos de pleno derecho, evitando que en el judiciario se reproduzcan las muchas discriminaciones sociales. El juez y el judiciario en conjunto no tienen sólo responsabilidad com la justicia en abstracto, sino com los membros reales y damnificados de la sociedade".

2.7. Legalismo, ativismo ou outro modelo?

Percorrer o magistrado um caminho lastreado na letra ou no espírito da lei é discussão antiga, quiçá insolúvel, e que depende do ordenamento jurídico respectivo, além da abertura, da generalidade ou não do texto normativo a ser interpretado e aplicado, mas também da cultura jurídica e do momento social, político e jurídico vivenciado por determinada sociedade.

Consituti ilusão o conhecimento judicial objetivo, de conformidade com as ponderações de Giulio Ubertis:

> Assim, então, o problema da <<objetividade>> da ciência não se resolve através da obtenção de um superficial saber absoluto e incontrovertível, senão do esclarecimento mais exato possível, por exemplo, de quais são as hipóteses de trabalho que constituem o motor da investigação desta, qual a incidência dos instrumentos empregados sobre os objetivos por alcançar (2017, p. 14, tradução nossa).[13]

Na experiência constitucional, algumas premissas gerais acerca da atividade jurisdicional, da exigência de imparcialidade e independência, com submissão à lei, são desenvolvidas por Pablo Lucas Murillo de la Cueva:

> Naturalmente, está plenamente justificada a preocupação com a independência efetiva dos juízes, já que sua garantia é uma condição essencial para o correto exercício da jurisdição. E, também, está-se rechaçando a politização do Poder Judicial, desde o momento em que por tal se entende habitualmente a translação a sua veia de confrontação partidária ou a subordinação a ela das tarefas dos julgados e tribunais, ambos os fenômenos incompatíveis com a função de julgar (2018, p. 18, tradução nossa).[14]

E o mesmo autor, magistrado do Tribunal Supremo espanhol, destaca ainda que tal independência e imparcialidade hão de ser não apenas premissas da conduta e práxis jurisdicional, mas assim deverão ser também percebidos pelo corpo social. Em arremate:

---

[13] "Así pues, el problema de la <<objetividad>> de la ciencia se resuelve no a través de la obtención de un sedicente saber absoluto e incontrovertible, sino de la clarificación más exacta posible, por ejemplo, de caules son las hipotesis de trabajo que contituyen el motor de la investigación de esta, cuál la incidencia de los instrumentos empleados sobre los objetivos por alcanzar."

[14] "Naturalmente, está plenamente justificada la preocupación por la independencia efectiva de los jueces ya que su garantía es una condición esencial para el correcto ejercicio de la jurisdición. Y, también, lo está rechazar la politización del Poder Judicial desde el momento en que por tal se entende habitualmente la translación a su seno de la confrontación partidista o la subordinación a ella del quehacer de los juzgados y tribunales, ambos fenómenos incompatibles com la función de juzgar."

> Deve-se levar em conta, não obstante, que além de que efetivamente os juízes exerçam a potestade jurisdicional, desde uma posição de independência e imparcialidade e com submissão à lei, é fundamental que assim se perceba pela sociedade. Em relação à imparcialidade, significa que se deve ter especial cuidado, não somente em preservar a de caráter subjetivo, senão também a de caráter objetivo. Isto é, a aparência da imparcialidade (2018, p. 129, tradução nossa).[15]

Nosso ordenamento jurídico, baseado na tradição romano-germânica, ainda tem na lei (texto jurídico em sentido estrito) o maior esteio de forma de expressão do direito, não obstante a consolidação crescente e gradativa da fonte jurisprudencial, e a pretensão do CPC/2015 de uma construção organizada de precedentes judiciais, o que será objeto de abordagem em sequência.

Não somos da *common law*, nem estamos, ao menos no presente momento, sofrendo um processo de *commonlização*, como costumam pregar alguns mais afoitos admiradores (e críticos também) do sistema inglês e norte-americano. O CPC/2015 é novo, assim como a ideia de precedentes judiciais, tudo a depender de amadurecimento.

Que há mudanças em curso, especialmente no período pós-Constituição Federal de 1988, não há dúvida. Para Rui Portanova:

> O Direito está em crise. A ciência transita da metodologia tradicional para o Direito novo. O método tradicional, escolástico, dogmático e formalista busca a ciência ideologicamente neutra (avalorativa). Já o Direito novo concebe o Direito como fenômeno social, vê a ciência jurídica como sociovalorativa (não-formal), ciência de problemas práticos (e não simplificações conceituais abstratas), ciência de resultados concretos (e não deduções apriorísticas), ciência, enfim, de decisões criativas (e não decisões automáticas) (2003, p. 20).

E referida crise do direito envolve a necessidade de perpassar por indagações e elementos referentes à Filosofia do Direito, ao poder estatal e à democracia, à melhor fundamentação das decisões judiciais, a questões relacionadas ao argumento de autoridade e à autoridade do argumento (deseja-se simplesmente decisões de autoridade ou autoridade das decisões?).

Ainda em Rui Portanova se constata que:

> [...] a ciência jurídica tradicional é “representação”, e não “explicação”. Ou seja, estudam-se as instituições e a noção destas instituições como necessárias ao funcionamento social, mas não se explica o fenômeno, a raiz. Exemplo disto é a

[15] “Debe tenerse bien presente, no obstante, que además de que efetivamente los jueces ejerzan la potestad jurisdicional desde una posición de independencia e imparcialidad y com sumisión a la ley, es fundamental que así se perciba por la sociedad. En cuanto a la imparcialidad esto significa que se ha de tener especial cuidado no solamente en preservar la de carácter subjetivo sino también la de carácter objetivo. Es decir, la apariencia de imparcialidad.”

> ideia de Estado. Na verdade, a função do Estado é a de proteger os interesses dominantes contra o movimento dos dominados (ordenando os antagonismos). Contudo, e contraditoriamente, a ideia de Estado necessita passar certa representação da unidade da sociedade ou do homem que vive em sociedade. Cada um de nós está convencido da necessidade do Estado, daí se impõem na prática as noções de interesse geral, soberania, razão do Estado, direitos e deveres do cidadão (2003, p. 53).

A explicação do fenômeno jurídico pelo tridimensionalismo jurídico clássico e mundialmente conhecido de Miguel Reale se mantém viva e válida, porque sempre haverá o fato, o valor e a norma, talvez reforçada pelo direito quântico de Goffredo da Silva Telles Júnior, com ênfase no aspecto axiológico, para que o direito e o fenômeno jurídico correspondam e se conformem à exata medida da liberdade e da dignidade humanas.

Mas o sistema tradicional parece insuficiente, o que não permite asseverar que se está a advogar qualquer tese ensejadora do decisionismo, do subjetivismo, do solipsismo (pelo contrário). Um sistema tradicional baseado na legalidade, na mera igualdade formal e na individualização dos conflitos, assim como na autonomia privada e na liberdade contratual, não foi nem tem sido suficiente a alargar o qualitativo acesso à Justiça, nem a consolidar uma práxis processual, no que respeita aos provimentos jurisdicionais, necessariamente democrática e controlável.

O idealismo jurídico tradicional tem servido apenas e tão somente ao *status quo*, à reafirmação genérica de que cabe ao direito *dar a cada um o que é seu*, mas o que se percebe com isso é que se está a dar ao pobre a pobreza, ao espoliado mais espoliação, aos hipossuficientes social e economicamente sua dose de marginalização, pois isso é o que lhes *é de direito*, assim como ao proprietário a sua propriedade, aos grandes conglomerados empresariais o respeito aos seus contratos, por vezes contrastados por miseráveis migalhas indenizatórias de cidadania àqueles vulneráveis, quando lhes é permitido o seu *day in court* (dia na corte).

Isso quando há alguma consciência de cidadania das populações sobrantes e excluídas, que em regra seguem o perigoso senso comum teórico, bem exemplificado por Lenio Luiz Streck com a crítica e alegoria do hermeneuta que se aproxima de uma ilha, nela chega e constata que os moradores cortam a cabeça e o rabo dos peixes, a gerar no hermeneuta a curiosidade, pelo fato de que na ilha havia escassez de alimentos.

Descobre então que nas origens daquela ilha, os peixes eram muitos e grandes, de modo que nem mesmo cabiam nas frigideiras, razão pela qual lhes cortavam o rabo e a cabeça. Atualmente, com os peixes em menor quantidade e de tamanho a caber nos recipientes, continuam a cortar o rabo e a cabeça. Ao questionar a um dos moradores, o

hermeneuta obtém a resposta de que agem assim simplesmente porque as coisas sempre funcionaram de tal forma (senso comum) (2014, p. 9).

Há uma exigência, pois, de paridade não apenas jurídica e formal, mas prática (técnica e econômica). O ainda trabalhoso, formalista, burocrático, dificultoso e complexo processo civil necessita estar à disposição de todos, em igualdade de condições, para que tenha serventia à tutela de direitos, e com decisões racionais, democrática e legalmente fundamentadas (artigo 489, § 1º, do CPC/2015).

Acesso qualitativo à justiça, e não somente quantitativo, é o que se pretende. De nada adianta o direito de ingresso perante o Judiciário, se não houver a possibilidade de participação efetiva, em espaço processual que enseje a implementação das premissas constitucionais, em especial o devido processo constitucional, como base à construção de provimentos jurisdicionais legítimos, adequados, justificados e dotados de racionalidade comunicativa.

E não uma mera litigiosidade controlada porque, no final das contas e exemplificativamente, com patamares indenizatórios baixos e relativização do devido processo legal substancial, além da falta de tratamento coletivo dos direitos e interesses, mantém-se o sistema produtivo em seu fluxo normal, o Estado persevera no controle orçamentário e os indivíduos hipossuficientes, isto é, os litigantes eventuais (não os habituais, aqueles que conhecem, usam e abusam da máquina judiciária), ficam miseravelmente satisfeitos, perseverando na ideia de que a pobreza é devida a fatores externos, eventuais ou fortuitos, sem a compreensão de que a pobreza envolve um processo histórico, e que para superação de tal contingência, é imprescindível saber que ela é uma injustiça, uma imposição social, uma tática de manutenção da ordem vigente e que faz dos pobres verdadeira massa de manobras, com dificuldade de emancipação libertadora (CAMBI, 2016, p. 64).

A propósito de tal controle, do processo de frutificação do direito e do poder político e suas contingências, Elpídio Donizetti assinala:

> O Direito não brota do chão como se fosse uma semente em processo de germinação. Qualquer que seja o ordenamento jurídico, o Direito é fruto do poder político, que por sua vez é coordenado, como se marionete fosse, pelo poder econômico – as empreiteiras e os grandes prestadores de serviço sabem disso. Se o sistema detecta uma forte tensão no chão de fábrica, ou a insatisfação generalizada com a prestação de um determinado serviço, é hora de se criar um alento, seja em forma de compensação financeira, de lazer ou de qualquer outra atividade que possa significar retribuição e, em última análise, distensão. O que não se admite é que a tensão se transforme em insatisfação coletivizada, com riscos de ruptura da ordem estabelecida e comprometimento da lógica do sistema (2015, p. 84).

Fato é que no Brasil ainda há graves descumprimentos dos comandos consumeristas, perseveram as instituições financeiras na imposição de encargos usurários, perpetuam-se as seguradores em negativas de cobertura infundadas, continuam as operadoras de telefonia a forjar os mais diversificados ardis, artifícios e armadilhas para atrair o consumidor a gastar mais e desnecessariamente, criando superendividamento sem uma contrapartida qualitativa, para ao final deixar que as pessoas simples e comuns se socorram do Estado-Juiz, com o acolhimento de uma ou outra reclamação, como se fosse um favor ou glória, ou finalmente, onde terão a oportunidade de celebrar um acordo que constituirá miserável migalha indenizatória, ou ainda aguardar uma condenação que está dentro das planilhas, dos orçamentos e dos ganhos desmesurados, em especial do grande e influente empresariado.

O mero legalismo, a segurança e certeza jurídica realmente não suprem, por si sós, o ideal de decisões judiciais mais justas, e tal aspecto é delineado mais uma vez por Rui Portanova:

> Por sua vez, a segurança é valor que por si só se opõe ao valor justiça. O desejo de decisões mais previsíveis, mais uniformes, choca-se com os ideais de justiça. É que justiça tem que compreender o ineditismo da vida, a mudança contínua. O valor justiça é mais importante que o valor segurança. Esta fundamentalmente garante a segurança das classes que fizeram a lei ou tiveram papel preponderante na sua feitura (2003, p. 61).

A lógica formal e o mero legalismo, por conseguinte, parecem ser insuficientes (por vezes indiferentes) para dar conta da realidade e suas contingências, para sanar problemas da experiência humana e da sociedade, que vão além do mundo dos conceitos e da sistematização dedutiva. Não se deseja, parece claro e incontroverso, o magistrado manequim, fantoche e inerte.

Há quem critique de tal forma o espectro de atuação dos meros aplicadores da lei, que neles entendem se impregnar o odioso sinal da preguiça, da resignação desidiosa, da inapetência à pesquisa à vista da norma manifestamente cristalina e da ficção do *in claris cessat interpretativo* ou *in claris non fit interpretatio*, com a afirmação da repugnância pela constatação de que, mesmo nos tribunais, a pesquisa, a indagação de base filosófica, lastro sociológico e viés jurídico, que deveria provocar nos julgadores o desconforto e a angústia próprios do quebramento de uma das leis de Deus ("Não julgarás"), e por conseguinte, incutir-lhes o senso de responsabilidade e reflexão para designar o destino de pessoas, famílias, da sociedade como um todo (MEDEIROS, 2000, p. 190).

Não se prega também o ativismo exacerbado em crítica simplista ao juspositivismo, como se fosse possível um regresso ao jusnaturalismo dedutivo e abstrato, inclusive com indesejável perda de cientificidade do direito. Nesse ponto, deve mesmo haver no julgador uma preocupação, literariamente posta pelas palavras de Piero Calamandrei em clássica obra:

> Sei de um químico que, quando em seu laboratório destilava venenos, acordava sobressaltado à noite, lembrando com terror que um miligrama daquela substância bastava para matar um homem. Como pode dormir seus sonos tranquilos o juiz, que sabe ter em seu alambique secreto aquele tóxico sutil que se chama injustiça, de que uma gota, escapada por erro, pode bastar não apenas para tirar a vida, mas, o que é mais terrível, para dar a toda uma vida um tormentoso sabor amargo, que nenhuma doçura nunca mais poderá consolar?
> O bom juiz põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, mesmo as mais humildes. Ele sabe que não existem grandes causas e pequenas causas, porque a injustiça não é como aqueles venenos acerca dos quais certa medicina afirma que tomados em grandes doses matam, mas tomados em pequenas doses curam. A injustiça envenena até mesmo em doses homeopáticas (1995, p. 347-348).

O juriscentrismo dá ensanchas ao ativismo, colabora para uma práxis que desloca o diálogo e centraliza a figura do magistrado, o que é (ainda) impulsionado por muitos juristas, não só pelo leigo. Exemplo de tal (criticável) dinâmica se extrai da assertiva de Gustavo Gonçalves Gomes, para quem o magistrado deve ser o principal sujeito no cenário judicial, daí que se espera dele (julgador) que conduza o processo com grande vigor e determinação, especialmente na tomada de decisões e na instrução probatória (2014, p. 140). O mesmo autor assinala que:

> Feitas essas considerações, duas inferências emergem: uma coisa é admitirmos atuação de magistrados à margem da lei, com a prolação de decisões judiciais cujo conteúdo não tenha relação com o ordenamento jurídico, em cujo *decisum* se denotem valores pessoais do julgador; outra coisa é concebermos que os magistrados são figuras de grande importância para o Poder Judiciário e que devem, sempre que possível, inovar e atuar com criatividade na interpretação da lei (2014, p. 150).

Um conceito (e crítica negativa) aos órgãos jurisdicionais como *law-makers* (fabricadores da lei), ou ao denominado ativismo judicial, é formulado por Elival da Silva Ramos, ainda a consignar que o exagero no apego exclusivo ao texto normativo e a mecanicidade pregada pelo positivismo extremado, geraram outro efeito não elogiável, qual seja o passivismo judiciário:

> [...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

> Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu escopo de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.
> O positivismo liberal e sua atrofiada teorização hermenêutica, ao propugnarem a primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos, eliminaram qualquer possibilidade de ativismo judicial. Todavia, deram ensejo a fenômeno de gravidade equiparável, qual seja, o *passivismo judiciário* (2010, p. 129).

O ativista extremado cria o risco virulento de querer fazer impor o seu próprio mundo e ponto de vista, por vezes ensimesmado (solipsista) e solitário (da não dialética), o que como regra é bastante nocivo, mas na mesma medida em que também é deletéria uma projeção mecanicista, engessada e que endeusa exclusivamente a vontade do legislador, por isso que o autor Elival da Silva Ramos, com quem há de se concordar em tal aspecto, apregoa um positivismo moderado ou renovado, segundo o qual:

> [...] o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no sentido de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete (2010, p. 137).

O ativismo é defendido sem qualquer cientificidade por muitos, como se a boa vontade do julgador e o mero cumprimento massificado de metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ fosse suficiente para formar o bom juiz. Raimundo Carlyle de Oliveira Costa defende que:

> [...] diante de quadro tão tradicionalista nasceu um movimento de renovação da "mentalidade" dos juízes, denominado de "ativismo judicial", oriundo da rebeldia saudável dos magistrados, passando a "oxigenar" o Judiciário com suas idéias, flexibilidadade, polivalência, criatividade e intuição. [...]
> Concluindo, temos um choque entre a segurança jurídica das velhas formas, fórmulas, axiomas, valores e procedimentos e uma busca cada vez mais incessante por produtividade, deixando atônitos os magistrados mais antigos, diante da voracidade com que os mais jovens juízes se atiram à produção massificada de decisões, sentenças e audiências, cumprindo as exigências do CNJ de "zerar" o estoque de processos antigos (2014, p. 22-23).

Se algum ativismo ou protagonismo houver (e há), que seja responsável, a serviço do Estado Democrático de Direito, sendo que seu uso eventual deve ter espeque nas limitações

indispensáveis, decorrentes da sua necessária harmonização com o princípio da separação dos poderes, para que não se recaia na indesejável *ditadura do Judiciário* (CAMBI, 2012, p. 94).

E tal responsabilidade emana da ideia por muitos defendida de que independentemente da simples vontade, derivada da valoração particular e subjetiva do magistrado, não pode o mesmo se afastar do império da lei e da ordem jurídica, devendo se ater, de modo sereno e complacente, à rigorosa observância dos preceitos legais em vigor, que se harmonizam com a defesa dos valores mais sublimes, que traduzem a verdadeira essência do direito, sendo óbvio que tais limitações atingem a todos os operadores do direito em termos de imperatividade (FRIEDE, 2009, p. 220-221).

Já se afirmou que o fenômeno processual civil tem as características da maleabilidade, da adaptabilidade e constitui real e efervescente fenômeno cultural. Os tempos atuais exigem racionalidade e justificação jurídica ao proferimento de decisões judiciais, para que os julgamentos não pareçam com o modelo *Azande*, da tribo localizada na África Central, bem destacado por Oscar Chase, a relatar que tal dinâmica consistia em questionar os acusados acerca da aceitação do julgamento do oráculo.

Havendo a anuência, o chefe determinava que o problema jurídico fosse submetido ao feitiço benge, fora do tribunal, sendo que a sessão era adiada. Um servidor segurava um filhote de galinha, forçando-o a ingerir um fluido contendo o místico benge, uma substância tóxica, e o interrogador se dirigia ao oráculo, repetida e ritualisticamente: se tal fato ocorreu, que o pintinho morra, e se o pintinho morresse, era porque determinado fato efetivamente havia ocorrido, e estava expresso o resultado da disputa (2014, p. 38).

Para o viés do presente trabalho, devem ser rechaçadas a pretensão de validade e juridicidade da criatividade e da intuição do julgador, o que por vezes dá ensanchas ao tão criticado decisionismo, ao indesejado solipsimo, às maléficas decisões *ad hoc*.

Além disso, não há estatística comprobatória de que a produção voraz e massificada tenha infligido qualquer característica mais qualitativa à nossa práxis e às decisões judiciais (mais parece haver, atualmente, em muitas situações, atropelos ao devido processo legal e às exigências de fundamentação, em virtude de tal polivalência e produção em massa de atos decisórios).

Na visão de Raphael de Souza Almeida Santos, não deixa de ser curioso o fato de que há titulares da atividade judicatória que há muito exercem seu ofício de modo livre, insubordinado, autorreferenciado, desgarrado de qualquer fator de objetividade que garanta plausibilidade, em termos hermenêuticos, do direito invocado (2016, p. 17).

E o ativismo pode se revelar ainda mais desqualificado e deletério quando constituir decorrência da denominada *juizite*. A propósito de tal aspecto, Artur César de Souza destaca o seguinte:

> É notório o comportamento de certos juízes de 2ª instância que se julgam superiores aos de 1ª instância (juízes de piso), seus colegas. São clássicas, também, certas atitudes de juízes que se colocam de modo intimidativo diante dos advogados, das partes e dos funcionários do Poder Judiciário, sendo reverenciados pelos primeiros e temidos pelos outros. O aparecimento do desejo de poder, que, às vezes, assalta os juízes, pode ocorrer como a expressão da tentativa de recompor o arquétipo cindido. Tal fenômeno costuma ocorrer entre alguns julgadores neófitos, sendo conhecido por juizite, isto é, a tendência à soberba, à arrogância, ao complexo de autoridade. Esse problema é agravado porque a psique coletiva reforça o que ocorre no plano individual, uma vez que aos juízes se outorga autoridade (2018, p. 184).

Justiça opinativa somada a argumentos de autoridade são risco à democracia. A propósito da questão da existência ou não de ativismo ou insegurança jurídica propriamente dita no Brasil, a análise de José Rodrigo Rodriguez há de ser destacada, com ênfase à afirmação de que temos uma justiça opinativa, a depender da configuração e da personalidade de quem toma a cadeira de magistrado, ou da maioria dos votos, quando se trata de tribunais.

Para Rodriguez, o texto legal e a racionalidade das argumentações constituem aspectos secundários, até porque as decisões judiciais e as opiniões jurídicas em geral se pautam pela utilização *ad hoc* de argumentos de autoridade doutrinária, julgados, máximas morais, postulados diversos, trechos de jusfilósofos consagrados como Aristóteles, Kant, Hegel, Alexy, Dworkin, somente como argumento de autoridade.

Exemplifica ainda com a nossa CRFB/1988, extensa e dotada de ampla principiologia, a permitir a modulação, ao gosto da autoridade, de qualquer texto legal, seja da mesma hierarquia, seja de hierarquia inferior, a assinalar que o nosso suposto ativismo sempre foi o normal estado de coisas no Brasil.

E continua sua percuciente análise o autor:

> As feições opinativas de nosso direito ficaram invisíveis algum tempo porque, provavelmente:
> A) por um certo período histórico os juízes e os doutrinadores eram muito homogêneos: mesma classe social, mesmo gênero, mesma ideologia;
> B) em outros períodos históricos ao fator “A” se acrescenta que os/as juízes/as não eram livres para julgar ou simplesmente aderiram a movimentos autoritários, por exemplo, durante as ditaduras brasileiras;
> C) no caso Lula, a “B” se acrescenta a circunstância da extrema politização da sociedade e do Judiciário como um todo: muita gente tem claramente um lado e decide em favor dele. [...].
> Isso não significa que haja insegurança jurídica no Brasil. Não há. A segurança jurídica é estabelecida em nome da autoridade de Súmulas e Enunciados (não via argumentação) e da autoridade competente para decidir cada caso, como ficou claro

> no episódio da possível soltura do Lula. Assim que a autoridade superior falou, o problema se resolveu: os argumentos são, por definição, pouco importantes para a decisão. O que importa é a ordem com valor jurídico proferida por quem manda.
> Nunca tivemos jurisprudência (apenas enunciados e súmulas obrigatórios e julgados usados "ad hoc"), nem dogmática jurídica (apenas opiniões de autoridades utilizadas também "ad hoc"), nem textualismo (a lei aqui é muitas vezes um mote para a decisão ou um meio de justifica-la retrospectivamente) portanto, nunca fomos formalistas. A esquerda jurídica sempre bateu em um falso inimigo.
> Se isso está certo ou errado, se isto é justo ou injusto, se isso é democrático ou não, é outra discussão. Acho, pessoalmente, errado, injusto e pouco democrático. Mas dizer isso significa ter o dever de criticar academicamente, tentar propor e lutar por uma reforma bastante radical de nossas instituições e de nossa cultura jurídica. Principalmente, exige tentar identificar com clareza a quem este sistema serve, que funções sociais ele desempenha e que interesses ele favorece (2018).

A crítica desenvolvida por José Rodrigo Rodriguez retrata que temos uma atividade argumentativa e também jurisdicional muito mais opinativa (meramente) do que lastreada em justificações caracterizadas de juridicidade, menos ainda baseada em alguma teoria jurídica, tudo a fortalecer o subjetivismo, o decisionismo, o solipisismo, as conveniências, o juriscentrismo e a agressão ao devido processo legal, com menosprezo à racionalidade interna que deve(ria) nortear os atos decisórios do Estado-Juiz (e também, reitere-se, o ônus argumentativo dos demais profissionais do direito).

Não se trata, pois, de um debate ou opção pelo legalismo ou pelo ativismo, e de insegurança jurídica, mas sim de uma opção argumentativa frágil, de um uso de (in)conveniências da jurisprudência, de inexistência de uma dogmática jurídica, de uma práxis de colagens soltas e nada metódicas de argumentos de autoridade, bem assim da lei sendo utilizada como justificativa (retrospectiva) de um posicionamento adotado, obnubilada (a lei) por funções sociais e interesses específicos.

2.8. O Constitucionalismo contemporâneo

Há de se resguardar e propulsionar a força ativa da Constituição, se efetivamente houver o propósito de orientação das condutas em consonância com a ordem constitucional, desde que se constante não somente a vontade de poder, mas a vontade de Constituição, que se baseia na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que passa por um constante processo de legitimação, com o necessário concurso da vontade humana (HESSE, 1991, p. 19).

Superada a noção estrita de legalidade, prepondera a de juridicidade e de constitucionalidade. Algumas das características que marcam o neoconstitucionalismo são bem expostas na obra de Fausto Santos de Morais:

> a) o pragmatismo (Direito implicaria um conhecimento fundido na política); b) ecletismo metodológico (interconexão entre metodologias jurídicas); c) principialismo (a ordem jurídica envolveria regras e princípios, entendidos a partir de argumentos de correção e de combate à injustiça); d) estatalismo garantista (previsão de instrumentos institucionais que tutelem os Direitos Fundamentais); e) judicialismo ético-político (reconhecimento da conexão entre Direito e Moral); f) interpretativismo moral-constitucional (exigindo a leitura moral dos valores constitucionais); g) Pós-positivismo (compromisso com o caráter prático e não meramente descritivo da Ciência Jurídica); h) Juízo de Ponderação (as questões jurídicas difíceis exigiriam a discussão sobre os Princípios Jurídicos envolvidos); i) Especificidade Interpretativa (influência da Constituição nas demais normas jurídicas); j) Ampliação do conteúdo da Grundnorm para o qual o conteúdo moral da Constituição figuraria como eixo de validade da ordem jurídica) e; l) o Conceito não-positivista de Direito (a noção de Direito Positivo deveria ser conjugada com a retitude material da norma, aproximando o Direito de um ideal de validez material) (2016, p. 31).

Dos mencionados caracteres, percebe-se a possibilidade (ou tendência) de inserção de um principiologismo utilitarista exacerbado, que merece atenção e cuidado, especialmente por (possivelmente) ter serventia a subjetivismos, interpretações *ad hoc*, generalismos nocivos, solipisismos, e a um mundo jurídico onde tudo pode.

O neoconstitucionalismo se vincula a um paradigma (em construção), com o escopo de impor maior eficácia às normas constitucionais, pois procura consagrar: a) o reconhecimento da normatividade e vinculação dos princípios, a significar uma abertura do ordenamento a postulados éticos, morais e de justiça; b) um compromisso estatal de transmudação da realidade social, através dos direitos fundamentais sociais (prestacionais); c) a superação da interpretação literal e mecanicista, com o objetivo de buscar maior concretude e adaptabilidade na tutela de bens jusfundamentais; d) reestruturação do paradigma da legalidade, que não pode ser considerado o único legitimador da norma; e) expansação e maior prestígio à jurisdição constitucional, como mecanismo garantidor, via Estado-Juiz, da concretização dos princípios constitucionais (LIMA, 2010, p. 86).

De Fredie Didier se extraem algumas críticas que guardam correlação, direta ou indiretamente, com as ponderações e peculiaridades acerca do neoconstitucionalismo:

> Os abusos e incompreensões revelam-se basicamente em uma postura de supervalorização dessas ditas “novidades”: a) supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no sistema jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica; b) supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação de poderes; c) supervaloriza-se a *ponderação* em detrimento da *subsunção*, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra, de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema (2017, p. 165).

Volta-se, mais uma vez, ao mundo do tudo é possível dos vieses principiológicos, com o retorno à crítica da má e incorreta utilização, inclusive, do princípio da proporcionalidade, que não somente por si só, mas para a interpretação e aplicação dos outros princípios, tem servido a qualquer coisa que se pretenda.

Indubitável que as normas-regra cumprem função de segurança, certeza jurídica e de redução da generalidade, abstração e complexidade do sistema jurídico, e não se pode prescindir delas.

A abertura e a práxis indiscriminada do neoconstitucionalismo também gera outro problema, qual seja o Judiciário não somente como o último desaguadouro das lides e questões litigiosas, mas como uma função política que tudo pode decidir, sobrepondo-se às outras funções políticas, e também às necessárias construções da cidadania para a solução de seus problemas e criação de uma justiça coexistencial, sem a necessária presença do Estado-Juiz.

Para Elival da Silva Ramos, o neoconstitucionalismo é elaboração teórica frágil, mais um modismo, não mais que um positivismo renovado, até porque também os termos "neo" e "pós" têm sido utilizados para designar qualquer coisa, ainda que sem forma exata e conteúdo:

> Quando se procura compreender o que é o neoconstitucionalismo para poder analisa-lo criticamente, aceitando-o ou rejeitando-o, constata-se que se está diante de elaboração imersa em tamanhas fragilidades, que não passa de muito mais que um "modismo intelectual" [...].
> Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam) [...].
> De resto, a fragilidade teórica do neconstitucionalismo pode ser também aquilatada: pela indevida invocação de autores estrangeiros que, supostamente, teriam rompido com o positivismo jurídico, quando, na verdade, o que professam nada mais é do que um positivismo renovado (em geral, com a incorporação da viragem hermenêutica ocorrida em meados do século passado); pelo recurso frequente a uma retórica vazia e passionalista; e, finalmente, pelo fato de que "os partidários do pós-positivismo, como, em geral, os críticos do positivismo jurídico, constroem uma imagem caricatural de seu adversário teórico que não encontra correspondência nos escritos dos mais conhecidos juspositivistas do século XX" [...].
> A principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretenso "pós-positivismo" tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo das decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das referências axiológicas de seus prolatores (2010, p. 279-281-284-285).

A Constituição não é aquilo que os órgãos jurisdicionais desejam ou resolvem que deva ser, mas o fato é que a denominada principiologização exacerbada do direito tem sim permitido construções jurisprudenciais fruto de escolhas voluntaristas, decisionistas, solipsistas, *ad hoc*, inclusive em desrespeito às premissas construídas no artigo 489, § 2º, do CPC/2015 (não fundamentação).

Também não se deve olvidar que, naquilo que respeita ao dever dos órgãos jurisdicionais de promoção de uma interpretação e aplicação das normas procedimentais de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, não há dificuldades em afirmar uma correspondente subjetivação, que pode ser enfeixada na forma geral de um direito à proteção jurídica efetiva, até porque para cumprimento da atribuição constitucional de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia, não somente o legislador e o administrador, mas também os juízes são obrigados não só a respeitar os direitos fundamentais, mas ainda de promover condições de realização efetiva dos direitos fundamentais, e protegê-los das ameaças provindas de terceiros (ZOLLINGER, 2006, p. 47-62).

A autora Marcia Brandão Zollinger constrói o possível confronto, no exemplo de situação na qual haja norma infraconstitucional disciplinando a matéria, em relações privadas, bem assim a necessidade de solução dotada de juridicidade, a evitar escolhas subjetivas:

> É claro que se houver norma infraconstitucional disciplinando em medida suficiente a incidência do direito fundamental na relação privada, o juiz, ao decidir o caso concreto posto à sua apreciação, deverá aplicá-la, não podendo se sobrepor à regulamentação legislativa, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático.
> Mas, na ausência de norma infraconstitucional, ou diante de proteção legal insuficiente, o Judiciário poderá aplicar diretamente os direitos fundamentais com fundamento na sua incidência direta na relação privada. A medida dessa incidência deverá ser determinada, portanto, pelo Judiciário a partir do exame da proporcionalidade entre o direito fundamental ameaçado ou violado e o princípio da autonomia privada (2006, p. 182-183).

Por fim, também outra particularidade que em demasia vem causando anomalia de outro jaez, figura a ideia de que tudo no direito pode ser objeto de ponderação, de balanceamento, de sopesamento, abdicando-se da subsunção. Exemplo deletério (e novo) de tal circunstância se encontra no mal estruturado e já abordado (devidamente criticado) artigo 489, § 2º, do CPC/2015, a permitir, em tese, que se efetive ponderação entre regras, e não apenas entre princípios, como era de se esperar pela lógica dogmática e prática.

2.9. Construção de precedentes judiciais: crise do direito positivo?

É desejável um ambiente social e jurídico em que haja um mínimo grau de segurança, certeza e previsibilidade. A simples existência de precedentes judiciais mostra aos profissionais do direito, mais ainda aos órgãos jurisdicionais, um caminho a trilhar, até porque os precedentes constituem fontes jurídicas, tendo em vista a fixação de uma regra jurídica, abstraída do caso concreto (HADDAD, 2018, p. 101)

Conforme salienta Daniel Mitidiero:

> O direito brasileiro é normalmente reconduzido à tradição romano-canônica. [...] Desse enquadramento decorre a proeminência que a legislação sempre ocupou diante da jurisdição no direito brasileiro. Também daí ressai a negação da jurisprudência como fonte do direito ou no mínimo a sua caracterização como simples fonte secundária, reflexa ou indireta (2017, p. 69).

Daniel Amorim Assumpção Neves estabelece ideia geral de precedente com enfoque em qualquer julgamento que possa ser utilizado como lastro, base, fundamento a um outro julgamento posterior (2017, p. 1519). Classicamente, um julgamento não nasce como um precedente, mas se transforma em tal quando é utilizado futuramente, como razão de decidir em um julgamento outro.

Não obstante para os fins do presente trabalho o lastro mais incisivo para que haja decisões legítimas, justificadas, dialógicas, democráticas e dotadas de juridicidade, esteja localizado exatamente e primordialmente no respeito às premissas esculpidas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, ao se abordar os precedentes judiciais, válido na devida proporção o raciocínio elaborado por William Pugliese:

> [...] sabe-se que o Judiciário é o poder com maior déficit democrático, já que seus membros não são escolhidos pelo sufrágio, mas sim por concurso público. Sem a legitimidade conferida pela população, e não tendo mais os juízes a mera função de aplicar a lei, as decisões precisam ter um fundamento mais forte do que a simples opinião pessoal do magistrado. Este elemento mais forte é encontrado, justamente, no respeito aos precedentes, o que se traduz para a população na imagem de que o Direito é uno e aplicado igualmente para todos (2016, p. 61).

O trabalho com precedentes exige algo não usual no Brasil, e que envolve construções com enfoque zetético, mais atentas às perguntas, na investigação de um problema, do que exatamente às respostas e soluções prontas ou dogmáticas. De se lembrar que embora se constate no Brasil pretensões precedentalistas, vivemos uma realidade sumular, de respostas prontas e antecipação de sentido, como se pudesse a interpretação do direito se

caracterizar pela isomorfia. Antes do delineamento das bases que orientam o julgamento pelas cortes de precedentes, a crítica de Lenio Luiz Streck ao panorama vigente no Brasil:

> Trata-se da construção de enunciados assertórios que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas *a priori*, "oferecidas" antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). Isto é, as súmulas são uma espécie de "antecipação de sentido", uma "tutela antecipatória das palavras" ou, ainda, uma atribuição de sentido *inaudita altera partes*. Mais ainda, são o produto de um neopandectismo, repristinando a pretensão de construção de "realidades supra-legais", em que os conceitos adquirem "vida autônoma". As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas judiciárias, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas "as demandas" (causas). Isso explica as razões pelas quais *não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses*. Essas teses – transformadas em super-enunciados – proporcionam "respostas antecipadas". No fundo, trata-se de um "sonho" de que a interpretação do direito seja isomórfica (2017, p. 83).

Talvez o problema não resida mesmo nas súmulas ou enunciados em si mesmos, mas sim na forma pela qual os operadores do direito lidam com tais fontes, de modo simplista, sem se ater àquilo que originou a súmula ou enunciado.

Dos princípios que pautam o julgamento das cortes geradoras de precedentes, importa salientar os seguintes: objetividade, suporte, replicabilidade, responsividade, congruência social e consistência sistêmica e ideal de estabilidade (PUGLIESE, 2016, p. 39-47).

A objetividade conduz à ideia de que há limitações para os magistrados quanto à forma de decidir as situações postas à sua apreciação. É imperioso que casos análogos ou iguais sejam tratados de forma análoga ou igual (*treat like cases alike*), respeitando-se o sentido prospectivo dos atos decisórios e suas consequências futuras.

O suporte se liga ao fato de que as regras esculpidas, estabelecidas e aplicadas por uma corte jurisdicional devem ser suportadas pelos padrões normais da sociedade e especiais do ordenamento jurídico.

Quanto à replicabilidade, significa que os profissionais do direito, de modo geral, devem possibilitar e impulsionar a efetiva participação dos sujeitos, com argumentos e influências reais no processo de decisão judicial, a permitir inclusive que as partes estabeleçam previamente as regras que governarão a relação jurídica em um eventual litígio, bem assim que os sujeitos processuais tomem postura proativa, apresentando provas e argumentos jurídicos relevantes (a replicabilidade, por conseguinte, tem a ver com o princípio do contraditório substancial e com o princípio dispositivo).

Referentemente à responsividade, liga-se à atividade dos advogados e defensores, e dos representantes do Ministério Público, pois as decisões judiciais devem levar em consideração tudo o que foi alegado, seja para acolher um argumento e mudar de opinião, seja para a demonstração das razões pelas quais um fundamento não foi acolhido. A responsividade, pelo que se constata, exerce dupla função: mecanismo de retorno aos profissionais que constituem as funções essenciais à justiça (*feedback*) e aumento da legitimidade das decisões judiciais.

Em relação à congruência social e consistência sistêmica, a primeira delas se liga a uma coerência integrativa de elementos sociais e culturais, baseados em um padrão consistente de valores e na congruência de princípios ideológicos; a segunda se vincula a uma coerência outra, no sentido de que todas as normas que formam o ordenamento jurídico devem ser consistentes umas com as outras.

Finalmente, o ideal de estabilidade, típico do *stare decisis*, determina que os juízes produzam decisões em sintonia com os precedentes estabelecidos em decisões antecedentes, sejam elas de tribunais hierarquicamente superiores, sejam do próprio órgão que compõem (PUGLIESE, 2016, p. 39-47), com serventia a lembrança de que pode ser utilizado o instituto da reclamação (artigos 988 e 989 do CPC/2015), como mecanismo garantidor da observância de enunciado de súmula vinculante, decisões em controle concentrado de constitucionalidade, emanadas de incidente de resolução de demandas repetitivas e de incidente de assunção de competência.

Precedentes judiciais não são necessariamente desarmônicos com sistemas de *civil law*, até porque os precedentes, a partir da interpretação e aplicação da lei e das outras fontes jurídicas, conferem-lhes concretude, materialização, solidez e vida jurídica.

E parece necessário, conforme assinalam Jaime Domingues Brito e Tiago Domingues Brito, senão o abandono, a flexibilização da legolatria reinante, com o resgate da geometria variável das fontes, com utilização dos precedentes vinculativos, pelos quais as decisões judiciais poderão ser dotadas de mais isonomia, estabilidade e segurança jurídica (2014, p. 170).

Quanto ao discurso dos precedentes e ainda a distinção no que concerne à justificação e à motivação, de relevo as proposições de Otávio Verdi Motta:

> Além de proporcionar a tutela dos direitos numa perspectiva particular, mediante a prolação de uma decisão justa e, sendo o caso, com adequada efetivação, a justificação da decisão judicial abre espaço para que se proporcione a uniformidade de tratamento das pessoas e a unidade do direito, o que se faz por meio do discurso do precedente. Esse discurso difere-se do discurso da motivação: dentro da

> motivação podem-se isolar os motivos determinantes aos quais haverá vinculação para proporcionar a tutela dos direitos em perspectiva geral. É possível a promoção da tutela dos direitos em perspectiva geral a partir da justificação, por sua vez, por duas frentes. De um lado, oportuniza-se que se tratem as pessoas de forma isonômica, mediante a garantia da igualdade de resultados da atividade interpretativa e decisória. De outro, possibilita-se a redução da indeterminabilidade do direito, criando-se um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social. Em suma, o precedente serve como meio imediato para a promoção da igualdade e como meio mediato para a promoção da liberdade (2015, p. 161).

O discurso jurídico a partir e com lastro em um sistema precedentalista, por conseguinte, presta-se à justificação do tratamento igualitário que deve ser destinado às pessoas e aos consumidores de justiça, como também tem serventia à minimização da indeterminabilidade do direito, a se estabelecer um ambiente mais seguro e certo.

A (não) inserção do jurisdicionado em um mesmo padrão é contextualizada de modo prático por Caroline Schneider, para quem:

> O jurisdicionado, quando vai a juízo, quer consagrar-se vencedor, e quando perde, sem dúvidas, fica insatisfeito, no entanto, essa insatisfação se potencializa, a níveis insuportáveis, quando toma conhecimento de que um caso igual foi decidido de maneira antagônica. Se, de outro lado, o jurisdicionado se sente inserido no mesmo contexto de todos, mesmo que perca a causa, seu nível de insatisfação certamente se reduz. O sentimento que predomina é de que perdeu porque – assim como todos os demais na mesma situação – não tinha direito.
> O respeito aos precedentes é uma arma eficiente para a isonomia e a segurança jurídica e de modo algum engessa a atuação jurídica (2016, p. 161).

Nenhuma proposição pode ser construída sem um argumento que apresente solidez jurídica, com uma projeção prospectiva que respeite o necessário critério da universalidade, a incidir em todas as situações que apresentem as mesmas peculiaridades e características, até porque "[...] *it is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike*" (CROSS; HARRIS, 2004, p. 3), ou seja, trata-se de princípio básico de administração da justiça que deve ser destinado tratamento assemelhado a casos semelhantes, mesmo se sabendo que "[...] *no two cases will be exactly alike*" (SCHAUER, 2009, p. 44), isto é, que dificilmente haverá casos absolutamente idênticos.

Referida segurança jurídica, que deve ser inerente ao fenômeno jurídico, exige uma prática argumentativa com as peculiaridades e consequências da cognoscibilidade, da confiabilidade, da calculabilidade e da efetividade (MOTTA, 2015, p. 171).

Cognoscibilidade se vincula à ideia de que o direito não nasce pronto, que inevitavelmente se faz presente alguma indeterminação, mas que, por outro lado, também há alguns núcleos de significação, que são especificados pela justificação das decisões judiciais.

Confiabilidade envolve uma indispensável estabilidade do direito e do fenômeno jurídico, que não deve sofrer constantes intempéries, nem permitir a denominada jurisprudência *banana boat* (que surpreende e derruba os jurisdicionados), menos ainda estar o direito (e o resultado dele) suscetível a voluntarismos e solipsismos, evitando-se modificações abruptas.

Acerca da designação da jurisprudência lotérica como *banana boat*, da necessidade de mais confiabilidade e de menos surpresas aos jurisdicionados, destaca-se trecho do voto-vista do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 382.736-SC:

> Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: o avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.
> Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.

Calculabilidade se refere à possibilidade de que as pessoas físicas e jurídicas, os entes públicos e privados, os cidadãos e consumidores da justiça, enfim, possam ter alguma previsibilidade em suas vidas, de modo a conformá-las, projetá-las e calculá-las prevendo as consequências jurídicas advindas para determinados atos ou fatos dotados de juridicidade.

Efetividade, por sua vez, engloba a concretização, a realização, a materialização de direitos, pois de nada adianta cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, se os direitos e projeções não forem realizáveis.

Em tratativa dos objetivos de um sistema precedentalista e do dever específico e ético de fundamentação, Marcelo Negri Soares, Monica Bonetti Couto e Jessica Chaves Costa assinalam que:

> É na fundamentação que deve se dar o complexo processo de formação de um precedente judicial, uma vez que a utilização de argumentos substanciais terá o condão de abranger uma gama mais expressiva de casos concretos, na medida em que a *ratio decidendi* se desprenderá do caso específico, podendo ser aplicada à situações concretas que se assemelham com a originalmente construída.

> Consoante ao anteriormente apresentado, a dinâmica de precedentes no CPC/2015 visa, de forma geral, uniformizar o direito, tornando o sistema jurídico íntegro e estável. Isto posto, pode-se concluir, que a forma mais adequada de obtenção de um precedente é através da fundamentação, que permite a demonstração das razões utilizadas pelo magistrado a respeito das normas aplicáveis à controvérisa analisada, possibilitando a correta e ampla uniformização da jurisprudência.
> Importante observar, por fim, que não se trata de criação de normas jurídicas, consoante ao modelo legislativo tradicional, o qual detinha a pretensão de normatizar todas as situações concretas possíveis. Ao seu revés, os precedentes judiciais corretamente formados permitirão uma aplicação futura condizente com as justificativas proferidas no caso anterior, de modo a evitar sua incorreta e injusta utilização.
> Portanto, tomando por base a atual dinâmica processual, na qual impera o dever ético da fundamentação, podemos concluir que a autoridade judicante somente poderá proferir decisões que sejam adequadas e democráticas, na medida em que consignar expressamente os seus argumentos substanciais, prestando, desde logo, contas aos litigantes de que sua decisão foi legitimamente construída. Destarte, a utilização da *ratio decidendi* de uma decisão judicial para outros casos concretos semelhantes futuros será o fruto de uma construção argumentativa coerente, a partir de uma ampla dissussão da questão jurídica em pauta, em nítido respeito aos postulados de um processo civil constitucional democrático (2018, p. 572-573).

É por meio da fundamentação, portanto, que se revelará o processo de formação do precedente, com o escopo de uniformização do direito, pelo que se torna imprescindível a possibilidade de clara identificação das razões utilizadas pelo Estado-Juiz na formação do precedente, de forma a permitir sua correta e justa utilização em casos futuros.

Com as observações e delineamentos acima, e para que uma construção argumentativa coerente, resta claro que para se tratar de precedentes, essencial compreender a significação de *ratio decidendi* e também de *obter dicta*, formulada por Daniel Amorim Assumpção Neves com esteio nas seguintes lições:

> Conforme ensina a melhor doutrina, a *ratio decidendi* (chamada de *holding* no direito americano) é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes, sendo exatamente o que vincula. Distingue-se da fundamentação *obter dicta*, que são prescindíveis ao resultado do julgamento, ou seja, fundamentos que, mesmo se fossem em sentido invertido, não alterariam o resultado do julgamento. São argumentos jurídicos ou considerações feitas apenas de passagem, de forma paralela e prescindível para o julgamento, como ocorre com manifestações alheias ao objeto do julgamento, apenas hipoteticamente consideradas. Justamente por não serem essenciais ao resultado do precedente os fundamentos *obter dicta* não vinculam (2017, p. 1533).

Não é simples nem objeto de consenso a avaliação e a identificação da *ratio decidendi* e também dos *obter dicta*, por isso também são colaborativas à compreensão do tema em comento as assertivas extraídas da obra de William Pugliese, para quem:

> A *ratio decidendi* refere-se às premissas necessárias à decisão. Já os argumentos ditos de passagem, que não se revelam vitais para a manutenção do julgado, são denominados *obter dicta*.

> A definição de Roland Séroussi aproxima-se desse entendimento. Para o autor, a *ratio* "não é senão a regra jurisprudencial fundamental, o cerne da decisão". Já os argumentos considerados *obter dicta*, "embora não tenham caráter imperativo, permitem compreender a decisão graças às opiniões dadas pelos juízes 'incidentalmente', na forma de digressões (*by the way*)" (2016, p. 80-81).

A *ratio decidendi*, como se percebe, exige que se possa identificar a hipótese concreta e a tese jurídica respectiva, conhecendo-se o percurso axiológico ensejador das premissas necessárias à consolidação da decisão.

Os *obter dicta*, por sua vez, são argumentos que integram a construção decisória, servem à cristalização e à solidificação do caminho fático e jurídico percorrido, mas não são o DNA da decisão, o sentido do direito, a coluna vertebral decisória, não obstante sirvam à melhor compreensão da decisão judicial, ainda que postos incidentalmente ou tangencialmente.

Consoante Natalia del Barrio:

> Os *obter dicta* (elipticamente, *dicta*; em singular *dictum*) por sua parte, são os demais argumentos abordados na sentença, que estão relacionados e que a complementam e a harmonizam, mas que não constituem propriamente a âncora da decisão e que carecem, portanto, de valor normativo. Não constituem um princípio essencial para a decisão do juiz, senão elementos acidentais ou opiniões marginais relativas ao assunto, que não incidem diretamente na decisão, e às quais se outorga um valor meramente persuasivo (2018, p. 57, tradução nossa).[16]

Outro ponto a merecer tratativa relaciona-se a quais órgãos jurisdicionais podem ensejar a formulação de precedentes. De modo genérico e abstrato, todo órgão jurisdicional tem o condão de formular precedentes judiciais, desde que sirvam de padrão a julgamentos posteriores, ou há necessidade que de específicas cortes nasçam os precedentes?

Acerca do assunto, Daniel Mitidiero posiciona-se no sentido de que somente as Cortes de Precedentes (Cortes Supremas) criam precedentes, pois são elas que dão e devem dar unidade ao direito. Já as Cortes de Justiça, responsáveis pela uniformização apenas (aplicação isonômica do direito) não teriam aptidão para a formulação de precedentes, cabendo a elas simplesmente o controle da justiça e legalidade das decisões dos casos a elas dirigidos. Sobre o tema, as lições de que:

---

[16] "Los *obter dicta* (elipticamente, *dicta;* em singular, *dictum*) por su parte, son los demás argumentos recogidos en la sentencia, que están relacionados y que complementan y matizan, pero que no constituyen propiamente el anclaje del fallo y que carecen por tanto de valor normativo. No aportan un principio esencial para la decisión del juez, sino elementos accidentales u opiniones marginales relativas al assunto que no inciden diretamente en la decisión y a las que se les otorga un valor meramente persuasivo."

> As Cortes de Precedentes – também conhecidas como Cortes Supremas – visam a outorgar *interpretação prospectiva* e *unidade do direito* mediante a formação de precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. Devem atuar a fim de *guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil.* Vale dizer: devem atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação (2017, p. 79).

Para tal corrente, por conseguinte, o precedente passa a consolidar fonte primária do direito, tendo em vista constituir resultado da força institucional da jurisdição exercitada pelas Cortes Superiores. A autoridade do precedente, por consequência lógica inarredável de tal raciocínio, advém da autoridade do direito interpretado e da autoridade de quem (Cortes Superiores) o interpreta. A recusa ao precedente, nesta senda, configura recusa de vinculação ao direito.

Em sentido contrário, Igor Raatz tece uma crítica àqueles que pretendem a institucionalização de órgãos dotados de autoridade com a função de criação de normas, e com isso, senão findar com a natureza indeterminada do direito, reduzi-la, visando a obtenção de segurança jurídica, cognoscibilidade e previsibilidade, mesmo que as Cortes de Precedentes errem (2016, *on-line*).

E prossegue o autor, a criticar a aceitação de que a interpretação possa consolidar um ato de vontade, ou seja, um posicionamento precedentalista com força vinculante, ainda quando equivocado, ilegítimo ou destoante da mais acertada juridicidade:

> Mas a questão principal a ser tratada aqui é a seguinte: o precedente vincula e obriga não pela qualidade das suas razões, mas porque é necessário que alguém dê a última palavra, estancando os problemas interpretativos. Em outras palavras, a teoria dos precedentes legitimaria alguém (a corte de precedentes) a *errar por último*, na medida em que é dispensável o acerto da decisão para ganhar força vinculante. Entre decisões eventualmente erradas que conferem segurança jurídica e a necessidade de respostas corretas seria melhor, para a teoria brasileira dos precedentes, a primeira opção.
>
> Trata-se de uma opção, no mínimo, autoritária e que parte de uma compreensão equivocada que a interpretação é ato de vontade (isso está em Kelsen, no oitavo capítulo da TPD e apenas confirma o caráter decisionista do ato de vontade) e que, portanto, não haveria nada a ser feito, do ponto de vista da Teoria do Direito, diante da discricionariedade judicial. Não se trata, pois, de uma teoria que busca estabelecer condições a respeito de como se interpreta, mas, sim, legitimar decisões tendentes a dar a última palavra a respeito da interpretação dos textos normativos, dotando-as de força vinculante mesmo quando erradas (2016, *on-line*).

Existem técnicas para verificação da similitude, analogia ou diversidade entre os casos, a fim de que se possa aferir as hipóteses para os fins de vincular, ou não, um caso específico sob análise e julgamento, a um determinado precedente (*distinguishing*), assim

também para superação, total ou parcial, dos precedentes construídos, haja vista a identificação de lastro jurídico suficiente para o abandono do parâmetro no qual se baseava o precedente objeto de aplicabilidade anterior (*overruling*).

Também vale menção à técnica do *modifying* ou *overriding*, a consubstanciar o reconhecimento da presença de um fundamento que tenha aptidão à modificação da *ratio decidendi*, não gerando a superação completa do precedente, mas uma mera adaptação. E poderia o CPC/2015 ter implementado a previsão do *dissenting*, de modo que os juízes e tribunais, sem olvidar do respeito ao posicionamento firmado por meio dos precedentes, pudesse anotar e invocar a necessidade de revisão do precedente, seja por erro, por inconsistência sistêmica ou incongruência social, de modo que o dissenso (ou crítica) fosse encaminhado aos órgãos competentes, para aferição de sua pertinência.

Sem adentrar no mérito de tal debate, profícuo por excelência, para aqueles que consideram o precedente como engessador da atividade jurisdicional, Daniel Mitidiero sugere que a manifestação de discordância é possível, pelos órgãos jurisdicionais que não são Cortes Superiores, com lastro no seguinte mecanismo:

> Uma alternativa interessante para viabilizar a manifestação da discordância dos juízes e das Cortes de Justiça em relação aos precedentes das Cortes Supremas sem prejudicar as partes e a racionalidade do sistema de distribuição de justiça está na adoção da prática de uma espécie de *dissenting opinion* – ou simplesmente *dissent* – na redação das decisões judiciárias. Embora seja uma prática oriunda da antiga *House of Lords* inglesa e da *Supreme Court* estadunidense utilizada para *reportar por escrito* determinada divergência manifestada pelos *Lords* e pelos *Justices* no debate oral de determinado caso que ao final do julgamento restou vencida, nada obsta a que semelhante prática seja adotada como forma de viabilizar a *crítica judicial* ao precedente. Trata-se de solução que pode inclusive servir como um bom parâmetro para aferição do grau de aprovação do precedente e eventualmente como elemento capaz de indicar o desgaste e necessidade de sua superação (2017, p. 107).

Leonard Ziesemer Schmitz demonstra preocupação quanto ao risco de se criar uma cultura de ementas na ordenação jurídica brasileira, ao argumentar que a sonhada cultura precedentalista, que reconduziria à uniformização de entendimentos e à celeridade de julgamentos, pode ter se transformado em cultura de ementas, a desembocar em uma simplificação exacerbada do fenômeno jurídico (2015, p. 308).

De qualquer modo, é bem de ver que os precedentes judiciais, se corretamente implementados e fundamentados, podem servir a uma maior concretização da igualdade processual, da segurança jurídica, do princípio da confiança e da eficiência, além de prestigiar a autoridade e a qualidade da coisa julgada, a cognoscibilidade normativa, a economia processual, a duração razoável do processo, uma maior legitimidade do Poder Judiciário,

tendo serventia, por conseguinte, à previsibilidade, como orientação para os cidadãos, para os profissionais do direito e para os próprios poderes constituídos, além de ensejar uma menor litigância e uma justiça coexistencial mais qualitativa.

Como explicitado por William Pugliese:

> Resta apenas o Brasil reconhecer que a teoria dos precedentes pode contribuir para o Judiciário. As vantagens são muitas e pouco se perde ao respeitar as decisões. É, portanto, viável manter a tradição da *civil law*, aplicando a lei (escrita/codificada) aos casos, mas ainda assim cultivar uma cultura precedentalista. Esta prática pode ser atingida a se seguir a tese de Schauer, no sentido de que o precedente, ao interpretar uma lei, confere-lhe materialidade.
> Assim, a lei perde o seu caráter geral e abstrato e passa a tomar forma como um instrumento eficaz para a solução dos problemas da sociedade. Ao mesmo tempo, ao se admitir que os precedentes moldam o direito, preservam-se a uniformidade do sistema e a igualdade das decisões diante do jurisdicionado (2016, p. 90-91).

Do mesmo autor William Pugliese e na obra referenciada, constata-se a menção a uma particularidade interessante, consistente em exemplo mundial de *common law* e *civil law* em sintonia, identificável no Estado norte-americano da Louisiana. Fato é que os juristas daquele Estado estudavam as doutrinas francesa e espanhola, em preocupação maior com o aspecto legislativo, mas ainda assim sofreram os influxos da *common law* e dos precedentes judiciais, a constituir um sistema mesclado, que segundo o autor é aquilo que está posto (quiçá pretendido) no Brasil (2016, p. 91-93, *passim*).

É importante observar que precedente e jurisprudência não são termos sinônimos, ao contrário disso, são institutos processuais distintos desde o seu nascedouro, a merecer destaque o fato de que o precedente leva anos, talvez décadas, para se consolidar como tal, a partir da qualidade de suas razões, muito menos da quantidade de julgados, já que "*um só precedente* é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo" (TARUFFO, 2014, p. 4). Por seu turno, a jurisprudência nasce a partir de um conjunto de sentenças/acórdãos, como uma compilação de casos que formam determinado entendimento, importando muito mais a parte dispositiva do que as razões, os motivos.

Maurício Ramires pontua que: "[...] tornou-se muito fácil encontrar respostas para dilemas jurídicos através de consultas a mecanismos eletrônicos de buscas de julgados na internet, bastando para isso digitar algumas palavras-chave e clicar um botão" (2010, p. 30).

Grosso modo, e para finalizar tal temática, o profissional do direito tem um mister mais complexo na utilização do precedente, porque deverá se atentar às razões que deram origem àquele precedente, ao passo que na utilização da jurisprudência basta a leitura da ementa, o que denota uma simplificação indesejada na dialética processual. Para facilitar, e

não tornar simplória a aplicação do direito, é que também pode ter relevante serventia a jurimetria, consoante já acentuado.

Diante dessas premissas, poder-se-ia falar em crise do direito positivo? É certo que a dinâmica social exige do fenômeno jurídico efetividade, eficiência e eficácia, e que o direito não pode nem deve servir apenas e tão somente aos interesses estatais e de grandes conglomerados empresariais, muito embora o discurso jurídico, de forma geral, configure-se mesmo como um espelho fiel da ideologia dominante, o que também afeta, por óbvio, os operadores jurídicos.

É só analisar o momento histórico em que se efetivou um específico ordenar jurídico, para se aferir a falta de neutralidade do direito, em especial o direito positivo de certo Estado. Fato é que a influência dos interesses escusos de eventual classe dominante conduz à realização e efetivação da ordem jurídica (SOUZA, 2018, p. 152).

Nessa toada Giorgio Agamben destaca que o direito tem caráter normativo, é norma no sentido de esquadro, não exatamente por comandar e prescrever, mas sim por criar o âmbito da própria referência na vida real, isto é, *normalizá-la* (2010, p. 32).

Consoante Carlos Eduardo Pereira Siqueira e José Rodrigo Rodriguez:

> Nessa esteira, o direito assume papel central na mediação de interesses, necessidades e forças sociais, permitindo a contenção de outros mecanismos de intercâmbio social como o dinheiro e o poder administrativo. Aposta-se, pois, no direito para a manutenção da "rede geral de comunicação" e para a estabilização das expectativas de comportamento. Torna-se elemento fundamental de uma dinâmica social pretensamente emancipada, sem descuidar, é claro, de outras instituições sociais igualmente importantes, como a moral, a religião, a ciência, o sistema de comunicação etc (2018, p. 446).

Significa que o direito funciona mesmo como intersecção e exercício de poder, a consolidar forças sociais e constituir núcleo primacial para que haja comunicação, diálogo e emancipação, por isso não pode servir a qualquer coisa, e pelos mesmos motivos se deve exigir lastro às fundamentações das decisões judiciais, quando os problemas sociais são encampados pela juridicidade.

O Judiciário deve integrar, por conseguinte, tal núcleo dialógico, até porque suas manifestações aparentemente técnicas devem estar submetidas à efetiva participação popular (não só das partes litigantes) e ao controle social. O espaço público deve englobar e incluir a jurisdição. O Estado-Juiz, enquanto esfera de concentração e distribuição de poder, deve se sujeitar a freios e controles que não exclusivamente autorreferentes (SIQUEIRA; RODRIGUEZ, 2018, p. 448).

Carlos Eduardo Pereira Siqueira e José Rodrigo Rodriguez perseveram em seu elaborado raciocínio para consignar:

> Isso não quer dizer que se deve naturalizar a judicialização. É necessário compatibilizar o estado atual de litigância com outros métodos de institucionalização de demandas, mas conscientes da necessidade de disputar o espaço judicial atualmente à disposição da sociedade. Não há contexto para abandono repentino do modelo vigente, já que a cultura tem se firmado no sentido de concentrar no judiciário a solução de conflitos. Também não é o caso de negar a estrutura disponível, pois, como já visto, rejeitar *tout court* o Estado democrático de Direito burguês geralmente abre margens a governos de exceção. Assim, na medida em que o sistema de justiça deve ser questionado, novas práticas precisam ser estimuladas, até atingir, quem sabe, propostas como a de Warat de uma justiça constituída a partir da ideia de "mediação do excluído" (2018, p. 450).

O pensamento crítico, inclusive em relação ao direito positivo, pela sua insuficiência e incompletude, exige método e respeito à atribuição de funções políticas, a se evitar regimes excepcionais, fortalecendo a estrutura disponível e com estímulo a novas práticas de cidadania e solução de conflitos, além da lei, do direito, do processo e da jurisdição.

Admitindo-se que a modernidade é o espaço do sujeito (autonomia), e que se exige (não se prescinde de) uma esfera de compreensão do sujeito (e não do objeto cognoscível), importante ilustrar com Lenio Luiz Streck (e com espeque na literatura, uma estória do início dos anos 1660 – *Medida por medida*), um exemplo de solipsismo, decisionismo ou subjetivismo, bem assim da passagem ou do trânsito do objetivisimo ao subjetivismo, por vezes ao sabor de (in)conveniências:

> A *estória* se passa em Viena. O Duque Vivêncio, em face de um quadro de desordem e corrupção de costumes, transfere a seu amigo Ângelo o governo, simulando tirar um período de férias, em que visitaria a Polônia. Sob novo comando, a guarda prende o jovem Cláudio, sob a acusação de ter fornicado com Julieta, transmudando-a em mulher. Incontinenti, é condenado à morte por Ângelo. Cláudio, então, pede a sua irmã Isabela para que interceda por ele junto a Ângelo. Isabela busca persuadir Ângelo. Ele diz que Cláudio é um transgressor da lei e que ela estaria perdendo o seu tempo. Diz, também, no contexto dado, a lei não permite vicissitudes idiossincráticas. É ela a palavra do poder: "A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã". Isabela retorna no dia seguinte e insiste na tese. Ângelo mantém-se irredutível. Entretanto, enquanto falava, a concupiscência tomava conta de Ângelo, vendo que por debaixo das vestes de Isabela (ela vestida com roupa de noviça) um belo exemplar da espécie humana se escondia.
> Assim, em um instante, Ângelo, aquele "poço de virtude", transmuda-se, dizendo à Isabela que, "se o amasse em retorno, seu irmão seria poupado". De escravo da lei, de escravo da estrutura, do "que está dado", Ângelo se transforma em "senhor da lei", "senhor dos sentidos".
> Do juiz "boca-da-lei" (que Shakespeare antecipa em quase duzentos anos), isto é, do extremo objetivismo filosófico, Ângelo vai ao completo subjetivismo. Ou seja, duzentos anos antes das críticas de Ihering à juíza Pórcia de *O mercador de Veneza*

> – outro exemplo de juiz solipsista (subjetivista) shakespeariano – essa discussão já estava posta pelo bardo (2015, p. 232)

Será possível o meio-termo, o equilíbrio, a dosagem certa das coisas no fenômeno jurídico, em especial no ato decisório, de modo que os julgadores não sejam o extremo do escravo da lei, tampouco a outra ponta do senhor dos sentidos e da lei? Quiçá inviável tal empreitada, voltam-se novamente os olhos ao artigo 489, § 1º, do CPC/2015, a esculpir premissas otimizadoras de uma práxis mais racional, justificada e sistêmica de fundamentação das decisões judiciais, justamente a evitar (ao menos minimizar) vicissitudes idiossincráticas e um fluxo descontrolado entre o objetivismo e o subjetivismo.

2.10. Síntese integradora

O estudo das fontes do direito e das grandes tradições jurídicas da *civil law* e da *common law* mostra a importância de algumas distinções, mas talvez mais que isso, demonstra que parece mesmo existir menos razão ou lastro às afirmações relativas ao primado ou maior relevância de um determinado modelo em detrimento do outro.

Tem havido cada vez maior imbricação e miscigenação entre as indigitadas tradições, especialmente pelo fortalecimento geral da jurisprudência como fonte jurídica estatal, a revelar os contornos dos tempos de preponderância do Poder Judiciário.

Como há uma pretensão de mais segurança jurídica e isonomia, premente o estudo das particularidades em cada sistema dos precedentes judiciais, com seu viés prospectivo e práticas argumentativas, na busca de minimizar a jurisprudência lotérica e de dotar o sistema de maior calculabilidade e efetividade.

A crítica a uma cultura de ementas deve ser trabalhada, a envolver prática pela qual se empresta importância e consideração às respostas, mas não se perquire acerca das perguntas, dos fundamentos estabelecedores de um parâmetro jurisprudencial ou precedentalista.

Ainda vivemos um mundo de súmulas e respostas prontas (não obstante haja pretensões precedentalistas), e as súmulas, a bem ver, não são boas ou más, e podem funcionar como um selo jurídico aposto em importantes conquistas jurídicas; mas quando as súmulas ou as respostas prontas (sem a perquirição das perguntas) são utilizadas como significante primordial fundante, podem consubstanciar fator de fragilização da discussão amiúde dos direitos dos cidadãos (STRECK, 2017, p. 52).

Por tudo isso também o maior uso da jurimetria pode servir de ferramenta apta ao entendimento dos contornos das decisões judiciais, visando segurança e igualdade, estabelecendo-se maior previsibilidade, controlabilidade e racionalidade às decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais, inclusive a demonstrar, por vezes, no que consiste a crise do direito positivo, quais as peculiaridades do constitucionalismo contemporâneo, e como se identificar e evitar a prática do *confirmation bias*, temas objeto de abordagem subsequentemente.

Muito embora opções sejam imanentes ao fenômeno jurídico, interpretativo e aplicativo do direito, e como inescapável a possibilidade de premissas obscuras, não tangenciáveis e imperceptíveis, a denotar alguma margem de uma indesejável, perigosa, utilitarista ou finalística discricionariedade dos órgãos jurisdicionais no ato interpretativo, mister a ressifignificação dos parâmetros e padrões decisórios, e também a reconfiguração do ônus argumentativo dos diversificados profissionais do direito, porque em tal seara não vale a ideia de que *virtus in medium est*.

Por mais que vieses e posições divergentes sejam inerentes, e mesmo constituam a riqueza, a diversidade e a dinamicidade do direito, faz-se premente maior racionalidade, sistematização e autoridade nos argumentos dotados de juridicidade.

A partir de tais ideias, as bases criadas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, têm serventia como legítimas balizas e essenciais mecanismos operacionalizadores de maior prestígio ao sistema, aos provimentos jurisdicionais e à própria dialética qualificadora do processo civil.

Fato é que o artigo 489, § 1º, do CPC/2015, constitui novidade alvissareira ao fixar marcos banhados de juridicidade, ao impor técnicas dotadas de objetividade e racionalidade, a dar conta daquilo que não se considera fundamentação desejável, jurídica e suficiente, a constituir metodologia à construção de provimentos jurisdicionais, além de impulsionar o ônus argumentativo dos demais profissionais da área jurídica.

E como há uma pretensão maior de segurança jurídica e tratamento isonômico, bem assim de fuga aos extremos legalistas estritos e ativistas extremados, e porque tais escopos sofrem variação de aplicabilidade e efetividade, também a depender das tradições jurídicas enraizadas em cada sociedade, a exemplo das tradições clássicas e típicas do ocidente, quais sejam a *civil law* e a *common law*, o seu estudo, diferenciação e configuração se revelam essenciais em termos de assimilação dos resultados colhidos no que concerne à argumentação, interpretação e aplicação do direito em cada sistema.

Além disso, busca-se compreender as peculiaridades das práticas precedentalistas e a essencialidade de mais gestão e estatística aplicada ao direito, a gerar exatamente maior

entendimento, assimilação e possibilidade de positivas prospecções teóricas e práticas, que colaborarão à melhor compreensão do fenômeno jurídico e social, e estabelecerão dados estatísticos, embasados na realidade fenomênica, que permitirão novas teorizações e práticas.

Haveria, assim, uma crise do direito positivo, ou se constata apenas mais um dos movimentos pendulares dos mecanismos de exercício do poder, dos mecanismos pelos quais o Judiciário resolve os conflitos de interesses?

Fato é que, admitida a incompletude do direito positivo, é preciso reforçar as bases e metodologia para a atuação dos órgãos jurisdicionais, para que não imperem os extremos dos julgadores escravos da lei, e daqueles senhores dos sentidos e da lei, consoante destacado e exemplificado neste capítulo, e demonstrado por práxis no extremo do objetivismo e da pura ontologia, ou na outra ponta pelo subjetivismo gerador de autoritarismos e riscos democráticos e de legitimidade.

O positivismo jurídico guarda sintonia com um ordenamento jurídico que prestigia e respeita as diretrizes constitucionais, não descarta outras emanações e fontes jurídicas, assim como não impede a preponderância da ideia de constitucionalidade e juridicidade do constitucionalismo contemporâneo, mas a Constituição e o direito não podem ser aquilo que o Estado-Juiz resolve que devam ser, mormente em tempos de policentrismo decisório, ainda que justificada a intervenção com base em inclusão social.

É que mesmo com todas as contingências, incompletudes e vicissitudes sociais e jurídicas, espera-se dos órgãos jurisdicionais não uma subjetividade asséptica, mas o respeito à engrenagem esculpida no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, como mecanismo implementador de racionalidade, logicidade, metodologia e juridicidade ao sistema, tudo a evitar o protagonismo exacerbado, as decisões *ad hoc* e as pseudodecisões judiciais, evitando-se ao fim o *confirmation bias* (gerador de um erro de raciocínio indutivo, caracterizado pela seletividade e ignorando alternativas e informações) e dotando a argumentação jurídica (ônus) e os provimentos jurisdicionais (dever) de mais qualidade e elementos técnicos, de controle e jurídicos.

E toda a significação e inovação do CPC/2015 no que toca à (não) fundamentação das decisões judiciais, somadas aos escopos de estabilidade, coerência e integridade, são delineados no capítulo subsequente, de forma a estabelecer os contornos metodológicos, operacionais, jurídicos e sistemáticos para a busca de solidez da argumentação jurídica (ônus) e constructos decisórios (dever) dotados de maior logicidade, juridicidade e qualidade.

3. A SIGNIFICAÇÃO DA NÃO FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CPC/2015 (ARTIGO 489, § 1º), E AS PREMISSAS DA ESTABILIDADE, DA COERÊNCIA E DA INTEGRIDADE (ARTIGO 926)

Não obstante o reconhecimento de que a criação, a (re)formulação e a positivação de textos jurídicos, ainda que alvissareiros, não têm o condão de impor modificações qualitativas no mundo da práxis, relevante destacar a importância do CPC/2015 na tentativa de eliminação (talvez minimização) das decisões judiciais nulas, porque sem lastro em fundamentação válida. A propósito do tema, André Karam Trindade, em *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil – coerência e integridade*, consigna que:

> [...] ao suprimir o livre convencimento, ao delimitar os elementos de uma fundamentação válida (art. 489, § 1º) e, sobretudo, ao exigir que os tribunais mantenham a jurisprudência estável, coerente, íntegra (art. 926), o legislador promoveu uma revolução paradigmática no modo de produção das decisões jurídicas (2016, p. 17).

De tal assertiva se extraem elementos fundantes de uma teoria da decisão jurídica, pois há um elenco de diretrizes, consubstanciadas em exigências de motivação para as decisões judiciais, bem assim as premissas implementadoras de manutenção (criação, na verdade) de um corpo jurisprudencial com as características da estabilidade, da coerência e da integridade, tudo a influir na confiança legítima dos profissionais do direito e mais que tudo, dos jurisdicionados, dos consumidores de justiça, da sociedade, que não pode mais vivenciar os percalços das incertezas, vicissitudes e do imponderável que ronda a atuação dos órgãos jurisdicionais, sem contar o decisionismo, o solipsismo, o subjetivismo, e a abominável (mas comum) prática do *confirmation bias*.

Conforme Michele Taruffo:

> Uma boa motivação não é uma motivação retoricamente eficaz, mas aquela que fundamenta a decisão sobre argumentos válidos e controlados. (...) a aceitabilidade racional da decisão não depende somente da intrínseca qualidade dos argumentos usados para justificá-la, mas também da estrutura do processo argumentativo (2005, p. 248, tradução nossa).[17]

[17] "Una buona motivazione non è una motivazione retoricamente efficace, ma quella che fonda la decisione su argomenti validi e controllabili. E continua o processualista italiano, a consignar que l'accettabilità razionale della decisione non dipende solo dall'intrincesa qualità degli argimenti usati per giustificarla, ma anche dalla struttura del processo argomentativo."

É possível afirmar que circunstancialmente os magistrados decidem, para somente depois fundamentarem? É desejável que primeiro se conclua, para alfim e sequencialmente se justificar a conclusão adotada? Ou em outras e inglesas palavras, como questionou em célebre frase Charles Evans Hughes, em 1907, *is the Constitution what the judges say it is?* (é a Constituição aquilo que os juízes dizem ser?).

É factível que o julgador, ao se deparar com uma controvérsia ou problemática jurídica, prospecte incontinenti a decisão mais justa, para posteriormente recorrer a parâmetros de juridicidade, em busca de apoio às suas conclusões antecedentemente (talvez precocemente) projetadas?

Manuel Atienza alerta para tal perspectiva e possibilidade:

> É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte esse tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação (2006, p. 23).

Piero Calamandrei já suscitava o tema há tempos, com afirmação acerca da possibilidade do magistrado primeiro buscar o senso do justo e a decisão em sua consciência, para depois encontrar a fundamentação que sustente a conclusão *a priori* estabelecida (com o que se discorda, embora na prática isso deva ocorrer com alguma constância):

> Todos os advogados sabem que os decisórios justos são muito mais frequentes do que fundamentações irrepreensíveis, de modo que, muitas vezes, depois de uma reforma por vício de fundamentação, o redator do acórdão não pode fazer outra coisa, em são consciência, senão reproduzir, com maior habilidade, o dispositivo da decisão reformada. Isso acontece porque, às vezes, o juiz de dotes morais superiores aos dotes intelectuais sente, por intuição, de que lado está a razão, mas não consegue encontrar os expedientes dialéticos para demonstrá-lo.
> Penso que a angústia mais obsessiva para um juiz escrupuloso deve ser exatamente esta: sentir, sugerida pela consciência, qual a decisão mais justa, mas não conseguir encontrar os argumentos para demonstrá-la logicamente. Sob esse aspecto é bom que também o juiz tenha um pouco da habilidade do advogado, porque, ao redigir a fundamentação, deve ser o defensor da tese já estabelecida por sua consciência (1995, p. 179).

Em termos de juridicidade e legalidade, o que se apregoa é menos percepções, subjetividades e senso do justo dos magistrados (mesmo que tais sentimentos possam ter positiva e importante serventia), por isso a reiteração de que os caminhos do ato decisório, quando trilhados em conformidade com as especificações contidas no artigo 489, § 1º, do

CPC/2015, haverão de minimizar os inconvenientes da (in)consciência do julgador e da tomada de decisões *ad hoc*, até porque, de conformidade com as lições de Marcelo Negri Soares:

> O trabalho do magistrado em convencer as partes e a opinião pública é basicamente enfocado na motivação da sentença. No relatório, os fatos por si sós não podem fazer com que uma pessoa mediana conclua o impasse acertadamente; enquanto que na fase da motivação, tendo o magistrado abordado os pontos controversos, ressaltando-se os fatos e provas relevantes, indicadores de sua convicção, deve obter o convencimento não só das partes, mas também de qualquer do povo que se depare com a peça de decisão, que mesmo possuindo pouco ou nenhum convencimento sobre o caso, ainda assim, pode admitir e defender a posição tomada pelo juiz, ratificando-a, ou exercendo o seu poder de controle sobre o Poder Judiciário, manifestando seu repúdio ao *decisum*, trazendo a comoção popular de maneira a sugerir a reforma da sentença ou sua melhor motivação. O juiz obriga-se a emitir os fundamentos em que baseou o julgado, a lei é explícita nesse sentido. E decorrência deste preceito, o juiz está vinculado a resolver todas as questões propostas, seja pelo autor, seja pelo réu, considerando-se nula a sentença que é omissa a respeito de ponto relevante suscitado por qualquer das partes. O pedido deve ser decidido sem omissões. Sob essa ótica, os litigantes têm o direito de conhecer precisamente as razões de fato e de direito que determinaram o sucesso ou insucesso de suas posições. Daí porque, as questões submetidas devem ficar claramente resolvidas, sem obscuridades ou omissões, de sorte a proporcionar inclusive reexame pela Superior Instância (2011, p. 172-173).

A motivação deve servir à construção da decisão, pois o contexto decisório deve ser o contexto do dever de motivação. Acerca do tema Giulio Ubertis assinala:

> Sobre a distinção entre aqueles – dentro da qual, se insiste, há que demarcar as atividades intelectuais relativas à decisão e à motivação e os resultados linguísticos através dos que se expressam -, se evidencia a arbitrariedade da opinião favorável ao reconhecimento de uma irredutível <<assimetria [...] entre o procedimento decisório e a motivação >>:<< toda a disciplina processual da motivação soa decididamente em sentido oposto [...] Este, e somente este, é o sentido do "dever" de motivar: a soldadura entre contexto de decisão e contexto de motivação (2017, p. 30, tradução nossa).[18]

O atendimento às pautas do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, estabelece validade e expressão racional, a impor mecanismos para a prestação de contas quando da atividade decisória dos órgãos jurisdicionais. Englobam tais premissas a responsabilidade ao proferir decisões judiciais, e criam caminhos a uma melhor atividade argumentativa dos demais profissionais do direito.

---

[18] "A propósito de la distinción entre aquellos – dentro de la cual, se insiste, hay que deslindar las atividades intelectuales relativas a la decisión y a la motivación, y los resultados linguísticos a través de los que se expresan -, se evidencia la arbitrared de la opinión favorable al reconocimiento de una irreducible <<asimetría [...] entre el procedimento decisorio y la motivación>>: << toda la disciplina procesal de la motivación suena decididamente en sentido opuesto [...] Este y no outro es el sentido del "deber" de motivar: la soldadura entre contexto de decisión y contexto de motivación."

A famosa assertiva do Ministro Humberto Gomes de Barros, do egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, esculpida no Agravo Regimental nos Embargos em Recurso Especial de nº 279.889-AL, é de causar espanto, criticável essencialmente, ou constitui mera afirmação ou confirmação de um viés indesejável da realidade forense, simplesmente a mostrar que cada qual dos órgãos jurisdicionais decide como quiser, de acordo com a sua consciência?

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

A falta ou deficiência de fundamentação das decisões judiciais macula de nulidade a decisão, daí por que louvável a previsão do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, assim como a criação de mecanismos de respeito a um padrão qualitativo e uniforme de comandos judiciais (estabilidade), a uma formalidade lógica (coerência), bem assim a harmonização das decisões do Estado-Juiz a princípios que consubstanciem vetores hermenêuticos de um agrupamento político e jurídico (integridade).

Não se crê possam aquelas exigências estampadas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015 impor qualquer espécie de engessamento ou tecnicismo exacerbado à prestação jurisdicional, especialmente por não se encontrar dados empíricos que lastreiem referidas afirmações.

A (não) fundamentação receberá tratativa especial em sequência, e consubstancia o cerne do presente trabalho, na medida em que se questiona (e se afirma) a suficiência das previsões do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, para a construção de decisões judiciais (e de argumentações jurídicas, por óbvio) com o timbre da juridicidade, dialogicidade e legitimidade.

Quanto às indicadas fórmulas da estabilidade, da coerência e da integridade, passar-se-á à sua análise e delimitação. No que toca à estabilidade, sem excluir a dinamicidade da vida e do direito, importa destacar as constantes alterações e a imprevisibilidade do corpo de

decisões judiciais, a constituir verdadeira jurisprudência lotérica, uma aventura em que muitas vezes não se sabe qual será o fim, ou uma situação em que se imaginava um final determinado, mas se obtém outro, em confronto, muitas vezes, com aquilo que já sedimentado (a exigir atenção ao importante instituto da modulação de efeitos das decisões judiciais, inclusive).

A propósito da relevância de alguma estabilidade e da segurança jurídica, Ravi Peixoto desenvolve o seguinte raciocínio:

> Em sendo a linguagem detentora de imprecisão semântica, a capacidade de previsão do sujeito de direito deve ser dirigida às consequências alternativas atribuíveis pelo direito aos seus atos ou fatos. Trata-se de uma noção que admite uma gama de possibilidades e que visa à proteção de decisões arbitrárias que fujam a qualquer âmbito de possibilidades o ordenamento jurídico. A distinção entre texto e norma "não pode significar que seja possível atribuir qualquer sentido ao texto, mesmo que se possa admitir que essa relação se torna cada vez mais dissociada com o crescente aumento da complexidade social. [...].
> Por outro lado, essa gama de possibilidades pode ter sido reduzida por meio da estabilização de um determinado entendimento jurisprudencial. Mesmo que se admita que, a partir do momento em que se litiga, o direito material torna-se incerto, a existência de determinada jurisprudência consolidada sobre um determinado tema irá gerar confiança nos sujeitos de direito sobre aquele tema. Assim, a indeterminabilidade é reduzida, deixando de estar dirigida a uma gama de possibilidades para estar dirigida diretamente a um determinado posicionamento adotado por aquele órgão jurisdicional. E, havendo uma superação em sentido surpreendente, mesmo que a nova interpretação esteja dentro do âmbito de possibilidades dos textos normativos, a segurança jurídica pode ter sido violada (2016, p. 58-59).

Que a linguagem é aberta e imprecisa, não há dúvida. Mas também incontroverso que não se pode falar (decidir) qualquer coisa, arbitrariamente. Não obstante as possibilidades sejam diversas, e cada caso apresente especificidades próprias, há que se manter um fio de estabilidade e segurança, dentro da normalidade jurídica.

A coerência, por sua vez, pode ser bem identificada com a utilização do notório *romance em cadeia* de Ronald Dworkin, pelo qual se constata que o romancista (magistrado) precisa dar continuidade à narrativa, sem se consubstanciar em mero reprodutor ou repetidor daquilo que preestabelecido. Não pode, como regra, impor rompimentos severos, fissuras importantes, isto é, há de manter o enredo produzido até então. Respeitadas tais limitações, o romancista (Estado-Juiz) necessita dar continuidade à história, estabelecer as nuances e peculiaridades de seus capítulos (decisões judiciais), ou seja, tentar melhorar o romance, mas sem perder de vista o respeito à harmonia da história.

Para Lenio Luiz Streck, coerência emana da aplicação dos mesmos preceitos e princípios a casos idênticos, de forma a assegurar a igualdade, isto é, que as diversas hipóteses

terão igual consideração pelo Poder Judiciário, o que somente pode ser atingido por meio de um holismo interpretativo, formado a partir de uma circularidade hermenêutica, a gerar também o denominado "jogo limpo" (2017, p. 101).

Coerência de um sistema e da jurisprudência pode ser aferida em antigo e conhecido exemplo extraído dos EUA, mais precisamente em 1889, no caso *Riggs* contra *Palmer*, ocasião em que um tribunal foi instado a decidir questão relativa ao direito sucessório. Não havia previsão expressa quanto à possibilidade de limitação do direito à herança, mais especialmente quando tivesse o *de cujus* sido assassinado pelo próprio herdeiro, com o escopo exato de recebimento da herança. Uma interpretação técnica, objetiva e literal conduziria à conclusão de que não haveria óbice jurídico ao recebimento da herança.

No entanto, preponderou o entendimento de que não seria razoável, lógico nem desejável prestigiar a má-fé e a prática de condutas antijurídicas, e também se considerou prospectivamente os efeitos de uma decisão que não entendesse pela preponderância da boa-fé, da licitude e do respeito a premissas e princípios essenciais a uma coexistência em sociedade, e foi negado o direito do herdeiro ao recebimento da herança.

A coerência dá ensejo à concretização da igualdade, no sentido de que os diversos casos terão igual consideração e definição por parte do Poder Judiciário. E isso somente pode ser alcançado, consoante assinalado, por meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência, por conseguinte, significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento, além de também querer dizer "jogo limpo" ou *fairness* (STRECK, 2016, *on-line*).

A ultimar a coerência e a inaugurar a integridade, em junção de ambas, Raphael de Souza Almeida Santos, ao destacar que o dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra, e não inventar uma melhor, assinala que a interpretação deve ser compreendida como um instrumento voltado a reconstruir o direito sob o ponto de vista da coerência e da integridade, com análise do titular da atividade judicatória dos pontos e contrapontos existentes nos argumentos apresentados pelas partes, sendo despiciendo espaço às suas convicções pessoais, aumentando, por conseguinte, as possibilidades de alcançar uma resposta correta para a hipótese levada à sua apreciação (2016, p. 52).

A integridade (e a fuga do *confirmation bias*) é desenvolvida por Francisco José Borges Motta e Maurício Ramires, em *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil – coerência e integridade*:

> Para começar, o respeito à integridade do Direito impede o juiz de colar precedentes isolados em sua fundamentação, baseando-se unicamente neles para a resolução do caso. A pesquisa pelos precedentes deve dar ao juiz um quadro de *totalidade*. O intérprete não pode se contentar com o que os julgadores pretéritos disseram (porque o que disseram, em si, não é lei nem é mesmo diante da nova disciplina processual, vinculante), mas com o que eles fizeram coletivamente ("Adequar-se ao que os juízes fizeram é mais importante do que adequar-se ao que eles disseram", diz Dworkin). É a obra coletiva que conforma a tradição, com a qual o intérprete está obrigado a lidar e dialogar (2016, p. 104).

O respeito à integridade do ordenamento jurídico evita ou minimiza condutas ou pretensões solipsistas, decisionistas, solitárias e arbitrárias, especialmente porque o destoar de um precedente, por exemplo, exigirá precisa, pública, articulada e muito bem delineada fundamentação justificadora.

Segundo Eduardo Ribeiro Moreira, em explicitação da integridade, dos princípios e critérios de racionalidade prática, bem assim da busca de justiça e equidade:

> A noção de interesse de integridade sustenta-se no conjunto não somente de princípios, mas dos critérios de racionalidade prática. Também a integridade não se confunde com o sentido, pois é essencial a seu conceito a percepção da força e obrigatoriedade do conjunto. Caso se quisesse alcançar o sentido lógico ou correto, bastaria o critério de coerência para regular a matéria [...].
> O direito como integridade é tanto produto interpretativo, aí incluída toda a prática jurídica, quanto fonte de inspiração desta. Essa fonte é criativa, porque o que já fora interpretado na continuidade em que se apresenta o direito como integridade, o qual não tem como objetivo esquemas pontuais futuros, porque não se liga aos ganhos contabilizados na decisão, e também não é preso ao passado, muito menos retroativo (2014, p. 174-177-178).

Integridade guarda correlação, por conseguinte, com o respeito e a obrigatoriedade do conjunto, incluída a atividade interpretativa e aplicativa do direito, tendo serventia não somente aos profissionais do direito, mas à sociedade como um todo, na busca de um equilíbrio, consoante arremata o mesmo Eduardo Ribeiro Moreira em sequência:

> O equilíbrio é frágil, e o critério da integridade se faz necessário, pois requer que a decisão seja coerente como um todo. A integridade é então aceita pela comunidade na medida em que ela encontra nos princípios o melhor que ela pode achar, e isso tudo somente faz sentido quando a comunidade também aceita o peso que o direito tem na balança: justiça e equidade (*fairness*). Afinal, justiça, equidade e integridade representam conjuntamente a totalidade do compromisso inicial. Isso permite um direito para todos, para alcance dos juízes, para os intérpretes e para a comunidade em qualquer grau de jurisdição ou de casos, afinal "o direito como integridade explica e justifica tanto os casos fáceis quanto os difíceis; também mostra porque são fáceis" (2014, p. 178).

A integridade exige dos legisladores um conjunto de leis coerentes, e que os órgãos jurisdicionais imponham a qualidade da coerência aos mandamentos jurídicos. A integridade

tem a ver com a ideia de que os juízes e tribunais construam os seus argumentos de modo integrado ao conjunto do direito e de forma sistêmica, tudo com o escopo de evitar ou minimizar arbitrariedades, desarrazoados e injustificados malabarismos interpretativos.

Consoante os delineamentos de Lenio Luiz Streck:

> [...] a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas.
> A integridade é antitética ao voluntarismo, ao ativismo e à discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do direito, estabelecendo um "grau zero de sentido", como que, fosse o direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso - a morte do personagem - não fosse condição para a construção do capítulo seguinte (2017, p. 101).

No que concerne à tão almejada segurança jurídica e para se evitar voluntarismos indesejados, sem descurar da necessidade de mutação jurisprudencial, Carlos Velloso assinalou em entrevista publicada na Folha de São Paulo, em 09 de julho de 2018, que é necessário ter segurança jurídica. É claro que qualquer jurisprudência não deve criar mofo, mas sim evoluir, no entanto com a observância de valores e do processo histórico, e não subitamente, de acordo com a vontade de um ou outro ministro ou juiz, que se julgue mais preparado intelectualmente.

O direito, em sua dinamicidade, interpretação e aplicação não é nem nunca será objeto pronto. A constitucionalização do direito e do processo, a riqueza e heterogeneidade da coexistência em sociedade e a pluralidade de dramas, necessidades, contingências, adaptações e mutações das pessoas, constituem fenômeno inevitável.

Não obstante postas tais premissas, a segurança jurídica, a racionalidade do sistema, um mínimo de previsibilidade e racionalidade devem nortear aquilo que emana do Poder Judiciário e que é objeto de trabalho dos demais profissionais jurídicos.

Lenio Luiz Streck resume, define e ilustra tudo isso:

> Mais simples ainda: decidir com coerência e integridade é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar; determina que eles têm um dever (*have a duty to*) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões.
> Numa palavra final: nestes tempos em que "todos os gatos são pardos" e que há uma amálgama de política, ideologia, valores e opiniões pessoais, o Direito já não consegue se reconhecer. Então, primeiro, temos de reconhecer o Direito no seu grau

> de autonomia; segundo, abrir uma clareira (*Lichtung*), desbastando o que está em volta para que ele possa vir à luz. Em *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, escrevi clamando pela necessidade de abrirmos uma clareira no Direito. Em ele aparecendo, para sobreviver, deve ser coerente e íntegro, cuja transparência somente se dá pela fundamentação (*Grund*). Eis o banho de imersão que o novo CPC deve receber das águas da Constituição (2016, *on-line*).

Aliada e fundada também na estabilidade, na coerência e na integridade, a fundamentação, como se verifica, não constitui uma escolha ou opção, mas um dever de respeito a certos padrões, metodologias e critérios, especificamente aqueles desenhados no alvissareiro artigo 489, § 1º, do CPC/2015.

3.1. A justificação no processo civil de viés constitucionalizado

Novamente em breve retorno àquilo que norteava o processo civil de outrora, mais especialmente o de 1939, verificam-se indesejáveis características não de todo eliminadas, ainda presentes em juristas que sobrelevam o argumento de autoridade, e não a autoridade do argumento, a gerar autoritarismo em caminhos solipsistas, a prestigiar a ainda discutida (e mais recente) discricionariedade e livre convicção do juiz. Ao criticar o processo autoritário, que não mais poderia vigorar, Moacyr Amaral Santos salientava em 1959:

> Dos poderes do juiz destacaram-se alguns traços sintomáticos de autoritarismo, a dar impressão de um juiz carrancudo e truculento, dono absoluto do processo, do seu processo, do seu instrumento de composição dos conflitos. A formação dêsse espírito autoritário, de que se impregna não pequena parte da magistratura, aquela para ela encaminhada menos por vocação do que pelas vantagens práticas propiciadas pela profissão, teria a acoroçoarem-na dois fatores, que se associaram em desprestígio da finalidade do processo (1959, p. 223-224).

E continua o processualista, a dar conta de que o primeiro fator engloba uma grosseira deturpação do princípio da autoridade, um verdadeiro juriscentrismo, a prestigiar um magistrado investido das insígnias de autoridade, mas desvinculado do dever de obediência ao princípio da legalidade, a transformar o processo judicial em segunda edição do processo policial.

E o segundo fator, que guarda correlação com a noção de que a finalidade do processo é a busca da verdade, a extravasar a doutrina de atribuição de todo o poder ao juiz, por considerá-lo em condições de intervir no processo de modo a descobrir a verdade (1959, p. 224-225).

Tal colorido autoritário obviamente ainda perseverou no CPC/1973, e conquanto ainda não tenhamos incorporado e implementado em plenitude as ondas renovatórias caracterizadores da fase instrumentalista do processo, a exemplo da acessibilidade otimizada e qualitativa à justiça, da tutela dos direitos coletivos em acepção lata, bem assim melhorias em geral no modo de ser do processo (racionalização e gestão do sistema, desburocratização, utilização da tecnologia, busca de mais justiça coexistencial), incontroverso que estamos a imbricar nas bases instrumentalistas um formalismo valorativo, com o escopo de um direito processual civil de matriz constitucional, que resguarde aspectos jusfundamentais de viés constitucional, e que faça valer os supraprincípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

A cientificidade do processo civil já se consolidou de longa data, e se fortaleceu nas últimas décadas. A preocupação é mais com o resultado prático do processo, com a afetação positiva do e pelo processo aos jurisdicionados, com o respeito e sintonia do processo com os direitos e garantias fundamentais caros a um Estado de Direito, Democrático e Constitucional.

Ao tratar do silogismo da aplicação do direito, Ponencia de Rafael Hernández Marín delineia de forma geral como deve ser decidido um litígio, a lembrar também da necessidade de conformidade com o direito e de motivação:

> Decidir um litígio conforme o Direito consiste em ditar uma decisão, formular um enunciado, que seja conforme o Direito, tanto desde o ponto de vista processual, como desde o ponto de vista material ou de conteúdo. Uma decisão judicial processualmente conforme o Direito é uma decisão judicial ditada como culminação de uma série de atos processuais que regulam a tramitação do litígio de que se trate. Por outro lado, segundo o Direito (concretamente, segundo a Constituição e a Lei Orgânica do Poder Judicial), a única obrigação do juiz é a jurisdicional. Isto significa que a única exigência que o Direito impõe ao conteúdo das decisões judiciais é que estas digam ou apliquem o Direito. Por esta razão se pode dizer que uma decisão judicial materialmente conforme o Direito é uma decisão que diz o Direito.
> Motivar a decisão consiste, basicamente, em formular razões que justifiquem a decisão. Mas é uma questão muito debatida a de como devem ser essas razões (2015, p. 154, tradução nossa).[19]

[19] "Decidir un litigio conforme al Derecho consiste en dictar una decisión, formular un enunciado, que sea conforme al Derecho, tanto desde el punto de vista procesal, como desde el punto de vista material o de contenido. Una decisión judicial procesalmente conforme al Derecho es una decisión judicial dictada como culminación de una serie de actos procesales, todos los cuales son conformes a las normas jurídicas procesales que regulan la tramitación del litigio de que se trate. Por otra parte, según el Derecho (concretamente, según la Constitución y la Ley Orgánica de Poder Judicial), la única obligación del juez es la jurisdiccional. Esto significa que la única exigencia que el Derecho impone al contenido de las decisiones judiciales es que éstas digan o apliquen el Derecho. Por esta razón, se puede decir que una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión que dice el Derecho.
Motivar la decisión consiste, dicho vagamente, en formular razonamientos que justifiquen la decisión. Pero es una cuestión muy debatida la de como han de ser esos razonaminetos."

Um processo democrático dispensa protagonismos, seja das partes, seja do julgador, a encorpar uma estrutura dialética do procedimento processual, a isonomia, o policentrismo e a comparticipação dos sujeitos processuais no fortalecimento do debate processual.

Devem, pois, ser refutadas as posições extremadas da jurisdição, pelas quais ou o magistrado é nada mais que um gélido decisor, que apenas acompanha e alfim decide (protagonismo das partes), ou, na significação e práxis opostas, um deus olímpico, o grande timoneiro do processo, cuja sabedoria privilegiada deve ditar todos os caminhos do processo, afastando-se as partes.

Em sequência à mesma ideia e proposições, o processo deve ser garantístico de bens jusfundamentais, um espaço público de comunicação, fortalecido o diálogo endoprocessual, tudo em uma perspectiva democrática discursiva, comparticipativa e policêntrica.

O modelo processual almejado se pauta nas exigências de cidadania, soberania popular e, a se destacar para os fins do presente trabalho, na legitimidade democrática dos provimentos jurisdicionais. (SANTOS, 2016, p. 43-47, *passim*).

Em sintonia com o tema, a sobrelevar uma interpretação e aplicação do direito de viés que prestigie os bens jusfundamentais e o controle de legitimidade das decisões, Odoné Serrano Júnior assevera que:

> O reconhecimento racionalmente motivado em termos discursivos da pretensa validade de uma norma resulta, de fato, acessível apenas no quadro de uma pesquisa cooperativa da verdade. Contudo, a interpretação-aplicação-do-Direito não se legitima tão-só pela legalidade do processo, pelo procedimento, mas pela interpretação do ordenamento jurídico em sua totalidade. Daí a necessidade de uma motivação discursiva de natureza substancial, que tenha por base os princípios, os valores e os fins de nossa Constituição, enfim, o sistema de direitos fundamentais.
> Percebe-se, então, que, se a interpretação-aplicação-do-Direito estiver inserida em algum paradigma de intersubjetividade, é possível exercer o controle de legitimidade das decisões jurídicas, não dando espaço para subjetivismos e atribuição arbitrária de sentidos, pois, na medida em que é feito um exame dos argumentos apresentados para dar embasamento à decisão, pode-se verificar se a norma concreta produzida pelo intérprete-aplicador-do-Direito é legítima, realizando a vontade constitucional, na medida em que se pauta em critérios que asseguram a máxima proteção à dignidade da pessoa humana, ou, se ao contrário, apresenta funções repressivas, que visam perpetuar relações de violência e de desigualdades injustas, destoantes do que estabelece a Carta de 1988 (2007, p. 184-185).

Não à toa o legislador do CPC/2015 inaugurou a novel codificação processual civil com as denominadas normas fundamentais do processo civil, em sua grande maioria de extrato constitucional, bem assim estampou no artigo 1º que o processo civil tem regência, ordenação, disciplina e interpretação com arrimo nos valores e normas fundamentais

constantes na Constituição da República. É de um processo civil constitucionalizado que se está a tratar e que se está a almejar.

Também não sem razão repetiu o legislador do CPC/2015, no artigo 11, aquilo que já constava na CRFB/1988 no artigo 93, inciso IX, a propósito da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

E o processo somente se justifica (e da mesma forma as decisões judiciais) quando tem serventia à tutela de direitos, de bens da vida, pois de nada adianta a técnica processual sem a efetivação de proteção e resguardo a direitos e interesses, sempre sob os auspícios da tutela efetiva e suficiente dos direitos e garantias fundamentais, para que as decisões judiciais gerem concreta resolução e influência não só no caso particular, mas também para que os comandos jurisdicionais repercutam positivamente perante a sociedade como um todo.

Os órgãos jurisdicionais têm que prestar contas de seu trabalho e de sua função jurisdicional, de forma a conferir legitimidade democrática, constitucional e legal aos seus comandos, interferências e intervenções.

O raciocínio base à necessidade de justificação é elaborado por Alexandre Freitas Câmara, para quem:

> Ademais, é sempre importante lembrar que as decisões judiciais são atos praticados por agentes estatais. Por força disso, e sendo o juiz um agente estatal que atua em nome do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República), é preciso que tais atos sejam revestidos de *legalidade* e de *legitimidade*.
> A legalidade da decisão (entendida como juridicidade, isto é, como compatibilidade com o ordenamento jurídico compreendido em seu todo) é exigida expressamente pelo art. 8º do CPC. A legitimidade é porém, uma exigência do Estado Democrático de Direito, e precisa estar presente na atuação dos juízes e tribunais.
> Ocorre que, diferentemente dos agentes que atuam no Poder Legislativo e no Poder Executivo – os quais são legitimados pelos votos que recebem – o magistrado não é eleito e, assim, não recebe legitimidade *a priori* da sociedade. Sua legitimidade, então, deve ser estabelecida *a posteriori*. O que se quer dizer com isso é que, enquanto administrador público e legislador são legitimados previamente, e com base nessa legitimidade, conquistada pelo voto, exercem suas funções, o juiz não recebe sua legitimidade previamente por escolha da sociedade. Daí a necessidade de que o juiz se legitime *ato a ato*. Cada decisão que um juiz ou um tribunal profere precisa ser constitucionalmente legitimada. E isto só ocorrerá se cada uma dessas decisões for proferida em conformidade com a Constituição da República. Acontece que isso só pode ser aferido pela fundamentação da decisão judicial. Os fundamentos da decisão, portanto, são os elementos que permitem a aferição da legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais. E tudo isso se revela fundamental quando se considera que uma das características essenciais do exercício do poder em um Estado Democrático de Direito é a *controlabilidade* dos atos de poder. Em outros termos, não haverá Estado Democrático se não existirem mecanismos capazes de permitir algum tipo de controle dos atos de poder do Estado. Afinal, não há Democracia sem controle do poder (2017, p. 282).

A já abordada teoria formalista teve enorme importância para um momento de impulsionamento do Estado de Direito, e o desejado (exigido) silogismo tinha exatamente a ver com segurança jurídica, dando sentido predeterminado aos textos legislativos.

Mas o ordenamento jurídico não é, e nunca será dotado de completude, clareza absoluta ou previsibilidade acerca das ocorrências do convívio em sociedade e das necessidades da vida social e humana, nem da objetividade das ciências naturais, a apresentar inevitavelmente questões e problemas de ambiguidade, complexidade, implicabilidade, superabilidade e abrangência, o que é bem explanado por Otávio Verdi Motta:

> A ambiguidade dos textos normativos corresponde à possibilidade de que os enunciados apresentem significados diferentes e excludentes, permitindo a construção de uma ou, ao contrário, de outra norma. O problema da complexidade surge quando um enunciado normativo produz ao mesmo tempo duas normas conjuntas diferentes. A análise do texto pode levar ainda a um nexo de implicação entre os enunciados, ou seja, uma dispositivo enseja a construção de uma norma, mas essa implica outra norma. A superabilidade surge quando um dispositivo enseja a criação de uma norma, que admite exceções implícitas. Finalmente, o problema da abrangência emerge quando um dispositivo enseja a criação de uma norma, mas não se sabe se a norma é aplicável somente às hipóteses de suporte fático expressamente nela previstos ou se sua aplicação se estende a situações semelhantes, ou seja, se o texto é taxativo ou exemplificativo (2015, p. 75).

Existem casos mais fáceis (*easy cases*) e outros mais difíceis (*hard cases*), mas em uns e outros se exige da mesma maneira justificação e fundamento decisório, ainda que os casos difíceis possam exigir (e normalmente recomendam e exigem) um respeito mais quantitativo e qualitativo a elementos discursivos e argumentativos.

E interpretar não pode ser aquilo que bem entender o intérprete, por isso que também não se justifica um antiformalismo desmedido. Não obstante se deva esclarecer que não é pretensão do presente trabalho a opção ou a indicação por determinadas concepções interpretativas, algo que parece razoável se vincula a uma teoria cética moderada, dando conta de que o ato interpretativo envolve, inevitavelmente, atos de conhecimento, cognição, dedução e silogismo, mas também escolhas, opções entre as mais diversas acepções propostas ou admitidas pelo texto, a gerar por conseguinte a imprescindibilidade de justificação do caminho percorrido a se chegar a uma determinada conclusão jurídica, formal e substancialmente.

Nessa toada, imprescindível a justificação constitucional, legal e democrática da atividade jurisdicional, mais especialmente quando se depara com a inevitável possibilidade de escolhas. E tal assertiva chama a atenção à distinção entre texto e norma, situação posta por Otávio Verdi Motta:

> [...] se a atividade do intérprete não é meramente descritiva, mas importa escolhas, então é manifesto que, no quadro do Estado Constitucional, há uma diferença, não verificada no âmbito do Estado Legislativo, entre o texto que carrega o enunciado normativo e a norma. Percebe-se que o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários. O processo de interpretação é a atividade por meio da qual se transformam os enunciados em normas, e a norma, por conseguinte, é considerada o resultado da tarefa interpretativa (2015, p. 88).

Na medida em que e porque inevitável a existência de escolhas no processo interpretativo, e que os problemas apresentam dinamicidade maior do que a possível completude do ordenamento jurídico, essencial prestigiar o caminho da argumentação, da justificação e da juridicidade da motivação das decisões judiciais, como forma de implementar segurança e certeza jurídica, bem assim os demais bens jusfundamentais que se realizam pelo e no processo judicial. Por tal práxis, senão com eliminação (pois improvável), ao menos com relativização do subjetivismo, do solipsismo, do decisionismo, das interpretações *ad hoc* e da arbitrariedade na argumentação (e na decisão, normalmente como consequência).

O fenômeno e a imprescindibilidade da justificação no modelo de Estado Constitucional é bem estruturado por Otávio Verdi Motta nos seguintes termos:

> Dado que o Estado Constitucional é um Estado que se justifica, quando se compreende que o direito não é um objeto pronto, mas é uma prática argumentativa que depende do processo de interpretação e que esse, por sua vez, demanda decisões e escolhas por parte do intérprete, percebe-se uma correlata elevação do grau de justificação judicial, que passa a ser o modo de demonstrar a racionalidade da decisão, fundamento necessário de legitimação da intervenção estatal na esfera jurídica das pessoas. O discurso justificativo passa a ser o elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais. O processo de justificação conta com uma linha argumentativa e uma linha lógica: a justificação será racional se justificar as premissas normativas e fáticas (justificação externa) e o nexo de lógico entre premissas e conclusão (justificação interna) (2015, p. 211-212).

A se palmilhar tal caminho, cria-se tanto justificação interna, porque respeitadas determinadas premissas que geram uma conclusão lógica e dotada de juridicidade, tornando a decisão consistente, exsurgindo a justificação externa, porque houve fundamentação racional, demonstrável à comunidade jurídica e aos jurisdicionados.

3.2. O que é (não) fundamentar para o CPC/2015?

A opção do legislador, quando da criação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no que concerne ao ato de motivação das decisões judiciais,

sejam elas interlocutórias, sentenças ou acórdãos, deu-se por exclusão ou negativa, ou seja, o CPC/2015 arrolou hipóteses e situações (não exaustivas, mas *suficientes*, é o que se defende) nas quais não se considerará fundamentada uma decisão judicial.

A propósito da não exaustividade, o Enunciado 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece que "As hipóteses descritas nos incisos do § 1º do art. 489 são exemplificativas" (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória). Trata-se uma exigência qualitativa mínima, de uma criteriologia antes inexistente.

Henrique Napoleão Alves tenta, ainda que de modo singelo, estabelecer padrões de justificação de decisões judiciais, partindo do raciocínio de que fundamentar é justificar, e dando conta das seguintes peculiaridades quanto aos padrões decisórios:

> Básico: Ocorre quando o magistrado justifica a decisão com base num único argumento.
> Cumulativo: Ocorre quando o magistrado utiliza dois ou mais argumentos que concorrem para uma mesma conclusão interpretativa.
> Complexo: Ocorre quando o magistrado trata dos argumentos de ambas as partes e justifica sua decisão por um dos lados do conflito (2017, *on-line*).

A se pautar por tal orientação, não é difícil perceber e concluir que as decisões judiciais, de forma geral, sejam elas decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos, dificilmente atingem na prática a caracterização dada ao ato complexo, no qual as partes realmente participam e legitimam a decisão judicial.

O mesmo autor Henrique Napoleão Alves, ao assinalar o respeito que o Estado-Juiz deve às considerações e argumentos apresentados pelas partes, mostra o contraponto usualmente dirigido por julgadores para minimizar tal exigência:

> Colegas e amigos da magistratura costumam levantar os seguintes contrapontos: (1) o número de processos torna impossível que os argumentos sejam todos analisados; (2) as próprias peças são, em muitos casos, confusas e mal redigidas.
> Quanto ao ponto (1), o problema do número elevado de processos pode ser combatido de várias formas. O rebaixamento da qualidade da decisão é provavelmente a pior delas.
> O outro ponto (2) é um problema sério para a advocacia e para a solução de controvérsias, mas nem tanto para a justificação das decisões: o magistrado pode dispensar, fundamentadamente, tudo aquilo que sequer se configura como argumento (2017, *on-line*).

Há previsão mais aberta da fundamentação no artigo 11 do CPC/2015, ao preconizar que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Mas a especificação daquilo que não se considera ato decisório fundamentado se trata de opção inovadora, em relação à qual somente o tempo dirá se haverá efetividade, concretude, acolhimento, cobrança

e aplicabilidade (não obstante se ouse asseverar que para o bom, técnico e qualitativo magistrado a novidade não dê ensanchas a quaisquer questionamentos).

A preocupação que (ainda) paira envolve a minimização, a pouca incidência concreta e a flexibilização dos critérios legalmente postos, em verdadeira manutenção de um *status quo ante* que merece e exige modificação, criando-se e materializando-se novos e auspiciosos paradigmas. Exemplo de tal entendimento preponderante se constata, ilustrativamente, nas lições de Elpídio Donizetti, de quem emana o seguinte posicionamento (do qual se discorda, não obstante seja consideração defensável e respeitável):

> Essas disposições foram inseridas pelo legislador como forma de obstar a prolação de sentenças demasiadamente concisas, que muitas vezes ignoram os argumentos apresentados pelas partes e até mesmo o entendimento jurisprudencial predominante sobre a questão em litígio. Não se pode exigir, contudo, que em todo e qualquer caso o juiz fundamente, de forma exaustiva, as suas decisões. O Supremo, intérprete da Constituição, já afirmou, a propósito, que "o magistrado não estar (sic) obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte" (AI 761.901/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.04.2014).
> Por tal razão penso que o dispositivo estabelece uma espécie de roteiro ao magistrado – assim como o faz para o advogado (art. 319, CPC/2015) -, mas que não precisa ser seguido "a ferro e fogo". Afinal, para dar conta do acervo e das metas estabelecidas pelo CNJ, não há como exigir que o julgador analise, de forma pormenorizada, todas as alegações trazidas pelas partes (2017, *on-line*).

As tão desejadas e caras qualidades da concisão, do poder de síntese e da objetividade em nada atrapalham a indispensável fundamentação das decisões judiciais. Por sinal, o que se espera dos profissionais do direito é que cumpram seu ônus argumentativo e seu dever de fundamentação de forma resumida e direta, sem perda de conteúdo e de qualidade (por certo é mais difícil escrever e explanar menos, com simplicidade, brevidade e clareza, do que de modo alongado e demasiado). Incontroverso que o CPC/2015 não teve como escopo evitar decisões (ainda que exageradamente) concisas, mas sim e claramente obstar decisões sem a escorreita fundamentação.

Em referência à possibilidade de uma objetividade que pode comportar fundamentação mais singela, José Rogério Cruz e Tucci mostra as possíveis nuances em termos de exteriorização da *ratio decidendi*, a depender da complexidade do ato decisório em pauta:

> Não obstante, não é preciso prescrever que, de fato, as decisões menos relevantes proferidas no curso do processo, admitem motivação mais singela. Esta possibilidade, contudo, não significa ausência de fundamentação, mas, sim, motivação suficiente na medida da importância do *thema decidendum*, considerando-se, sempre a situação concreta.

> É de entender-se, portanto, que as decisões interlocutórias, as sentenças terminativas (i. e., "sem resolução do mérito"), os acórdãos interlocutórios e, ainda, as decisões monocráticas que admitem ou negam seguimento a recurso, comportam fundamentação mais singela, sem embargo da excepcional possibilidade de o juiz ou tribunal deparar-se com episódio que imponha motivação complexa.
> As sentenças e os acórdãos definitivos (i. e., "com resolução do mérito") devem preencher, rigorosamente, a moldura traçada no art. 489, ou seja, conter, no plano estrutural, os elementos essenciais neste exigidos (2018, p. 103).

Nada obstante a obviedade teórica e prática a envolver o fato de que a falta de exteriorização da *ratio decidendi* faz a decisão judicial desaguar na nulidade, a fundamentação consoante as bases do CPC/2015 (artigo 489, § 1º), na prática, infelizmente ainda parece utopia, até porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, por exemplo, segue aplicando o entendimento firmado à luz do CPC/1973, consoante se extrai de pesquisa de 2017 que analisou 68 (sessenta e oito) julgados da referida Corte, tomando como ponto de partida o artigo 489 do CPC/2015, sendo que em apenas 2 (dois) ocorreu a anulação do acórdão com base na falta de fundamentação (DELLORE, 2017, *on-line*).

Exaustividade no ato decisório também é característica absolutamente despicienda, a bem ver criticável. Além disso, o acervo, as metas do CNJ e os 80,1 milhões de processos em curso no Brasil (ao final de 2017) não constituem escusa para agressão a previsões de matriz constitucional, bem como aos critérios claramente postos no CPC/2015 (legislação federal), em termos de exigência, dever, obrigação (e não exatamente e simplesmente um "roteiro") de fundamentação das decisões judiciais.

Com as lições de Alexandre Freitas Câmara, é possível projetar e concluir que:

> A fundamentação da decisão judicial é o elemento consistente na indicação dos motivos que justificam, juridicamente, a conclusão a que se tenha chegado. Este é um ponto essencial: *fundamentar é justificar*. É que a decisão precisa ser legitimada democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a *decisão correta* para a hipótese. E esses fundamentos precisam ser apresentados substancialmente. Afinal, se os direitos processuais fundamentais (como o direito ao contraditório ou o direito à isonomia) têm de ser compreendidos em sua dimensão substancial – e não em uma dimensão meramente formal -, o mesmo deve se aplicar ao *direito fundamental a uma decisão fundamentada*.
> O que se pretende dizer com isso é que não terá sido observado o princípio constitucional da fundamentação das decisões se o pronunciamento judicial contiver uma fundamentação meramente formal, que é a rigor um simulacro de fundamentação, ou seja, uma fundamentação fictícia. Afirmações como "presentes os requisitos, defere-se a medida", ou "indefere-se por falta de amparo legal" não são verdadeiras fundamentações, porque não justificam as decisões. Por que se podem considerar presentes os requisitos? E que requisitos são esses? O que significa "falta de amparo legal"? Há alguma vedação? Onde está a proibição? Por que ela se aplica ao caso? Nenhuma dessas perguntas é respondida por fundamentações simuladas, fictícias, como as que foram indicadas acima (2017, p. 280-281).

A fundamentação das decisões judiciais tem extrato ou matriz constitucional (artigo 93, inciso IX, da CRFB/1988), não obstante a dinâmica exemplificativa (em negativa) do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, cerne do presente trabalho, seja realmente novidade em nosso ordenamento jurídico. Sobre tal critério negativo e a respeito da construção de significados jurídicos próprios, Rafael Giorgio Dalla Barba assinala:

> Sob essa ótica, ainda que o artigo 489, parágrafo 1º do CPC pareça trazer um critério negativo, na prática o dispositivo exerce uma *função positiva*: a decisão será fundamentada se nela não puder ser apontado nenhum dos aspectos elencados no parágrafo. Ou seja, o Direito constrói um significado próprio para "fundamentação", emancipando-se de outras esferas do conhecimento ainda que com elas compartilhe os mesmos conceitos.
> Não se trata de um contorno procedimental, mas da manifestação da autonomia do fenômeno jurídico. É essa autonomia de significação que lhe possibilita resolver litígios em sua área de atuação com métodos e recursos especificamente jurídicos, deixando a outras esferas (sobretudo à Filosofia Moral e Política) os problemas que lhe são tradicionalmente próprios.
> Ainda que a pá entorte em face do rochedo, nada impede que se recomece a cavar em outro lugar (2018, *on-line*).

A fundamentação serve a impor transparência e cognoscibilidade ao discurso argumentativo, a fim de que se atinja a almejada controlabilidade, bem assim se garanta a racionalidade da aplicação do direito (KOCHEM, 2016, p. 476).

Constitui, por conseguinte, um necessário e democrático ensaio da persuasão, a dar legitimidade ao provimento judiciário, a fixar os limites do ato decisório, a permitir a controlabilidade da unidade e da uniformização do direito, e a propulsionar a melhor interpretação e aplicação do direito, bem como qualificar os processos discursivos e argumentativos.

A fundamentação deve cumprir o seu escopo endoprocessual e extraprocessual, o primeiro identificado com a ideia de que a dialética processual, em seu sentido substancial, seja efetivamente respeitada, que tese e antítese exerçam poder de influência no órgão jurisdicional (seja para acolher, seja para repelir pretensões), que a atividade jurisdicional daí emanada permita aos sujeitos processuais o exercício do duplo grau de jurisdição (a se entender que se trata de princípio explícito na CRFB/1988, e não implícito, como assinala a corrente majoritária), enfim, a permitir a tão almejada, necessária e repetida controlabilidade e aferição.

O segundo, o escopo extraprocessual, visa permitir a expansão do princípio da publicidade, de forma que as outras funções políticas, as pessoas físicas e jurídicas, os operadores do direito, e mais que tudo, a sociedade e os consumidores de justiça possam

conhecer não somente as decisões judiciais no sentido formal, mas os porquês de sua construção e conclusão, de forma a poderem todos pautar as suas condutas, organizar sua vida e agir prospectivamente com alguma segurança e certeza jurídica.

A respeito de tais funções endo e extraprocessual, Tomás Javier Aliste Santos complementa:

> Uma função endoprocessual da motivação dirigida, tanto ao convencimento das partes sobre a correção da decisão - motivação *coram partibus* - como ao exame que permite controlar os órgãos jurisdicionais *a quo* e *ad quem* que a decisão se ajusta a Direito - motivação *coram proprioiudice* -. Por outro lado, há uma função extraprocessual da motivação, que obedece a um controle difuso da administração da justiça e se dirige *coram populo*, publicando as decisões judiciais motivadas sujeitas ao conhecimento e à crítica em particular de todos aqueles profissionais que integram a comunidade jurídica e, em geral, da opinião pública (2018, p. 448, tradução nossa).[20]

O Estado-Juiz há de prestar contas de sua atividade, com o enfrentamento das questões fáticas e jurídicas postas à sua apreciação, bem assim mostrando, ainda que sinteticamente ou de modo conciso, as razões lógicas e jurídicas que conduziram o juiz ou o tribunal a uma determinada conclusão, a *ratio scripta* que legitima a decisão judicial.

No que concerne à tentativa de diferenciação entre questões fáticas e jurídicas, vale menção à crítica de Giulio Ubertis, pelo viés de que não é possível a almejada e praticada distinção entre questão de fato e questão de direitos:

> Verdadeiramente, somente um <<sentido místico da lei>> unido a <<uma observação superficial [...] tem levado a considerar [...] que seja possível distinguir [...] um juízo de fato e um de direito>>divididos entre si, posto que <<o “fato” do jurista não é um fato, por assim dizer, bruto, primordial, metajurídico, senão o fato representado em função de interesse único jurídico>> e sempre, enquanto juristas,<<olhamos o fato através da norma>>.
> Em todo processo (civil, penal ou administrativo), afirmam-se variadas hipóteses que podem ser seguidas de consequências jurídicas, isto é dizer, fatos jurídicos, resultando insustentável a tese dos que pensam que é possível deduzir no processo fato não jurídico (como se diz que seriam os<<simples>>), para depois reconhecer sua idoneidade, bem que indireta para a fixação da *res in iudicium deducta*.
> Nunca se pode por o fato<<em quanto tal>> em uma situação dicotômica a respeito do direito<<em quanto>>tal>> (2017, p. 65, tradução nossa).[21]

---

[20] “Una función endoprocesal de la motivación dirigida tanto al convencimento de las partes sobre la corrección de la decisión, motivación *coram partibus*, como al examen que permite controlar a los órganos jurisdiccionales *a quo* y *ad quem* que la decisión se ajusta a Derecho, motivación *coram proprio iudice*. Por otra parte, una función extraprocesal de la motivación, que obedece a un control difuso de la administración de la justicia y se dirige *coram populo* publicando las decisiones judiciales motivadas sometidas al conocimiento y crítica en particular de todos aquellos profesionales que integram la comunidad jurídica y, em general, de la opinión pública.”

[21] “Verdaderamente, solo un <<sentido místico de la ley>> unido a <<una observación superficial [...] há podido llevar a considerar [...] que sea posible distinguir [...] un juicio de hecho, y uno de derecho>> escindidos entre sí, puesto que <<el “hecho” del jurista no es un hecho por ací decir bruto, primordial, metajurídico, sino el

A distinção entre questão de fato e questão de direito tem produzido mais consequências nefastas do que apresentado qualquer utilidade. Consoante Tomás Javier Aliste Santos, "A divisão entre a apreciação da questão fática e da questão jurídica que nestes tribunais se produz conduz a uma desnaturalização da garantia de motivação das decisões e a uma prática aberrante das mesmas" (2018, p. 453, tradução nossa).[22]

Destacada a dificuldade de separar a questão fática da jurídica, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello pontuam de forma geral, nessa toada:

> O § 1º com certeza é inovação digna de nota, pois diz que a garantia da fundamentação das decisões judiciais, de índole constitucional, não se tem por satisfeita, se a fundamentação não atender a certos parâmetros de qualidade. Ou seja, não é *qualquer* fundamentação que satisfaz. Deve-se sublinhar que os dispositivos que serão comentados em seguida dizem respeito não só à sentença, mas a quaisquer decisões judiciais.
> Quando se estuda a motivação da decisão, na verdade, o que se estuda é o que *aparece* na decisão, que seria uma espécie de "fachada", mas mesmo assim, é interessante estudar este fenômeno, já que representa, pelo menos, o que é compreendido como satisfatório para figurar como fundamento da decisão, em face das exigências de dado sistema. Outras motivações que podem ter as decisões (ideológicas, psicológicas etc), estas não estão presentes claramente no texto e não interessam para o direito. Têm que ter sido absorvidas pela possível objetividade e racionalidade dos fundamentos. Caso contrário, a decisão será arbitrária e contrária ao direito (2015, p. 793-794).

Incontroversa a dificuldade de perscrutar as (in)conveniências subjetivas, pessoais, ideológicas, políticas, econômicas, sociais, culturais e tantas outras que podem estar presentes no momento interpretativo, aplicativo e decisório, mas também é certo que exigências de qualidade, coerência, lógica, racionalidade, justificação, enfim, de cumprimento, adoção e concretização das exisgências esculpidas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, podem fazer diminuir a prática do *confirmation bias* e o abismo existente entre mera técnica e legitimidade democrática das decisões judiciais, de modo que, conforme Hugo Filardi Pereira:

---

hecho representado en función de un interés jurídico>> y siempre, em cuanto juristas, <<miramos el hecho a través de la norma>>.
En todo proceso (civil, penal o administrativo) no que se afirman más que hechos que los que pueden seguirse consecuencias jurídicas, es decir, hechos jurídicos, resultando insostenible la tesis de los que piensam que es posible deducir em el proceso hechos no jurídicos (como se dice que serían los <<simples>>), para después reconocer su idoneidad, bien que indirecta, para la fijación de la *res in iudicium deducta*.
Nunca puede ponerse el hecho <<em cuanto tal>> en uma situación dicotómica respecto del derecho <<em cuanto>> tal>>."

[22] "La escisión entre el enjuiciamiento de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* que em estos tribunales se produce conduce a una desnaturalización de la garantía de motivación de las sentencias y a una práctica aberrante de la misma."

> Os magistrados devem expor o porquê interpretaram uma determinada norma jurídica e concluíram um julgamento de uma determinada forma e em detrimento de outras soluções possíveis. Todos os caminhos mentais valorativos, jurídicos, sociais e políticos percorridos pelos magistrados necessariamente devem ser devassados e comunicados aos jurisdicionados interessados, sob pena de vício na formação da decisão (2012, p. 70)

Quanto ao *confirmation bias*, viés de confirmação ou tendência de confirmação, é a predisposição, inclinação ou propensão de se lembrar, interpretar ou pesquisar por informações, de maneira a confirmar crenças ou hipóteses iniciais. É um tipo de viés cognitivo e um erro de raciocínio indutivo.

O *confirmation bias* consubstancia distorção do raciocínio jurídico, pois individualizada ou identificada *a priori* determinada versão dos fatos, busca-se ratificação apenas nos elementos sustentadoras daquela premissa preestabelecida, ignorando-se ou rechaçando-se tudo que a contradiz, sem qualquer seriedade hermenêutica, jurídica e constitucional.

A escorreita fundamentação, por certo, liga-se ao devido processo legal, tanto em sua forma quanto na substância, ao acesso à ordem jurídica justa, ao contraditório substancial, a uma função política que se revele necessariamente democrática e justificada, além de permitir o exercício do duplo grau de jurisdição e a correção de rumos da decisão guerreada, devendo restar claro que decisão deficiente ou precária equivale a decisão interlocutória, sentença ou acórdão não fundamentados, e portanto nulos.

De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves, sob o viés político, a motivação serve à demonstração da correção, da imparcialidade e lisura do magistrado ao prolatar uma decisão, trabalhando o princípio como mecanismo legitimador. A motivação permite um controle da atividade do juiz não somente do ponto de vista jurídico, realizado pelos sujeitos processuais, mas de uma forma muito mais ampla, pois permite o controle da decisão por toda a coletividade (2017, p. 47).

Parece conclusão inolvidável e de meridiana clareza que as decisões judiciais devem sempre ser palmilhadas por fundamentação fática e jurídica aceitável (mesmo que se possa afirmar que a justiça, por vezes, não seja mais do que resultados aproximados ou apenas toleráveis). Fato é que a ausência de fundamentação é doença grave da decisão judicial, tanto que indicada como absolutamente nula por tal defeito.

Motivar, por conseguinte, "(...) é justificar a decisão tomada proporcionando uma argumentação convincente e indicando de forma fundamentada as opções que o juiz realiza" (SANTOS, 2018, p. 240, tradução nossa).[23]

E motivação deve ser algo mais do que a simples demonstração do *iter* lógico percorrido pelo julgador. A simples satisfação da fundamentação como um *resoconto* do *iter* do raciocínio do juiz pode transformar a motivação não em justificação, mas em imposição da decisão, servindo à redução do dissenso em torno da decisão judicial, e por consequência impedindo um verdadeiro e efetivo controle sobre os seus reais fundamentos (MOTTA, 2015, p. 138-139).

Não obstante se utilize no texto, por vezes, motivação com o mesmo sentido de fundamentação, essencial o esclarecimento e a atenção às lições de Lenio Luiz Streck, a colocar as ideias de que:

> Evidentemente que motivação não é o mesmo que fundamentação. Admitir que motivação seja igual ou possa substituir o conceito de fundamentação é afirmar que o juiz primeiro decide – e para isso teria total liberdade – e, depois, apenas motiva aquilo que já escolheu. É/seria a morte da Teoria do Direito e do Direito Processual, porque a decisão ficaria refém da (boa ou má) vontade (de poder) do julgador. Se isso é/fosse verdade, o processo seria inútil. E tudo se transforma(ria) em argumentos finalísticos-teleológicos. O processo seria apenas um instrumento ou algo que coloca uma flambagem em escolhas discricionárias, quando não arbitrárias. Perguntemos aos que pensam que motivação é o mesmo que fundamentação ou àqueles que dizem que o juiz primeiro decide para, só depois, "fundamentar" (sic), se, no aeroporto, desejam que o funcionário escolha quem deve passar pelo aparelho de raios X. Qual seria a resposta? Deixemos que o funcionário seja discricionário? Que escolha? Que "decida": "você sim", "você não"? Afinal, ele pode "motivar" depois...
> Portanto, processo é condição de possibilidade. E, nele, a fundamentação da decisão é condição da democracia. Fechando o cerco sobre velhos adágios e serôdias teses, o legislador do CPC estabeleceu algumas blindagens contra a subinterpretação do artigo 93, IX, da CF: os artigos 10 (proibição de não surpresa), 371 (fim do livre convencimento), 489 (os diversos incisos que trazem uma verdadeira criteriologia para decidir) e o 926 (que estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, íntegra e coerente) (2016, *on-line*).

Contrariamente a Lenio Luiz Streck, há quem compreenda que o livre convencimento motivado está pleno de vitalidade em nosso ordenamento jurídico, a exemplo de Fernando Augusto Chacha de Rezenda, a tematizar que:

> É preciso mencionar, inicialmente, que, ainda, são princípios vetores do novo sistema processual civil a persuasão racional e o livre convencimento motivado conforme se denota do teor do art. 371 da novel legislação. Por certo que a argumentação lançada pelas partes torna-se relevante a partir do momento que

[23] "(...) es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa."

> cumprido restar seu ônus probatório para sua consequente valoração pelo julgador [...].
> Atentando-se ao inciso IV do § 1º do art. 489 do Novo Código de Processo Civil, é preciso repisar que na trilha do anterior, deu continuidade a linha mestra ou princípio valor a persuasão racional ou livre convencimento motivado que, assim, não impõe ao julgador o rebate pormenorizado das questões postas, com exceção daquelas que influírem e foram nodais para o desate e julgamento dos pedidos formulados.
> [...] seguindo interpretação sistemática constitucional e, mesmo, pelos contornos fundamentais do novo sistema processual, os demais argumentos lançados pelas partes que não influenciaram no teor do julgamento, por tal razão, tornam-se desnecessária sua análise, inclusive, como corolário da máxima e célere efetividade da prestação jurisdicional (2016, *on-line*).

Não parece ser essa a correta nem a almejada interpretação que se espera do artigo 371 do CPC/2015, que não está a significar o antigo livre convencimento motivado. Mais ainda, continuarão os jurisdicionados reféns das questões escolhidas, por vezes pinçadas (*confirmation bias*) pelos julgadores, porque eles entenderam que são elas (e apenas elas) que interessam ao desate do litígio e das questões controvertidas?

O mero formalismo, a simples dedução e seus métodos interpretativos podem representar (e representam, diuturnamente) uma pseudomotivação, por esconderem as escolhas e opções realizadas no processo interpretativo. Para que tal assertiva não gere ainda mais indeterminação e vagueza, deve ser enunciada uma estrutura mínima do discurso justificativo, ou ainda do conteúdo essencial do dever de fundamentação, a envolver: identificação da norma aplicável; constatação das alegações fáticas; busca escorreita da qualificação de direito do lastro fático; aferição das consequências jurídicas da qualificação do suporte fático; verificação do contexto de nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; explicitação dos critérios demonstrativos da racionalidade das escolhas (MOTTA, 2015, p. 144).

É incontroversa a essencial correlação entre o princípio do contraditório e a motivação das decisões judiciais, e Alexandre Freitas Câmara justifica tal proposição nos seguintes termos:

> É que, sendo a decisão construída em contraditório, através da comparticipação de todos os sujeitos do processo, torna-se absolutamente fundamental que a decisão judicial comprove que o contraditório foi observado, com os argumentos deduzidos pelas partes e os suscitados de ofício pelo juiz, todos eles submetidos ao debate processual, tendo sido considerados na decisão.
> Sempre vale recordar que um dos elementos formadores do princípio do contraditório é o *direito de ver argumentos considerados* (o que a doutrina alemã chama de *Recht auf Berücksichtingung*). Pois só se poderá saber, no caso concreto, se os argumentos da parte foram levados em consideração na decisão judicial – e, portanto, se o contraditório substancial foi observado – pela leitura dos fundamentos da decisão. Daí a intrínseca ligação entre contraditório e fundamentação das

> decisões, por força da qual é possível afirmar que, sendo o processo um *procedimento em contraditório*, torna-se absolutamente essencial que toda decisão judicial seja *substancialmente fundamentada* (2017, p. 281).

A propósito da concisão, importante reiterar que uma decisão judicial não necessita de composição quantitativamente relevante (assim como também os outros profissionais devem buscar primar pela brevidade, clareza e bom conteúdo) para apresentar motivação aceitável.

O poder de síntese é uma qualidade de não muitos, e por pertinente ao tema em comento há interessante Enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, o de nº 10, a estabelecer que "A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa".

Vale observar que parece inconciliável (e injustificável) a pretensão de não aplicação da necessária fundamentação ao microssistema dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995, Lei nº 10.259/2001 e Lei nº 12.153/2009). A esse respeito, no entanto, há o Enunciado 47 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, a afirmar que o artigo 489 do CPC/2015 não se aplica aos juizados especiais, embora haja construção em sentido contrário pelo Enunciado 309 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, a assinalar, de maneira mais coerente e lógica, que as exigências de fundamentação se aplicam a todos os processos em que se prolate uma decisão, inclusive no indigitado microssistema.

A fundamentação é garantia inerente ao Estado de Direito, e verdadeiro pressuposto para que das decisões judiciais se possa recorrer aos tribunais, utilmente. Com efeito, conquanto os recursos não sejam interpostos contra a fundamentação dos provimentos jurisdicionais, as razões recursais voltam-se justa e precipuamente contra a fundamentação da decisão, pois ela é que dá sustentação lógica ao *decisum* (ALVIM, 2019, p.734).

Finalmente, imperioso anotar que não apenas as questões jurídicas (de direito) necessitam ser justificadas, através de uma formal e substancial motivação, mas também as questões fáticas e probatórias, o que se verifica inclusive pelos Enunciados 515 e 516 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, o primeiro a indicar que se aplica o artigo 489, § 1º, do CPC/2015, também às questões fáticas da demanda; e o segundo a estabelecer que para se considerar fundamentada a decisão sobre os fatos, o órgão jurisdicional deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada.

E não se faz suficiente a valoração positiva das provas, como de praxe; é necessária a valoração negativa, isto é, a justificação do porquê tal ou qual prova não fora aceita, não prevaleceu, não mereceu acolhida. Não se deve apenar prestigiar a tese ou prova acolhidas, mas contrastar a antítese ou elemento probatório rejeitado.

3.3. Simples indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo, sem explicação de sua relação com a causa ou a questão decidida

A inaugurar os incisos do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, tal previsão serve à tentativa de combate a situação bastante usual, corriqueira e não menos perniciosa, quando o órgão julgador pontua uma mera e objetiva referência a uma lei ou ato normativo, como se tal menção fosse suficiente a explicitar as razões da conclusão, sem apresentar a interpretação que realizou o julgador, e sem especificar a sua correlação, a sua ligação ou pertinência (ou não) com as peculiaridades de fato e de direito do caso em análise.

Imperioso que o Estado-Juiz avance da abstração do dispositivo ou fonte jurídica para a realidade concreta da situação que lhe é apresentada, e para tanto, o CPC/2015 exige do julgador tal dever. Raciocínio válido, nas palavras de José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Krüger Thamay, é o de que:

> [...] se a parte tem o ônus de expor as razões de fato e de direito em sua fundamentação, não existe justificativa para eximir-se o magistrado do dever processual que lhe é normativamente determinado. Destarte, por certo que a decisão se limita a reproduzir ou, ainda que seja, parafrasear dispositivo, sem fazer a subsunção entre o fato e a norma, não pode ser considerada fundamentada nem se presta para resolver a lide.
> Frise-se que a norma é abstrata, e o caso *sub judice* é concreto. A menção de dispositivo normativo na decisão é o começo, a introdução, que espera o jurisdicionado, para ter em vista que o magistrado está de acordo com o princípio da legalidade, mas, de maneira alguma, pode ser tida como o fim em si mesmo (2018, p. 132).

Por isso deve ser vista com reservas a assertiva de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, no sentido de que há situações em que a mera indicação ou reprodução de um dispositivo legal ou de uma súmula pode ser suficiente para fundamentar a argumentação (2016, *on-line*).

É que a perseverar tal afirmação, o CPC/2015 servirá apenas para que se mude tudo, para que tudo fique como estava e sempre foi, ou seja, para permitir imperar o subjetivismo, a generalidade, a fragilidade das motivações, as ideologias que se materializam às escuras nas

decisões, e tantas outras situações indesejáveis, ilegais, nulas e inconstitucionais, mas que continuam vivas, latentes, pulsantes.

Inadmissível a mera repetição, afirmação, enunciação ou transcrição do texto normativo. Mais que isso, pois consoante já assinalado, há regras e princípios objeto de interpretação e aplicação jurídica, sendo que os últimos, especialmente por sua maior fluidez, vagueza, abertura, generalidade e indeterminação, necessitam de escorreita densificação normativa e, por conseguinte, justificação mais forte quando forem parâmetro a uma decisão judicial qualquer.

De conformidade com a exemplificação de Eduardo José da Fonseca Costa:

> Talvez seja essa a maneira mais corriqueira de se burlar a incidência do princípio constitucional da motivação. Não raro, infelizmente, alguns juízes decidem sem demonstrar a subsunção do caso à norma, ou seja, sem provar que a situação fática carrega elementos que se encaixam perfeitamente na hipótese normativa (p. ex.: "Estando presentes os requisitos descritos no art. 300 do CPC, concedo a tutela de urgência"). Dá-se também o oposto: sem indicar qual elemento fático, porque ausente, impede que a norma jurídica incida (p. ex.: "Estando ausentes os pressupostos descritos no art. 300 do CPC, denego a tutela de urgência"). Quando muito, se transcreve ou parafraseia o texto de direito positivo que descreve os elementos da hipótese de incidência normativa, sem que se explicite qualquer juízo concepto-subsuntivo (2016, p. 594).

Tal previsão indica a necessidade de se estabelecer correlação, conexão, correspondência, efetiva subsunção entre o ato normativo tomado como supedâneo, e a solução apresentada aos aspectos fáticos e jurídicos do caso analisado, da situação específica em jogo, o que é explicitado por Alexandre Freitas Câmara, a exemplificar com os fictícios ou fajutos padrões decisórios mais usuais na prática forense, ainda identificáveis em muitas decisões judiciais, mesmo na vigência da novel legislação processual civil:

> Deste modo, decisões judiciais que *nada mais fazem do que* indicar o dispositivo legal, sem apresentar uma justificativa para sua incidência no caso concreto (algo como "art. X, defiro", ou como "art. Y da Lei Z, indefiro") devem ser reputadas nulas por ausência de fundamentação. Também a decisão que se limita a reproduzir o texto normativo (como, por exemplo, uma decisão em que se lesse algo como "*Havendo elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo, defiro a tutela de urgência",* por exemplo) é inválida e deve ser cassada. Considera-se, ainda, nula por vício de fundamentação a decisão que nada faz além de parafrasear o texto do ato normativo (como no caso em que se dissesse algo como "presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a tutela de urgência"). Pois é evidente que pronunciamentos assim não estão fundamentados mesmo, e devem ser considerados nulos (2017, p. 283).

Qualquer profissional do direito com mínima experiência processual, certamente confirmará, pela visão do que ordinariamente ocorre, que decisões de tal jaez (lacônicas,

vazias, solitárias, fictícias, pseudodecisões) ocorrem diuturnamente, portanto com assustadora, reprovável e deletéria constância, somando-se uma cultura enraizada da falta de argumentação escorreita e substancial (ônus), à ausência ou deficiência de fundamentação (dever), por isso a necessidade em curto prazo de mudança de paradigma, e elogiável a pretensão de correção esculpida pelo legislador do CPC/2015, ao construir os paradigmas, elementos e aspectos que consubstanciam decisões judiciais não motivadas, e nulas como consequência.

Otávio Verdi Motta constrói posicionamento adequado à interpretação do texto em análise:

> Se é verdade que o texto normativo não se confunde com a norma que a partir dele pode ser reconstruída, não havendo, necessariamente, portanto, uma correspondência biunívoca entre texto e norma, não é admissível que o juiz transcreva o texto sem justificar o sentido normativo a ele outorgado, como se o enunciado transcrito não devesse ser interpretado ou como se contivesse, na esteira do formalismo interpretativo, em si mesmo um sentido único previamente determinado. É necessário que o juiz justifique as escolhas interpretativas que outorgou ao enunciado. O que o art. 489, § 1º, I, do CPC/2015 pretende, em última análise, é impedir a falsa fundamentação que, ao transcrever o texto normativo, esconde as verdadeiras escolhas interpretativas (2015, p. 152).

A norma constitui resultado da interpretação do texto normativo, não se confundindo com a lei em sentido estrito, nem mesmo com as outras fontes jurídicas, pelo que a simples reposição, afirmação ou remissão do órgão julgador ao frio texto legal, ou às outras fontes do direito, sem confrontação substanciosa, pode exatamente nada significar.

A mera transcrição objetiva do texto, com ares de justificação, pode concreta e juridicamente nada dizer, até porque há inúmeros textos de lei que não apresentam sentido únivoco, de modo que a escolha do Estado-Juiz pode ter servido a qualquer coisa, deixando obscuras, intangíveis e inacessíveis as reais escolhas interpretativas.

3.4. Emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicitação do motivo concreto de sua incidência

Há conceitos jurídicos indeterminados, dotados de vagueza, cláusulas gerais, valores que interessam ao fenômeno do direito, diretrizes principiológicas e elementos dotados de juridicidade mais aberta, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, do bem comum, da ordem pública, dos bons costumes, da boa-fé, da função social (da propriedade, da empresa, dos contratos) e do interesse público.

Quando são pauta, lastro ou espeque a um determinado provimento jurisdicional, necessitam que a sua densificação normativa, bem assim a razão de incidência ao caso em testilha, sejam evidenciados por um raciocínio lógico e jurídico dotado de especificidade e objetividade, de conformidade com a previsão do artigo 489, § 1º, inciso II, do CPC/2015.

Para Elpídio Donizetti:

> Em sendo assim, a aplicação de conceitos indeterminados é, muitas vezes, geradora de insegurança jurídica. É como conceder um 'cheque em branco' ao magistrado, permitindo-lhe adotar a interpretação que entenda mais adequada à solução da controvérsia.
> Para evitar abusos, o Código determina que o juiz, ao aplicar esses conceitos, o faça de forma motivada, objetiva, explicando as razões pelas quais adotou essa ou aquela interpretação (2016, p. 623-624).

Quando se tratar de cláusulas gerais, a legislação estabelece uma situação fática vaga e um efeito jurídico indeterminado, tudo a gerar um patamar de indefinição que exigirá do Estado-Juiz, inclusive diante da fluidez semântica de conceitos jurídicos indeterminados, bastante responsabilidade, técnica e justificação (NEVES, 2017, p. 836).

A melhor delinear e exemplificar o tema em sua base, com ênfase à existência da situação fática e do correspondente efeito jurídico, e a mostrar os conceitos jurídicos indeterminados e ilustrações respectivas, Daniel Amorim Assumpção Neves assevera que:

> A norma costuma ser composta de duas partes: a situação fática e o efeito jurídico. Normas fechadas são aquelas em que essas duas partes já são definidas pelo legislador, cabendo ao juiz apenas identificar a situação fática descrita na norma e aplicar seus efeitos jurídicos ao caso concreto. Um exemplo, dentre milhares: o art. 1007, § 3º, do Novo CPC, prevê ser dispensado o recolhimento do porte de remessa e retorno (efeito jurídico), se o processo estiver materializado em autos eletrônicos (situação fática). Não é desse tipo de norma que cuida o art. 489, § 1º, II, do Novo CPC.
> Quando o legislador fixa no conteúdo da norma a situação fática, mas deixa a consequência jurídica em aberto, para ser definida pelo juiz no caso concreto, tem-se o conceito jurídico indeterminado. São exemplos: o preço vil da arrematação, o caráter manifestamente protelatório na interposição de recursos, o perigo de dano exigido para concessão de tutela de urgência, a repercussão geral para admissão do recurso extraordinário, a grande repercussão social para a admissão do incidente de assunção de competência, a relevância da matéria para admissão do *amicus curiae* no processo etc (2017, p. 836).

O julgador há de explicitar, ainda que de forma concisa, sintética e breve o porquê da densificação normativa ter se encaminhado em tal ou qual sentido, respeitadas as peculiaridades fáticas e jurídicas expostas, e não por decisões genéricas, que podem servir a tantas outra situações, sem exposição do raciocínio hermenêutico e axiológico que orientou uma determinada conclusão.

Isso porque se constata por vezes uma imprecisão semântica que exige a necessidade, em cada hipótese concreta, de se estabelecer as razões que levam à aplicação de determinado significado conceitual, que exatamente por ser indeterminado, não se consegue estabelecer, *a priori*, as situações que se enquadrariam na sua fórmula (CÂMARA, 2017, p. 283).

É preciso, por conseguinte, emprestar concretude, maior grau de objetividade e especificidade às indeterminações jurídicas, às ideias caracterizadas pela ambiguidade, aos fundamentos jurídicos dotados de vagueza e à polissemia.

Nessa vereda, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello pontuam no sentido de que:

> As leis contêm conceitos vagos e ocasionalmente trazem "cláusulas gerais", que são expressões marcadamente carregadas de conteúdo axiológico, pois incorporam princípios. São sempre, intencionalmente, extremamente fluídas (vagas, indeterminadas) e seu conteúdo é construído paulatinamente pelo trabalho da doutrina, mas principalmente, também, pelo labor jurisprudencial. Um bom exemplo é o art. 5º, XXII da CF, que diz que a propriedade deve exercer sua função social.
> Conceitos vagos ou indeterminados são aqueles que dizem respeito a objetos não muito bem definidos por eles mesmos. Interesse público, hipossuficiente, notório, bom pai de família e tantos outros, são exemplos de termos que podem gerar discussão, ou seja, por exemplo, é possível que uns entendam que certa medida concreta atenda ao interesse público, e outras entendam justamente o contrário.
> Isto não acontece com conceitos ditos determinados, como, por exemplo, *leasing*, aposentadoria, comodato, marido, salário e tantos outros.
> Pode-se perceber que a indeterminação dos conceitos admite graus, e é, também evidente, que quanto mais vago for o conceito contido na norma aplicada para resolver o caso concreto, maior necessidade haverá de o juiz explicar porque entendeu que a norma deveria incidir na hipótese fática dos autos.
> Portanto, deve ser densa a fundamentação das decisões quando estas se baseiam em princípios jurídicos, em cláusulas gerais e em normas que contenham, em sua redação, conceitos indeterminados (2015, p. 794).

A necessidade de justificação, de aclaramento, exposição e publicidade do raciocínio lógico e jurídico que encaminhou o Estado-Juiz a determinada conclusão, em tais hipóteses, torna-se ainda mais premente, especialmente em tempos de pamprincipiologismo, em que muitas vezes os princípios e os conceitos abertos e indeterminados são adotados a bel-prazer do intérprete e aplicador do direito, e outras de modo decisionista, pessoal, subjetivo, sem qualquer critério demonstrável, e de serventia a escusos interesses e (in)conveniências, portanto de forma deletéria e nociva ao Estado de Direito e Constitucional.

É certo que o artigo 489, § 1º, do CPC/2015, no inciso II, mais que um efeito educativo e pedagógico, poderá servir à consolidação de um ônus argumentativo e de um dever decisório otimizado e qualitativo.

3.5. Invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

Quanto ao artigo 489, § 1º, inciso III, do CPC/2015, parece crível assinalar que se houver efetivo respeito aos outros incisos do artigo 489, § 1º, como regra será suprida a eventual nulidade pela invocação de motivos de forma genérica.

De qualquer modo, é preciso que a decisão judicial guarde correlação e coerência com os fatos aduzidos pelos partícipes da relação de direito processual, e com as peculiaridades fáticas e jurídicas da hipótese colocada à apreciação jurisdicioanal.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello, não se pode admitir a denominada decisão *vestidinho preto*, isto é, aquilo que serve e pode ser utilizado em diversas situações, sem risco de incidência em equívoco (2015, p. 795).

Acerca do assunto, Eduardo José da Fonseca Costa é preciso:

> Não se olvide que a sentença é também *demonstrativo*, razão por que as conclusões contidas no dispositivo devem decorrer da articulação fático-normativa ocorrida na fundamentação. Sob o ponto de vista lógico, um mesmo dispositivo pode derivar de diferentes fundamentações; porém, uma mesma fundamentação não pode produzir dispositivos diferentes. Isso significa, portanto, que é impossível a existência de motivos que se prestem a justificar qualquer outra decisão. Uma fundamentação com base nesses motivos é uma não fundamentação. Contudo, por vezes, a 'preguiça criativa' é capaz de engendrar fundamentações-coringa com base nas quais se podem redigir os mais diversos dispositivos: explanações genéricas sobre o direito fundamental à Seguridade Social a partir das quais se concede qualquer benefício previdenciário ou assistencial; exposições genéricas sobre o direito fundamental à saúde a partir das quais se podem indistintamente determinar fornecimentos de medicamentos, internações, cirurgias e exames médicos. Em tudo isso não há fundamentação (2016, p. 594).

É bem verdade que a tecnologia e muitas das facilidades de nosso mundo pós-moderno ensejam que pseudo-argumentos prosperem, e também que justificações de decisões judiciais constituam um amontoado de lições doutrinárias e jurisprudenciais, previamente selecionadas, e sejam lastro a decisões nulas, pois absolutamente deslocadas do caso concreto.

A motivação genérica não é nada incomum na práxis forense. Guilherme Rizzo Amaral exemplifica tal nociva prática nos moldes seguintes:

> A motivação genérica é aquela que poderia ser utilizada indiscriminadamente para qualquer caso. É profusa a quantidade de decisões desse tipo em âmbito recursal, quando os tribunais, premidos pela massificação de processos, passam a rejeitar embargos de declaração ou negar seguimento a recursos aos tribunais superiores com a reprodução acrítica de precedentes ou súmulas, sem fazer referência alguma às circunstâncias específicas do caso concreto e aos argumentos apresentados na peça recursal.

> Têm-se ainda como exemplos corriqueiros de decisões desse tipo aquelas que se limitam às seguintes afirmações: "estando presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, defiro a liminar pretendida pela requerente"; ou "presentes os requisitos legais, suspendo a decisão agravada"; ou "os embargos se prestam apenas para suprir omissão, corrigir obscuridade ou contradição, e não para se promover a reforma do julgado, devendo a parte interpor recurso próprio para este fim"; ou ainda "o juiz é destinatário da prova, e não está obrigado a deferir a produção de provas caso já tenha formado seu convencimento". Em casos como esses, não é possível à parte ou ao órgão recursal ter conhecimento dos elementos *concretos* que formaram o convencimento do julgador, sendo patente a ausência de motivação e, assim, a nulidade da decisão (2016, *on-line*).

Em tempos de exigências de celeridade a qualquer custo, de superficialidade e de imediatismo, tais argumentações e motivações fajutas e fictícias têm se multiplicado, e um operador do direito com um mínimo de habilidade na composição artificial de argumentos, pode parecer um verdadeiro jurista, ao menos para os olhos do leigo (mas na verdade está apenas a ser um bom compilador de fontes jurídicas).

Em tal situação descrita na lei processual civil, consoante aclara Alexandre Freitas Câmara, tem-se:

> [...] um comando destinado a impedir a utilização de decisões *prêt-à-porter* (expressão francesa que significa "pronto para vestir", e que indica a roupa que, produzida em larga escala, é posta à venda já pronta, sem que seja produzida de modo individualizado para cada consumidor). É que incumbe ao órgão jurisdicional proferir uma decisão que seja a solução do caso concreto, personalizada, e não ter decisões prontas, produzidas para utilização em larga escala, sem respeitar as características de cada caso concreto que seja deduzido em juízo (2017, p. 284).

Quando as decisões judiciais são resultado do malfadado e deletério (mau) uso da tecnologia, costuma-se perceber que o órgão jurisdicional concretamente não responde aos argumentos e proposições das partes e envolvidos no processo.

Obviamente que é preciso bom senso e respeito à boa e célere gestão de processos, quando as situações envolverem demandas em massa e questões repetitivas, não sendo razoável, lógico nem pertinente exigir do magistrado a criação de distintas e diversificadas motivações para decisão de idênticas questões jurídicas, o que é sustentado inclusive por José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Krüger Thamay, a defenderem o seguinte raciocínio, por certo relativizador, em algumas circunstâncias, da exigência de minudente fundamentação para cada demanda. Segundo referenciados autores:

> O inc. III parece discutível, pois se a demanda for repetitiva, estando a petição inicial sempre constituída sobre os mesmos fundamentos de fato e de direito, *mutatis mutandis*, não nos parece razoável exigir do magistrado uma decisão customizada para cada demanda, sob pena de tal procedimento violar os princípios da celeridade, economia processual e da segurança jurídica.

> Com efeito, a violação aos princípios da celeridade e economia processual é de fácil visualização, pois se obrigarmos o magistrado a elaborar uma decisão para cada caso, desconsiderando a existência de demandas idênticas – nas quais o patrono só muda o nome do postulante, nada mais -, estaremos onerando o judiciário com um trabalho que o patrono dos demandantes não teve, o que não parece razoável.
> Ademais, a segurança jurídica restará afetada se tivermos por base que em casos análogos o mesmo magistrado terá que proferir enésimas decisões, somente no intuito de não ter sua decisão rotulada como "não fundamentada" (2015, p. 63).

Tal posicionamento não é uníssono, e deve ser temperado com as proposições um tanto distintas e em outro trilho de Alexandre Freitas Câmara, a constatar, diferentemente, que deverá o órgão jurisdicional ao menos mostrar que o caso atual é igual a outros já decididos, e que as peculiaridades fáticas e jurídicas são idênticas:

> [...] *cada caso é um caso*, por mais que hoje existam casos iguais, muitas vezes em quantidades impressionantes. Os casos podem até ser iguais, mas não se trata sempre do *mesmo caso*. E é preciso que a decisão justifique até mesmo os motivos que levam a se considerar que aquele caso em julgamento é igual a outros já julgados, demonstrando-se que realmente as circunstâncias fáticas dele são *idênticas*. Não sendo feita essa demonstração, a decisão será nula por vício de fundamentação, pois não estará adequadamente fundamentada (2017, p. 285).

Por mais assemelhadas que sejam as peculiaridades fáticas e jurídicas a caracterizarem determinados casos, não pode a decisão judicial funcionar em escala industrial, a constituir a bem ver pseudo, artificial e inadmissível fundamentação do ato decisório. Ao menos dever-se-á, sempre e inevitavelmente, demonstrar as similitudes e diferenças fáticas e jurídicas, a fim de que se possa impor (ou não) a mesma solução adotada anteriormente.

E com foco na chamada fundamentação artificial, aparentemente padronizada, apta a justificar qualquer ato decisório, José Rogério Cruz e Tucci delineia que:

> Se de fato essa norma vingar, desde que observada com rigor, verifica-se facilmente que inúmeros provimentos judiciais, frequentes em nossa atual praxe judiciária, estarão eivados de inequívoca nulidade.
> O paradigma mais típico desse criticável modelo de decisão descortina-se aquele que, há muitos anos, inadmite recursos especial ou extraordinário, no âmbito de competência do Tribunal de Justiça de São Paulo.
> Em regra, tal ato decisório monocrático, de todo abstrato e lacunoso, emerge totalmente divorciado dos autos, fazendo até crer que, a rigor, não foram examinadas as razões deduzidas na respectiva impugnação.
> No que toca, por exemplo, à interposição de recurso especial, com fundamento na violação à disposição de lei federal (artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal), ao afirmar, simplesmente, em inúmeras decisões padronizadas, que se "observa não ter sido demonstrada sua ocorrência, eis que as exigências legais na solução das questões de fato e de direito da lide foram atendidas pelo acórdão ao declinar as premissas nas quais assentada a decisão", não é motivar; é, na verdade, apenas dissimular fundamentação [...].

> Igualmente, serão ainda "reprovados" alguns atos decisórios do Superior Tribunal de Justiça, visto que, à guisa de fundamentação, reportam-se ou simplesmente transcrevem a ementa de precedentes (2018, p. 109-110).

O padrão decisório repetido e produzido em larga escala, mais especialmente no Superior Tribunal de Justiça – STJ e no Supremo Tribunal Federal – STF, quando se trata de não conhecimento ou inadmissibilidade recursal, constitui exemplificação deletéria de (falsa) fundamentação, e que tem aptidão para incidir em incontáveis hipóteses, sem qualquer critério efetivo e verdadeiro de aferição das condições de admissibilidade dos respectivos recursos, e no intuito de se criar filtro indiscriminado aos tantos recursos.

Para combater o mal de uma abertura indiscriminada de possibilidades recursais aos Tribunais Superiores, criou-se outro (talvez pior) mal, consubstanciado na equivocadamente denominada jurisprudência defensiva, que de defensiva nada tem, porque exatamente ofensiva, obstativa, deletéria, restritiva e perniciosa (à legalidade ou juridicidade, ao acesso à justiça e à ordem jurídica justa, ao devido processo legal, à dialética substancial, à eticidade, à cooperação ou colaboração, à efetividade do processo, à primazia da resolução de mérito e à eficiência).

Outro exemplo se liga aos embargos de declaração, para os quais típica e usualmente as decisões assinalam se tratar de mero inconformismo da parte, que para tanto o caminho jurídico-processual em questão não é adequado, e que não há na decisão obscuridade, contradição ou omissão a ser sanada, simplesmente assim.

A crítica de Odasir Piacini Neto é pertinente:

> Lamentavelmente, esse padrão de decisão tem sido reiteradamente aplicado, em especial em decisões que apreciam embargos de declaração, mostrando que, apesar de a legislação ter sido alterada, tratando de forma expressa essa conduta como um vício processual, na prática, a arraigada mentalidade de se esquivar de julgar as causas como merecem os que têm sede de Justiça não sofreu alterações.
> Ressalte-se que é absolutamente passível de compreensão o magistrado decidir em conjunto com sua assessoria, dado o elevado acervo de processos que costumeiramente possuem seus gabinetes, assim como eventual prazo mais longo para apreciar determinado recurso, ante a possível carência de servidores ou magistrados para o auxílio da tarefa. Não reside aqui nossa crítica.
> O que não se pode admitir, em verdade, são decisões com fundamentação, as quais não entregam aos advogados e aos jurisdicionados a tutela judicial adequada (2018, *on-line*).

E muitas vezes o referido remédio jurídico-processual (embargos de declaração) constituí a última chama processual passível de correção, aclaramento ou reencaminhamento de um equívoco jurisdicional, mas ainda assim têm preponderado as decisões padronizadas, solitárias e fruto da celeridade atropelada e a qualquer custo, ao que se soma (mas não

justifica) a também utilização indevida do recurso por muitos profissionais do direito, com foco exclusivamente protelatório, procrastinatório e de criar embaraços no processo.

3.6. Não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo aptos a infirmar a conclusão tomada pelo julgador

O inciso IV do § 1º do artigo 489 do CPC/2015 cria previsão das mais polêmicas e usualmente combatidas pelos próprios juízes, desembargadores e ministros, isso porque o entendimento (ainda) amplamente prevalecente, é no caminho de que o membro do Poder Judiciário não é obrigado a exaurir ou esgotar um a um dos argumentos esposados no processo, quando já encontrou fundamentação idônea e suficiente à resolução das questões fáticas e jurídicas.

Tal concepção é generalizada, mas não sintonizada com as exigências de fundamentação das decisões judiciais, tendo verdadeiramente maior serventia a relativizar, minimizar, flexibilizar indevidamente, quando não extirpar ou ofender visceralmente o contraditório em seu viés substancial.

Além de tal aspecto, uma decisão dotada de singeleza, simploriedade e fraqueza argumentativa não parece nada harmônica com o inovador princípio da cooperação, colaboração ou comparticipação processual, ofensiva em última instância ao supraprincípio do devido processo legal.

A esse respeito, no entanto, não se visualiza campo fértil ou promissor em termos de mudanças, parecendo mais provável a preponderância da ideia de que devemos (e podemos) mudar tudo, para que tudo fique como está, em seu *status quo* (falta de diálogo, decisões solitárias e solipsistas).

Em decisão proferida nos autos do processo nº 0011905-02.2016.5.15.0033, demanda trabalhista na qual o embargante pontuou a ausência de manifestação na sentença sobre provas diversas constantes dos autos, bem como a não manifestação sobre paradigmas explicitamente indicados, o Juízo decidiu de forma bastante singela e objetiva que “Vistos, etc. O embargante pretende a via imprópria para revisar a matéria. Rejeito. Intimem-se”, ou seja, não justificou nem expôs, ainda que de forma concisa e sintética, as razões pelas quais impertinentes ou incabíveis os argumentos esposados pelo embargante.

É condenável (e deve ser combatido, com novos paradigmas e uma diferente cultura jurídica, em termos de ônus argumentativo e dever decisório) tal estado de coisas, perpetuado no tempo e no espaço. Os influxos do CPC/2015, se bem trabalhados, cultuados e praticados,

poderão sim gerar melhorias qualitativas, um processo (e o resultado dele) mais otimizado, legítimo, constitucionalizado, com incontáveis consequências alvissareiras a serem implementadas.

Com a chancela e a orientação dos tribunais mais diversos, não é admissível que muitos julgadores perpetuem na prática de encontrar ou pinçar (*confirmation bias*) os argumentos que lhe são suficientes, sem dar combate democrático a argumentos outros, ensejando incontáveis (e normalmente não exitosos, embora muitos com lastro técnico, formal e substancial) embargos de declaração, alfim a manter o círculo vicioso e a dificuldade de acesso à ordem jurídica justa.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ilustram essa nociva práxis, ao explicitarem questões probatórias e a costumeira opção e destaques da tese (e das provas) vencedora:

> Na prática forense são usuais as sentenças motivadas somente com base nas provas que demonstram a hipótese vencedora. Alguém dirá que isso é natural, pois o juiz, quando motiva, deve justificar a razão pela qual optou pela versão de uma das partes.
> Porém, embora o que ocorra na prática possa parecer lógico, não é difícil corrigir o equívoco através da advertência de que não basta ao juiz aludir às provas que confirmam a hipótese por ele abraçada, já que isso está muito longe de ser uma justificativa de suas razões. Para que ele realmente possa justificar a sua decisão, não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não o convenceram.
> Ou, mais precisamente, o julgamento somente pode ser feito com base nas provas que favorecem uma das partes quando não há nos autos alguma prova que possa beneficiar a outra. Isso quer dizer que não importa quem requereu a prova, pois, ainda que tenha sido requerida pela parte vencedora, pode favorecer à perdedora, ainda que em parte (2015, p. 320).

Relacionado ao tema, o Enunciado 523 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC prescreve que o órgão julgador é obrigado a enfrentar todas as alegações articuladas pelas partes, teoricamente capazes de infirmar a decisão, sendo insuficiente apresentar somente os fundamentos que a sustentam.

Além disso, e especificamente no que concerne àquelas decisões que passam a consagrar padrão decisório, o Enunciado 524 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC prevê que não está obrigado órgão jurisdicional a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correspondência fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.

Há quem observe uma necessária diferenciação entre fundamento (que se relaciona à razão de decidir) e argumento (raciocínio a partir de bases fáticas e jurídicas, articuladas entre

si, para se encaminhar a uma decisão). O fundamento é ponto de partida, e o argumento o caminho para o ponto de chegada (COSTA, 2016, p. 595).

Para Guilherme Rizzo Amaral, a esclarecer tal abordagem:

> O art. 489, em seu § 1º, IV, é expresso no sentido de que não se considerará fundamentada sentença ou acórdão que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador". Veja-se que o dispositivo faz referência ao dever de apreciar *argumentos* das partes. Isto significa dizer que tanto os *fundamentos* do pedido e da defesa, quanto os *argumentos* em torno destes, deverão ser necessariamente analisados sempre que, em tese, puderem infirmar a conclusão do julgado (2016, *on-line*).

De suma relevância assinalar que não se almeja fundamentação exauriente (completa, integral), mas suficiente, ou seja, aquela motivação para a qual basta que o órgão jurisdicional enfrente e decida todas as causas de pedir do demandante e todos os fundamentos defensivos do demandado (NEVES, 2017, p. 837).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Ney explicitam o conteúdo básico da previsão legislativa em comento, com a seguinte asserção:

> Para que possa ser considerada fundamentada a decisão, o juiz deverá examinar todos os argumentos trazidos pelas partes, que sejam capazes, por si sós e em tese, de infirmar a conclusão que embasou a decisão. Havendo omissão do juiz, que deixou de analisar fundamento constante de alegação da parte, terá havido omissão suscetível de correção pela via dos embargos de declaração. Não é mais possível, *de lege lata*, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento de que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa. Pela regra estatuída no texto normativo ora comentado, o juiz deverá pronunciar-se sobre todos os pontos levantados pelas partes, que sejam capazes de alterar o conclusão adotada pela decisão (2016, *on-line*).

Mas de nada adiantará, e continuará a incidência de um maléfico círculo vicioso, se os órgãos jurisdicionais mantiverem a práxis de apenas assinalar que outros argumentos não teriam potencial modificativo da conclusão adotada, de modo genérico, aberto, superficial e não especificado.

A regra deve ser interpretada em toda sua plenitude e literalidade, para que não perseverem os juízes e tribunais a simplesmente consignar que decidiram de tal forma, e que os outros argumentos não teriam o condão de modificar tal conclusão, sem explicar o porquê da não adesão a referidos argumentos, mais especialmente quando se tratar de questões que possam afetar o sim ou o não jurisdicional, o acolhimento ou a rejeição de um pedido do demandante, do demandado ou de um terceiro interessado.

Vinculados ao tema em comento, há Enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM que merecem atenção, quais sejam o 6, com o teor de que não consubstancia decisão surpresa o julgamento com espeque em fundamentos jurídicos, ainda que distintos daqueles oferecidos pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório; o 12, a preconizar a não ofensa à norma extraível do referido inciso, quando o provimento jurisdicional deixar de apreciar questões a respeito das quais o exame tenha restado prejudicado, em função da análise prévia de questão subordinante; e o 13, a projetar que a referenciada previsão não exige do magistrado o enfrentamento de todos os fundamentos jurídicos trazidos pela parte, naquelas hipóteses em que já tiverem sido enfrentados para a formação de precedentes obrigatórios.

Por certo tudo aquilo que for produzido e verificado no processo e que tenha efetiva relevância, em especial para infirmar a conclusão adotada, deve ser levado em consideração para se prolatar uma decisão legítima e democrática, atenta às premissas do devido processo legal não somente formal, mas também substancial.

E não apresenta suficiência decisória, por incidir no indesejável *confirmation bias*, a decisão que simplesmente *acolhe* argumentos, teses e antíteses, mas que não os *afasta* de modo lógico, racional e dotado de juridicidade, em efetiva sintonia com a acepção formal, substancial e atual de contraditório, em que exista um observador neutro (no sentido de imparcialidade, que presencie, prestigie e considere o diálogo realizado entre os sujeitos processuais, para *a partir* de então decidir).

3.7. Mera invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem identificação dos seus fundamentos determinantes, nem a demonstração de que a hipótese sob julgamento se harmoniza com aqueles fundamentos

O mundo (fático e jurídico) por certo não cabe no precedente, menos ainda no enunciado da súmula. Por sinal, consoante já assinalado, os precedentes, sua dinâmica e correta aplicação ainda constituem um porvir no Brasil.

E quanto às já consolidadas súmulas, ainda assim é possível vislumbrar problemas interpretativos e aplicativos, isso porque a súmula é apenas o resumo do entendimento jurídico acerca de uma determinada matéria, é somente uma resposta, para a qual a predominância dos profissionais do direito olvida as perguntas geradoras de tal resposta (ainda vivemos um ordenamento jurídico com pretensões precedentalistas, mas com uma realidade sumular).

Por tais razões e por que tanto o precedente quanto a súmula não são dotados de concretude e especificidade de per si, conclui-se pela essencialidade de que tais prospecções decisórias exigem do intérprete e aplicador do direito uma busca de seus fundamentos, sob pena de inversão da natureza das coisas, fazendo-se da norma outro texto, quando o correto é fazer do texto uma norma (COSTA, 2016, p. 595).

Tal exigência de busca do emaranhado complexo de fundamentos e premissas constituidoras do precedente e da súmula, parecem mais uma utopia processual almejada pelo legislador de 2015, em especial em tempo líquidos, de imediatismo e superficialidade.

E tal missão não é somente dos magistrados, mas também dos defensores públicos, advogados, promotores, professores e juristas em geral, que também devem explicitar o raciocínio e as especificidades que os conduziram à adoção de determinada subsunção, conclusão e concepção jurídica e processual.

Em referência ao assunto, Daniel Amorim Assumpção Neves leciona no sentido de que:

> Nessa situação, não bastará ao órgão jurisdicional mencionar o precedente ou enunciado de súmula, devendo justificar sua aplicabilidade ao caso concreto, por meio de demonstração da correlação entre os fundamentos do entendimento consagrado e as circunstâncias do caso *sub judice*.
> Exatamente como se exige do juiz a interpretação do texto legal e sua aplicabilidade ao caso concreto, na aplicação de precedentes e de súmulas cabe ao juiz interpretá-los e justificar a aplicação de suas *rationes decidendi* (fundamentos determinantes) ao caso concreto. Exige-se, portanto, uma comparação analítica entre os fundamentos determinantes da súmula ou precedente e o caso sob julgamento (2017, p. 838).

Ao órgão jurisdicional cumpre aferir e justificar tanto as similitudes que encaminham à aplicação do precedente e da súmula, quanto as distinções que impõem ou recomendam solução diferente, em fuga àquele profissional do direito mero organizador ou compilador de fontes jurídicas. A esse respeito, Alexandre Freitas Câmara:

> De todo modo, não se pode deixar de dizer, desde logo, que decidir a partir de precedentes judiciais não é o mesmo que fazer uma colagem de ementas de acórdãos ou de referências vagas a enunciados de súmula. É preciso que se faça um confronto entre o caso precedente (isto é, o caso concreto que deu origem à decisão judicial que em um novo processo se pretende invocar como precedente) e o caso seguinte (ou seja, o novo caso, só agora submetido à apreciação judicial, e no qual se pretende invocar o precedente como fundamento da decisão). Impende que se faça uma análise dos fundamentos determinantes do precedente (ou, para usar aqui uma expressão consagrada no estudo da teoria dos precedentes, é preciso examinar as *rationes decidendi*), justificando-se de forma precisa a aplicação desses fundamentos determinantes no caso sob julgamento com a demonstração de que este se ajusta àqueles fundamentos. É que através do uso de precedentes como fontes do Direito o que se busca, ao menos no Direito brasileiro, é uma padronização decisória que

> permita que casos iguais (ou, pelo menos, análogos) recebam decisões iguais (ou, pelo menos, análogas). Como se costuma dizer na doutrina de língua inglesa, *to treat like cases alike*. É absolutamente essencial, então, que se promova este *confronto analítico* entre o caso precedente e o caso sob julgamento, indicando-se os pontos que os aproximam a ponto de aplicar-se o precedente ao novo caso (2017, p. 287).

Na realidade forense, o que ainda se constata é a desconsideração das questões de fato e de direito, em nome de uma suposta celeridade e praticidade, bem assim uma mera, autômata e míope aplicação de precedentes e enunciados de súmula, sem correlação, congruência ou pertinência com a situação (não) analisada.

Relevante lembrar que o artigo 927, § 1º, do CPC/2015, ao abordar a uniformização da jurisprudência, a manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência, e a estabelecer parâmetros precedentalistas, preconiza que naquelas hipóteses em que os juízes e tribunais decidirem com fundamento em tal artigo (927), deverão observar o disposto no artigo 10 e 489, § 1º, do CPC/2015.

Acerca das projeções precedentalistas, de suma relevância rememorar que o precedente judicial é formado por *ratio decidendi* (ou *holding*) e *obter dictum*, daí a imprescindibilidade de que o julgador identifique a semelhança do caso concreto com o que era essencial (o cerne decisório) na decisão precedente, para que seja possível identificar exatamente o que torna mal fundamentada a decisão.

Mas a questão dos precedentes é nova no Brasil, daí a importância de se (des)construir uma base argumentativa (ônus), interpretativa e aplicativa (dever) do fenômeno jurídico a partir das premissas dialógicas, democráticas, éticas e pelas quais se saiba operacionalizar qualitativamente os fundamentos determinantes, o que exige uma educação pedagógica, preventiva e enraizadora desde os bancos acadêmicos (missão nada fácil em tempos de concursos, exames e provas que privilegiam muito mais a qualidade mnemômica e o processo de memorização robotizado, e não o pensamento crítico).

3.8. Não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente sustentado pelo interessado, sem demonstração da existência de distinção no caso em julgamento, ou ainda a superação do entendimento

As lições de Robert Alexy servem ao esclarecimento das contingências impostas ao provimento jurisdicional, ao lidar com precedentes, com a distinção e com a superação:

> O uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente. "O Direito do precedente é também um Direito de normas". A questão é o que se deve considerar como norma, do ponto de vista do precedente. Com este propósito, construíram-se numerosas teorias para distinguir entre *ratio decidendi* e *obter dictum*. A formulação limitada que aqui se segue permite, em lugar de entrar na discussão destas teorias, apontar unicamente dois fatores: a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling*. A técnica do *distinguishing* serve para interpretar de maneira estrita a norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do fato hipotético não existente no caso a ser decidido, de modo que não seja aplicável a este caso. Com isso, o precedente continua sendo respeitado. A técnica do *overruling*, ao contrário, consiste na rejeição do precedente. No entanto, para esta análise, só interessa o seguinte: tanto o *distinguishing* quanto o *overruling* devem ser fundamentados (2013, p. 271).

Importa reiterar que tal dever (aos órgãos jurisdicionais) também é ônus dos demais profissionais do direito, que necessitam dar conta do denominado *distinguishing* (distinção) ou do *overruling* (superação).

O Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC ensina que um precedente vinculante não será adotado quando o órgão jurisdicional estabelecer diferenciação entre o caso sob análise e aquele em julgamento, desde que demonstre, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada por hipótese fática distinta, por conseguinte a impor solução jurídica diversa.

Daniel Amorim Assumpção Neves esclarece a respeito do tema:

> Tal eficácia vinculante, entretanto, poderá ser afastada no caso concreto, desde que o juiz a justifique na distinção do caso *sub judice* com aqueles que levaram o tribunal a editar súmula ou criar precedente (*distinguishing*), o que, naturalmente, só será visível se o juiz fizer a comparação analítica entre o caso concreto e a súmula ou precedente, justificando por que o caso concreto, em razão de determinada situação, não pode ser decidido por eles. Também se admitirá o afastamento da súmula ou precedente com efeito vinculante, se o entendimento neles consagrados estiver superado (*overruling*), o que também deve ser devidamente justificado pelo juiz em sua decisão (2017, p. 839).

A não incidência da súmula, jurisprudência ou precedente pelo Estado-Juiz, se respeitadas as pretensões do CPC/2015, exigirá do magistrado um importante e efetivo trabalho argumentativo, muito diferente dos malabarismos e superficialidades interpretativas que sói acontecer.

Importante constatar que em tal situação foi o sujeito processual, o consumidor de justiça quem indicou a existência de súmula, jurisprudência ou precedente a dar sustentação às suas proposições, cabendo ao juiz ou tribunal analisar racional e discriminadamente a postulação, para proferir sua decisão.

Daí também a essencialidade de que os demais profissionais do direito atentem e explicitem as similitudes e diferenças entre os paradigmas e a hipótese em testilha. O bom advogado, o zeloso representante do Ministério Público, o dedicado defensor público, em muitas situações (e positivamente), quando bem trabalhadas, propiciam ao órgão jurisdicional a melhor, mais escorreita e jurídica solução ao caso em apreço, exatamente porque detalhados os pontos assemelhados e distintos entre o padrão decisório e o caso em análise.

Por outro lado, quando os mesmos profissionais indicados compreendem equivocadamente ou ainda (o que é reprovável) desvirtuam propositadamente o sentido, a acepção e o alcance de uma súmula, jurisprudência ou precedente, maior atenção ainda será exigida do Estado-Juiz.

O artigo 927, § 1º, do CPC/2015 estabelece que os juízes e tribunais deverão obedecer aos artigos 10 e 489, § 1º, quando decidirem com fundamento no mencionado artigo 927, assim como consta no § 4º que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos deverá respeitar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

A propósito da questão, José Rogério Cruz e Tucci destaca que tal inciso:

> [...] é vocacionado à proteção da confiança, quando impede que o juiz, ao proferir sentença, despreze súmula ou precedente, colacionado como reforço argumentativo por uma das partes, não tomando o cuidado de explicar que o julgado paradigma não se aplica ao caso concreto, ou mesmo, que já se encontra superado pela obsolescência.
> Entendo que, por força do importante aforismo, *iura novit curia*, mesmo que a tese jurisprudencial, embora relevante, não seja invocada pela parte interessada, a decisão desponta eivada de nulidade, se o juiz desprezá-la de forma injustificada. [...]
> Ao preservar a estabilidade, aplicando o precedente nas situações sucessivas análogas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para infundir a certeza jurídica e para reiterar a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial (2018. p. 111-112).

O *decisum*, por conseguinte, não poderá simplesmente se lastrear em precedentes pronunciamentos pretorianos, sem desvelar a escorreita e específica fundamentação, ainda que concisa e sintética, para que incidam os devidos encaixes fáticos e jurídicos.

Quanto à necessidade de distinção entre precedentes, o que se espera são decisões como aquela proferida no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.782.605/SP, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, em julgamento de abril de 2019, do qual se extrai na ementa o seguinte:

> A Fazenda Estadual refere ter oposto Embargos de Declaração de origem para, entre outros pontos, solicitar pronunciamento a respeito dos seguintes: "O r. Acórdão de fls. 5.103/5.112 foi omisso, quanto ao afastamento dos precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça com as mesmas partes e questões tributárias idênticas (anexados), além dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça citados acima, que acolheram tese totalmente diversa do Acórdão embargado, em manifesta violação ao dever de coerência, estabilidade e integridade da jurisprudência, previsto no art. 926, caput do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, não houve no caso dos autos hipótese de distinção (Distinguishing ou distinguish)".

Na hipótese referenciada, houve julgamento em determinado sentido, em absoluta desconsideração a precedentes outros no mesmo sentido, em temas tributários idênticos, sem mesmo justificar a existência de semelhanças ou teses diversas entre as posições precedentalistas, a agredir o preceito da fundamentação, bem assim a fragilizar a pretensão de uma jurisprudência coerente, estável e íntegra, com maior respeito à segurança jurídica e à isonomia.

3.9. A motivação *per relationem* ou *aliunde*

A denominada fundamentação *per relationem* ou *aliunde* não consta expressamente no rol dos incisos do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, mas merece menção nesse ponto do trabalho, pois a sua prática normalmente se dá por uma das formas de não motivação descritas nos indigitados incisos, mais especialmente o V e o VI.

A chamada fundamentação *per relationem* ou *aliunde* envolve a situação em que o órgão jurisdicional, ao decidir, faz remissão ao lastro decisório anteriormente concebido, como suficiente a que se prolate a decisão de agora.

A posição consolidada no Supremo Tribunal Federal – STF de longa data, e que ainda persevera, revela-se no seguinte julgado (HC 72.009-9/RS), de dezembro de 1994, do qual se extraem trechos:

> [...] A mera leitura do acórdão ora questionado basta para repelir a ocorrência do vício formal decorrente de alegada ausência de motivação do ato judicial de segunda instância. É que os fundamentos do referido acórdão incorporaram, ao seu texto, como razão de decidir, a manifestação que a Promotoria de Justiça ofereceu em sede de contra-razões recursais (fls. 33/45, 39). O acórdão ora impugnado discutiu amplamente todas as questões de direito e de fato suscitadas pelos pacientes em sede de apelação criminal, exaurindo, nesse pronunciamento jurisdicional, todos os pontos litigiosos que foram invocados [...] Essa longa peça decisória, que emanou do Tribunal ora apontado como coator, apresenta-se densamente motivada, cumprindo, em plenitude, a exigência constitucional que impõe, aos órgãos do Poder Judiciário, o dever de fundamentar os seus pronunciamentos jurisdicionais. No caso, portanto, não há falar em ausência de motivação nem ofensa à garantia constitucional da plenitude de defesa, eis que se revela lícito o comportamento processual do órgão

> julgador que incorpora, como razão de decidir, à fundamentação que compõe o seu ato decisório, a manifestação do representante do Ministério Público. O acórdão ora questionado, portanto, ao adotar os fundamentos de ordem fático-jurídica mencionados nas contra-razões da Promotoria de Justiça – e ao invocá-los como expressa razão de decidir – revelou-se fiel à exigência jurídico-constitucional de motivação que se impõe ao Poder Judiciário na formulação de seus atos decisórios.

A fundamentação *per relationem* constitui realidade incontornável da práxis forense e dos operadores do direito, pelo que tal prática deve envolver ao menos a justificação objetiva e esclarecida da utilização da técnica, não se permitindo a mera repetição, devendo o órgão julgador dar conta das similitudes e identificações entre o caso em análise e o parâmetro ensejador da fundamentação *aliunde*.

A crítica a tal mecanismo é exposta por Tomás Javier Aliste Santos nos termos seguintes:

> (...) nesta hipótese tão comum de motivação por remissão, o critério para verificar a própria fundamentação radica, no que se possa constatar, no juízo de idoneidade quanto à própria decisão realizada pelo juiz que acode este expediente, de sorte que a mera repetição literal dos fundamentos da sentença, impugnada sem referência a uma fundamentação autônoma, realizada pelo tribunal de apelação impede que a resolução possa considerar-se suficientemente motivada (2018, p. 230, tradução nossa).[24]

Além disso, em respeito ao devido processo legal (substancial), e à igualdade processual, tal fundamentação não pode tomar como lastro a argumentação desenvolvida por um dos sujeitos processuais (parciais que são), sobretudo quando esteja atuando como parte mesmo, até porque tal argumentação não se terá desenvolvido de forma imparcial (MEDINA, 2016, p. 758).

Mas também do Superior Tribunal de Justiça – STJ provém o entendimento enraizado da possibilidade da referida espécie de fundamentação ou técnica, consoante se extrai da decisão prolatada no Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 595004/SC, de junho de 2018:

> Tributário. Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC/73. Não ocorrência. Acórdão recorrido. Fundamentação *per relationem*. Nulidade. Inexistência. Agravo interno. Deficiência de fundamentação. Súmula 284/STF. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. 1. Afasta-se a tese de afronta ao art. 535 do CPC/73, pois o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram

[24] "(...) en este supuesto tan común de motivación por remisión el criterio para verificar la propia fundamentación radica en que pueda constatarse el juicio de idoneidad en cuanto a la propia decisión realizado por el juez que acude a este expediente, de suerte que la mera repetición literal de los fundamentos de la sentencia impugnada, sin referencia a una fundamentación autónoma realizada por el tribunal de apelación, impide que la resolución pueda considerarse suficientemente motivada."

> submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 2. Segundo jurisprudência consolidada desta Corte, não importa nulidade do acórdão a utilização, pelo julgador, de fundamentação *per relationem*. 3. Quando o agravo interno se limita a afirmar que a matéria teria sido prequestionada, sem demonstrar o efetivo exame da questão pelo Tribunal de origem, revela-se deficiente a fundamentação recursal, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. 4. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, no sentido de afastar o laudo pericial e acolher outros elementos de prova presentes no processo, tal como colocada a questão nas razões recursais, indica a necessidade de exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 5. Agravo interno a que se nega provimento.

De julho de 2018, possível se aferir que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP também adere à mesma lógica jurídica e processual emanada das Cortes Superiores, como se infere do Acórdão proferido na Apelação nº 1000657-97.2015.8.26.0292:

> [...] A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir nos termos do art. 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, representativo de tardia inovação para se evitar inútil repetição e para dar cumprimento aos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável dos processos: Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento. Artigo 252 com redação dada pelo Assento Regimental nº 562/2017. Consigne-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal admite o julgamento "per relationem", uma vez que tal técnica jurisdicional não representa violação ao princípio do livre convencimento motivado.

Também o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR comunga de modo geral do mesmo entendimento, pela possibilidade de utilização da técnica *aliunde*, inclusive com a menção de que tal raciocínio se aplica aos processos judiciais e administrativos, do que por pertinente se extrai o seguinte trecho do Acórdão emanado do Agravo de Instrumento nº 1.430-664-2, julgado em fevereiro de 2016:

> [...] 10. Em segundo lugar, relevante destacar que a verossimilhança da alegação que embasa o pedido do agravante junge-se à ausência de motivação na decisão proferida pelo Secretário da Fazenda que reformou acórdão do Conselho de Contribuintes do Estado do Paraná. 11. No caso, a despeito da decisão anterior (fls. 147-149/v), oportuno ponderar que a decisão proferida pelo Secretário de Estado da Fazenda SEFA foi fundamentada de forma remissiva aos fatos e fundamentos apresentados no Recurso Hierárquico do Processo Administrativo Fiscal – PAF nº 6.566.135-5 (fl. 112). 12. Depreende-se, dessa forma, que ocorreu a devida motivação da decisão administrativa sob a denominada fundamentação "*per relationem"* ou *"aliunde"*, modalidade admitida pelos Tribunais Superiores no âmbito judicial e administrativo.

Como se pode depreender da análise jurisprudencial realizada, a fundamentação *per relationem* ou *aliunde*, com simples transcrição da decisão judicial, sem efetiva confrontação, trabalho analítico e dialético, é prática usual dos juízos e tribunais, sob a escusa da eficiência, do tempo razoável do processo e do (controverso) livre convencimento motivado, não obstante tal uso, na prática, se consolide com desrespeito aos princípios da motivação das decisões judiciais (e administrativas), da igualdade processual e do acesso à ordem jurídica justa, pois o que se percebe invariavelmente é a mera compilação, repetição e a prática disfarçada do *confirmation bias*, a constituir agressão ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

Consoante Leonard Ziesemer Schmitz:

> Fundamentar "por relação", portanto, não é uma prática adequada ao Estado Constitucional, principalmente levando em consideração que, se o órgão jurisdicional não se debruçou sobre a questão que lhe foi levada a decidir – e limitou-se a reproduzir outra decisão -, não estarão presentes na fundamentação os motivos pelos quais determinados argumentos foram rechaçados, a desfavor do sucumbente. Entra aí em cena o problema das decisões que são incompletas por não expressamente apontarem, além de porquê decidiram de tal modo, o porquê não decidiram de outro (2015, p. 245).

Não parece auspicioso o panorama prospectivo da práxis forense, em relação ao tema da fundamentação *per relationem* ou *aliunde*, pois não somente tal prática é comum e nada rechaçada pelos órgãos jurisdicionais e demais profissionais do direito, como também qualquer julgador com alguma sofisticação na escrita e na composição de textos, poderá usualmente dar ares de legitimidade a decisões vazias, meras cópias ou repetições mecânicas.

Mais difícil ainda se imaginar um momento em que efetivamente o Estado-Juiz dirá, com normalidade e naturalidade, o porquê de não ter concordado com um determinado fundamento, a razão pela qual desconsiderou uma certa prova, o motivo de não ter decidido de outro modo, ainda que exposta ou demonstrada essa outra faceta no transcorrer da dialética processual.

E na visão de Hugo Filardi Pereira:

> Não é a dispensa e/ou a simplificação da materialização processual da motivação que aliviará a sobrecarga de trabalho imposta aos magistrados. O fato de não demonstrar o caminho percorrido na prolação de decisões judiciais não define a desnecessidade de que esse percusro seja completado. A facilitação, e até certo ponto, a padronização das motivações não exime o magistrado na operação mental intelectiva na construção das decisões judiciais. Muito mais que investir em fórmulas mágicas de mecanização da atividade judicante, o Estado deveria insistir na disseminação de modelos de gestão para funcionários similares aos da iniciativa privada e possibilitar a constante evolução profissional dos funcionários ligados ao

> atendimento direto dos jurisdicionados e que trabalham efetivamente na materialização e concretização dos atos processuais.
> Devemos analisar a desnecessidade da motivação na confirmação de sentenças através de acórdãos proferidos pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis como um retrocesso à prestação de tutela adequada e justa (2012, p. 45).

A celeridade processual é meta relevante, mas não pode se realizar em atropelo ao devido processo legal e à fundamentação das decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais, criando distanciamento e insegurança ao jurisdicionado, constituindo a motivação *per relationem* um verdadeiro artificialismo injustificável, ao fim uma minoração ilegítima do sequenciamento processual correto e democrático.

3.10. A omissão da decisão que incorra em qualquer das hipóteses estampadas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, e a possível correção por embargos de declaração (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015)

Nas hipóteses em que o órgão julgador não cumpre o seu mister constitucional e legal de escorreita fundamentação do ato decisório, formal e substancialmente a decisão judicial peca por omissão, sanável pela via dos embargos declaratórios.

Não obstante tecnicamente tal assertiva seja irreprochável (o que se conclui pela mera leitura do artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015, a fixar que também se considera omissa a decisão que incorra em qualquer daquelas condutas esculpidas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015), na prática a utilização e a aplicação do nobre instituto jurídico-processual dos embargos de declaração não têm se consolidado de forma ética e otimizada.

Fato é que muitos operadores do direito usam os embargos de declaração pecando pela falta de técnica, adequação e pertinência, quando não com escopos e efeitos meramente protelatórios, procrastinatórios e nada colaborativos, outras vezes em verdadeiros malabarismos hercúleos na busca do imponderável (ou inviável mesmo) em termos processuais.

E mais que isso, pois os juízes e tribunais, mesmo cientes de que muitas omissões são geradas pela excessiva carga de trabalho, pela quantidade de processos submetidos aos órgãos jurisdicionais, por falhas decisórias e pelo trabalho em demasia nos tribunais, também descuram do recurso em comento, entendendo os embargos não como uma atividade colaborativa para a boa e correta prestação jurisdicional, mas praticamente como uma crítica, ofensa ou agressão ao órgão judicante, partindo-se para decisões de conhecimento e não

provimento padronizadas, nas quais falta absolutamente o diálogo substancial com os interessados.

A fundamentação fictícia ou incompleta, por conseguinte, dá ensejo ao vício da omissão, cabendo então o oferecimento dos embargos declaratórios, com o fito de complementar o ato decisório, dando-lhe legitimidade em termos de motivação.

Consoante José Miguel Garcia Medina:

> O parágrafo único do art. 1022 do CPC/2015 revela a preocupação do legislador a que sejam adequadamente fundamentadas as decisões judiciais, remetendo ao § 1º do art. 489 do CPC/2015, e exigindo, também, que o órgão jurisdicional manifeste-se, expressamente, a respeito de orientação jurisprudencial firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência [...].
> Deve ser decretada a nulidade da decisão, caso a omissão não seja sanada. Admite-se que o juízo *ad quem* manifeste-se sobre a questão omitida, se presentes as condições previstas na lei (cf. art. 1013, § 3º, IV e art. 1.025 do CPC/2015) (2016, p. 1.349).

Na medida em que o CPC/2015 indica os caminhos que devem ser trilhados (ou os que não devem ser) para uma decisão motivada, fato é que decisão com motivação inadequada ou insuficiente é verdadeiramente decisão não fundamentada. Consoante Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello:

> Há, *grosso modo*, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de correlação entre fundamentação e decisório.
> *Todas são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença.* Isto porque "fundamentação" deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, "fundamentação" que não tem relação com o decisório não é fundamentação: pelo menos não o é *daquele decisório*!
> O NCPC nos indica com algum grau de clareza *como* deve ser a fundamentação de uma decisão judicial, endossando a concepção que, desde há muito, temos sustentado ser correta, no sentido de que *sentença inadequadamente fundamentada é sentença não fundamentada.* Trata-se de duas situações juridicamente equivalentes e só este entendimento é que realiza plenamente a garantia constitucional de que as decisões judiciais sejam motivadas (2015, p. 1470).

Merece reiteração o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.782.605/SP, tendo como Relator o Ministro Herman Benjamin, em julgamento realizado em abril de 2019, pelo qual o Superior Tribunal de Justiça – STJ delimitou que:

> A simples menção, pelo órgão julgador, de que todas as questões foram apreciadas, bem como de que "as razões destes embargos estão, sobretudo, pautadas em outros julgados sobre a matéria, de solução diversa do presente, que não têm efeito vinculante algum para este caso, e, em nada, interferem no julgamento deste feito,

> segundo as convicções devida e exaustivamente motivadas e constantes no v. acórdão embargado" (fl. 5.291, e-STJ), não respondem satisfatoriamente aos questionamentos delimitados pela parte nos seus aclaratórios".

O julgado se reporta a situação comum no cotidiano forense, em que não obstante pareça existir uma capa formal argumentativa, não há decisão fundamentada no sentido de enfrentamento dialético das relevantes razões e questionamentos dos embargos declaratórios, no que concerne à omissão.

Em complemento ao raciocínio, relevante anotar que no artigo 1.013, § 3º, inciso IV, do CPC/2015, consta a possibilidade do órgão *ad quem*, mesmo (e exatamente) na hipótese em que o julgador *a quo* não cumpriu a contento seu dever de fundamentação, quando o processo estiver em condições de imediato julgamento, julgar desde logo o mérito, subsequentemente à decretação da nulidade da sentença por falta de fundamentação (consagração da teoria da causa madura).

O inciso III do § 3º do artigo 1013 do CPC/2015, por sua vez, trata da situação em que o tribunal poderá julgar um pedido não apreciado pelo juízo *a quo*, em hipótese de omissão, portanto, também a constituir, tal qual o inciso IV, solução ou relativização do problema de omissão na apreciação e na fundamentação dos provimentos jurisdicionais.

Também constituem hipóteses que revelam uma flexibilização ou remédio, a evitar a necessidade dos embargos de declaração, bem assim a solucionar questões não decididas, as previsões construídas nos §§ 1º e 2º do precitado artigo 1013, o primeiro a estabelecer que serão objeto de apreciação e julgamento todas aquelas questões arguidas e objeto de discussão no processo, mesmo quando não solucionadas, desde que relacionadas ao capítulo impugnado, e o segundo a prescrever que quando o pedido ou a defesa contiver mais de um fundamento e o juiz acolher somente um deles, o recurso de apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

A teoria da causa madura vem positivada no artigo 332, *caput*, do CPC/2015. Quando houver causa que dispense a fase instrutória, o Estado-Juiz poderá julgar liminarmente improcedente o pedido, independentemente de citação do demandado, nas situações em que referido pedido contrariar: enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal – STF ou do Superior Tribunal de Justiça – STJ; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal – STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência; enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

De conformidade com Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Nas hipóteses previstas pelos incisos II, III e IV do § 3º do art. 1.013 do Novo CPC tem-se uma sentença de mérito viciada anulada pelo julgamento da apelação com a permissão ao tribunal de, ao invés de encaminhar o processo novamente ao primeiro grau para a prolação de uma nova sentença de mérito, julgar imediatamente o mérito da ação [...].
> Por fim, o inciso IV, do § 3º do art. 1013 do Novo CPC, permite o julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento de apelação que anula a sentença em razão da falta de fundamentação. Nesse caso, ao invés de devolver o processo ao juízo que prolatou a sentença viciada para lhe dar uma segunda chance de prolatar sentença devidamente fundamentada, o próprio tribunal anula a sentença e passa a decidir de forma fundamentada o mérito da ação.
> Nesse caso o tribunal não reforma a sentença, mas a anula e profere uma nova decisão de mérito (2017, p. 1718-1719).

Não é sempre e em qualquer circunstância que poderá o tribunal anular a sentença e sequencialmente proferir acórdão, ainda que agora (obviamente) de forma fundamentada. Não obstante na prática não pareça funcionar de tal maneira, vale a proposição crítica encaminhada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello:

> E, por último, diz a nova lei que a falta de fundamentação deverá ser suprimida pelo Tribunal. A norma só se aplica se o Tribunal for decidir *no mesmo sentido*. O Tribunal não pode, é claro, *alterar* o sentido da decisão sem fundamentação, porque não terá condições nem mesmo de *entender* o que foi decidido, muito menos de qualificar de *errada* a decisão e *corrigi*-la. Esse dispositivo se aplica tão somente aos casos em que, na apelação, a parte só impugna a sentença por falta de fundamentação.
> Este dispositivo trata da hipótese de a sentença versar sobre o que a doutrina denomina *preliminares de mérito*. A doutrina já recomenda que o Tribunal tenha esta conduta à luz do CPC/1973 e os Tribunais também tem decidido assim. Afastadas prescrição e decadência, decide o mérito o próprio Tribunal, se preenchido o requisito de o processo estar em "condições de imediato julgamento" (2015, p. 1451).

Porque correlacionado ao tema em cotejo, cabe menção ao Enunciado 307 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, a entender que quando reconhecida a insuficiência da fundamentação da decisão, o tribunal deverá decretar a nulidade da sentença, e na situação em que preenchidos os pressupostos do § 3º do artigo 1013 do CPC/2015, decidirá desde logo o mérito da causa.

Embora pela tese exposta haja reservas em relação ao posicionamento abaixo destacado (que salvo melhor entendimento minimiza a força e a intelecção do artigo 489, § 1º, do CPC/2015), o contraponto de Elpídio Donizetti é válido e na prática talvez mesmo deva preponderar:

> As possibilidades de recurso com base nesse dispositivo são infinitas. Consequentemente, abre-se espaço para inúmeros embargos de declaração, inclusive "embargos de declaração de embargos de declaração".
> Não se desconhece o fato de que o juiz é obrigado a apreciar as questões, isto é, os pontos – afirmações referentes à pretensão. Se uma questão deixar de ser apreciada, cabíveis são os embargos declaratórios. Entretanto, conforme reiteradamente decidiu o STF, "o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte" (AI 761.901/SP, Rel. Min. Luiz Fux, jugado em 22.04.2014).
> Ainda que exigível fosse a resposta a todos os argumentos, a decisão lacônica, nesse particular, seria perfeitamente válida. Isso porque o princípio da instrumentalidade se aplica a todos os atos processuais, e não somente aos atos das partes. À falta de prejuízo, válida seria a sentença.
> Até que os Tribunais Superiores se manifestem sobre o alcance do § 1º do art. 489 – não tenho dúvidas de haverá um adequado equacionamento entre os princípios da fundamentação e da celeridade – ou que os sujeitos do processo passem a utilizá-lo de forma consciente e não para protelar infinitamente a resolução da demanda, creio que ainda veremos muitos embargos de declaração serem interpostos contra decisões que, apesar de não enfrentarem todos os argumentos trazidos pelas partes, rebatem as questões essenciais para o deslinde da controvérsia (2016, p. 1500).

O respeito àquilo que construído no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, não apenas poderia solucionar essenciais questões relacionadas à motivação e legitimidade das decisões judiciais, como também colaborar a imprimir um ônus argumentativo aos demais profissionais do direito.

Quanto à mencionada necessidade de balanceamento entre os princípios da fundamentação e da celeridade, parece despicienda tal missão, pois ambos são absolutamente conciliáveis e desejáveis.

Além disso, de se pontuar que os parâmetros de não fundamentação constantes do CPC/2015 consubstanciam normas-regras, que respeitadas certamente farão concretizar o princípio da razoável duração do processo (com celeridade e efetividade), pois evitarão diversos recursos, que gerarão mais credibilidade ao Poder Judiciário, darão ensejo a mais justiça coexistencial, por consubstanciar ato jurisdicional dotado de constitucionalidade, legalidade e dialogicidade, com tendência a maior aceitação pelos demais profissionais do direito e consumidores da justiça.

Vale menção, acerca dos embargos de declaração, à crítica de Lenio Luiz Streck, para quem:

> Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando de "uma fundamentação da fundamentação", traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. Por isso é que uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos (*sic*); antes disso, há uma inconstitucionalidade *ab ovo*, que a torna nula, írrita, nenhuma! Aliás, é incrível que, em havendo dispositivo constitucional tornando a fundamentação um direito fundamental, ainda convivamos – veja-se o fenômeno da "baixa constitucionalidade" que venho denunciando há duas décadas – com dispositivos infraconstitucionais pelos quais sentenças contraditórias (*sic*), obscuras (*sic*) ou omissas (*sic*) possam ser sanadas por embargos...! (2017, p. 120).

A bem ver, pela posição de Streck, mesmo que tecnicamente e de fato os embargos de declaração tenham serventia à correção da omissão, da contradição ou da obscuridade, no fundo tal utilização constitui outro problema, porque a bem ver a decisão judicial mal fundamentada é constitucionalmente (e infralegalmente) caracterizada como nula e írrita. O combate deveria girar em torno das causas, e não apenas das consequências da não fundamentação das decisões judiciais, embora deva ser ponderado que os embargos servem exatamente para buscar a correção ou esclarecimento daquilo que o julgador já deveria ter observado, mas não o fez.

3.11. O artigo 489, § 2º, do CPC/2015: colisão entre quais normas?

Há quem explique o sentido de tal proposição normativa sem exatamente criticar a construção do legislador do CPC/2015, muito embora siga a menção a técnicas (postulados) que dizem respeito à interpretação e aplicação de princípios, e não de regras. Guilherme Rizzo Amaral preceitua que:

> Havendo colisão de normas, estabelece o § 2º do art. 489 o dever do juiz justificar sua opção por uma em detrimento de outra, ou, ainda, a ponderação entre ambas. Para tanto, valer-se-á o julgador de postulados inespecíficos e específicos. Dentre os primeiros estão o da *ponderação*, da *concordância prática*, da *proibição de excesso* e da *otimização*. Na segunda categoria, inserem-se a *igualdade*, a *razoabilidade* e a *proporcionalidade*. Por meio de tais postulados se justificarão as opções do julgador quando da aplicação de determinadas normas em detrimento de outras (2016, *on-line*).

Já se destacou a distinção entre regras e princípios, espécies do gênero normas, bem como as inconsistências na utilização de previsões principiológicas. Então a quais normas exatamente se refere o artigo 489, § 2º, do CPC/2015, quando assinala que na hipótese de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, mostrando as razões que autorizam a interferência na norma afastada, e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão? E mais especialmente, que espécie de ponderação é essa indicada na retromencionada previsão do CPC/2015?

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello, é válida a crítica ao conteúdo positivado no CPC/2015, com terminologia de viés quase filosófico, enfatizando a:

> [...] inconveniência de o legislador incluir na lei termos de índole quase filosófica, sobre cujo sentido a literatura não é unânime. Aqui, aliás, fala-se em ponderação de

> normas! A doutrina fala em ponderação de princípios. Normas, na terminologia proposta por muitos autores, abrange princípios e regras. Enfim, nem a lei é sede apropriada para mencionar estes temas, nem estes *Primeiros Comentários*, são o local adequado para o aprofundamento a respeito deles.
> A redação é complexa, e a regra é bem intencionada. Por vezes, à mesma situação podem aplicar-se a dois princípios diferentes, que levariam a soluções diversas. Opta-se por um ou por outro, em função de ponderação de valores. Estes valores são os inspiradores dos princípios. A opção deve ser justificada. Vamos imaginar que teria sido isto o que o legislador quis dizer. E isto deve ocorrer, com ou sem este dispositivo.
> Essa orientação tem sua função em sociedades pluralistas como a em que vivemos, em que cada vez mais o Judiciário deve enfrentar questões complexas que exigem, densa fundamentação. Por vezes, deve-se, decidir qual princípio deve prevalecer em detrimento de outro, muitas vezes, da mesma hierarquia (2015, p. 796).

As indagações acerca das espécies normativas referenciadas (mas não especificadas) pelo legislador e da teleologia do texto normativo, são relevantes para que se possa estabelecer o marco teórico a impulsionar a crítica à composição legislativa em comento. Isso porque, naquelas hipóteses em que o tribunal usa a expressão princípio da proporcionalidade, assim como ponderação, sopesamento, balanceamento, choque ou tensão entre princípios, bens, direitos fundamentais, interesses, valores, no contexto jurídico atual, é legítimo que se induza a influência de Robert Alexy (MORAIS, 2016, p. 16).

Com supedâneo em Robert Alexy se pode aferir o ponto nodal ou decisivo à já aludida distinção entre regras e princípios, sendo que estes últimos (normas-princípios) constituem normas a ordenar que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Em sintonia com tal ideia amplamente acolhida:

> Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
> Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem mesmos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e jurisidicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda normas é ou uma regra ou um princípio (2006, p. 91).

A previsão exposta no artigo 489, § 2º, do CPC/2015 mais serve a generalizar e a confundir do que a colaborar ou simplificar, pois regras normalmente são dotadas de maior objetividade e clareza, e exigem uma opção do intérprete e aplicador do direito, enquanto que os princípios normalmente admitem e exigem ponderação, sopesamento, balanceamento, e portanto a utilização do tão mal praticado princípio da proporcionalidade.

Tratativa e crítica não somente do indigitado § 2º do artigo 489 do CPC/2015, mas explanação acerca dos contornos da ponderação se tem em Lenio Luiz Streck:

> Explicando melhor, há dois modos de tratar a complexa problemática da ponderação. O primeiro modo, que advém da vulgata que se fez da teoria alexyana no Brasil, limita-se a referir que a ponderação seria uma escolha do argumento que terá maior prevalência para ser aplicado ao caso e, assim, no caso do artigo 489, § 2º do NCPC, simplesmente se escolheria qual das regras seria afastada em face dessa 'ponderação' (sic). Esse, evidentemente, não é o caminho mais adequado para interpretar esse dispositivo. O outro caminho, muito mais sofisticado, é aquele decorrente da aplicação rigorosa da teoria discursiva de Robert Alexy, observando todas as suas exigências. Veja-se: Alexy nem de longe admite ponderação de regras. *Ad argumentandum tantum,* o que discuto aqui visa a demonstrar que, mesmo que fosse admitida, o resultado seria irrelevante, inútil. Assim: nos termos como quer Alexy, a questão da ponderação apenas surge a partir da estrutura semanticamente aberta das *normas de direitos,* e que, por essa razão, podem entrar em colisão (STRECK, 2017, p. 62).

A explicitação de Streck merece destaque, tendo em vista a confusão reinante em *terrae brasilis*, e a práxis processual, interpretativa e aplicativa do direito que tem culminado na utilização da ponderação como se fosse um mero processo de escolha.

Não se trata de tal dinâmica opcional, nem aos advogados, promotores, defensores (como ônus argumentativo), menos ainda aos juízes e tribunais (como dever de fundamentação). Em sequência à citação antes referenciada, e no delineamento acerca do uso da ponderação para as normas de direitos fundamentais, e também na explicação das três máximas da proporcionalidade, continua o mencionado jurista:

> Assim, *as normas de direitos fundamentais assumem uma natureza de princípio* e, por consequência, são considerados mandamentos de otimização, isto é, [os princípios] exigem uma metodologia distinta da mera subsunção para poderem ser aplicados nos casos concretos. Portanto, a ponderação, nos termos como sugere a teoria alexyana, será uma máxima (chamada máxima da proporcionalidade dividida em três submáximas), um padrão normativo para regular e explicitar a colisão entre princípios, isto é, de normas de direitos fundamentais. E, por favor, *não de regras!* Além disso, a máxima da proporcionalidade – após a observância de todo o procedimento – vai permitir ao intérprete chegar a uma terceira norma (denominada de "norma de direito fundamental atribuída"), fruto desse sopesamento de princípios, e que será aplicada ao caso por subsunção, como as regras. Portanto, tomando o segundo modo de "ler" o dispositivo do NCPC, a conclusão será que o intérprete formulará uma nova regra para ser aplicada ao caso em concreto e, assim, estaria afastando um regra para aplicar...outra regra. Tudo isso sem lançar mão da jurisdição constitucional (STRECK, 2017, p. 62).

Fato é que colisão propriamente dita existe entre princípios, e não cabe simplesmente, como assinalado no sobredito § 2º, o afastamento de um dos princípios. Em outras palavras, mas no mesmo sentido, não há colisão entre regras, que podem ser afastadas.

O afastamento de um princípio ocorre pela chamada relação de precedência condicionada ou concordância prática, de modo que, sob determinadas condições, um princípio prepondere sobre o outro, mas sem retirar do outro a validade, a plenitude e a relevância (técnica de ponderação, denominada postulado aplicativo-normativo da proporcionalidade), dando ensejo à criação (de modo correto) da denominada norma de direito fundamental atribuída.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery pontuam a propósito do tema, da impropriedade e da confusão criada pela previsão legislativa analisada e criticada, que mais se amolda à resolução de contraposições entre direitos fundamentais e princípios constitucionais:

> A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais (2016, *on-line*).

Há inclusive quem defenda a inconstitucionalidade da previsão em comento, a exemplo de Eduardo José da Fonseca Costa, que explicita acerca da aplicação do postulado da proporcionalidade, pelos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sem jamais suprimir o núcleo essencial do princípio não utilizado ou relativizado:

> [...] o postulado visa, a um só tempo: a) a uma solução adequada à promoção desses princípios [subpostulado da *adequação*]; b) a uma solução que consiga promover a todos os princípios conflitantes de modo menos restritivo a cada um deles [= subpostulado da *necessidade*]; c) a uma solução em que as vantagens oferecidas pela promoção dos fins justificam as desvantagens provocadas pelas restrições de alguns dos princípios em jogo [= subpostulado da *proporcionalidade em sentido estrito*]. Em (b), como se percebe, não existe "afastamento": conquanto haja a prevalência de um princípio sobre o outro, o princípio prevalente não pode suprimir o "núcleo fundamental" do princípio prevalecido. No caso paradigmático das biografias não autorizadas, por exemplo, havendo conflito entre a liberdade de expressão e a intimidade, a intimidade não é suprimida: prevalece a possibilidade de publicação dessas obras, mas ao biografado ou aos seus sucessores se resguarda pretensão indenizatória e de remoção de ilícito em caso de abusos. Frise-se o enorme perigo do dispositivo: se for tomado ao pé da letra, *v. g.*, poderá o juiz afastar irresponsavelmente a regra da imparcialidade para favorecer sem disfarces a parte mais pobre em nome de uma "justiça social". Portanto, tendo em vista que a proporcionalidade tem assento *constitucional*, outra não pode ser a conclusão senão a gritante *inconstitucionalidade* do § 2º do art. 489 do CPC/2015 (2016, p. 595-596).

Em relação ao exemplo destacado, cumpre anotar que na ADI nº 4815, o Supremo Tribunal Federal – STF fez prevalecer ou preponderar o princípio da liberdade de expressão da atividade intelectual, em confronto com a também jusfundamental inviolabilidade da intimidade e privacidade dos biografados, afastando-se, pois, a exigência de prévia autorização para as biografias, e ressalvando-se o direito de resposta (em nenhum momento a garantia da intimidade, da privacidade, dos direitos da personalidade foi extirpada, superada, afastada).

Em abordagem ao tema, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.765.579-SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em 05 de fevereiro de 2019, assinalou que:

> (...) 7. O § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem implicar a revogação de outros critérios de resolução de antinomias, tais como os expostos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que permanecem aplicáveis.
> 8. Apenas se confirma nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador.
> 9. O exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica de ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite.
> 10. A pretensão de rever o mérito da ponderação aplicada pelo Tribunal de origem não se confunde com a alegação de nulidade por ofensa ao art. 489, § 2º, do CPC/2015.

O que é preciso realçar é que as técnicas para solução de confrontação ou colisão entre regras e princípios são distintas. Quando se tratar de conflitos entre regras, os clássicos critérios de solução se apresentam, tais como o hierárquico (norma superior prevalece sobre a inferior); o cronológico (norma posterior revoga a antecedente); o da especialidade (a norma especial prevalece sobre a geral); sem exclusão do diálogo das fontes, por meio do qual se ponderam as fontes heterogêneas das regras, preferindo-se as mais benéficas e eficientes à tutela do direito (NEVES, 2016, p. 841).

Outra modalidade conflitiva que guarda sintonia com o cerne do presente trabalho, envolve o eventual e possível conflito entre regras e princípios. Não obstante o caráter de fundamentalidade no sistema dos princípios, parece mais razoável que se deva dar prestígio às regras em detrimento dos princípios (sempre de forma justificada), com o escopo de evitar

direcionamentos interpretativos, com espeque em parâmetros principiológicos que possibilitem o decisionismo, o solipsismo, o subjetivismo e as escolhas fruto do malfadado livre convencimento.

A esse respeito, naquelas situações em que se estiver diante da possível preponderância dos princípios sobre as regras (haverá momentos nos quais a principiologia, mais que tudo a constitucional, deverá sobrepujar), maior esforço argumentativo, de prestação de contas da lógica condutora da motivação e da conclusão se exigirá dos juízes e tribunais, por epílogo inarredável e inescapável, haja vista a maior indeterminabilidade verificada, a exigir uma densificação normativa de forma mais rigorosa e aprofundada.

3.12. É possível uma teoria da decisão judicial com base no CPC/2015?

As construções delineadas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, têm suficiência a sanar os problemas das decisões judiciais não motivadas, não justificadas, se não a solapar a pseudofundamentação, ao menos diminuir a prática relacionada à construção de juízos *a priori*, com mera forma de decisão, mas a constituírem uma simples capa (frágil) de suposta racionalidade e juridicidade.

Sempre válida a ressalva do problema e a crítica ao artigo 489, § 2º, do CPC/2015, a deixar uma perigosa lacuna aberta pela falta de cientificidade, e pela própria nomenclatura e substancialidade equivocadamente postas, a colocar no mesmo pacote a possibilidade de ponderação de regras (?) e de princípios ou bens jusfundamentais.

Além do esposado, é também passível de conclusão que se os bons profissionais do direito, que não exclusivamente os julgadores (mas também os defensores públicos, os procuradores, os advogados, os representantes do Ministério Público, os professores de direito), tomarem as premissas esposadas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015 como ônus argumentativo, certamente um panorama processual mais qualitativo, coerente, lógico e otimizado se avizinhará.

Imprescindível, por conseguinte, que uma estrutura racional e lógica se revele e se imponha na decisão judicial. De conformidade com Michele Taruffo:

> Um possível modo de entender a racionalidade da decisão judiciária implica na referência à sua estrutura lógica. Sob este perfil pode-se dizer racional uma decisão que tenha uma estrutura lógica reconhecível, cuja validade sabe-se controlável segundo critérios lógicos de referência. Naturalmente isto desconta a premissa de que um discurso (ou um raciocínio) não padronizado, como aquele do juiz, seja de qualquer forma analisável logicamente, e se possa predicar a validade lógica

> segundo alguns parâmetros individuais. Parece por outro lado difícil falar de racionalidade de um discurso no qual se negue *a priori* cada possível estrutura lógica mesmo devendo estar claro que a racionalidade de uma decisão judiciária não se exaure – como se verá – na sua estrutura lógica (2005, p. 240, tradução nossa).[25]

A fixação de marcos abastecidos de juridicidade, de metodologia, de técnicas de justificação, de elementos objetivos e racionais, tudo calcado na exposição de indicações daquilo que *não* se considera decisão judicial fundamentada, seja interlocutória, sentença ou acórdão, pode ensejar e constituir evolução argumentativa e decisória de grande jaez, e jamais existente ou consolidada como fonte jurídica no Brasil.

Tal novidade serve inclusive a relativizar o princípio do livre convencimento, que se ainda persevera vivo no aspecto real e fenomenológico, não deve mesmo ser tão livre, no sentido de autorreferenciado (e por vezes arbitrário); e ainda têm o condão de minimizar ou relativizar as (criticáveis) manifestações que dão conta do DNA do solipsismo judicial.

Exemplos das emanações e formas de implementação do solipsismo são descritas por Lenio Luiz Streck, e resumidas nas seguintes manifestações: interpretação como ato de vontade do julgador ou no adágio da sentença como *sentire;* interpretação como resultado da subjetividade judicial ou produto da consciência do órgão jurisdicional; crença de que o magistrado deve proceder à ponderação de valores partindo de seus valores próprios; razoabilidade ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; sustentação de que os casos difíceis se resolvem com lastro na discricionariedade; e cisão estrutural entre regras e princípios, na crença de que os últimos propiciariam uma completa abertura de sentido, que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete (2017, p. 39).

Tendo em conta o que está sendo assinalado, crucial verificar que o CPC/2015, no fortalecimento da motivação dotada de sentido jurídico, e naquilo que toca à prova, fez constar expressamente que "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento", previsão que é bem distinta daquela constante no antigo artigo 131 do CPC/1973, a assinalar que "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e

---

[25] "Un possibilile modo di intendere ela razionalità della decisione giudiziaria implica il riferimento alla sua struttura logica. Sotto questo profilo si può dire razionale una decisione che abbia una struttura logica riconoscibile, la cui validità sai controllabile secondo critério logici di riferimento. Naturalmente ciò sconta la premessa che un discorso (o un ragionamento) non Normalizzato, come quello del giudice, sia comunque analizzabile logicamente, e se ne possa predicar la validità logica secondo qualque parametro individuabile. Pare d'altronde difficile parlare di razionalità di un discorso del quale si neghi *a priori* ogni possibile struttura logica, pur dovendo essere chiaro che la razionalità di una decisione giudiziario non si esaurice – come si vedrà – nella sua struttura logica."

circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Lenio Luiz Streck trata tal questão e a concepção ruptural que representa a retirada do livre convencimento do CPC/2015, dando conta da (tentativa de) extirpação da discricionariedade racionalizada:

> No ano de 2015, o direito processual brasileiro vivenciou uma das principais rupturas com o protagonismo judicial ao excluir o livre convencimento de seu texto. Tradicionalmente, costuma-se supor que o "livre convencimento motivado" seria a melhor alternativa possível, entre a íntima convicção e as provas tarifadas. Uma "discricionariedade racionalizada". Mas aqui a tipificação dogmática não deixa de ver um problema mais profundo, filosófico, de achar que até certo ponto o caso é fácil e se subsume à lei e, de repente, nas zonas de penumbra, temos que delegar a decisão à discricionariedade judicial. Pior que tudo isto, muitas vezes o livre convencimento motivado é só um álibi invocado para total discricionariedade, que não conhece limites nem nos casos fáceis em que Hart se detinha. Ocorre que sempre há padrões normativos operando na decisão judicial, como demonstrou Dworkin. E como venho dizendo: juiz decide, não escolhe.
> Assim, uma das grandes inovações do CPC/2015 foi a nova redação dada ao art. 131, atual art. 371, deixando de lado o "livremente" para qualificar como o juiz apreciará a prova. Também o artigo 380 do Projeto oriundo do Senado, que dizia que "A confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz", teve retirada a expressão "livremente". Some-se a isto: o art. 10, que ampliou o contraditório (art. 10), o art. 489, que tratou de estabelecer critérios que devem estar presentes na fundamentação da decisão judicial e art. 926, que trouxe o dever de coerência e integridade.
> Em comum a todos eles a eliminação do livre convencimento (2017, p. 33).

Extrai-se da abordagem ao livre convencimento, também denominado de persuasão racional, que sua concepção no sentido comum teórico envolve uma principiologia que confere ao julgador um direito de escolha de provas, de questões, de argumentos e de fundamentos constantes no processo, bem como de recusa de manifestação acerca de elementos outros que não os escolhidos (WILD, 2018, p. 141), isto é, serve ao enraizamento do indesejado *confirmation bias*.

E não se afirme que as imposições legais referentes à fundamentação dos provimentos jurisdicionais, por sinal em absoluta sintonia com o texto e as proposições constitucionais, teriam o condão de imprimir minimização ao preceito constitucional da duração razoável do processo (e da celeridade), pois o que se projeta é justamente o contrário, a se destacar que o número de recursos aumenta na proporção em que se revelam quantitativamente os provimentos judiciais carentes de fundamentação. Assim como o resultado inverso também é verdadeiro, porque quanto mais bem estruturado o ato jurisdicional, também menor será o número dos recursos que poderão contrastá-lo ou atacá-lo.

Estamos em um meio caminho: nem ausência de fundamentação, nem fundamentação completa e harmônica com o conjunto da prova, domínio em que induvidosamente não vige positivamente o *in medio virtus*. Existe, pois, uma verdade óbvia, sobre a qual pouco se diz e praticamente nada se escreve. O aumento exagerado do número de recursos também é sintoma de decisões inconvincentes, carentes de fundamentação (SILVA, 2008, p. 156-157).

Decisões dialógicas, bem estruturadas, que não sejam solitárias, vazias, autoritárias, justiceiras, deficitárias ou surpresas, mas sim racionalmente justificadas e otimizadas em termos de motivação, dada a sua maior legitimidade, podem diminuir o encaminhamento de inconformismos ao segundo grau de jurisdição, assim como ensejar maior aceitação pelos sujeitos processuais, compreensão ao leigo (consumidor da justiça) e menos demandas ajuizadas, em médio e longo prazo, estabelecendo coerência, integridade, previsibilidade, estabilidade e menos impulsos aventureiros de acesso à justiça.

Em sustentação a tal proposição, Alexandre Freitas Câmara bem observa a fundamentação adequada como desestimuladora de recursos:

> E nem se diga que a exigência de fundamentação substancial da decisão seria um fator de entrave à duração razoável do processo. Em primeiro lugar, não há qualquer exigência de que as decisões sejam *longamente* fundamentadas. A fundamentação pode ser objetiva, concisa, desde que suficiente. Além disso, a garantia de duração razoável do processo destina-se a assegurar que no processo não haja dilações indevidas, mas todas as *dilações devidas* devem ocorrer. Uma decisão judicial bem fundamentada, fruto de um contraditório efetivo, pleno e substancial, é uma decisão que mais dificilmente será reformada ou anulada em grau de recurso, e isto, certamente, será um fator de desestímulo a recursos, permitindo um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, que conseguirá, fatalmente, ser alcançada em tempo razoável (2017, p. 283).

Da mesma forma que ao bom profissional do direito (defensor público, advogado, representante do Ministério Público, procurador) não deve consubstanciar em fardo uma escorreita e bem estruturada argumentação jurídica e o preenchimento dos requisitos do artigo 319 do CPC/2015 (petição inicial), também aos bons, vocacionados e competentes julgadores as exigências do artigo 489, § 1º, do CPC/2015 não devem causar qualquer espécie de constrangimento, questionamento, polêmica ou dificuldade.

Se constitui impossibilidade e utopia a decisão judicial ontologicamente correta e de melhor juridicidade, não há dúvida de que o ordenamento jurídico brasileiro, a teoria e a práxis não prescindem de métodos que permitam mais qualitativa análise, aferição, crítica e questionamento em relação ao conteúdo da fundamentação das decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais.

Mais persuasão, racionalidade e autoridade de argumentos é o que se espera; menos argumentos de autoridade, escolhas, solipsismos, pseudofundamentações, informações (ao invés de justificações), além de minimização das falsas ou frágeis argumentações também são concomitantemente desejáveis.

Algumas entidades de classe dos magistrados chegaram a assinalar que o dever de fundamentação agrediria ou prejudicaria a independência funcional dos julgadores, assim como burocratizaria os processos, o que não parece encontrar eco em qualquer justificativa dotada de cientificidade ou estatística séria.

Não se deve descartar a inesgotável fonte de disputa entre dois modelos epistemológicos, o primeiro que visualiza a ciência de acordo com os critérios de uma atividade mecanicista, e o segundo que admite possa a ciência ser tocada por influências, preconceitos e preconcepções essencialmente subjetivas sem que, por isso, perca a racionalidade e o caráter científico (JORGE NETO, 2017, p. 89)

Que a atividade jurisdicional terá sempre alguma dose criativa, além da mera objetividade dos textos legais, parece discussão estéril, infrutífera, dada a obviedade de tal assertiva. O que realmente importa verificar é se a interpretação e a criação dos juízes e tribunais estão pautadas por critérios racionais, justificados, fruto de um agir comunicativo e caracterizados pela juridicidade esposada no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, verdadeiras e suficientes vigas-mestras à aferição da correção do ato decisório.

Na visão de Mª Isabel Garrido Gómez:

> A motivação suficiente implica alguns requisitos, tais como a competência do órgão, a publicidade da decisão e da regra pela qual se apoia; a apresentação da regra como formulação de um enunciado que parte da informação específica e alcança algumas consequências; a correção da regra atendendo aos cânones da língua que se expressa; e a não contradição da regra com enunciados válidos no ordenamento jurídico. No que diz respeito à motivação completa, implica conjuntamente as quatro primeiras questões, a manifestação do enunciado normativo, cuja interpretação através de algum dos critérios interpretativos seja a origem da regra; a manifestação dos critérios interpretativos; a manifestação dos critérios justificativos da regra, se esta tem sua origem em um enunciado normativo válido; e a não contradição da regra com enunciados válidos (2014, p. 181-182, tradução nossa).[26]

[26] "La motivación suficiente implica algunos requisitos, tales como la competencia del órgano; la publicidad de la decisión y de la regla en la que se apoya; la presentación de la regla como formulación de un enunciado que parte de la información específica y alcanza unas consecuencias; la corrección de la regla atendendo a los cánones de la lengua en la que se expressa; y la no contradicción de la regla con enunciados válidos en el ordenamiento jurídico. Por lo que respecta a la motivación completa, implica agregadamente las cuatro primeras cuestiones, la manifestación del enunciado normativo cuya interpretación, a través de alguno de los criterios interpretativos, sea el origen de la regla; la manifestación de los criterios interpretativos; la manifestación de los criterios justificativos de la regla, si esta tiene su origen en un enunciado normativo válido; y la no contradición de la regla con enunciados válidos."

Em sequência e com fundamento nas premissas expostas, a tese apresenta a síntese identificadora de uma proposta teórica e prática à construção das decisões judiciais, plenamente válida e desejável também aos constructos jurídico-argumentativos, consubstanciada nos itens seguintes:

1 – Necessidade de dissecação, separação metódica e divisão em partes dos atos normativos que interessam à causa e à questão objeto de decisão, contrastando de modo conciso as razões de sua aplicabilidade ou não, com necessária adequação e correlação aos fatos e fundamentos do caso *sub judice*, tanto para acolher quanto para afastar, jamais a mera enunciação do texto normativo.

2 – Especificação e objetivação (escorreita densificação normativa) de diretrizes principiológicas e conceitos jurídicos indeterminados, quando servirem de sustentação a uma argumentação e, notadamente, a uma decisão judicial, a evitar consequências jurídicas abertas, tanto maior a necessidade de explicitação quanto maior for a abertura do dispositivo.

3 – A fim de que se faça do texto uma norma, destaca-se a imprescindibilidade de que a lida com súmulas, jurisprudência e precedentes seja acompanhada da articulação de seus fundamentos determinantes e especificidades, para justificação de sua aplicabilidade (comparação analítica ou confrontação com o caso concreto).

4 – Na toada de pretensões precedentalistas e de prestígio aos entendimentos sumulados e consolidados jurisprudencialmente, a essencialidade da precisa distinção (*distingushing*) e da superação (*overruling*), quando for hipótese em que se adote solução jurídica distinta, em vista da base fática diferenciada, em sólido trabalho argumentativo.

Remanesce pela tese, por conseguinte, não a impertinência, mas sim a desnecessidade das previsões constantes no artigo 489, § 1º, incisos III e IV, do CPC/2015, pois as articulações fático-normativas sintetizadas acima têm suficiência a evitar aquilo que os referidos incisos pretendem resguardar.

3.13. (In)Sinceridade das fundamentações e *confirmation bias* na motivação das decisões judiciais.

Mesmo diante da necessidade do desvelamento de uma (pretensa e inexistente) subjetividade asséptica dos julgadores, ainda assim difícil perscrutar os caminhos da (in)sinceridade das fundamentações das decisões judiciais, por isso os parâmetros postos no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, revelam-se tão importantes, essenciais, alvissareiros (quiçá mesmo suficientes).

Não há julgador completamente dissociado do contexto social, alongado da sociedade, purificado de concepções ideológicas, sociais, culturais e psicológicas. Ninguém pode nem deve assumir o papel do juiz asséptico, sob pena de afetação à própria identidade, e condução a erros de conduta, moralismo exacerbado daquele que se considera juiz da ética de todos os demais membros do corpo social, ou ainda com o risco da onipotência de quem se nomeia Dom Quixote e combatente de todos os piores males e flagelos humanitários.

A realidade é que os julgadores, mesmo havendo proibição de filiação partidária, realizam diuturnamente política interna no próprio Judiciário, e também externa, de modo geral, pelas mais diversas Associações (Ajufe, AMB, Anamatra), a se organizarem politicamente, portanto, e influenciarem no destino político nacional. É insustentável pretender que um juiz não pertença a uma determinada concepção de ideias, que não se ligue a determinados postulados sociais, um verdadeiro eunuco político (SOUZA, 2018, p. 144-147, *passim*).

Mas tais elementos não devem integrar as decisões, o que não é de fácil aferição, por isso mais uma vez o realce aos controles esculpidos no artigo 489, § 1º, do CPC/2015. Mais que isso, nada simples o próprio ato, as circunstâncias e as possibilidades do julgar, o transitar entre a validade legal e jurídica, e portanto legítima do ato de julgar, e os julgamentos que têm espeque em (pré)conceitos internalizados, o que é objeto de tratativa por Albano Marcos Bastos Pêpe, utilizando como base o julgamento de Zé Bebelo em Grande Sertão: veredas:

> Em meio ao mundo de falas, escuta-se alguém dizer que não era para matar: “matar não, vão dar julgamento”. Eis a frase mágica que aquieta naquele momento o desejo de derramamento de sangue, de vingança. Fazendo coro com seus inimigos, acompanham-se as palavras de Zé Bebelo: “ou me matam logo, aqui, ou então eu exijo julgamento correto, legal”. As cortinas se fecham [...].
> Atento a tais ritos, o julgamento é antecipado por instruções processuais que visam a construção jurídica dos fatos elencados conforme preconiza o direito moderno. Uma certa assepsia racional resguarda os interesses do Estado, quando o mesmo promove o rito jurídico. As linhas de argumentação possíveis limitam-se ao que constar nos autos do processo, pois só existem fatos para o mesmo, quando ali instruídos. Cabendo ao juiz, cumpridas as determinações legais, devidamente amparado pelas normas, proferir sua sentença, que, conforme a tradição kelseniana, não visa realizar nem a justiça, nem a defesa de normas ético-morais. Antes de toda e qualquer força argumentativa visa a realização de um ato perfeito: a validade legal, portanto legítima do ato de julgar (2015, p. 16).

O fato é que tal retidão, objetividade e assepsia são inviáveis praticamente, não obstante seja mesmo desejável o respeito aos ritos, às formas, até porque a agressão às formalidades e ao método, por vezes, faz perder a atenção ao próprio conteúdo. E o mesmo

autor Albano Marcos Bastos Pêpe continua, agora dando conta da capacidade, da potencialidade e dos dramas do julgar, por isso a imprescindibilidade de balizas:

> Ao termo desta caminhada, margeando alguns conceitos em torno do que significa julgar, buscando outras abordagens que não tão somente as do senso comum teórico dos juristas, como assim gostava de falar Luis Alberto Warat, procuro fazer uma inscrição: aquela que se refere ao modo como tratamos cotidianamente nossas pretensões de julgar a tudo e a todos que trazem consigo a marca da diferença. A simples presença daquilo que nos é estranho, no mais das vezes, serve como justificativa para condenarmos, para rejeitarmos aqueles que não se enquadrem nos (pré)conceitos por nós internalizados. Julgamos para demarcar um território, onde apenas os "bons", ou seja, nós e os nossos "iguais", podem habitar. Aos demais: o banimento, o abandono, pois se banidos, bandidos. Lembrando por fim Kant, ao tratar da questão da capacidade de julgar, como algo que pressupõe uma vontade, uma boa vontade, pois moral e ética (2015, p. 17).

A questão que se coloca, relativa à (in)sinceridade das fundamentações, tem viés técnico e jurídico, e se vincula portanto à falta de justificação, racionalidade jurídica e fundamentação efetiva, concreta, real e legal das decisões judiciais.

Conecta-se tal tema com as denominadas pseudodecisões, que adotam forma de decisão judicial, mas não substância no sentido constitucional e legal (artigo 489, § 1º, do CPC/2015), bem assim se liga àquelas decisões solipsitas, voluntaristas, decisionistas, *ad hoc*, fruto de um órgão julgador ensimesmado em seu próprio e exclusivo objeto de conhecimento.

O indigitado solipsismo poderá ser ainda mais deletério quando fruto de uma intervenção jurisdicional do julgador de formação generalista, a lidar com questões especializadas, praxe no Brasil. É que problemas surgem da tensão entre a discricionariedade normativa e as capacidades institucionais.

Em muitas hipóteses, prerrogativas discricionárias são destinadas a juízes generalistas, para suprimento de lacunas normativas, sejam elas intencionais, sejam elas acidentais. E tais magistrados, por mais que possam preencher o conteúdo em relação às circunstâncias do caso concreto, postam-se diante de um impasse, relacionado à profundidade de seu conhecimento em determinadas matérias, o que tem inclusive suscitado a atenção da teoria constitucional americana (LAZARI; BOLONHA; RANGEL, 2013, p. 418).

A fundamentação com lastro constitucional e (mais especialmente) legal permitirá aos outros profissionais do direito, aos órgãos jurisdicionais e aos consumidores da justiça que possam perscrutar, impugnar, reformar, anular, exercitar o inconformismo e confrontar os caminhos na construção do provimento jurisdicional, que não pode ser ato solitário, surpreendente, errático. Piero Calamandrei, já em 1952, consignava:

> Então, a motivação, que é o relato, escrito na sentença, dos motivos de fato e de direito que levaram o juiz àquela conclusão (quase, se poderia dizer, o mapa de viagem da lógica judicial), é o trâmite indispensável para se introduzir o leitor dentro do pensamento do juiz, para lhe dar a possibilidade de controlar se, no caminho dos seus silogismos, existiu, em qualquer ponto, uma queda ou um desvio do seu rumo correto. A motivação torna-se, assim, o espelho refletor dos erros do juiz: quando um advogado analisa uma sentença para descobrir motivos válidos de impugnação, o terreno no qual ele vai à caça de erros é, sobretudo, aquele da motivação, onde revira cada parágrafo, frase por frase, palavra por palavra, porque pode ocorrer que, em uma palavra em especial ou em um simples sinal gramatical, seja suficiente para introduzir a estaca da impugnação naquela decisão, e fazer desmoronar todo o edifício (2017, p. 68).

Em relação ao termo solipsista (*Selbstsüchtiger*), remete à pessoa viciada em si mesma, o que se torna bastante perigoso e deletério quando se está a abordar as decisões emanadas do Poder Judiciário, decisões que não dialogam em um ambiente comunicacional, que não expõem o pensamento lógico, racional, fático e jurídico que conduziu a uma determinada conclusão, que não respeitam a dialética substancial e as demais regras e princípios, a exemplo daqueles construídos como normas fundamentais do processo civil, nos artigos 1º a 12 do CPC/2015.

Leonard Ziesemer Schmitz descreve cinco requisitos essenciais a fim de que uma decisão judicial não seja aquilo que o intérprete simplesmente quer que seja:

> Para alcançar minimamente os objetivos de decisão judicial que não seja baseada naquilo que o intérprete quer que ela seja, são necessários ao menos cinco requisitos básicos: a) preservar a autonomia do direito; b) esclarecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada (2015, p. 175).

Não obstante a passagem pelos itens especificados pelo referido autor, destaca-se a proeminente, indispensável e alvissareira previsão do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, ao estabelecer o que não se considera decisão judicial fundamentada, garantindo a autonomia do direito, clareando condições hermenêuticas práticas, possibilitando o respeito à estabilidade, à coerência e à integridade do direito, positivando minudentemente (e suficientemente) o dever essencial de fundamentação das decisões dos juízes e tribunais, e permitindo a aferição da adequação e imbricação constitucional das respostas emanadas do Judiciário.

O *confirmation bias*, por sua vez, envolve uma prática corriqueira não apenas entre os juízes, desembargadores, ministros, mas também usual entre representantes do Ministério Público, advogados, defensores públicos e demais profissionais do direito.

Constitui a prática do viés confirmatório ou tendência de confirmação, pela qual o operador do direito busca apenas reforçar e consolidar as suas proposições, conclusões ou entendimentos iniciais, por vezes a qualquer custo, de forma desleal, parcial e nada democrática, pois seus olhos somente se voltam àquilo que de interesse à confirmação dos pontos de seu interesse, sem respeito a um raciocínio indutivo, dialético e dialógico. Conclui-se algo, por vezes, e se busca seletivamente (quiçá tendenciosamente) os excertos de interesse em fontes jurídicas (às vezes de duvidosa qualidade) para lastrear a conclusão preestabelecida, preconcebida.

Mais facilidade haverá para atuação em *confirmation bias* quando o profissional do direito, e mais especialmente o julgador, estiver diante de princípios jurídicos, cláusulas gerais, conceitos com as características da indeterminabilidade e da abstração, e que portanto necessitam de densificação normativa, possibilitando escolhas e opções pelas quais o intérprete se torna o proprietário exclusivo dos sentidos almejados.

Típica ilustração de conduta do julgador em práxis de *confirmation bias* envolve a aferição, a sustentação e a motivação relacionada ao conjunto probatório (com enfoque na prova testemunhal) consolidado no processo civil (e no processo penal, o que pode ser muito mais grave), consoante ilustram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

> É o que ocorre, com muita frequência, em relação às provas testemunhais. Diante dessas, parece que o juiz procura recortar os depoimentos das testemunhas para dar ênfase aos trechos que demonstram a hipótese vencedora. Acontece que o juiz não pode considerar uma parte do depoimento e esquecer a outra como se estivesse justificando a versão do vencedor.
> Ora, dessa maneira o juiz não justifica as suas razões, mas sim as razões de uma das partes. Por isso é preciso eliminar o péssimo vício contido na sentença que pensa estar motivada ao justificar as razões do vencedor, supondo que os argumentos relativos para a não aceitação das provas da parte vencedora estejam implícitos (2015, p. 320).

A análise probatória deve ser integral, sistêmica, em verdadeiro diálogo com todas as provas que foram produzidas, e em tratativa não somente daquela vencedora, mas também da tese perdedora, que a bem ver, mais ainda necessita de justitificação acerca de sua não acolhida, do convencimento de sua não pertinência ou validade. Os mesmos processualistas complementam sua doutrina e ilustração:

> Na verdade, a necessidade de o juiz justificar as suas próprias razões, demonstrando o motivo pelo qual prefere uma prova em relação a outra, nada mais é do que um corolário do direito à prova, uma vez que, como é evidente, o direito a provar não se resume à possibilidade de produzir a prova, mas também refere-se ao direito de ter

> essa prova valorada, pouco importando qual venha a ser o sentido da decisão judicial.
> Aliás, nesse sentido nos parece correta a advertência, já feita em sede doutrinária, de que a motivação é mais importante para o perdedor do que para o vencedor. A motivação importa mais para o perdedor não apenas porque é ele que pode recorrer, mas especialmente porque é o perdedor que pode não se conformar com a decisão, e assim ter a necessidade de buscar conforto na justificação judicial.
> Além disso, não há como esquecer a obviedade de que a motivação também se dirige aos terceiros, isto é, ao público, que tem o direito de conhecer as exatas razões do juiz, além de ser imprescindível para o controle do seu poder. É evidente que o juiz que nada fala sobre as provas que beneficiam a parte vencida nada explica aos terceiros e foge do controle sobre o seu poder, uma vez que pode distorcer os argumentos das partes. Frise-se, por fim, que a sentença, por ser resultado do diálogo argumentativo, obviamente deve justificar as razões pelas quais os argumentos de uma das partes são rechaçados em prol da outra (2015, p. 321).

Não pode o consumidor de justiça ser ou estar refém da subjetividade do intérprete, aplicador e julgador do direito, por isso as pautas postas pelo artigo 489, § 1º, do CPC/2015, repita-se, são de extrema essencialidade, completude e virtude para a construção de decisões judiciais dotadas de juridicidade, nas quais as circunstâncias fáticas e jurídicas são trabalhadas de modo racional, lógico e justificado (ainda que de modo sintético, conciso, breve).

A necessária formulação de argumentos jurídicos e o evitar conclusões prévias para depois encontrar o espeque fundamentador são desenvolvidos por Leonard Ziesemer Schmitz, para quem:

> É apenas com a formulação de argumentos jurídicos que se pode tomar a decisão; admitir o contrário significaria retornar à hermenêutica clássica, onde o intérprete, dotado de um discernimento privilegiado, revelava sentidos escondidos no texto. Na realidade, dizer que decidir (descobrir) e justificar (fundamentar) são momentos diferentes é admitir que a palavra sentença venha de “sentire”, como se o julgador usasse de sua sensibilidade no caso e só posteriormente fosse em busca de argumentos para validar o que instintivamente concluiu (2015, p. 222).

Tal assertiva indica que é no caminhar justificativo e na formulação de argumentos jurídicos, na análise dos problemas, das peculiaridades fáticas e nos elementos jurídicos respectivos que, construindo a argumentação e portanto justificando, encontra-se o rumo decisório, e não no sentido inverso, isto é, quando se encontra a conclusão, a decisão, o fim da história, para então buscar os elementos que embasarão aquela escolha, por vezes solipisistas, subjetivas, fruto de arbitrária e ilegítima escolha.

A propósito de tal problemática, Piero Calamandrei chamava novamente a atenção nos idos de 1952, nas Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, em abordagem sobre a possibilidade de a motivação das decisões ser entregue posteriormente à prolação da decisão:

> Estas normas produzem certa perplexidade: a motivação é verdadeiramente a premissa lógica da qual, como consequência necessária e inelutável, deriva aquela parte dispositiva, ou não é suficientemente uma espécie de autoapologia da tese imposta, com a qual o juiz, que já definiu uma vontade surgida de móveis destinados a permanecer ocultos no segredo de sua consciência, busca argumentos defensivos, de aparência racional, para tratar de se justificar publicamente? (2017, p. 71).

Incontroverso que a conclusão, a parte dispositiva, deve(ria) ser fruto de uma concatenação fática e jurídica, até para que a motivação não constitua mera formalidade hipócrita e infértil, um verdadeiro disfarce lógico e bem estruturado para uma construção que se iniciou pelo teto, pelo telhado, para depois se lhe colocar as estruturas, em desrespeito às construções do artigo 489, º 1º, do CPC/2015, a perseverar na falta de uma teoria e de objetividade decisória.

E novamente revolve o problema da (in)sinceridade das decisões judiciais, da prática e conveniência do *confirmation bias* ou prática confirmatória e de conveniência, por vezes em serventia a fins escusos e injustificáveis, sempre a confirmar as crenças ou hipóteses iniciais, do que também já dava conta Piero Calamandrei há aproximadamente 70 (setenta) anos:

> Naturalmente, se, na realidade psicológica da função judicante, a motivação é um *posterius* do dispositivo (explicação mais que preparação), pode acontecer que a motivação chegue a ser uma cortina para esconder os verdadeiros motivos do nascimento daquele dispositivo: para mascarar, com uma motivação plausível, as verdadeiras razões da decisão, que são inconfessáveis. Foi feito, certa vez, por um jurista alemão, um trabalho paciente de análise sobre dezenas de sentenças, para demonstrar que os motivos declarados na sentença não eram os verdadeiros motivos que haviam levado àquela decisão: um trabalho sutilíssimo de psicologia e de lógica judiciária, voltado a descobrir, sob a motivação aparente, a motivação verdadeira. Frequentemente, ao estudioso afastado do mundo forense, que lê, relatado por aquela revista jurídica, a elaborada motivação de uma sentença, pode chegar a suspeitar que nem mesmo o julgador estava convencido de seu raciocínio, em virtude dos contorcionismos e das sutilezas dialéticas que teve que recorrer para justificar a sua tese; e que aquela fundamentação de estilo advocatício serve para encobrir a inserção ilegal de uma atitude parcial ou de alguma arbitrariedade (2017, p. 74).

A fundamentação deve ser o preparo do terreno para a colheita do fruto (a decisão), e não mera explicitação daquilo que já tomado como ato decisório (já frutificado na mente do julgador). A fundamentação há de ser preparação, e não simples explicação.

Sendo preparação, e respeitadas as premissas colocadas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, se não houver eliminação (e por certo não haverá extirpação), serão minimizadas as pseudodecisões, as decisões solitárias, bem assim aquelas marcadas pelas características da parcialidade, da arbitrariedade, do autorreferenciamento e do pamprincipiologismo de pior matriz.

3.14. Síntese integradora

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais tem como primeiros destinatários os próprios órgãos jurisdicionais, a constituir a legitimidade, a comprovar a juridicidade, e a demonstrar a própria justiça do ato decisório, além de evitar decisões jurisdicionais nulas, pois sem espeque em fundamentação válida.

O artigo 489, § 1º, do CPC/2015, notadamente nos incisos I, II, V e VI, cria verdadeira engrenagem e exauriente explicitação daquilo que (não) constitui provimento jurisdicional fundamentado, a estabelecer uma disciplina metodológica essencial para a construção dos atos decisórios, assim também a indicar os caminhos argumentativos que podem e devem ser trilhados pelos demais profissionais do direito.

A eliminação (ao menos minimização) dos resquícios e práticas voluntaristas, decisionistas, subjetivistas, solitárias, autorreferenciais e solipsistas se revela imprescindível à evolução do fenômeno jurídico-processual civil, por isso que o não cumprimento das exigências assinaladas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, enseja possível nulificação do ato decisório, e a obediência a tais critérios serve para a criação de um corpo jurisprudencial e precedentalista que apresente as características da estabilidade, da coerência e da integridade.

Não é mais aceitável a mera reprodução de textos esparsos; não mais cabe a discricionariedade (como sinônimo de arbitrariedade) no delineamento prático que se empresta aos conceitos jurídicos indeterminados; é desprezível a pseudofundamentação, posta de modo padronizado e eivada de inequívoca nulidade; é condenável a motivação insuficiente, precária, com espeque em meros argumentos de autoridade (destituídos, por vezes, de autoridade argumentativa).

Há que se combater a deletéria prática do *confirmation bias,* quando os profissionais do mundo jurídico pinçam os argumentos que (em sua visão e interesses) são suficientes, sem dar combate democrático e substancial (nem mesmo formal) a outros argumentos; ao se pretender um sistema precedentalista, não há mais permissão à impertinente, vazia ou frágil invocação de súmula ou precedente.

Revela-se a necessidade de criação e de respeito maior aos padrões decisórios (em homenagem à isonomia e à segurança jurídica); finalmente, indispensável o combate à nociva prática da motivação *per relationem* ou *aliunde* como mera repetição ou transcrição da decisão ou parecer utilizado como parâmetro, sem a devida confrontação.

A não fundamentação, não obstante a previsão constitucional e o detalhamento inserido no CPC/2015, continua no seu ritmo de precariedade no Brasil, a ensejar nulidades,

que na prática raras vezes são decretadas, porque seja de modo formal, seja de maneira informal e implícita, acaba por se dar concretude (inadequadamente) à regra da convalidação exposta no artigo 277 do CPC/2015, ou seja, os juízes e tribunais consideram válido o ato, ainda que realizado de outra forma daquela prescrita em lei, porque teria alcançado a finalidade.

CONCLUSÕES

Ante o esposado na presente tese, expostas as bases principiológicas do CPC/2015, as questões relacionadas à argumentação, à interpretação e aplicação jurídica, ao poder-dever jurisdicional e a toda a significação da não fundamentação das decisões judiciais, apresentam-se as conclusões seguintes:

1. Se o Século IX foi o do Parlamento, o XX a era do Executivo, o XXI pode ser considerado (ao menos até o momento) o período do Judiciário ou da atividade judicatória. Há um aspecto positivo, de exercício de cidadania e de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, mas por outro lado há um chamado, quase uma exigência de protagonismo aos juízes e tribunais em tal Estado jurisdicional ou governo dos juízes.

2. A proeminência do Judiciário é por vezes geradora de insegurança, subjetivismo, decisionismo, solipsismo e decisões judicias *ad* hoc, sem o devido lastro em termos de justificação e motivação, ou seja, explicitação das razões fáticas e jurídicas que conduziram a uma determinada conclusão, sob os auspícios das inovadoras premissas de não fundamentação construídas no rol previsto no artigo 489, § 1º, do CPC/2015.

3. Com a crise (ou incerteza, indeterminação, opacidade) de legalidade e do direito positivo que se verifica, e tendo em conta que o Estado-Juiz é obrigado a responder aos casos para os quais é instado a decidir, cada vez mais se avoluma a normatização proveniente dos juízes e tribunais, e não aquela fruto da atividade legislativa, cada vez mais fluida, interessada, de conveniência, incompleta, contraditória e não exatamente atenta ao bem comum, ao interesse público e à coletividade, bem assim à exigência de respeito e incidência de bens jusfundamentais.

4. O Poder Legislativo, no Brasil, tem deixado à deriva algumas questões relevantes, nevrálgicas, que causam acesas polêmicas no corpo social, tudo isso a desaguar em processos judiciais a serem decididos pelo Poder Judiciário, que passa a atuar, por vezes, em virtude de uma lacuna ou de um vácuo legislativo e também administrativo.

5. O processo de interpretação, a envolver escolhas e uma variedade imprevisível de interesses da vida moderna, é uma realidade que precisa ser encarada, pelo que o pós-positivismo assume que divergências, fluidez e indeterminação são inerentes ao fenômeno da vida e do direito, e necessário que sejam encontrados parâmetros racionais, transparentes, lógicos e dotados de juridicidade para a solução de tais questões e divergências.

6. O CPC/2015 apresenta aspecto meritório e qualitativo, ao desenhar logo no seu introito as normas fundamentais, orientadoras de um processo civil de extrato constitucional, e também ao esculpir parâmetros para a construção de decisões judiciais racionais e dotadas de juridicidade.

7. Os princípios e regras esculpidos nos artigos 1º a 12 do CPC/2015 se imbricam, se entremeiam e se ajudam mutuamente em termos de fortalecimento. O supraprincípio do devido processo legal e os princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da igualdade processual, do tempo razoável do processo, da publicidade dos atos processuais, da proibição de provas ilícitas, do juiz natural e da eficiência (à qual estão vinculadas todas as funções políticas), todos têm serventia à construção de legitimidade da argumentação jurídica e, por consequência, da decisão judicial e da fundamentação qualitativa, por isso a abordagem daqueles vetores principiológicos no início do trabalho.

8. A democracia judiciária se constata no CPC/2015, com o (necessário) fortalecimento da jurisprudência (não precisamente *commonlização*), dos enunciados de súmulas e dos precedentes judiciais, seguido também da imposição de uniformização, de integridade, de coerência, de racionalidade e de estabilidade do conteúdo emanado dos órgãos jurisdicionais.

9. Para que tal mister teórico, prático e processual se revele adequado e profícuo, essencial que se busque uma nova teoria da decisão judicial, bem assim a eliminação (ao menos a diminuição) do famigerado *confirmation bias*. Não é dado ao Estado-Juiz pinçar entendimentos jurisprudenciais ou fontes jurídicas diversas que lhe sejam de afeição, nem simplesmente acolher fatos e fundamentos jurídicos, teses e antíteses, mas não os rejeitar fundamentadamente.

10. O CPC/2015 é alvissareiro na previsão daquilo que não se considera decisão judicial (seja interlocutória, sentença ou acórdão) fundamentada: a decisão (assaz comum) que se limita a indicar, a reproduzir, a repetir ou a parafrasear ato normativo, sem qualquer explicação (por concisa e breve que seja) de sua relação com a causa ou a questão decidida; o ato decisório que se utiliza de conceitos jurídicos abertos, gerais, indeterminados, sem a imprescindível explicação do motivo concreto e objetivo de sua incidência no caso em testilha, sem a necessária densificação normativa.

11. Também ausente de fundamentação, e por conseguinte nula a decisão judicial que invoca motivos genéricos, que se prestariam a justificar tantas outras decisões, ou seja, sem respeitar as especificidades fáticas e jurídicas do caso concreto (*vestidinho preto*); não se presta a enfrentar os argumentos relevantes deduzidos no processo, e que tenham suficiência para infirmar a conclusão tomada pelo órgão jurisdicional; limita-se a tomar como parâmetro um precedente ou enunciado de súmula, sem a identificação dos seus fundamentos determinantes, nem a demonstração de que a hipótese em julgamento se harmoniza com aqueles fundamentos; e a decisão que não segue ou respeita enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente sustentado pelo interessado, sem dar conta da distinção no caso sob julgamento, ou ainda da superação do entendimento.

12. Todas as suficientes premissas e exigências delineadas, se colocadas em prática (e devem ser) de modo transparente, otimizado, dotado de juridicidade, método e boa-fé (porque assim o exige o artigo 489, § 3º, do CPC/2015), pelos órgãos jurisdicionais, por certo terão o condão de, senão extirpar, ao menos relativizar substancialmente a famigerada prática do *confirmation bias.*

13. O viés de confirmação se apresenta naquelas situações em que o órgão julgador (como também os demais profissionais do direito, em sua prática argumentativa) apenas extrai de fontes do direito o trecho que interessa à sua conclusão decisória, ou quando o órgão jurisdicional seleciona um enunciado de súmula, adaptando-o de modo objetivo ao seu ato decisório, sem perquirir que os elementos originadores do resumo de tal entendimento sumulado contrapõem-se à conclusão almejada pelo julgador (projeta a resposta, mas não trabalha com as perguntas), ou também naquelas hipóteses em que o juiz ou tribunal adota ou repele precedente a seu bel-prazer, sem o necessário cotejo analítico, ainda que de modo conciso e sintético.

14. O cumprimento das exigências (ainda que postas em negativa, e não em afirmação, pelo legislador do CPC/2015) construídas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, pode ser suficiente remédio contra decisionismos, práticas voluntaristas, solipsismos, interpretações e aplicações jurídicas *ad hoc*, ativismos sem qualquer lastro ou necessidade e decisões nulas (pois destituídas de motivação jurídico-constitucional-legal), a constituírem tais exigências, por conseguinte, uma verdadeira teoria da decisão judicial fruto do trabalho legislativo, com especial destaque aos incisos I, II, V e VI do § 1º do artigo 489 do CPC/2015.

15. O respeito a tais parâmetros de juridicidade, tanto no dever de motivação das decisões judiciais, quanto no ônus argumentativo dos demais profissionais do direito (promotores de justiça, advogados, defensores públicos, procuradores, pesquisadores, cientistas do direito, pareceristas), poderá senão eliminar, ao menos relativizar aquela assertiva ficcional de que justiça não é mais que resultados aproximados, toleráveis.

16. À falta de uma articulação teórica que tenha concretude, havendo respeito ao conteúdo estampado nos incisos I, II, V e VI do § 1º do artigo 489 do CPC/2015, também se poderá minimizar um direito e uma práxis que, cada vez mais, busca sua legitimação nos resultados alcançados ou esperados, dando ensejo a um perigoso e deletério utilitarismo, ofensivo em última instância ao devido processo legal, com enfraquecimento do processo civil democrático, dialógico e de extrato constitucional que se almeja.

17. Uma escorreita construção decisória, com espeque naquilo que emanado do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, confere maior racionalidade e característica democrática à decisão e ao sistema jurídico, vez que as premissas e as conclusões são esclarecidas, justificadas e fundadas em critérios racionais, jurídicos e em sintonia com o devido processo legal (formal e substancial), até porque de nada adianta uma suposta construção da norma (como resultado da interpretação dos textos normativos) logicamente estruturada, se não pautada por critérios objetivos, marcados pela juridicidade e com passagem pelo trilho completo (ainda que conciso) da adequada, democrática e dialógica justificação, alfim evitando-se a famigerada e indesejada prática do *confirmation bias*.

18. Importante que se obtenha uma evolução contra a prática enraizada de repetição plastificada, artificial, mecanicista, de uma mera adesão a argumentos declinados pelas partes ou mesmo por outros órgãos jurisdicionais. Também merece contenção a prática de

simplesmente acolher fatos, argumentos, teses, antíteses e fundamentos considerados pertinentes, sem o destaque e o trabalho racional e jurídico de justificar a exclusão dos fatos, argumentos, teses, contrateses e fundamentos contrários, sob pena de uma prestação jurisdicional insatisfatória e mais que isso, a permitir que perseverem decisões judiciais formalmente aceitáveis, mas substancialmente inconstitucionais, ilegais, vazias e írritas.

19. Respeitados os padrões esculpidos no CPC/2015, no § 1º do artigo 489, acerca do que se considera decisão judicial não fundamentada, criar-se-á um círculo virtuoso não somente em termos de dever de motivação, mas também de ônus argumentativo dos profissionais do direito. Tal ambiente profícuo, democrático, dialógico, dialético e cooperativo exigirá concomitantemente a construção de caminhos distintos dos trilhos hoje postos, nesse mundo caracterizado pelo imediatismo, pela superficialidade e pela busca de resultados a qualquer custo, em um utilitarismo desenfreado e que culmina em resoluções que nada resolvem em termos substanciais, de conteúdo e de um fenômeno jurídico e decisório qualitativo e constitucionalizado, em que se visualiza e resolve a problemática jurídica, respeitando-se o Estado de Direito e Democrático.

20. Tal estado de coisas exige prestação de contas do Poder Judiciário e controlabilidade das decisões judiciais, a se imprimir mais responsabilidade de todos os profissionais do direito, transferindo-se as mesmas exigências em termos de dever de fundamentação, àquilo que passa a ser ônus argumentativo dos demais profissionais do direito, até porque de nada adianta celeridade em atropelo à segurança jurídica e à racionalidade do sistema e do ordenamento jurídico.

21. A legitimidade constitucional e legal das decisões judiciais exige um incisivo e adequado esforço hermenêutico, especialmente porque é necessário eliminar (ao menos minimizar) o *confirmation bias*, as pseudodecisões, as fragilidades e subversões decisórias destituídas de racionalidade, juridicidade, dialogicidade e discursividade.

22. Se não é possível a constatação objetiva, límpida, correta e técnica da decisão judicial ontologicamente escorreita no sentido jurídico, certo é que as engrenagens previstas no artigo 489, § 1º, do CPC/2015 impõem qualidade, racionalidade, juridicidade e legitimidade à operação de decidir, por ensejarem a possibilidade de controle, exame, aferição e questionamento da substância e legalidade da fundamentação das decisões judiciais.

23. Operam as exigências do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, tendo em vista que os juízes e tribunais estão vinculados à juridicidade e à legalidade, como verdadeiras mediações metódicas, objetivas e aferíveis das pretensões constitucionais e democráticas, possibilitando um Judiciário que justifica o seu exercício pela fundamentação das decisões judiciais, em verdadeiro equilíbrio entre responsabilidade e independência.

24. Sempre será necessário que se imponham dúvidas em relação às certezas, inclusive às processuais, para que se reconheça a constante possibilidade e necessidade de (des)construção do processo, em busca de operabilidade, concretude, eticidade, juridicidade e uma melhor imbricação entre o mundo teórico e prático.

25. Os incisos I, II, V e VI do artigo 489 do CPC/2015, por si sós, desde que respeitados, são suficientes a um melhor panoramana argumentativo (ônus) e, por certo, à imposição de decisões judiciais mais bem estruturadas em termos de fundamentação.

Com base na pesquisa realizada e nos apontamentos efetuados no presente trabalho, conclui-se que é plenamente possível (e desejável) uma revisão e um reforço na práxis argumentativa e de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, com respeito à metodologia prevista no artigo 489, § 1º, do CPC/2015, de forma a imbricar os constructos jurídicos, argumentativos e decisórios aos anseios constitucionais, às normas fundamentais do CPC/2015, às pretensões precedentalistas e de maior racionalidade do sistema.

REFERÊNCIAS

ABJ. **Associação Brasileira de Jurimetria**. Disponível em: <http://abjur.org.br/index.php>. Acesso em: 14 jul. de 2017.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder judiciário e argumentação no atual estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. Democracia e Desconfiança. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 267-281, 2012. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/223>. Acesso em: 07 dez. 2018.

ALVES, Henrique Napoleão. No Brasil há uma tradição de descaso no dever de fundamentar. **Consultor Jurídico**. 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-11/henrique-alves-tradicao-descaso-dever-fundamentar>. Acesso em: 06 set. de 2018.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____; THAMAY, Renan Faria Kruger; GRANADO, Daniel William. **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Afinal, o que é uma decisão fundamentada, segundo a exigência constitucional? **Consultor Jurídico**. 17 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-17/diario-classe-afinal-decisao-fundamentada. Acesso em: 03 set. de 2018.

BARRIO, Natalia del. **La jurisprudencia en el *common law* (desde la perspectiva del jurista continental**. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito material e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação**: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses, 2018.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRITO, Jaime Domingues; BRITO, Tiago Domingues. **Em busca do "sistema geométrico variável" de fontes do direito e o uso de precedentes vinculativos no Brasil**. IV SIACRID. Jacarezinho: UENP, 2014.

BUENO, Cassio Scarninella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério:** formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

_____; ALVES, Fernando de Brito. A (re)construção da boa-fé e cooperação processuais no CPC/2015: intersecções sobre alteridade em Emmanuel Lévinas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 255-270, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2833>. Acesso em: 12 out. 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. **Protagonismo Judiciário Responsável**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, 2012. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215>. Acesso em: 04 dez. 2018.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NORMAS CORRELATAS. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORDEIRO, Adriano Consentino. **A Qualidade da Jurisdição, a Argumentação Jurídica e as Mudanças na Concepção do Direito no Estado Constitucional**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 223-234, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/470>. Acesso em: 07 dez. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao código de processo civil. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Comentários ao código de processo civil**: Lei 13.105/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Raimundo Carlyle de Oliveira. **A "reinvenção" do judiciário**. São Paulo: Scortecci, 2014.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao código de processo civil**: (arts. 485 a 538). 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. **La independencia y el gobierno de los jueces**: un debate constitucional. Madrid: Reus Editorial, 2018.

DELLORE, Luiz. **Algo mudou na fundamentação das decisões judiciais com o novo CPC?** Jota. 26 de junho de 2017. Disponível em: https:<//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>. Acesso em: 06 set. de 2018.

DIDIER Jr., Fredie. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONIZETTI, Elpídio. A corte dos homens pobres e a principiologia do CPC/2015: o que serve ou não aos juizados especiais? In: REDONDO, Bruno Garcia; SANTOS, Welder Queiroz dos; SILVA, Augusto Vinicius Fonseca e; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. **Juizados especiais**. v. 7. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

_____. Ausência de fundamentação das decisões judiciais. **Genjurídico**. 21 de junho de 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/06/21/ausencia-de-fundamentacao-nas-decisoes-judiciais/>. Acesso em: 04 set. de 2018.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica**: direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010**.**

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Positivismo, "Historiografia Positivista" e História do Direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, 2009. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131/131>. Acesso em: 05 dez. 2018.

FUIN, Tatiane de Abreu. A Motivação no Estado Democrático de Direito: Funções Sociais, Políticas e Processuais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 243-264, 2009. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/135/135>. Acesso em: 05 dez. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: a virada hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al]. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GENY, François. **Méthode d´intreprétation et sources em droit positif**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1919.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Heidegger urgente**. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

GOMES, Gustavo Gonçalves. **Juiz participativo**: meio democrático de condução do processo. São Paulo: Saraiva, 2014.

GÓMEZ, Mª Isabel Garrido. **La función de los jueces**: contexto, actividades e instrumentos. Pamplona: Thomson Reuters Arazandi, 2014.

HADDAD, Emmanuel Gustavo. **Precedentes judiciais**: sistematização e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HADDAD, Ricardo Nussrala. A motivação das decisões judiciais e a jurimetria: contribuições possíveis. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza/CE. 10, 11 e 12 de junho de 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: Juspodivm, 2017.

JÚNIOR, Odoné Serrano. Colisões Entre Direitos Fundamentais: Resolução Mediante o Emprego Das Técnicas Hermenêuticas da Ponderação, Da Concordância Prática e da Hierarquização Axiológica, de acordo com o Critério da Proporcionalidade. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 175-196, 2007. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/79/79>. Acesso em: 04 dez. 2018.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018. ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018.

KOCHEM, Ronaldo. A fundamentação das decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. A relevância dos limites discricionários do juiz generalista. In: Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 417-434, jul. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/21437/20196>. Acesso em: 11 dez. 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Desglobalização e democracia**. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/desglobalizacao-e-democracia/>. Justiça e Cidadania. ed. 206. Acesso em: 01 de out. de 2018.

LIMA, Jairo Néia. **Jurisdição Inclusiva**: A Inclusão Social por meio da Atividade Jurisdicional. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 13, p. 78-98, 2010. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/174>. Acesso em: 07 dez. 2018.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão judicial sobre políticas públicas**: limites institucionais, democráticos e constitucionais. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MARANHÃO, Clayton. **Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/36421233/JURISPRUD%C3%8ANCIA_PRECEDENTE_E_S%C3%9AMULA_NO_DIREITO_BRASILEIRO>. Acesso em: 07 dez. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARCHESI, Makena; DA FONSECA, Leonardo Alvarenga. A Legitimidade Democrática do Ativismo Judicial para a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 19, p. 139-158, mar. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/388>. Acesso em: 07 dez. 2018.

MARÍN, Ponencia de Rafael Hernández. El silogismo de la aplicación del derecho. In: DELGADO, Juan José Iniesta. **Razonamientos de la sentencia judicial**. Murcia: Universidad de Murcia, 2015.

MAYOS, Gonçal. Prefácio. In: SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. **A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/589>. Revista de Informação Legislativa. V. 37, n. 146, p. 185-194, abr./jun. 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: JusPodivm, 2016.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Critérios de justiça**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes**: da vinculação à democratização. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**: artigo por artigo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Flávio Luís de; BRITO, Jaime Domingues. Acesso à Justiça e Inclusão Social. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 15, p. 335-345, 2011. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/211>. Acesso em: 04 dez. 2018.

OLIVEIRA, Julio Aguiar de. Interpretação do Direito: Entre a Despedida do Método e o Improvável Retorno da Prudência. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 25, p. 171-190, mar. 2017. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/861>. Acesso em: 05 dez. 2018.

OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade**: uma análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O que significa julgar. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Hugo Filardi. **Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional**: alternativa para legitimação dos provimentos decisórios através do convencimento dos jurisdicionais. Adoção no âmbito processual da democracia participativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PERELLÓ, Carlos Amunátegui. **Teoría y fuentes del derecho**: boni et aequi. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016.

PIACINI NETO, Odasir. O caso de decisões com fundamentação precária. **Consultor Jurídico**. 04 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/odasir-piacini-neto-decisoes-fundamentacao-precaria. Acesso em: 04 set. de 2018.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para "errar" por último? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>. Acesso em: 26 jul. de 2017.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS NETO, Newton Pereira e. **Fundamentação das decisões judiciais e o novo CPC**: a tarefa de (re)construção do direito no âmbito dos tribunais. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. Novo CPC impõe a fundamentação, que pode ser sucinta, mas não deficiente. **Consultor Jurídico**. 26 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-26/fernando-chacha-fundamentacao-sucinta-nao-dizer-deficiente>. Acesso em: 04 set. de 2018.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Não há insegurança jurídica ou ativismo judicial no Brasil. **Mundi**. 12 de julho de 2018. Disponível em: <https://medium.com/@JoseRodrigoRodriguez/n%C3%A3o-h%C3%A1-inseguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica-ou-ativismo-judicial-no-brasil-2279695cf4e4>. Acesso em: 09 jul. de 2018.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 54, pt. 2, jul., 1959, p. 212-229.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **Por uma teoria da decisão judicial**: a crítica hermenêutica do direito com blindagem ao protagonismo judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Tomás Javier Aliste. **La motivación de las resoluciones judiciales**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHNEIDER, Caroline. **Modificação do sistema processual**: a ampliação dos poderes jurisdicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIQUEIRA, Carlos Eduardo Pereira; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Poder (do) Judiciário e "zonas de autarquia": a forma direito no mandado de segurança coletivo dos estagiários do TJRS sobre o "recesso forense". **Revista Jurídica Cesumar**. maio/agosto 2018, v. 18, n. 2, p. 429-457.

SOARES, Marcelo Negri. Princípio da motivação das decisões judiciais. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides. **Justiça e [o paradigma da] eficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; COUTO, Monica Bonetti; COSTA, Jessica Chaves. Dever de fundamentação e precedentes no novo cpc: uma análise à luz do modelo constitucional do processo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. 2018, v. 13, n. 2, p. 554-576.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **O que é isto**: decido conforme a minha consciência? 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

_____. Os modelos de juiz e a literatura. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**. 23 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 03 set. de 2018.

TARUFFO, Michele. IL CONTROLLO DI RAZIONALITA' DELLA DECISIONE FRA LOGICA, RETORICA E DIALETTICA. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 237-248, fev. 2005. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/51>. Acesso em: 03 dez. 2018.

_____. **Precedente e jurisprudência**. Disponível em: <civilistica.com/wp-content/uploads/.../Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

_____. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOMÉ, Levi Rosa. Normas fundamentais do processo civil: enfoque na segurança jurídica e nos precedentes judiciais. In: ALVIM, Angélica Arruda [et al]. Novo código de processo civil. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). **Comentários ao código de processo civil**: Lei 13.105/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2017.

VELLOSO, Carlos. Polêmicas no STF influenciam atitudes de juízes, diz Velloso sobre caso Lula. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 09 jul. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/polemicas-no-stf-influenciam-atitudes-de-juizes-diz-velloso-sobre-caso-lula.shtml>. Acesso em 09 jul. de 2018.

VIDAL, Isabel Lifante. **Argumentación e interpretación jurídica**: escepticismo, intencionalismo y constructivismo. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WILD, Rodolfo. **O princípio do livre convencimento no CPC/2015**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2006.