

FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA: o maximalismo, o minimalismo e o contributo do NCPC/15

Autores¹²

CONSTITUTIONALLY APPROPRIATE INTERPRETATION: maximalism, minimalism and the contribution of the NCPC/15

Resumo: o artigo tem como objetivo analisar como o Novo Código de Processo Civil pode contribuir para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas. Será abordado também a postura minimalista e maximalista que influencia a produção de decisões judiciais. O tema será analisado a partir das contribuições do método hermenêutico.

Abstract. the article analyzes how the New Civil Procedure Code can contribute to the achievement of constitutionally adequate responses. It will also address the minimalist and maximalist posture that influences the production of judicial decisions. The theme will be analyzed from the contributions of hermeneutic method.

Palavras-chave: Hermenêutica-Direitos Fundamentais-Decisão Judicial.

Keywords: Hermeneutics-Fundamental Rights-Judicial Decision.

1

¹ LEONARDO ZEHURI TOVAR: Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV (ES), Pós-Graduado em Direito Público também pela FDV, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória (ES), MBA em Gestão Tributária e Sucessória pela FUCAPE Business School, Professor de Cursos de Pós-Graduação, autor de artigos e livros jurídicos, membro do grupo de pesquisa "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional" (FDV), Diretor da Escola Superior de Advocacia - ESA-ES, membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro, membro do Instituto Mineiro de Direito Processual, Representante da Fazenda no Conselho Municipal de Recursos Fiscais de Vitória (ES), Procurador do Município de Vitória (ES), Advogado militante, com atuação preponderante no Contencioso Cível, Tributário e Consultoria. www.zehuritoivar.com.br / leonardo@zehuritoivar.com.br

² NELSON CAMATTA MOREIRA: Pós-doutorado em Direito (UNIVERSIDAD DE SEVILLA), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, Brasil) - Processo POS_DOC 99999.000348/2015-05; Doutorado em Direito (UNISINOS-RS), com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra, com bolsa CAPES. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional", da FDV-ES. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) e da Graduação em Direito da FDV-ES. Membro Honorário da Rede Brasileira Direito e Literatura. Email: nelsoncmoreira@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO.

O objetivo do texto é demonstrar, a partir de uma escrita influenciada por aportes hermenêuticos³, como a nova legislação processual civil pode, se bem concretizada, ajudar na busca por respostas constitucionalmente adequadas e que, acima de tudo, valorizem o caso concreto, porquanto não se tem como obrigatória (e não se pode, obviamente, ter) a adoção de uma postura que se afigure maximalista ou minimalista.

Ora, se o Estado Constitucional é aquele que, dentre tantos objetivos, garante segurança às relações jurídicas e combate arbitrariedades, a busca por respostas judiciais constitucionalmente adequadas é verdadeiro direito fundamental e, porque não, condição de possibilidade para a busca de uma decisão bem construída.

Isto porque, compreende-se que o Estado Constitucional é aquele que se justifica e aí a importância da fundamentação jurídica constitucionalmente adequada. Portanto, um ponto crucial é: na democracia contemporânea, pelo estabelecimento de um controle público da Jurisdição, em que rejeitado o ato de vontade dos intérpretes institucionais, qual a influência que as decisões passadas devem ter sobre os juízes?

É a partir disso que o texto, ao que se crê, afigura-se relevante. Parte-se, pois, no tópico subsequente a fixar as bases de uma postura minimalista e maximalista, e, em sequência, a demonstrar como a má fundamentação contribui para o esquecimento do caso concreto. Em ato ulterior, explica-se como o positivismo que é adepto da discricionariedade contamina o ato de decidir e propicia subjetivismos. Ao fim, são dispostas algumas razões pelas quais o NCPC/15, em vários de seus dispositivos exemplificativamente listados, oferta uma contribuição voltada à confecção de decisões constitucionalmente adequadas.

³ Para um aprofundamento acerca de tais aportes hermenêuticos, cf. TOVAR, Leonardo Zehuri; MOREIRA, Nelson Camatta. O TEXTO SÓ GANHA VIDA NA SUA NORMA: por um resgate hermenêutico da compreensão ou porque não há como dar respostas antes das perguntas! **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 19, p. 65-86, 2016.

2. ENTRE APORTES TEÓRICOS MINIMALISTAS E MAXIMALISTAS, ‘ELE’, O CASO CONCRETO.

Rotular, em sentido epistêmico, a deliberação judiciária e, via de consequência, o ato de *decidir* é tarefa difícil, para não dizer impossível.

Diversos autores de escol já tentaram isso, por meio de teorias puramente descritivas ou mesmo de caráter normativo. Pode-se dar como exemplo o intenso debate travado em terras brasileiras e estrangeiras, principalmente, no seio da doutrina norte-americana, envolvendo uma suposta e argumentada crise no Legislativo e no Executivo, que abre cada vez mais espaço para uma atuação maximalista do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se, com efeito e à guisa de exemplo, a contribuição de Cass. R. Sunstein, autor norte-americano que lá inaugura um debate relevante, cada vez mais aplicável, com as devidas adaptações, claro, ao cenário brasileiro. Sugere Sunstein dois tipos de postura judicial: (i) a perfeccionista; e, (ii) a minimalista.

3

De forma bastante resumida, pode-se dizer que *juízes perfeccionistas* são detalhistas, muito envolvidos com seus casos, e, talvez por isso, “ousados” no ato de proferir suas respectivas decisões. Trata-se de uma atitude que os leva a reconhecer direitos por vezes não tão claros, mas extraídos a partir de uma postura criativa firmada nos princípios do direito, fazendo da Constituição o que ela de melhor pode ser, sob as luzes de questões morais e políticas intensas. Portanto, os casos complexos ou difíceis seguem definidos por *wide* (amplos) e *deepest* (profundos) argumentos morais, éticos, políticos, filosóficos e jurídicos. Trata-se da utilização de discursos abstratos, impregnados de “razões morais”, com abordagem de temas relacionados ou não, direta ou indiretamente, com o caso.

Por sua vez, os minimalistas, são caracterizados por se valerem de argumentos, ditos, menos *ambiciosos*. Eles delimitam suas razões de decidir àquilo que se mostra indispensável para a fundamentação da decisão. Deixam-se de lado questões controvertidas para uma outra esfera: a política, eis que entendem que postura interpretativa tal (i) pode vir a abrandar potenciais erros decisórios; (ii) faz com que o ato de decidir seja mais fácil e menos tormentoso, porquanto a decisão judicial não

ingressaria no campo de questões deveras complexas e controvertidas, do ponto de vista moral e político, por exemplo; (iii) exatamente por força desse silêncio judiciário sobre questões controversas, passa-se a abrir um espaço privilegiado para tal tipo de discussão em outra sede, dotada de outros canais de diálogos institucionais, o que vem a potencializar e reforçar uma das maiores virtudes republicanas: a participação, ainda que mediante representação, de um maior número de interessados.

O minimalismo percebe, pois, que questões morais, políticas e econômicas intrincadas devem ficar nas mãos dos órgãos de representação dotados de pessoas democraticamente eleitas. Assim agindo, crê na valorização das virtudes republicanas e democráticas.

Mas o que prefere Cass R. Sunstein⁴? Em sua obra, o autor nutre preferência por decisões com fundamentação estreita (no tocante à articulação com outros casos) e rasas (no pertinente aos fundamentos do caso dado); com isso, diminui-se a abstração, de modo que a fundamentação recai sobre aquilo que se afigura pertinente e até mesmo indispensável ao resultado do caso em exame.

4

A jurisprudência não assume, assim, um compromisso com a fixação de pesada *ratio decidendi* (ou *holding*), fechando, em caráter prévio, futuras deliberações, algo que contribui para uma potencial diminuição de debates públicos abrangentes em Cortes Judiciárias. Um novo fundamento não só pode, como deve ser apreciado, mesmo porque, como dito, a Corte só avança naquilo que se mostra indispensável, ficando a cargo da sociedade ir em frente no debate sobre questões mais tormentosas, de caráter político, moral e econômico.

Subsistem autores que estão em um outro extremo, como é o caso de Ronald Dworkin⁵, que sustenta que subsistem repostas baseadas em argumentos de princípio que devem ser efusivamente buscadas pelo intérprete. Como será visto com maior vagar ao longo do texto, para Dworkin cada caso a ser julgado está inserido em uma cadeia decisória, o que demanda uma reconstrução da história institucional do direito.

⁴ SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, massachusetts: Harvard University press, 2006.

Ou seja: não é ao acaso que Sunstein e Dworkin se “enfrentam” em tom argumentativo mais de uma vez⁶, até pela circunstância de que, para o segundo autor acima, não se pode olvidar da existência de casos em que a fundamentação deve seguir uma linha “modesta”. Isto ocorre, todavia, por força das circunstâncias do caso em questão e não pela adoção de uma postura minimalista previamente imposta ou dada. O fato é que nada afiança que esta “modéstia” no ato de fundamentar contribua para o acerto decisório do caso concreto:

Frequentemente, diz-se que decisões judiciais ambiciosas são arrogantes. Pelo contrário: é arrogante que oficiais não eleitos declarem ou neguem direitos fundamentais com nenhum ou pouco esforço de estabelecer uma garantia para sua decisão num princípio constitucional abrangente. Minimalismo seria uma estratégia particularmente perigosa para juízes liberais tentando no futuro corrigir o afundamento radical dos direitos constitucionais que os juízes conservadores tem agora alcançado sob um disfarce minimalista. Nós precisamos de uma renascença dos princípios liberais no direito constitucional. Nós precisamos de votos eloquentes e corajosos, na tradição dos grandes juízes do passado, votos que possam restabelecer os fundamentos de uma jurisprudência constitucional liberal (tradução livre)⁷.

No Brasil, temos a escola jurídica capitaneada por Lenio Streck⁸ cujos aportes são extraídos também, mas não só, de Dworkin. Streck defende aquilo que alcunha de repostas constitucionalmente adequadas, segundo a qual (isto também será melhor delineado em momento oportuno), a decisão pública não depende de uma escolha subjetiva de sentidos por parte do juiz, pois estes não estão à disposição dele, mas sim já inclusos em uma comum-idade política, o que não pode vir a ser confundido com a intromissão judiciária em assuntos morais, políticos e econômicos de modo desmedido,

5

⁶ DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. **The New York Review of Books**, April 30, 2009. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/looking-for-cass-sunstein/>> . Acesso em: 27/10/2016; SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999; e SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America**. [s. l.] Basic Books, 2005.

⁷ No original: “It is often said that ambitious judicial judgments are arrogant. Close to the opposite is true: it is arrogant for unelected officials to declare or deny fundamental rights with no or little attempt to state a warrant for their decision in broad constitutional principle. Minimalism would be a particularly dangerous strategy for liberal justices aiming in the future to correct the radical shrinking of constitutional rights that conservative justices have now achieved under a minimalist disguise. We need a renaissance of liberal principle in constitutional law. We need eloquent and bold opinions, in the tradition of the great justices of the past, opinions that can restate the fundamentals of a liberal constitutional jurisprudence”. DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. **The New York Review of Books**, April 30, 2009, p. 9. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/looking-for-cass-sunstein/>> . Acesso em: 27/10/2016.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

pois é o caso concreto, cuja solução depende da reconstrução da história institucional do direito que deve, acima de tudo, guiar a interpretação jurídica.

Mas será que temos algum contributo legislativo que nos “guie” de algum modo à prolação de decisões qualitativamente bem construídas? Será que o Novo Código de Processo Civil, recém vigorante, constitui uma conquista para que o intérprete trilhe caminho seguro entre aquilo que se apresentou como postura minimalista e maximalista? A pergunta possui relevo, pois se, por um lado, não há como previamente dizer que um caminho é melhor que outro, porquanto se trata acima de tudo, da adoção de uma maneira pela qual se visualiza o papel das instituições, por outro, pode-se, ao seguir um caminho apropriado do ponto de vista legislativo, chegar a resultados que conduzam à prolação de melhores decisões. Uma evolução qualitativa e quantitativa, como sói ocorrer.

3. A SUBJETIVIDADE DO INTÉRPRETE E O ESQUECIMENTO DO CASO CONCRETO.

6

A denúncia de um dos problemas propostos – a subjetividade e porque não, a arbitrariedade decisória – pode ser feita através de Ernst Kantorowicz, autor que em obra lançada na década de 1950, ao tratar da teologia do Estado Medieval, valeu-se de uma metáfora: a dos *Dois Corpos do Rei*. Segundo Kantorowicz⁹, o soberano pode ser visto sob duas diferentes perspectivas, uma ligada à sua vida pública e outra ligada à sua vida pessoal. Por isso ele possui dois corpos, o natural, como qualquer outro ser humano e o político, este voltado ao exercício da soberania.

O primeiro – corpo natural – pode ser infantil e cometer equívocos, porquanto essencialmente humano e, assim, sujeito à paixão, à morte e a todas as deformidades que acometem os corpos naturais, ao passo que o corpo político, exatamente porque detém o poder da verdade e da legitimidade, nunca erra, é perfeito, incorruptível e imortal. Os corpos do rei estão, diante disso, acoplados um no outro, mas não pode haver dúvida a respeito da supremacia do corpo político sobre o natural, na medida em

⁹ KANTOROWICZ, Ernest H. **The king's two bodies**. New Jersey: Princeton University Press, 1997, p. 3 et seq.

que este é finito e aquele, espiritual, incorpóreo ou místico, pois nunca adoece, falece, tampouco falha.

Mas para que serve esta metáfora? Para informar o motivo pelo qual esta tal existência de dois corpos serviu às instâncias políticas e inglesas do século XVI, como fundamento de validade de decisões discricionárias da realeza. Se o corpo político nunca falha, irremediavelmente, até mesmo decisões de caráter bastante duvidoso eram tidas como inabaláveis, sempre sob o fundamento de autoridade de que o soberano possui inspiração divina e totalitária, e, portanto, não erra¹⁰.

Ao se trazer esta antiga metáfora para o cotidiano forense, de igual modo, pode-se anteciper que os direitos (ou a definição deles) não pode depender de escolhas subjetivas, pessoais ou políticas do juiz, sob pena de retrocedermos séculos, tal como também ilustra a passagem contida nas Ordenações Filipinas, especificamente Livro III, Título LXVI¹¹, em especial na parte em que vem a tratar das sentenças definitivas. Eilo:

[o juiz] tem que proferir “... a sentença ‘definitiva’, segundo o que achar ‘alegado’ e comprovado de ‘uma’ parte e da outra, ainda que lhe a consciência ‘dite’ outra ‘coisa’, e ‘ele’ saiba a verdade ser em contrário do que no feito ‘for’ provado; *porque somente ao Príncipe, que não reconhece superior, ‘é’ outorgado ‘por’ Direito, que julgue segundo sua consciência.*”

Perceba-se a importância da passagem. O que dela se extrai é que o julgador comum está sujeito a falhas e não pode extrapolar o conteúdo dos autos, mas o Príncipe, por ser o equivalente ao Estado ou mesmo ao corpo político do rei, para efeito de ser rememorada a metáfora anterior, na medida em que a nada, nem a ninguém se submete, afora sua vontade, pode julgar segundo seu individual sentimento do “justo”, sem maior

¹⁰ Valendo-se e comentando esta mesma metáfora, Georges Abboud, afirma: “Por meio dos dois corpos do rei, Kantorowicz identifica fundamento teológico no ato do poder. Tanto assim é que, não obstante, a teoria dos dois corpos ser criação do direito medieval inglês, Kantorowicz associa a ideia dos dois corpos à figura de Jesus Cristo, uma vez que, as religiões monoteístas até o cristianismo não continham intermediação direta entre o humano e o divino. Assim, somente com Cristo é que surge um ponto entre Deus e os homens. Até então, os homens e Deus ficavam em planos separados. Com a figura de Cristo se completam os dois corpos o divino e o mortal: o divino que renasce mesmo depois da morte porque infinito e o físico que é mortal que recebe todos os sofrimentos impostos pelos homens”. (ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 454).

¹¹ <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p667.htm>

controle ou possibilidade deste. É o equivalente à famosa frase, tão propagada infelizmente: *O direito é aquilo que as Cortes Superiores dizem que é!*

Não se duvide deste pernicioso cenário, muito menos na crença desmedida que assola parcela do judiciário, quanto ao teor de tal assertiva. Muito ao contrário, essa noção de *juristocracia*, é propalada e gera efeitos e interferências, pelo judiciário, em outros poderes. Há quem sustente – aqui isto será dito em breves linhas, pois não há interesse direto no trato da temática – que o poder judiciário não só pode, como deve ser ativista, quanto mais se tal postura (de interferir e/ou adentrar na esfera de atribuições de outro poder) tiver como *pano de fundo* a concretização de direitos fundamentais, normalmente de caráter social. Como exemplo disso, Nelson Camatta Moreira afirmou o seguinte:

... será justificada a atuação da jurisdição constitucional, ainda que extrapole, razoavelmente, as funções tradicionalmente exercidas por outros poderes, observando-se, impreterivelmente, as demais conquistas do Estado de Direito como respeito aos direitos fundamentais e ao princípio republicano, fortalecedores da cidadania.

Trata-se, portanto, conforme Garapon, de um processo *natural* desenvolvido no interior de um Estado Democrático, até porque a interferência judiciária é um fenômeno possibilitado, na prática, pelos próprios políticos. O ato de legislar sofreu um processo de inflação e isso tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico¹².

8

São vários os argumentos que justificam a postura *ativista*¹³ do judiciário: 1. Psicologicamente se crê na possibilidade de tal postura quando, subjetivamente, está-se diante de um caso em que não fora adotada uma postura pessoal do intérprete/defensor do ativismo. Logo, a partir de um suposto erro na aplicação, por exemplo de uma norma legal, crê-se na viabilidade de uma pretensa *correção*, esta sim adequada a uma específica preferência moral, política, quiçá, filosófica. 2. Há uma maior facilidade (em termos de probabilidade numérica) de influenciar certo número de juízes do que todo

¹² MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 112-113.

¹³ De modo bastante resumido, até pelos objetivos do texto em questão, pode-se dizer que o ativismo é caracterizado pela ocorrência de um deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção ao Poder Judiciário. Como salienta a doutrina: “Sabe-se que no quadro da tripartição de funções quando qualquer deles não cumpre, com eficiência, seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica que em nosso país se costuma se atribuir ao Judiciário”. NUNES, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 35.

Digna de nota ainda é a opinião de Anderson Vichinkeski Teixeira ao dizer que o ativismo judicial está diretamente relacionado com os limites possíveis entre o Direito e a Política. (Cf. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun, 2012, p. 42).

um parlamento. 3. Juizes são mais preparados à promoção de uma decisão “justa” do que os membros do legislativo e mais, são independentes, porquanto por serem *vitalícios* estão menos sujeitos a pressões da mídia, de grupos econômicos, de seu eleitorado, etc¹⁴.

Já aqui, pode-se denunciar um fator perigoso para a democracia, capaz de gerar fundamentações bem construídas retoricamente, mas que a bem da verdade se constituem em engodo democrático. O caso concreto pode ser muito bem esquecido, a partir da utilização de argumentos teóricos distanciados do ordenamento jurídico. Eis a preocupação com a casca, com o ornamento, que deixa de lado a qualidade e o conteúdo. Eis o *politicamente correto* se apresentando como alternativa para “corrigir” o direito, que fica fragilizado e, via de consequência, faz com que o julgador se sinta *liberado das amarras da legislação*, incluindo-se aqui o texto constitucional. Eis o julgador, oferecendo respostas a partir de seu individual e específico *senso de justiça*, ao passo que o jurisdicionado ficou sem aquilo que ele mais esperava: uma resposta a seu caso a partir do Direito!

9

Retoma-se, por via transversa, às Ordenações Filipinas. Mas se naquele momento histórico, poder-se-ia enxergar espaço para tal postura, a pergunta que fica é: hoje subsiste campo para julgamentos conforme um individual sentimento de justiça? Ou melhor: quando se vai ao judiciário, quer-se uma opinião do magistrado ou uma resposta conforme o Direito?

Já que tudo indica que não, as perguntas que decorrem a estas se ligam a como deve ser promovida a fundamentação de forma a propiciar ao cidadão uma garantia de que seu caso (e até ele próprio) não estarão situados à mercê da *subjetividade* do intérprete/julgador. Obviamente, não há como, em pleno Estado Democrático de Direito, ter fé em tal subjetividade e não na Constituição.

Logo, está errada, porque ultrapassada neste pormenor, a advertência de Calamandrei, ao que tudo indica, ainda permeada pela crença de que o ato de julgar de modo justo advém de uma virtude intrínseca à figura do julgador: “o sentimento de justiça, pelo

¹⁴ Cf. TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015, p. 203 e ss.

qual, conhecidos os fatos, se sabe de que lado está a razão, é uma *virtude inata*, que nada tem a ver com a técnica do direito¹⁵”.

Bom, o fato é que as indagações retro são pertinentes, pois hoje a retórica (no seu sentido pejorativo e não filosófico) da fundamentação por vezes confere respostas “de efeito”, bem *ornamentadas*, porém de pouco conteúdo, como adiantado. E mais que isso: fundamentar, também por várias ocasiões, transformou-se em uma indicação desmedida de ementas de julgados absolutamente desconectadas com a situação concreta da vida prática. Algo muito parecido com o que viveu Brás Cubas¹⁶, famoso personagem de Machado de Assis, em sua passagem por Portugal, quando se formou em direito. Segundo Brás, sua formação não foi sólida, longe disso, contentou-se ele, tal como se disse, com a casca, com o ornamento, decorando frases de efeito:

Não digo que a universidade me não tivesse ensinado coisa alguma; mas eu decorei-lhe só as fórmulas, o vocabulário, o esqueleto. Tratei-a como tratei o latim; embolsei três versos de Virgílio, dois de horário, uma dúzia de locuções morais e políticas, para as despesas de conversação. Tratei-os como tratei a história e a jurisprudência. Colhi de todas as coisas a fraseologia, a casca, a ornamentação.

10

Infelizmente, a literatura de Machado de Assis não é totalmente fictícia se a trouxermos para o dia a dia forense. São paradoxos, até porque o processo “cria discursos e afirmações tão desconectados da realidade que, entre os acontecimentos e as palavras, parece não existir vínculos em nenhum grau. Acontece que, não raras vezes, a sentença dada pelo juiz é fundamentada exclusivamente nessa produção discursiva; os fatos são ignorados, eliminados, como se nunca tivessem existido¹⁷”.

Talvez isso ocorra porque o caso concreto foi esquecido. O direito está sendo vítima de uma estandardização, fundada na reprodução mecânica de decisões, como se fosse correto privilegiar a quantidade em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional. São julgados e mais julgados “fundamentados” puramente à luz de uma transcrição desmedida de ementas, não necessariamente “aplicáveis” ao caso concreto. Isso, pode ser, decorre da evolução da internet e da facilidade de se buscar este tipo de material na rede de computadores, como bem denuncia Lenio Streck e Georges Abboud:

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por nós um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 149.

¹⁶ ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

¹⁷ SILVA, Jeanne. **Sob o jugo/jogo da lei**. Uberlândia: Edefu, 2006, p. 218.

É prática recorrente – afinal não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de pautas gerais¹⁸.

Correto, mas é interessante notar que bem antes que se sonhasse com tal possibilidade, Carlos Maximiliano foi profético ao se referir aos antigos repositórios de jurisprudência, e afirmou: “Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repositórios de decisões em resumo¹⁹, simples compilações, obtêm êxito esplêndido de livraria²⁰”.

Ainda para efeito ilustrativo, pode-se fazer alusão a José Carlos Barbosa Moreira, que, ao denunciar o que alcunhou de “preguiça” ou “comodismo” no ato de fundamentar, destacou o seguinte: “Difícilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia para desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo de computador²¹”.

Os discursos “prévios” de fundamentação são perigosos, mas muito ligados à necessidade de serem proferidas decisões rápidas, capazes de solucionar não só o caso concreto sob análise, mas de antever soluções para hipóteses vindouras. Isso, porém, não será objeto de análise direta aqui.

Mas sobre o fascínio da quantidade em detrimento da qualidade, indaga-se: o que dizer da imposição de ‘metas’ pelo CNJ? São metas quantitativas, jamais qualitativas²², e

¹⁸ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 78.

¹⁹ Uma crítica às decisões “fundamentadas” em outras decisões pode ser encontrada aqui: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões.** Revista de Processo. São Paulo, v. 226, Dez. 2013, p. 349.

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de direito processual**, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 312.

²² Falar em acesso qualitativo à prestação jurisdicional não é nenhuma novidade. A expressão, por exemplo, foi empregada no estudo adiante referenciado: PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n.

com o objetivo de que? Ora, esvaziar as prateleiras de gabinetes, garantindo um pretense acesso rápido à prestação jurisdicional. Rápido, entretanto, nem sempre bom, pois há um sem número de julgados embasados em enunciados performáticos e manipulações argumentativas, cujo objetivo é propiciar um rótulo, uma “casca”, de forma a conferir uma aparência de legitimidade ao que será decidido.

José Rodrigo Rodrigues, com razão, denuncia que hoje até se faz pesquisa empírica no Brasil, mas para aferir “quantidade” de julgamentos e não “qualidade”, fatores que não podem ser separados, por razões óbvias. Eis o que afirma o autor: “a pesquisa empírica em direito raramente se volta para a fundamentação das decisões jurisdicionais. A maioria das pesquisas empíricas existentes na literatura jurídica brasileira e mundial raramente procura investigar as razões para decidir oferecidas pelos juízes, mas especificamente, as variantes interpretativas existentes²³”.

Esta qualidade, tão almejada, torna-se ainda mais prejudicada pelo uso de preferências subjetivas ou valores pessoais²⁴. É problemático para aquele que busca a resolução de seu caso e que vai ao judiciário a fim de obter respostas jurídicas, fundadas na Constituição e na lei, ver o desfecho ser pautado em uma preferência subjetiva²⁵ do

12

3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23802/reflexoes-sobre-o-acesso-a-justica-qualitativo-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 08/06/2016.

²³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** São Paulo: FGV, 2013, p. 62

²⁴ Lenio Luiz Streck chama de solipsista o julgador que assim age. Segundo o autor, este sujeito solipsista está ligado: “... a uma corrente filosófica que determina que exista apenas um *Eu* que comanda o Mundo, ou seja, o *mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito*. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. *O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o sujeito imagina, quer e decide o que é*” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59).

²⁵ A esse respeito, eis o que diz o ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau, ao se opor à substituição da legalidade pelo que denominamos de uma justiça *politicamente correta*: “É certo que temos – o direito moderno – permanentemente em crise. Mas o que se passa agora é mais grave, porque – ao mesmo tempo em que se pretende substituir as suas regras (regras e princípios) por outras, descoladas da eficiência ou alguma distinta vantagem econômica – a sociedade como já não lhe dá mais crédito, e inúmeras vezes precipita-se na busca de uma razão de conteúdo. Essa busca nos coloca sob o risco da substituição da racionalidade formal do direito (com sacrifício da legalidade e do procedimento legal) por uma racionalidade de conteúdo construída a partir da ética (qual ética?!), à margem do direito”. (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 17).

E mais adiante, conclui de forma bastante incisiva, citando o exemplo filosófico de Sócrates, que, como se sabe, foi condenado à morte pelo povo de Atenas, sob a acusação de não venerar os Deuses: “Embora injusta, a morte de Sócrates preserva o bem da cidade. Porque era sábio, Sócrates não foge, embora sua morte perpetrasse uma injustiça. Pois a essa injustiça correspondia, para ele, em um mesmo momento, o bem – isto é, a justiça da cidade. Ainda que entendesse que a justiça não coincidia com a injustiça da cidade, Sócrates não desejava escapar às leis da cidade. Não foge, bebe o veneno que o mata. Sabemos, porém, que embora Anito e Meleto o pudessem matar, não poderiam causar-lhe dano. Pois o direito constitui a uma única resposta racional possível à violência de toda a sociedade. Tanto a soberania quanto

julgador. Claro que isto nem sempre ocorre, mas pode sim ocorrer, pois, reitere-se, há julgadores que agem como donos do sentido e isso é extremamente perigoso, como bem afirmou Francesco Ferrara: [há perigo] “de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo ideias e princípios que são antes o fruto das suas elucubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais²⁶”.

Portanto, segundo as bases deste estudo, pode-se até mesmo adiantar que (i) não é possível abrir mão da qualidade das decisões – e de sua fundamentação – em prol de uma celeridade cujas causas são externas à própria atividade dos tribunais; (ii) o julgador não é um mero reproduzidor de textos legais; (iii) é absolutamente inadequado separar questões de fato e de direito, estandardizando casos, com a promoção do esquecimento do caso concreto; e, (iii) obviamente, decidir não é escolher!

Por se acreditar que muitas dessas respostas dependem ainda, para sua perfeita resolução, da fixação de um solo paradigmático, é que são ofertadas adiante, algumas considerações críticas a respeito do que se chamou de “ideário positivista” que contamina o ato de decidir.

13

4. A DECISÃO JUDICIAL, A FALTA DE CRITERIOLOGIA E A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO QUE CONDUZ À DISCRICIONARIEDADE.

Por certo não se presencia no cotidiano forense uma criteriologia decisória. Ora decide-se à luz do exegetismo, ora à luz do normativismo de Kelsen, Hart, Ross, ideologia dos anos 20 passados, tomadas por críticas das mais diversas. Melhor delineando, por vezes, a lei se basta, por assim dizer, tal como ocorria na antiga Escola da Exegese, de que resultou o Código Napoleônico de 1804, rotulado como a expressão mais exata e completa do Direito Civil²⁷, por vezes não, como será visualizado.

a sua lei (escrita) justificam-se em virtude da necessidade de coartar a violência natural a todos nos. É a positividade do direito que Sócrates presta acatamento ao não escapar da cidade.

Isto é necessário afirmar bem algo: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia, a história” (Idem, p. 19).

²⁶ FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 25

²⁷ Desse modo é que Bugnet, um dos principais expoentes da Escola, juntamente com Aubry e Rau, Demolombe, afirmou: “Não conheço o direito civil, ensino somente o Código de Napoleão”; ao passo que Laurent se manifestou: “Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete, este não tem mais por missão fazer o direito: o direito está feito”.

O referido diploma legal, como bem se sabe, fora editado com vistas a consolidar um novo regime jurídico, iniciado quando de sua promulgação. Entendia-se o Direito como uma reprodução do que previam os textos legislativos, de forma que lei e Direito eram figuram coincidentes e ao julgador incumbiria a tarefa de verificar, no quadro fático que lhe era apresentado, qual dispositivo *incidia* sobre o caso concreto. Isto ocorria, pois se acreditava que o Código era um texto onipotente, livre ou quase livre de lacunas.

O princípio básico desta escola, portanto, consistia na identificação, por inteiro, do direito à lei, porque esta era tida como equivalente à expressão da vontade comum do povo. Por isso se disse que a lei e o direito constituíam uma única realidade e que na lei se encontrava a solução para as mais diversas situações que a vida pudesse demandar. E é nesse contexto que recordamos da frase de Charles-Louis de Secondat Montesquieu, quando destacou que os juízes não são mais do que “[...] a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor²⁸”.

14

A interpretação jurídica, no ideário desta escola de pensamento, estava ligada, como bem se pode antever, a um exame literal, lógico e sistemático do texto legal. O grande desígnio era descobrir a intenção do legislador, para reconstruir seu pensamento, porque, lembre-se, trata-se de uma escola que parte do princípio de que há uma separação absoluta entre os poderes. Portanto, a tarefa do intérprete era bastante reduzida e consistia em uma atividade mecânica, baseada em uma lógica dedutiva: a lei, ante sua completude, era a única fonte capaz de respaldar a decisão jurídica, a qual, para ser pronunciada, dependia da realização de silogismos anteriores. A premissa maior era a lei e a premissa menor o enunciado fático de um caso concreto, extraído-se daí uma conclusão: a solução do caso concreto²⁹.

²⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 152.

²⁹ Com clareza, Luis Alberto Warat, em passagem longa, mas que merece transcrição, ainda que em nota de rodapé: “O método exegético, que surgiu sob o signo do modelo napoleônico de direito, configura uma variedade interessante do método gramatical: para a determinação do sentido unívoco das palavras da lei constrói ele a ficção do espírito do legislador. Substancializa, assim, um ente ideal abstrato, logrando através dessa reificação a possibilidade de que o órgão aplicador objetive suas decisões, seus juízos de valor, apresentando-os como dados de uma vontade objetiva e, portanto, sujeitos a verificação. (...). A concepção que orienta o método exegético, tanto como a que inspira o método gramatical, baseia-se na ideia de que as lei conformam um universo significativo e auto suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional as soluções para todo tipo de conflito jurídico. Fundamentalmente supõe a figura de

Ainda no século XIX, forma-se na Alemanha a jurisprudência dos conceitos, baseada nas ideias de Friedrich Saviny e posteriormente Bernhard Windscheid. Tinha-se aqui uma nova tentativa, de estancar ou até mesmo eliminar a atividade criativa e interpretativa dos juízes. A crença fundava-se na famosa ciência das pandectas, que visualizava os Códigos como uma pirâmide conceitual (como exemplo: a Parte Geral do Código Civil e sua Parte Especial, em que constantes preceitos mais abstratos na primeira e delimitações mais específicas na segunda). Por essa pirâmide conceitual, seriam deduzidos, a partir dos conceitos mais gerais, conceitos mais específicos.

O caminho inverso também é verdadeiro, pois, se por um lado, o cientista do direito, mediante abstração e processo lógico-dedutivo, extrai um princípio comum às proposições jurídicas gerais, e destas, retira conceitos mais específicos, como visto anteriormente, por outro, em sentido oposto, agora através de um processo lógico-indutivo, promove a extração dos princípios específicos a partir dos conceitos gerais, e destes mesmos conceitos gerais até um princípio comum.

15

Com razão, então, a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz, ao falar o que se segue a respeito principal expoente desta escola – Georg Friedrich Puchta: “Puchta, em sua pirâmide de conceitos, deu ênfase ao caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e completa³⁰”.

Diante disso, a função da ciência jurídica consiste em verificar o condicionamento e a derivação de proposições jurídicas, no desígnio de buscar a genealogia de cada uma delas, até que se chegue a um princípio comum, porquanto a atividade científica caminhava para a determinação de conceitos precisos, sempre na busca de segurança para as relações jurídicas, ante a pretensa redução da ambiguidade e da vagueza da lei.

um juiz neutro, mecânico, não criativo. O ato de interpretação da lei é para a escola exegetica, mais que para qualquer outra, um ato de conhecimento e não de vontade. É nesta corrente que se detecta com maior clareza a crença num modelo de direito que rende culto ao formalismo, ao valor segurança, em detrimento da equidade. (...). Corresponde a escola da exegetica ao típico modelo da ideologia burguesa construindo um sistema jurídico que prometia segurança frente às arbitrariedades do absolutismo que a precedeu, e que se punha como fiadora das normas de desenvolvimento do capital. É neste sentido que a Revolução Francesa é pensada como momento em que a escola alcançou sua personalidade”. (WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Editora Síntese, pp. 76-77).

³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980, p. 33.

Eis aqui o nascedouro da subsunção. É deste alto grau de racionalidade que ela decorre! A crença subsuntiva, pois, advém do século XX e porque não dizer, ainda não foi superada! Claro, este silogismo, como bem lembrado por Georges Abboud, “cria uma atitude reconfortante para o intérprete, que passa a se iludir que a lei, ou a súmula vinculante, traz consigo a norma já pronta para a solução dos casos futuros, restando ao juiz a simples tarefa de acoplar o suporte fático ao texto normativo³¹”.

Claro que tais formas de interpretar se tornaram insuficientes. Na teoria..., pois na prática a jurisprudência dos conceitos vive entre nós. Ainda repousamos na crença da reprodução mecânica de enunciados de súmula ou de ementas, por exemplo, como se fossem estes suficientes para fundamentar uma decisão judicial. Esta concepção subsuntiva, caracteriza o olhar positivista mecânico, aperfeiçoado, tempos depois, já no século XX por Hans Kelsen.

É de Kelsen, como bem se sabe, a tentativa de criação de uma teoria do direito despida de aspectos morais, o que não quer dizer que o autor não dê importância para tais. É preciso que fique claro: Kelsen reconhece que o direito detém conteúdo axiológico e valorativo. E mais: para ele o direito é sim fruto de opções políticas. Mas, para o autor, há uma diferença entre os cientistas do direito e aqueles que exercem política judiciária. Em outros termos, a ciência do direito e, via de consequência, o olhar do cientista, é puro, o direito não. Ao passo que o olhar do aplicador (exercente de política judiciária) não é um olhar científico, eis que pode ser invadido por valores!

Ciente de que se cada artigo de lei pode projetar vários sentidos possíveis, Kelsen, em resumo apertado, elabora sua famosa *moldura semântica*. Toda interpretação que esteja inserida no âmbito desta moldura seria válida, de forma que já se percebe de antemão uma evolução, pois se antes se falava em um juiz ‘boca da lei’, sob os auspícios de Kelsen há a admissão de uma eventual polissemia interpretativa existente no interior dessa moldura.

³¹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81-82.

À ciência do direito cabia a tarefa de explicitar quais as possíveis interpretações de um determinado texto, o que era feito, sem caráter vinculante ou obrigatório. Eis razão pela qual Kelsen afirma que as interpretações fornecidas pela ciência do direito (ou doutrina) constituem uma interpretação inautêntica. Diferentemente, temos as interpretações autênticas, levadas a cabo por órgãos de poder, estas sim vinculantes, por serem típicos atos de autoridade, o que o autor denomina de “ato de vontade”. Sobre este ponto – interpretação autêntica – o próprio Kelsen:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa³².

Perceba-se a importância da passagem supra. O juiz, no exercício de política judiciária, pratica ato de poder, ato de vontade, ao definir, subjetivamente, qual das possíveis interpretações elencadas pela ciência do direito é a melhor para o caso³³. E vai além: pode, ao não concordar, por exemplo, com nenhuma destas interpretações, igualmente apontar uma outra, situada fora da metafórica moldura semântica, mesmo porque, rememore-se, os cientistas do direito outorgam interpretações que não vinculam.

17

Outro ponto a ser percebido é o de que se, mesmo dentro da moldura, há discricionariedade na escolha da melhor decisão (lembre-se que o ato de decidir é um ato de vontade, de poder!), o jurisdicionado vai a juízo e não sabe se sairá com a resposta mais adequada do ponto de vista jurídico-constitucional. Sabe apenas que sairá com uma resposta possível, seja dentre aquelas que se encontram elencadas pela ciência do direito, ou o que é pior, uma outra, nova, não prevista, dissonante das existentes no âmbito da moldura semântica³⁴.

O jurisdicionado sabe, portanto, apenas que obterá uma resposta, que pode ser a melhor, a pior, ou, quiçá, uma outra nesse “meio caminho”, tida como razoável. Acaso se pense que isto é absurdo e que seria algo inexistente na prática judiciária cotidiana, basta que

³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 219.

³³ Idem, p. 393.

³⁴ Ibidem.

se observe o comando contido em algumas súmulas de Tribunais Superiores para que se veja que isto é mais comum do que se imagina. Para que se tenha uma ideia a súmula nº 126 do TST diz expressamente que “A interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja a melhor, não dá ensejo à admissibilidade de recurso de revista”. Não difere a Súmula de nº 400 do STF, cujo conhecido teor segue “decisão que deu razoável interpretação a lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra do art. 101, iii, da Constituição Federal”.

Basta, pois, para evoluirmos, uma interpretação razoável! É o subjetivismo alicerçado no positivismo lógico-normativo kelseniano se mostrando nos tempos atuais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, seja por súmula, seja pelas decisões ilustrativamente citadas abaixo:

O que a Constituição exige, no art. 93, IX [da Constituição], é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução de questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a existência constitucional. (AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05.09.2003).

18

Motivação dos julgados (CF, art. 93, IX): validade da decisão que se cinge à invocação de jurisprudência pacífica corroborada posteriormente em enunciado de Súmula: inexistência de violação à exigência constitucional. (RE 359.106-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.08.2004).

Seguindo, são várias as armadilhas que conduzem à discricionariedade. Outra, bastante conhecida é a do *neoconstitucionalismo*. A partir da premissa de que o positivismo conduz à aplicação da letra ‘fria’ da lei, é firmado o discurso de que é necessário inserir valores ou princípios na ordem jurídica (vide, por exemplo, a redação do art. 1º NCP/15). Qual o perigo disso? A inserção de “valores” na interpretação jurídica pode levar à substituição do legislador pelo julgador e seus juízos morais, éticos, etc³⁵.

Com efeito, há, ainda, um ponto fulcral na obra de Robert Alexy que pode conduzir a distorções das mais diversas, prejudicando a qualidade da prestação jurisdicional. O

³⁵ Sobre a intrincada relação entre direito e moral, cf. MOREIRA, Nelson Camatta; SOARES, Paulo Vitor Lopes Saiter. Um breve ensaio sobre a relação entre direito e moral na jurisdição constitucional brasileira à luz da obra medida por medida, de William Shakespeare. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, v. 15, p. 65-100, 2016.

autor alemão promove a distinção entre princípios e regras, afirmando que os primeiros são mandados de otimização e que as regras mandados de definição³⁶. A partir disso, pode-se concluir que os princípios se realizam na maior medida possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas, o que conduz a uma satisfação em diferentes graus. Já as regras são ou não satisfeitas, invariavelmente, na base do “tudo ou nada”. Levando em conta estas premissas é que Alexy determina a subsunção como a forma característica de aplicação do direito que as regras vêm a realizar.

Perceba-se como uma teoria que está embasada no neoconstitucionalismo (se visto como algo que “abre o direito a valores”) pode causar problemas, notadamente a chancela de decisões subjetivas, difíceis de controlar. Quando em colisão princípios, a argumentação é pautada em valores e, ao fim e ao cabo, após a utilização das “máximas da proporcionalidade”, tem-se uma regra de direito fundamental atribuída, aplicada de maneira subsuntiva³⁷, o que é paradoxal se lembrado que Alexy objetiva exatamente

³⁶ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162.

³⁷ Não é objetivo, aqui, traçar em miudezas a rica teoria de Robert Alexy. Como breve resumo, outro estudo: “(...) Explica-se: a ser aplicada corretamente e com rigor a teoria alexyana, uma vez configurada a colisão entre direitos fundamentais, a partir de enfoque do caso concreto, deveria o órgão decisor proceder à análise dos chamados três subprincípios da ponderação para o fim de verificar, sucessivamente, se a restrição a um dos direitos é adequada e, subsequentemente, proporcional ao fim que se almeja. Não é o que se verifica, entretanto, no dia-a-dia forense.

Em tom bastante sintético, como adiantado, a proporcionalidade possui três subprincípios: (i) adequação: em sentido majoritário na doutrina brasileira se entende o conceito como aquilo que é apto na busca do resultado pretendido; (ii) necessidade: a limitação de um direito fundamental só será necessária se para o alcance do desiderato pretendido não exista outra medida ou ato de menor gravidade ou intensidade; e, (iii) proporcionalidade em sentido estrito: só ocorre depois de ultrapassados os dois primeiros e se liga à ideia de um raciocínio de sopesamento entre a intensidade da restrição de que o direito fundamental irá sofrer e a proeminência e/ou importância da realização do outro (o colidente), o que, ao fim, justifica a adoção da medida de restrição.

Ocorre que a utilização da proporcionalidade – desvirtuada, exatamente porque comumente mal aplicada – acaba assumindo forte conteúdo retórico (no sentido pejorativo de engodo, até), pois não utilizada a teoria de modo técnico, com exame pormenorizado de todos os subprincípios. Utiliza-se, quando muito, apenas o terceiro subprincípio na desenfreada busca da justa medida entre a restrição implementada e a finalidade objetivada. O que se quer dizer, ao fim e ao cabo, é que falta uma lógica operacional e teórica palpável no que toca, principalmente, à fundamentação das decisões tribunalísticas, o que, a toda evidência, não é bom para a democracia, vindo a propiciar, por conseguinte, irracionalidades e ativismos desmedidos, fulcrados na abertura semântica e até estrutural dos direitos fundamentais em eventual colisão.

À guisa de conclusão, a operacionalização da proporcionalidade, se desvirtuada de seus pressupostos teóricos, pode, sim, causar ativismos. Isto porque, sua aplicação corriqueira é ligada ao exame da proporcionalidade em sentido estrito (e insatisfatoriamente, pois por vezes nem mesmo se qualifica o grau de intensidade ou restrição do direito fundamental restringido e avaliado o peso do oposto); não é versado, na decisão, o procedimento da ponderação, tornando-o controlável e aferível, em uma perspectiva racional, o que torna a decisão injustificada”. (TOVAR, Leonardo Zehuri. **Promessas da modernidade e ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 518-536). Ainda sobre a temática do ativismo, cf.: MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. **Ativismo judicial e resposta correta: análise crítica de fundamentos consequencialistas em Direito Tributário**. **Derecho y Cambio Social**, v. 41, p. 1-16, 2015.

criar uma teoria que resolva as insuficiências da subsunção. Acerta Streck quando afirma:

os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido estabelecer um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional³⁸.

Ora, valores são extremamente controvertidos, e a adoção de uma teoria fundada nestes pode significar por via indireta, a convivência com subjetivismos, característicos de decisões irracionais que prejudicam uma prestação jurisdicional de qualidade. Eis mais uma vez a importância do tema, pois, rememorando Maurício Ramires, “a história da exigência de fundamentação da decisão judicial é a história da contenção do arbítrio do julgador³⁹”. Como bem escreveu Friedrich Müller ao tratar da ponderação alexyana:

Tal procedimento (a ponderação) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfazíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturante da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (Urteilsvirbehalt) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes e insinuações ideológicas⁴⁰.

20

Ainda sobre a ponderação, expressamente incorporada no art. 489 § 2º, NCPC, convém dar o devido realce à posição firmada por Streck. O autor a reputa inconstitucional⁴¹ e o faz a partir dos seguintes argumentos: a) a ponderação alexyana é uma tentativa de “matematizar” a compreensão, o que renderia ensejo ao encobrimento de posturas subjetivistas e decisionistas, a partir de uma suposta lógica argumentativa; b) na prática

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, Saraiva: 2011, p. 48.

³⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. São Paulo: RT, 2011, p. 53.

⁴¹ Primeiro em: STRECK, Lenio Luiz: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo/SP, p. 1 - 1, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 08/06/2016. Depois em: STRECK, Lenio Luiz. Criteriologia decisória no NCPC: com a fundamentação adequada contra a ponderação. **Revista Forense**, v. 421, p. 1-369, 2015.

judiciária brasileira, o que se denota é a utilização de uma vulgata da teoria de Robert Alexy, pois se passa longe de suas regras argumentativas, notadamente das máximas da proporcionalidade, as quais dão alguma racionalidade (criticável, é verdade) à ponderação.

Bom, polêmicas a parte, o fato é que é preciso levar a sério a decisão judicial! E para tanto um grande passo é não seguir a crença de que se pode, em detrimento da legalidade, valorar a melhor decisão. Com inteiro acerto, Eros Grau afirma que a confusão que se faz entre princípios e valores acarreta “a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso dos princípios e praticam – fazem-no cotidianamente! – controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis⁴²”.

Decisão não é escolha! E, por mais clichê que seja, acórdão não é o que vem do coração, como induz a etimologia da palavra! Uma criteriologia da decisão se mostra importante e talvez esse seja um importante avanço do direito processual e constitucional brasileiro, tema que será objeto de tratamento adiante.

21

5. O CONTRIBUTO DO CPC/15 NA CONFECÇÃO DE DECISÕES CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.

Foi dito e redito: o ato de decidir não é uma pura e simples escolha! Decidir é diferente de escolher, tal como adverte Henrich Rombach, o que obviamente não denota uma diferença meramente valorativa, como se o decidir fosse melhor do que o escolher. Não... trata-se de algo ligado à estrutura. Por isso: “respostas de escolha são respostas parciais; respostas de decisão são respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira⁴³”.

Decisão é ato de responsabilidade política (Dworkin) e como tal, deve reconstruir a história institucional do caso concreto, o que é feito pelo conhecido relatório sentencial. A fundamentação, como direito fundamental que é (art. 93, IX, CF), constitui elemento

⁴² GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22.

⁴³ Decisión. In: **Conceptos fundamentales de filosofía**. KRINGS, Hermann, BAUNGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph (orgs.) Barcelona: Editorial Herder, 1977, v. I, p. 476-490).

essencial para o Estado Democrático de Direito, uma verdadeira condição de possibilidade da decisão e não uma mera justificativa de razões subjetivamente elencadas para a tomada de decisão, de forma que não se pode mais dizer que o juiz primeiro “pensa” no dispositivo e depois “pensa” nos fundamentos capazes de lhe dar sustentação.

A decisão é o ato final de um processo ordenado e disciplinado sob as luzes da Constituição da República (art. 1º, NCPC/15). Aqui, entretanto, uma ressalva: o dispositivo em questão fala que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República (...). Os “valores” a que o dispositivo faz alusão não podem ser vistos como “preferências”, sob pena de, como também destacado, dar margens a decisionismos (Streck). Ora, tais “valores” devem ter sido incorporados por regras jurídicas, transformando-se a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada), nos termos de feliz advertência de Marcelo Neves⁴⁴.

22

Por certo, porém, conquanto feita a ressalva contida no parágrafo supra, o art. 1º tem uma preocupação louvável: estabelecer uma relação entre o Direito Processual e a Constituição. Claro que esta relação existe, mas não custa deixar isso ainda mais evidente! Por isso o dispositivo alude ao fato de que o legislador deve levar em conta as disposições da Carta da República de 1988, quando da feitura de novas regras. O mesmo se diga quanto à interpretação e aplicação das disposições codificadas. Devem tais, buscar estreita conformidade com a Constituição. Vale a transcrição de passagem doutrinária envolvendo o primeiro artigo do Novo CPC, justificada até por seu conteúdo didático e preocupação:

O primeiro artigo do CPC/2015 externa a preocupação do legislador no sentido de que suas disposições sejam concebidas à luz da CF/1988. O dispositivo tem função didática e lembrar o intérprete de que uma lei não pode ser concebida de forma independente, desgarrada das demais normas que compõem o sistema jurídico e dos valores tutelados pela CF/1988. Nesse passo, o processo civil será regido pelo CPC/2015 e pela legislação extravagante com a qual não conflitar (como, por exemplo aquela relativa a processo de recuperação judicial, falência, locação de imóveis urbanos, etc.). A interpretação e a aplicação de suas disposições deverá ocorrer em

⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 40-41.

conformidade com a CF/1988. Embora tecnicamente não houvesse necessidade de positivizar a exigência de concepção de normas infraconstitucionais em conformidade com a Lei Maior, entende-se a preocupação do legislador, que se vale do artigo inaugural para externá-la e para convidar o intérprete a lembrar-se constantemente de que o exercício da hermenêutica deve levar em consideração os pilares centrais do sistema em que a norma jurídica está inserida. Fenômeno similar foi verificado no direito civil, com uma série de obras científicas que propagaram o ‘direito civil constitucional’, no início dos anos 2000. O legislador processual civil de 2015 – provavelmente em razão de estar editando um Código que substituiria o diploma cuja vigência se iniciou no auge da ditadura militar, sob a égide da CF/1969, e que precisou, ao longo dos anos, ser concebido à luz de novos valores sociais – não perdeu a oportunidade de inserir o aludido norte interpretativo, para não pecar pelo silêncio⁴⁵.

Além do mais, a decisão judicial deve respeitar a juridicidade (art. 8º, NCPC/15), observando jurisprudência e precedentes, reconstruindo assim, a história institucional do direito. Algo, entretanto, precisa ficar mais claro: quando nos valemos da expressão *juridicidade* não o fizemos de modo aleatório. É que a lei não é a única fonte do direito. Não mais! Trata-se de apenas uma delas.

O Direito é conformado *no e pelo* ordenamento jurídico, no interior do qual está em posição de protagonista a Constituição da República. Por isso talvez o legislador tenha pecado, por um pequenino lapso, ao mencionar *legalidade* no artigo 8º citado, quando o mais adequado do ponto de vista técnico, seria *juridicidade*.

Outra importante advertência: embora haja alusão – ruim sob nosso sentir, como dito – ao vocábulo *legalidade*, isto não quer conduzir a um retorno à escola da exegese francesa e a seu *modus* argumentativo, interpretativo e decisório. Isso seria o mesmo que retroceder séculos e certamente este retorno ao passado distante do exegetismo não seria uma boa para um diploma que pretende ser moderno.

O que o artigo 8º almeja é que o juiz enfrente o caso em conformidade com o ordenamento jurídico, não que ele se satisfaça com a interpretação literal. Esta é a correta interpretação do dispositivo, ou ainda, esta é a norma que se extrai do texto contido no artigo em comento.

⁴⁵ CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 21-22.

A juridicidade, tampouco confere discricionariedade. Julgar com o ordenamento pressupõe respeito à lei, que só pode deixar de ser aplicada se e quando for declarada inconstitucional, de forma fundamentada. Uma vez mais: juridicidade pressupõe respeito aos precedentes e à jurisprudência dos tribunais, tanto assim que os órgãos jurisdicionais possuem responsabilidade política e devem decidir levando em conta a história institucional do direito, consagrada em precedentes relacionados com a questão em julgamento, atentos, pois, aos reclames do artigo 926, CPC.

É o que a doutrina de Lucas Buril de Macêdo chama de autorreferência⁴⁶. Trata-se tal atributo de um elemento fundamental para o bom funcionamento dos precedentes judiciais. Há a necessidade de que o magistrado, mesmo quando objetive a superação do precedente (*overruling*), dialogue como o mesmo para, se for o caso, o desconsiderar, obviamente mediante fundamentação clara, precisa, congruente e exaustiva. A autorreferência, diante disso, constitui dever específico de fundamentação, que denota a necessidade de o Judiciário levar em consideração as decisões antecedentes. Ou seja: não pode o julgador se sentir como uma espécie de ‘marco zero’⁴⁷, de forma a decidir algo sem levar em conta o que lhe antecede.

24

Por isso, a redação do art. 926 do NCPC/15 afirma, por exemplo, que os órgãos jurisdicionais têm o dever de decidir, sem deixar de levar em consideração os precedentes relacionados com a questão jurídica posta a julgamento. Retomaremos este dispositivo em breve.

Também atento à necessária qualidade da prestação jurisdicional o art. 9º do Novo Código de Processo Civil, consagra a necessidade de um contraditório pleno⁴⁸. Isto

⁴⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 267-271.

⁴⁷ Cf. SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, 1987, p. 580-581. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 109. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 105

⁴⁸ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo – Horizontes para a democratização processual civil**. Belo Horizonte: tese, 2008, pp. 171-176. NUNES, Dierle. **O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa**. Puc-Minas, 2003; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, **Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil**. v. 5. n. 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004; NUNES, Dierle, THEODORO JR, Humberto. Princípio do contraditório. **RePro** 168. Nunes,

porque, a parte detém o direito fundamental de (i) ser ouvido e de poder influenciar o julgador em seu convencimento; e, dentre outros (ii) de impugnar as decisões judiciais, a partir de um debate franco, que não cause surpresas, com novos fundamentos não discutidos.

Equivale afirmar: a cláusula constitucional do contraditório precisa ser vista como “direito de ser ouvido”, algo muito mais proeminente que o mero “direito de falar”. Não por outra circunstância que na língua inglesa o contraditório é denominado de *right to be heard* (que equivale a direito de ser ouvido)⁴⁹.

Tem-se aqui mais um zelo do legislador infraconstitucional, mesmo que, a bem da verdade, fosse desnecessário afirmar tal necessidade, pois o contraditório (efetivo e pleno) decorre da presença de um direito fundamental amplamente consagrado. Porém, o cuidado nunca é demais, como bem lembrado em sede doutrinária:

no Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípio e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social⁵⁰.

25

Como dito, um cuidado, talvez até pleonástico a se considerar a magnitude da Carta Republicana e sua função de ser uma norma-programa para interpretação e aplicação do direito. Entretanto, no plano prático tal zelo se justifica, afinal, conquanto seja direito fundamental, o contraditório era observado, no processo judicial, por um viés formal. Em outros termos: tinham as partes o “direito de falar”, mas seu “direito de ser ouvido” era bem menos respeitado.

Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁹ FERRAND, Frédérique. **Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and Civil Procedure**. Seul: IAPL, 2014, p. 10.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. In: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, pp. 278-279.

Tome-se como exemplo, por todos, o julgamento do STJ tomado em meio ao AgRg no REsp 1502984/CE, rel. Min. Humberto Martins, j. em 17/03/2015. Nele fora repetido algo que atormenta os advogados de uma maneira geral – a frase de que o judiciário não é obrigado a responder um a um os argumentos ofertados pela parte. Transcreve-se:

sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

Por essas e por outras que se mostra relevante a inserção do dispositivo no Código de Processo Civil de 2015. Afinal, se não se faz uma leitura constitucionalmente adequada de normas infraconstitucionais, que se peque pelo excesso:

*o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório. Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constitui necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*). Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício. [...] Para a demonstração cabal do atual perfil participativo que o princípio possui em sua releitura democrática, faz-se necessária a análise pormenorizada do já aludido fenômeno intitulado “decisão de surpresa” [...] que atribui a nulidade de decisões fundadas sobre a resolução de questões de fato e de direito não submetidas à discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz⁵¹.*

26

O dispositivo em questão (o 9º supra) está ainda, intimamente ligado com outro, subsequente, o 10º: “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”.

Trata-se de verdadeira garantia da possibilidade de influência, elemento norteador de debates sobre o desenvolvimento do conteúdo que será objeto da vindoura decisão de

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da faculdade de direito do sul de minas**. Pouso Alegre. ano XXV. n. 28. Jan/Jun. 2009. p. 177-206.

mérito, tudo com vistas a promover a melhora qualitativa das decisões, sob as luzes de um contraditório participativo, para ser utilizada a expressão de Dierle Nunes⁵².

Aqui, de igual modo, destaca-se uma outra atitude caprichosa e cuidadosa do legislador infraconstitucional. A garantia da não surpresa também decorre dos direitos fundamentais ao contraditório substancial e à segurança jurídica, de maneira que, ao menos desde o advento da Constituição da República de 1988, já deveria ser compreendido que é vedado ao magistrado prolatar decisões surpresa (leia-se em seu sentido lato sensu), sob pena de serem jogados ao relento a colaboração e o diálogo processual.

Viu-se que contraditório significa antes de tudo ser ouvido, influir na decisão. Por isso é tão importante que o debate processual e que o direito envolvido sejam *levados a sério*. O Tribunal Português em recente julgamento, já sob o crivo do Novo CPC de lá, deu a devida proeminência ao direito fundamental ao contraditório, na forma ampla ora sustentava. Veja-se:

Os princípios do contraditório e da igualdade de armas são reflexos do princípio geral da igualdade das partes, através dos quais o legislador procurou garantir às partes idênticos meios e oportunidades, na defesa dos seus interesses, facultando a sua audição no processo antes de proferida qualquer decisão — salvo em caso de manifesta desnecessidade, quer para contraditarem qualquer alegação da parte contrária, quer para obstar a decisões-surpresa. II - Está vedado ao STJ pronunciar-se sobre o juízo fáctico do Tribunal da Relação, salvo em caso de ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova. III - O legislador ampliou o âmbito de aplicação da renovação dos meios de prova e transformou o que constituía uma faculdade, conferida aos juízes da Relação, num dever, impondo a obrigatoriedade de renovação dos meios de prova sempre que se verifiquem dois pressupostos: (i) existência de dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente; (ii) existência de dúvidas sérias sobre o sentido do seu depoimento. IV -Do acórdão recorrido não transparece que, na apreciação da impugnação da decisão fáctica, se tivesse suscitado qualquer dúvida acerca da credibilidade ou sentido do depoimento da testemunha N, razão pela qual não se verificam os pressupostos necessários à renovação de prova, constantes do art. 662.º, n.º 2, al. a), do NCPC (2013).V -Mesmo que nem sempre as provas permitam alcançar a verdade material, não pode, porém, o tribunal abster-se de julgar com fundamento na dúvida insanável, pelo que – em situação de dúvida insuperável – é necessário fazer intervir as regras da repartição do ónus da prova. 08.01.2015. Revista 780/11.8TVLSB.L1.S1 7.ª Secção Fernanda Isabel Pereira (Relatora) Pires da Rosa Maria dos Prazeres Beleza. Grifo nosso.

⁵² NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

Outra não foi a posição do Superior Tribunal de Justiça, quando correlacionou o princípio em análise à boa fé objetiva, como bem se vê do trecho da ementa, oriunda do julgamento do REsp 1306463/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012: “É imperiosa a proteção da *boa-fé objetiva* das partes da relação jurídico-processual, em atenção aos *princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e seus corolários - princípios da confiança e da não surpresa* - valores muito caros ao nosso ordenamento jurídico”.

De mais a mais, há outro artigo que pode consagrar o que parece ser o óbvio ululante, mas que tem grande relevo, porquanto não há fundamentação adequada do ponto de vista constitucional se a sentença “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicitar sua relação com a causa ou questão decidida” (art. 489, § 1º, I, NCPC/15). Muito menos será qualitativamente bem-vinda a decisão que emprega conceitos indeterminados ou cláusulas gerais⁵³ (art. 489, § 1º, II, NCPC/15), sem um enfrentamento específico das particularidades de uma dada situação apresentada.

28

Equivale dizer: a facticidade do caso ganha relevo! A expectativa, então, é o que juiz não se valha da abertura do conceito legal como subterfúgio para apor sua eventual e incondizente prática decisionista, mas sim que ele tenha em mira essa abertura e construa a norma no caso concreto, a partir de todas as suas especificidades.

Reprovável, igualmente, é a adoção de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, III, NCPC/15). Estas são bem comuns, infelizmente. Ora, é curial afirmar que o agente decisor tem que dizer o motivo pelo qual, por exemplo, nega ou concede uma liminar. Mais uma vez a necessidade de enfrentamento da facticidade do caso.

Um dos pontos de grande prestígio a ser destacado no art. 489, § 1º, NCPC/15 é a obrigação de o juiz examinar todos os argumentos deduzidos, o que se encontra no inciso IV do dispositivo, lido sem que olvide do que dispõem os arts. 10 e 926, do

⁵³ Lembrando que nos conceitos jurídicos indeterminados existe indeterminação no conceito vago utilizado pelo legislador, contudo as consequências jurídicas são determinadas desde logo. Por outro lado, nas cláusulas gerais subsiste indeterminação tanto na definição do suporte fático, quanto nas consequências jurídicas. Mas em uma ou outra hipótese não se tem autorização para se usurpar o sistema jurídico vigente, tampouco para fundamentar de modo mais genérico.

mesmo Código. Cai por terra, felizmente, ao menos em teoria, aquela reiterada jurisprudência que afirma que o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que fora apresentada, devendo apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução⁵⁴. Igualmente soterrada, espera-se, a famosa decisão que diz que “não cabe ao tribunal, que não é órgão de consulta, responder a ‘questionários’ postos pela parte sucumbente⁵⁵”.

Infelizmente o Superior Tribunal de Justiça, em decisão bem recente não pensou assim. O dispositivo, todavia, é bastante claro: em hipótese de a decisão não enfrentar os argumentos capazes de infirmar a conclusão do julgador, tem-se decisão nula, atacável por embargos declaratórios dada a ausência de fundamentação da decisão (omissão).

Mas, como dito, o Superior Tribunal de Justiça não compreendeu desse modo, a despeito do advento do CPC/2015, eis que firmou, ao menos no caso em questão, a inteligência no sentido de que não cabem embargos de declaração face à falta de pronunciamento sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada. A questão é: como dizer se esse ou aquele argumento é capaz ou não de infirmar a controvérsia? Um paradoxo, com todo respeito!

Bom, mas o fato é que o Superior Tribunal de Justiça disse que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”. Da ementa do julgado contido no EDcl no MS 21315/DF, S1 - Primeira Seção, Ministra Diva Malerbi, DJe 15/06/2016 se extrai:

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

⁵⁴ Como exemplo disso: STJ: AgRg no AREsp 31.742/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 04.10.2011.

⁵⁵ STJ: EDcl no REsp 730/RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, 4ª T., j. 23.10.1990.

O erro e retrocesso ficam ainda mais dimensionados quando se observa do trecho supra que o próprio STJ obtempera que está a confirmar seu entendimento de anos, qual seja: o de que o julgador precisa enfrentar apenas as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão.

O problema é que a lei mudou, pois, o artigo 489 sob enfoque ganha a expressão “em tese”, de modo que, melhor dizendo, o juiz deve rebater todos os argumentos que possam, em tese, infirmar a decisão. Esse “em tese” quer dizer muito! E a doutrina já se apercebeu disso. Por todos, eis o que diz Daniel Assumpção Neves, quando tratou da mudança paradigmática trazida pelo dispositivo: “fundamentação suficiente” para “fundamentação exauriente⁵⁶”.

Feita essa triste alusão a julgado do STJ, temos que ante a feliz inovação trazida pelo art. 489, § 1º, IV, NCPC/15, vê-se que, com os aportes das críticas feitas que cabe sim ao julgador, ao acolher as razões de uma determinada parte, enfrentar todas as alegações da que fora vencida, até mesmo para que se propicie o prequestionamento de matérias que, ao final, poderão ser objeto de insurgência via recuso especial e/ou extraordinário, mesmo porque, ainda no escopo de investir na qualidade da prestação jurisdicional e de combater decisões genéricas e subjetivismos, o art. 1.022, NCPC/15, possibilita o cabimento de embargos de declaração, por ser omissa, a decisão que incorra em qualquer das condutas do art. 489, § 1º.

30

Felicíssima ainda a redação do art. 1.025, também do NCPC/15, porquanto, se antes uma decisão atacada via embargos de declaração, via de regra não conhecidos, seria ulteriormente impugnada por recurso especial, fundado, não no que diz respeito à questão meritória-recursal de fundo, mas na ofensa ao art. 535 do CPC/73⁵⁷, hoje o quadro se altera. Segundo o art. 1.025, NCPC/15:

⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 810.

⁵⁷ Um, dentre tantos exemplos: “(...) 1. O requisito do prequestionamento exige o debate da questão federal na instância de origem: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo” (Súmula211/STJ). (...) 3. A teor da jurisprudência do STJ, a existência de omissão relevante à solução da controvérsia reclama o retorno dos autos à instância de origem, porque violado o art. 535, II, do CPC. Precedentes: EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.231.689/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28.6.2011, DJe1º.7.2011; REsp 1.238.095/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 7.4.2011, DJe 14.4.2011. Agravo regimental improvido.

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Observe-se que pela redação atual, o tribunal superior, na medida em que o inferior não analisou determinado ponto a despeito da oposição dos aclaratórios, vendo que estes estão presentes no acórdão, avança no julgamento.

Tem-se aqui, importante inovação que contribui para o enfrentamento do mérito do recurso propriamente dito, o que contribui para a qualidade da prestação jurisdicional, em detrimento da jurisprudência de caráter defensivo, a qual, acima de tudo, contraria o livre acesso ao poder judiciário em sentido amplificado (art. 5º, XXXV, CF).

Um prequestionamento que ocorre pela oposição de embargos de declaração, desde que, por óbvio, o Tribunal Superior reconheça a existência do erro material, a omissão, a contradição ou a obscuridade da decisão.

31

É importante reiterar este ponto: pelo CPC/73, a sistemática, como mencionado, era diversa. Ao passo que se fosse afastado de modo errôneo o cabimento dos aclaratórios, a parte deveria se insurgir quanto à negativa de vigência do art. 535. Hoje, vê-se uma alteração substancial, pois na medida em que o Tribunal Superior verifica que o inferior, conquanto opostos os embargos, não analisou o vício apontado inadvertidamente, avança-se em direção ao julgamento.

Superado, pois, o vetusto entendimento consagrado na súmula 211, STJ: “inadmissível recurso quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”, pois, reitera-se, opostos os aclaratórios, considera-se, ainda que de modo ficto, incluída no acórdão embargado a tese jurídica sobre a qual o tribunal não havia se manifestado, tal como o Supremo Tribunal Federal consagrou no entendimento contido na súmula 356. Sobre a temática, colhe-se a manifestação doutrinária, que bem resume este ponto:

(...)generalizou-se na prática a interposição de recurso especial apontando a violação do artigo 535 do CPC de 1973 (artigo 1.022 do CPC atual), a fim de

que o Superior Tribunal de Justiça reconhecesse a omissão do Tribunal anterior em realizar o enfrentamento da questão suscitada e reeditada nos embargos declaratórios.

(...)

Ao propósito, o Código Processo Civil tomou partido na discussão, pelo que dispôs expressamente:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Tem-se aí o prequestionamento virtual, decorrente de uma eficácia integrativa automática predisposta nos embargos declaratórios. Isso porque, nos termos do artigo 1.025, a interposição dos embargos declaratórios, com o fim de prequestionamento, importa na inclusão virtual dos argumentos suscitados pela parte no acórdão recorrido, possibilitando assim a interposição dos recursos de superposição pela presença do prequestionamento (virtual).

Claro, para tanto, o Tribunal Superior necessitará reconhecer previamente a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade do acórdão no enfrentamento da matéria apresentada. Tal necessidade visa afastar a tentativa do prequestionamento tardio, em que a parte apresenta embargos declaratórios com matéria até então estranha aos autos e que poderia ter sido previamente enfrentada, mas sobre a qual não se dedicou.

32

Agora, nas situações em que a parte trabalhe com a questão (infra)constitucional previamente, a apresentação dos embargos declaratórios contra o acórdão recorrido integrará o mesmo, prequestionando virtualmente aquela. Prestigia-se igualmente a celeridade e a economia processual, na medida em que não se faz necessário reenviar ao Tribunal de Origem o processo para reapreciação quando o Tribunal Superior reconhecer o erro, a omissão, a contradição ou a obscuridade no acórdão recorrido.

Das duas, uma: ou o Tribunal Superior entende que o acórdão já analisou a matéria excogitada nos declaratórios, pelo que ausentes tais vícios, e o prequestionamento estará presente e não mais virtualizado; ou reconhece o vício e tem a matéria prequestionada virtualmente⁵⁸.

Acresça-se a tudo, em verdadeiro tom de encerramento, o já mencionado artigo 926⁵⁹, CPC, que é aquele cujo objetivo é fornecer uma criteriologia ao ato de decidir, na

⁵⁸ DUARTE, Zulmar. **Pquestionamento virtual no novo CPC**, 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/prequestionamento-virtual-no-novo-cpc-quem-o-que-onde-como-quando-e-por-que-17102016> />. Acesso em: 04 de abril de 2017.

⁵⁹ O artigo em questão, é bom que se diga, é fruto de sugestão de Lenio Streck à Relatoria do Projeto na Câmara dos Deputados. (Cf: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 08/06/2016). Para ilustrar, eis um pequeno trecho do parecer enviado por Streck ao Relator do então Projeto na Câmara dos Deputados:

Dizia eu, de forma contundente, que a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a “estabilidade” é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso. Pois muito bem. A inteligência do

medida em que busca promover a obediência a cinco requisitos básicos, elencados por Lenio Streck: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer 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 adequada⁶⁰.

Com efeito, o artigo 926, NCPC/15, agasalha a tese de Ronald Dworkin, que, aliás, influencia diretamente boa parte do que se destacou até aqui, mormente no que diz respeito à forma como são obtidas respostas constitucionalmente adequadas. O autor propõe, em sentido metafórico, a conhecida “tese das respostas corretas”, algo que dá ensejo a críticas, porque se crê na correção em um sentido metafísico, o que nem de longe constitui a proposta do autor.

O que, em apertadíssimo resumo, Dworkin afirma, é que a decisão judicial tem que se pautar por argumentos de princípio e não argumentos de política, com vistas a eliminar a discricionariedade/subjetivismo do julgador. Mas é importante que fique claro: a teoria de Dworkin, ao falar em resposta correta, não quer tratar de uma resposta única, metafisicamente falando. Ou seja, a decisão a ser obtida no caso se impõe construtivamente, quando o juiz observa que as razões pelas quais ela pode ser alcançada são melhores que outras vislumbráveis, porque, na letra de Dworkin: “uma

33

relator e de Fredie Didier foram cruciais para o acatamento dessa minha sugestão de caráter dworkiniano, simples, mas que poderá mudar a história da aplicação do direito de *terrae brasilis*: trata-se da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade. Explico: significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já 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. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da discricionariedade. (STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015)

⁶⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96-97.

proposição interpretativa é verdadeira porque as razões de sua admissão são melhores do que as razões de admissão de qualquer outra proposição interpretativa rival⁶¹.”

Logo, agora com apoio na doutrina de Georges Abboud, o autor norte-americano não pretende fornecer uma forma de se chegar, uniformemente, a uma específica resposta. Do mesmo modo que, todos os dispositivos do Novo Código de Processo tidos como relevantes e exemplificativamente apontados nesse breve estudo, se seguidos a contento, não propiciam um “caminho mágico” que guiará o juiz à obtenção da resposta constitucionalmente adequada. Eis suas elucidativas palavras:

Portanto, quando impomos a obrigatoriedade de haver uma resposta correta, não estamos exigindo do julgador que ele forneça uma decisão que contenha uma verdade anistórica e imutável que deverá ser aceita por todos os participantes do processo interpretativo, a resposta correta é, antes de tudo, uma veemente negação do relativismo, mais precisamente da utilização da discricionariedade para solução das questões jurídicas. Quando colocamos para o julgador a necessidade de alcançar a resposta correta, em verdade, impomos a ele a obrigação de evidenciar porque a solução alcançada por ele é a que melhor se adéqua ao direito, mais precisamente, é aquela que está em consonância com a Constituição, com as leis, com os precedentes e, enfim, com a doutrina. Ou seja, porque essa solução alcançada é a que respeita a coerência e a integridade do direito. Ato contínuo, a resposta correta exige do julgador a demonstração, mediante fundamentação da sentença, de porque aquela decisão é a melhor em relação às outras soluções trazidas pelas partes no caso concreto e outras que por ventura existam em outros tribunais ou tão somente em sede teórico-doutrinária⁶².

34

Do que se expôs, dos dispositivos citados do NCPC/15, dentre tantos outros que poderiam o ser em um estudo de maior fôlego, e, acima de tudo, da organicidade do Código, espera-se poder ter sistematizado o que ele tem de melhor no tocante ao tema proposto: o combate à standardização decisória, ao subjetivismo no ato de julgar, bem como e principalmente, a preocupação com qualidade da prestação jurisdicional!

6. CONCLUSÃO.

Portanto, a tão difundida loteria jurisprudencial, que fora inclusive objeto de pesquisas sérias⁶³, de uma forma ou de outra, gostemos ou não, é combatida pela nova legislação

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 161.

⁶² ABOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial** – O ato administrativo e a decisão judicial. RT: São Paulo, 2014, p. 469.

⁶³ A esse respeito, conferir a pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, a pedido da revista Valor Econômico. MAGRO, Máira. Decisões por consenso são cada vez mais difíceis no STF. In: **Valor**

processual. Longe de ser a panaceia para todos os males, algumas das disposições legais contidas no Novo Código, se bem utilizadas podem sim contribuir para a produção de respostas na prática judiciária brasileira. Cremos, portanto, que a novel legislação, fruto de intenso debate democrático, afigura-se como avanço significativo em relação ao revogado Código de 1973.

Há, como visto ao longo do texto, um intenso combate à estandardização decisória, garantindo-se o devido respeito ao caso concreto, à argumentação das partes, a um contraditório efetivo e participado, tudo com vistas à obtenção de decisões dotadas de fundamentação constitucionalmente adequadas. Além de uma efetiva repulsa à jurisprudência defensiva, a partir de tantos e tantos dispositivos, firmando o direito à primazia do julgamento de mérito, mediante correções de erros formais que em nada ou muito pouco interessam a Cortes de Justiça comprometidas com a qualidade da prestação jurisdicional e não com o quantitativo, puro e simples, de processos existentes.

35

Fica claro, portanto, que o Novo Código fornece algum contributo legislativo que nos “guie” para fins de racionalizar a construção de melhores decisões judiciais, de forma que se pode, sim, concluir que o novo diploma constitui uma conquista para que o intérprete trilhe caminho seguro entre aquilo que se apresentou como postura minimalista e maximalista. Logo, se, como dito, não há como previamente dizer que um caminho é melhor que outro, porquanto se trata acima de tudo, da adoção de uma maneira pela qual se visualiza o papel das instituições, o novo Código fornece um caminho apropriado do ponto de vista legislativo, com vistas à construção de respostas constitucionalmente adequadas e à prolação de melhores decisões. Uma evolução, acima de tudo, qualitativa e quantitativa!

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validad del derecho.** Barcelona: Gedisa, 1997.

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por nós um advogado.** São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado.** São Paulo: Almedina, 2016.

DUARTE, Zulmar. **Prequestionamento virtual no novo CPC,** 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/prequestionamento-virtual-no-novo-cpc-quem-o-que-onde-como-quando-e-por-que-17102016> />. Acesso em: 04 de abril de 2017.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços.** Coimbra: Almedina, 2011.

DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. **The New York Review of Books,** April 30, 2009. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/looking-for-cass-sunstein/>> . Acesso em: 27/10/2016.

FERRAND, Frédérique. **Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and Civil Procedure**. Seul: IAPL, 2014.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

KANTOROWICZ, Ernest H. **The king's two bodies**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRINGS, Hermann, BAUNGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph (orgs.). **Conceptos fundamentales de filosofia**. Barcelona: Editorial Herder, 1977, v. I, p. 476-490).

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015.

MAGRO, Máira. Decisões por consenso são cada vez mais difíceis no STF. In: **Valor Econômico**, 27/08/2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3669180/deciso-es-por-consenso-sao-cada-vez-mais-dificeis-no-stf?utm_source=newsletter_manha&utm_medium=27082014&utm_term=deciso-es+por+co nsenso+sao+cada+vez+mais+dificeis+no+stf&utm_campaign=informativo&key=epa&NewsNid=3668790>. Acesso em: 08/06/2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de direito processual**, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Ativismo judicial e resposta correta: análise crítica de fundamentos consequencialistas em Direito Tributário. **Derecho y Cambio Social**, v. 41, p. 1-16, 2015.

MOREIRA, Nelson Camatta; SOARES, Paulo Vitor Lopes Saiter. Um breve ensaio sobre a relação entre direito e moral na jurisdição constitucional brasileira à luz da obra medida por medida, de William Shakespeare. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, v. 15, p. 65-100, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. São Paulo: RT, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, **Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil**. v. 5. n. 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004.

NUNES, Dierle. **O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa**. Puc-Minas, 2003.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo – Horizontes para a democratização processual civil**. Belo Horizonte: tese, 2008.

NUNES, Dierle, THEODORO JR, Humberto. Princípio do contraditório. **RePro** 168.

NUNES, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “**acesso à Justiça**” qualitativo no **Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23802/reflexoes-sobre-o-acesso-a-justica-qualitativo-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 25/05/2016.

39

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** São Paulo: FGV, 2013.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. In: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

SILVA, Jeanne. **Sob o jugo/jogo da lei**. Uberlândia: Edefu, 2006.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar A “Letra da Lei” É uma Atitude positivista. **Revista NEJ –Eletrônica**, Vol. 15 – n. 1 –p. 158-173 / jan-abr 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! In: **Consultor Jurídico**, São Paulo/SP, p. 1 - 1, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 08/06/2016.

STRECK, Lenio Luiz. Criteriologia decisória no NCPC: com a fundamentação adequada contra a ponderação. **Revista Forense**, v. 421, p. 1-369, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, Saraiva: 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 08/06/2016.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America**. [s. l.] Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da faculdade de direito do sul de minas**. Pouso Alegre. ano XXV. n. 28. Jan/Jun. 2009.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri; MOREIRA, Nelson Camatta. O TEXTO SÓ GANHA VIDA NA SUA NORMA: por um resgate hermenêutico da compreensão ou porque não há como dar respostas antes das perguntas! **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 19, p. 65-86, 2016.

41

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Promessas da modernidade e ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Editora Síntese.

Recebido em: 25/01/2017

Aprovado em:

170112ES