

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

EDUARDO KUCKER ZAFFARI

**O ENFRENTAMENTO NA SENTENÇA DOS ARGUMENTOS
DEDUZIDOS PELAS PARTES COMO
CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

São Leopoldo

2018

Eduardo Kucker Zaffari

O Enfrentamento na Sentença dos Argumentos
Deduzidos pelas Partes como
Concretização do Princípio do Contraditório

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Ph. D. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2018

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "O ENFRENTAMENTO NA SENTENÇA DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS PELAS PARTES COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO " elaborada pelo mestrando **Eduardo Kucker Zaffari**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 04 de abril de 2018.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

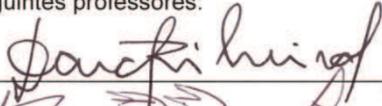
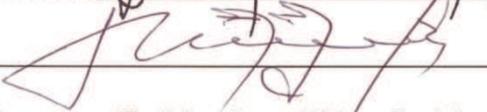
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Jeferson Dytz Marin



(Participação por Webconfência)

Para Carmela e Mariana,
Razões do meu esforço.

AGRADECIMENTOS

O *Tratado de Gratidão*, de Tomás de Aquino, ensina que a gratidão consiste em três níveis. O primeiro é o reconhecimento daquilo que recebemos. O segundo é a possibilidade de dar graças àquele que fez algo por nós. O terceiro nível, mais profundo e que envolve a alma de quem agradece, é sentir-se vinculado ao outro com um eterno dever de retribuir.

Eu deveria agradecer para muitos, mas agradecerei para apenas três pessoas como forma de tornar essa referência ainda mais especial. Todos os quais eu não cito agora, e que participaram na construção de quem sou, carrego igual em meu coração. Sabem disso.

Primeiramente agradeço ao Professor Doutor Darci Guimarães Ribeiro. Agradeço por teres aberto as portas da academia para mim e por aceitar ser meu orientador. Serei eternamente grato por despertares em mim o *amor pela sabedoria* e espero, um dia, que tenhas orgulho pelas minhas futuras contribuições à ciência, como hoje tenho pela tua amizade e orientação.

Agradeço para Mariana Conte Moojen, minha amada esposa, pelo carinho e compreensão neste caminhar. O teu apoio me deu forças para continuar e as dificuldades que enfrentamos neste período, são agora recompensadas. Velejadores sabem que o caminho é mais importante que propriamente o destino.

A terceira pessoa a quem agradeço, compreenderá o significado de minhas palavras apenas daqui alguns anos. Prometo para minha amada filha, Carmela Moojen Zaffari, que jamais abandonarei os livros e te agradeço, eternamente, por teres escolhido fazer parte de nossa família e teres apoiado o papai neste desafio. Lembre-se que foste, ainda na barriga da mamãe, na prova de admissão do Mestrado da Unisinos.

Dedico este trabalho e o meu estudo ao longo deste período para vocês, os quais terão minha eterna gratidão, na acepção de Tomás de Aquino. Sinto-me obrigado a retribuir, com carinho, afeto e amizade.

“Todos os homens, por natureza, desejam o saber.”¹

¹ ARISTÓTELES. **Metafísica**: texto grego com tradução ao lado de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2015. p. 3.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 prescreveu dentre suas normas fundamentais a obrigatoriedade de observância dos valores e princípios constantes na Constituição Federal Brasileira de 1988, dentre os quais o Princípio do Contraditório e o Dever de Fundamentar a decisão judicial. Em um Estado Democrático de Direito, cujo *plus* normativo consiste na realização dos direitos fundamentais, o processo se torna o mais sofisticado meio para a concretização dos compromissos incumpridos pela modernidade. Nesse sentido, o Código de Processo introduz expressamente no ordenamento brasileiro a obrigatoriedade de enfrentamento na sentença de todos os argumentos deduzidos pelas partes que seriam suficientes para infirmar a decisão. As associações de classe da magistratura nacional têm se insurgido em razão desta obrigatoriedade e parte dos juízes consideram que a inovação, como elemento estruturante da sentença, apenas contribuirá para um Poder Judiciário mais ineficiente. Esta pesquisa investiga as consequências do descumprimento deste dever, iniciando pelo seu aspecto histórico, estado da arte na distinção entre motivação e fundamentação, e o seu adequado enquadramento como direito fundamental e forma de concretização do Princípio do Contraditório para a concretização de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Fundamentação. Sentença. Contraditório. Estado Democrático de Direito. Art. 489 CPC.

ABSTRACT

The Code of Civil Procedure of 2015 prescribes among its fundamental norms the obligation to observe the values and principles contained in the Brazilian Federal Constitution of 1988, among which the Principle of Contradictory and the Duty to Ground the judicial decision. In a Democratic State of Law, whose normative more consists in the realization of fundamental rights, the process becomes the most sophisticated means for the fulfillment of the compromises imperfed by modernity. In this sense, the Code of Procedure expressly introduces in the Brazilian legal system the obligation to confront in the sentence of all the arguments deduced by the parties that would be enough to invalidate the decision. Class Associations in the national judiciary have been upset because of this obligation and part of the judges consider that innovation, as a structuring element of the sentence, will only contribute to a more inefficient judiciary. This dissertation investigates the consequences of noncompliance with this duty, beginning with its historical aspect, state of the art in the distinction between motivation and judicial reasoning, and its adequate framing as a fundamental right and form of concretization of the Contradictory Principle for the concretization of a Democratic State of Right.

Key-words: Judicial reasoning. Verdict. Contradictory. Democratic State. Art. 489 CPC.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA.....	15
2.1 A Evolução Histórica da Fundamentação da Sentença no Direito de Tradição Romana	15
2.2 A Diferença entre os Motivos da Sentença e a Fundamentação como Direito Fundamental no Estado Democrático de Direito.....	38
2.3 Efeitos Internos e Externos do Dever de Fundamentar o Ato Decisório.....	57
3 ELEMENTOS INTRÍNSECOS, E INSEPARÁVEIS, DO ATO DE JULGAR	70
3.1 Arbitrariedade, Discricionariedade e a Armadilha do Senso Comum Teórico ...	70
3.2 Poder, Ideologia e seus Reflexos no Pensamento Político	89
4 ENFRENTAMENTO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS PELAS PARTES NO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL	99
4.1 Os Reflexos do Estado Democrático de Direito no Campo do Direito Processual e o Princípio do Contraditório em sua Matiz Constitucional.....	99
4.2 O Enfrentamento dos Argumentos Deduzidos pelas Partes e as Consequências de sua Inobservância	116
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIAS.....	149

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Escolheu-se como Orientador, o Prof. Ph. D. Darci Guimarães Ribeiro que aceitou orientar o pesquisador.

O tema escolhido no presente trabalho, *O enfrentamento na sentença dos argumentos deduzidos pelas partes como concretização do princípio do contraditório*, nasce do desafio de abordar recente introdução legislativa que, embora a doutrina pátria seja praticamente unânime em saudá-la, encontra resistência em parte da magistratura nacional, externada através de suas associações de classe e pela constante não observância nas decisões judiciais da prescrição legal.

Cientes da impossibilidade da cisão entre fato e direito, visto que a interpretação não se dá por partes (em que primeiro se compreenderia, depois se interpretaria para, apenas então, aplicar-se a *norma extraída do texto*), e que intérprete não *retira do texto a norma*, como se o texto tivesse um *sentido-em-si-mesmo*, adota-se uma postura fenomenológico-hermenêutica, em que o acontecer da interpretação decorrerá de uma fusão de horizontes, com a produção de sentido pela aproximação de sujeito e objeto². Vale dizer, o “[...] método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto.”³

Neste sentido, explica Streck sobre o método fenomenológico, que repercutirá, mesmo que indiretamente, no objeto desta pesquisa⁴:

É uma ilusão pensar que primeiro se tem a solução para depois buscar a fundamentação para isso. Isso é transformar a interpretação em um ato de vontade. Com isso, o direito vira apenas um ‘cosmético’, um adereço que só serve para ‘maquiar’ decisões produto da vontade do intérprete. Ora, o fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Embora, a partir da hermenêutica, sempre haja um sentido antecipado, isso não significa ‘tomada de uma decisão antecipada sobre algo.’ Isso porque a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento.

² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 216-217.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 217.

Segundo expressa disposição legal, será considerada não fundamentada, portando nula, a decisão judicial que não observar o caráter dialético do processo, deixando de analisar os argumentos capazes de infirmar a conclusão judicial⁵. E um dos objetivos deste trabalho é a verificação deste elemento estruturante da sentença como condição de possibilidade para a concretização do Princípio do Contraditório, sendo este um dos fundamentos norteadores da Constituição Federal (CF) de 1988 e pressuposto para a efetiva realização de justiça num Estado Democrático de Direito.

Dividido em três partes, o trabalho inicia pela pesquisa da evolução histórica da fundamentação da sentença nos países de tradição romana (*Civil Law*), desde o direito da Roma antiga⁶ até o advento do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC). Optou-se por retroceder até aquele momento histórico em razão da compreensão da influência e legado romano nos países ocidentais, especialmente no direito pátrio. Não se ignora a existência da possibilidade de fundamentação da decisão judicial nos países de tradição da *Common Law*⁷, mas a sua desobrigatoriedade torna desnecessário o seu aprofundamento neste trabalho.

Importante advertir que, ao se adotar a palavra *sentença*, quer-se englobar toda e qualquer decisão judicial, as quais guardarão as suas respectivas peculiaridades, quando for o caso, e cujas particularidades serão ressaltadas. A escolha pelo signo decorre, não em razão de precisão técnica do termo, o que determinaria, assim, a limitação do objeto deste trabalho, mas sim face da escolha pelo legislador ao abarcar todas as espécies de decisão num único capítulo do Código de Processo Civil sob o *gênero Sentença*. Para os fins desta pesquisa, e sem desconhecer as nuances específicas de cada espécie de decisão, usa-se a palavra sentença para tratar indistintamente o ato de julgar.

Adotando-se o método cronológico de investigação, parte-se do período régio romano até a instauração do império por Augusto, posteriormente dividido entre

⁵ Art. 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC).

⁶ Quanto a importância do direito romano, já advertira Rudolph von Ihering, ao tratar sobre o espírito deste direito “lá importância del Derecho romano para el mundo actual reside en haber sido fuente y origen del derecho, sino en la transformción que imprimió a nuestro pensamiento y haberse convertido, como el cristianismo, en elemento de la civilización moderna”. IHERING, Rudolph Von. **Abreviatura de el espíritu del derecho romano**. Por Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947. p. 14.

⁷ Neste sentido, Darci Guimarães Ribeiro recorda que, nos países de tradição da *Common Law*, a consagração do Princípio da Supremacia Parlamentar, ao contrário de criar uma falsa percepção que o juiz não criaria o Direito, acabou por reforçar a necessidade de uma substancial igualdade entre as partes, reforçado pelos precedentes judiciais. SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v: 1: arts. 1º a 317, p. 117.

ocidente e oriente. Durante a evolução do direito romano, o poder exercido pelo julgador alternou entre a arbitrariedade e a discricionariedade.

As invasões bárbaras que abalaram os alicerces do decadente império permitiram que os institutos romanos fossem absorvidos pelos povos germânicos, os quais, mais tarde, legaram frutos para o desenvolvimento do *Corpus Juris Civilis*. O estudo deste legado, estudado pelos glosadores e sua influência no direito da península ibérica não foi suficiente para impedir que os colonizadores do Brasil desenvolvessem sua própria concepção sobre o dever de fundamentar a decisão judicial. Desde Portugal, passando pelo Brasil colônia até a introdução na Constituição Federal de 1988, a fundamentação da decisão judicial não chega ao presente sem a resistência daqueles que acreditam que a força da decisão decorre do argumento de autoridade.

Em sequência, busca-se a distinção entre motivação e fundamentação da decisão judicial, examinando-se o estado da arte atual e o emprego dos termos em suas devidas significações. E é na obra do teólogo canadense Bernard Lonergan em que se busca, com o auxílio de seu comentador⁸, a condição de possibilidade para explicar a diferença entre os termos e a compreensão do processo de descoberta para a tomada de decisão. A partir deste ponto de partida é que possível se pretender, mais adiante, encontrar-se o *locus* em que o efetivo contraditório se realiza.

O estudo histórico sobre a evolução do dever de fundamentar demonstra que este está ligado, inexoravelmente, à forma de exercício de poder pelo Estado implicando na aferição se este dever consiste em um direito fundamental e qual a sua extensão. Constata-se que, além de fundamental, é pressuposto para a condição de um Estado legitimamente Democrático de Direito.

A fundamentação da decisão judicial não importa apenas às partes envolvidas na relação processual, mais especificamente para a sua função endoprocessual, como se demonstra no segundo capítulo deste trabalho. A repercussão dos efeitos extraprocessuais da decisão é fundamental para o controle democrático dos valores sociais vigentes. Michele Taruffo afirma que, a depender do ordenamento jurídico e sua perspectiva, as funções endoprocessuais e extraprocessuais serão valorizadas uma em detrimento de outra.

O que esta parte da pesquisa pretende é trazer à luz que a fundamentação da decisão judicial tem reflexos muito além da mera satisfação de conhecimento pelas

⁸ Desde já se adverte que, a abordagem adotada por Luiz Fernando Castilhos Silveira, comentador da obra de Lonergan, é diferente desta pesquisa, a qual busca outros fins.

partes em relação aos fundamentos da decisão. A fundamentação repercutirá diretamente na construção do pensamento jurídico vigente, razão pela qual, refere Taruffo que “[...] esto implica que los destinatarios de la motivación no son solamente las partes, sus abogados y el juez de la impugnación, sino también la opinión pública entendida en su conjunto, en tanto opinión de *quisque de populo*.”⁹ Outro professor italiano, Mauro Cappelletti, ao introduzir as modalidades de responsabilização do juiz, ressalta a importância do conhecimento público da *ratio* da decisão judicial.

Em continuidade, buscam-se os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade no direito administrativo e na filosofia, com o objetivo de precisão da linguagem e correta definição dos limites de atuação do julgador quando profere a decisão judicial. Usualmente confundidos, percebe-se que não se pode afirmar a inexistência completa de poder discricionário pelo julgador, o que o tornaria simples agente mecânico do poder legislativo.

Por outro lado, o exercício do poder constitucionalmente outorgado de jurisdição além dos limites legais, foge da *moldura*¹⁰ em que o julgador poderia, para aqueles que assim entendem, movimentar-se. E nesse contexto, ganha relevo se perquirir sobre o senso comum teórico dos juristas que acaba, em vez de libertar pela construção democrática de uma decisão judicial, por *coisificar* o mundo reassegurando ideologias imperceptíveis, num processo de modelamento e centralização da produção de sentido. Para a construção de um Estado Social num país de modernidade tardia, teorias são importadas sem a devida compreensão e adaptação para a realidade brasileira.

Mas se há certa discricionariedade pelo julgador quando da tomada de decisão, é possível que estas sofram, independentemente da objetividade desejada para o julgamento, de fatores ideológicos daquele que tem a responsabilidade de julgar?

Rui Portanova entende que sim, afirmando que a motivação judicial dependerá da “[...] classe, a formação, a idade e a ideologia do juiz.”¹¹ o que alerta e determina o estudo sobre as formas de exercício de poder político e como estes irão influenciar, mais tarde, na condição de possibilidade de participação das partes na construção da decisão.

⁹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 355.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Tradução Joao Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

¹¹ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 73.

Deste ponto, parte-se para o estudo do que realmente significa o Estado Democrático de Direito e como este influenciará no campo do direito processual, especialmente considerando o Princípio do Contraditório em sua feição constitucional. Iniciando-se pela pesquisa da evolução do Estado, chega-se ao Estado Democrático envolto em crises decorrentes de sua incapacidade deste em atender às promessas modernas constantes nas cartas políticas constitucionais.

Descobre-se, neste iter, que a democracia representativa sofre séria crise de legitimidade, necessitando-se buscar alternativas que permitam a participação do povo na tomada de decisão. Conforme Bolzan de Moraes, referindo-se ao que chama de *encruzilhada* da democracia atual, há a necessidade de criação de um consenso democrático, que não deve ser ilusório, mas real¹².

E o Princípio do Contraditório surge como condição de possibilidade de participação na construção da decisão através do “[...] mais afinado instrumento democrático: o processo.”, conforme Darci Guimarães Ribeiro¹³.

Na última parte desta pesquisa, antes das considerações finais, debruça-se sobre a inovação introduzida pelo art. 489, §1º, IV, do CPC, consistente na necessidade de enfrentamento na fundamentação da decisão judicial, pelo juiz, de todos os argumentos deduzidos pelas partes capazes de infirmar sua conclusão.

Inobstante as duras críticas e resistência por parte da magistratura nacional, a análise da prescrição legal permite, *a priori*, constatar que os tribunais têm se valido de equivocadas compreensões, travestidas de jargões jurídicos, para admitir a possibilidade da decisão judicial não ser fundamentada em sua plenitude.

Esquadrinhar os argumentos que deverão, ou não, ser enfrentados na construção da fundamentação da decisão permite rebater a desnecessidade do correto enfrentamento dos argumentos constantes no objeto do debate. É analisada a possibilidade de que nem todos os argumentos suscitados pelas partes sejam enfrentados na decisão, sem que este procedimento constitua qualquer ilegalidade.

Outro aspecto enfrentado é que, em determinados casos expressamente previstos em lei, ou pela qualidade da parte como na hipótese do amigo da Corte, as

¹² MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”! In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição**: os Direitos Humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 81.

¹³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 106.

decisões devam obrigatoriamente enfrentar todos os argumentos suscitados no processo, sob pena de nulidade. E esse enfrentamento não poderá ser deficiente, superficial, devendo ser aprofundado e demonstrar que o julgador se deixou influenciar pelos dados e concatenações demonstradas pelas partes.

Em continuidade, examina-se o espaço em que o Princípio do Contraditório se torna efetivo, observando-se que apenas a sua plena observância e zelo pelo julgador atenderão as dimensões da decisão judicial, consistindo em condição de possibilidade para um Estado de Direito que pretende se adjetivar como Democrático.

Termina-se o trabalho pela constatação que os argumentos contrários à plena realização do preceito legal introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015 se fundamentam em considerações metajurídicas, que não correspondem com a realidade e não atendem à realização dos fins de um Estado Democrático de Direito.

2 A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

A compreensão da fundamentação da sentença passa, necessariamente, pela busca de sua origem como dever e a aferição de seu lócus em um Estado Democrático de Direito. Uma sociedade democrática e participativa deverá ter um Judiciário que presta contas à sociedade.

2.1 A Evolução Histórica da Fundamentação da Sentença no Direito de Tradição Romana

O estudo do Direito Romano pode ser realizado, basicamente, sob dois enfoques¹⁴: o primeiro é o *sistemático* (igualmente didático ou cronológico); e o segundo é denominado *histórico* (ou sincrônico)¹⁵. Enquanto aquele estuda minuciosamente cada uma das fontes de Direito, padecendo da crítica de desconsiderar o conjunto das causas simultâneas na sucessão de fatos, o segundo enfoque é criticado pela fragmentação arbitrária das fontes de Direito em períodos de história¹⁶.

Considerando que se busca demonstrar a evolução da fundamentação da sentença ao longo da história, adota-se a divisão cronológica (ou sistemática) proposta por Ortolan¹⁷ para o estudo do Direito Romano: *períodos real, republicano e o imperial*¹⁸.

¹⁴ Há quem o estude empregando, ainda, o *método exegético*, em que se explica e comenta o direito como fizeram os glosadores ao comentar o *Corpus Juris Civilis*, ou *método dogmático*, em que o direito romano é considerado *verdadeira razão*, usando-o diretamente para a solução de casos concretos. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 13.

¹⁵ Há, ainda, a possibilidade de estudo do direito romano através da chamada *história externa*, que abrange as instituições políticas romanas e fontes de cognição do direito, ou através da denominada *história interna*, que é o estudo das instituições. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 01. Como se adota nessa pesquisa o estudo das instituições que, de certa forma, estão ligadas ao exercício do poder político, opta-se por outro método de pesquisa.

¹⁶ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 68-69.

¹⁷ "En suivant ce système pour le droit romain, nous arons à la considerer dans se résumé sous trois époques: sous le rois, sous la republique, sous les empereurs." ORTOLAN, Par M. **Histoire de la législation romaine**. Paris: Joubert, 1842. p. 24.

¹⁸ Outras divisões são possíveis, como leciona Eugene Petit em quatro fases (da fundação de Roma até a Lei das XII tábuas; da Lei das XII tábuas até o fim da República; do advento do Império até a morte de Alexandre Severo; e da morte de Alexandre Severo até a morte de Justiniano). PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 695. Abelardo da Cunha Lobo refere a divisão feita por Edward Gibbon em *infância*, que abarca desde a fundação de Roma até a Lei das XII tábuas; o *Desenvolvimento*, entre esta e Cícero; a *Perfeição*, entre Cícero e Alexandre Severo; e *Decadência*, entre este e Justiniano. LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 71.

Mesmo que as mutações políticas possam ter influenciado na formação do Direito de Roma¹⁹, estes períodos de tempo são de fácil apreensão para a contextualização.

Sob a perspectiva do direito adjetivo, posto que este surgiu antes do direito substantivo²⁰, o sistema processual arcaico romano que vigorou nos seis primeiros séculos desde a fundação de Roma²¹ caracterizava-se pelo acentuado formalismo²². Eugene Petit²³ afirma que:

Los ritos de cada acción se realizaban in jure delante del magistrado. Las partes cuya presencia era necesaria (Gayo, IV, 29) procedían a sus riesgos y peligros. De manera que las palabras que pronunciaban las determinaban con gran precisión y según los términos de la ley; y el error mas pequeno traía consigo la perdida del proceso.

Nas Institutas de Gaio (IV, 11), conforme José Carlos Moreira Alves, constava exemplo do formalismo em que “[...] se alguém, ao intentar ação de perdas e danos contra outrem que lhe cortara videiras do terreno, usasse o termo *uites* (videiras), em vez de *arbores* (árvores), [...]” perderia o processo pelo uso da palavra errada²⁴. Para Abelardo Saraiva da Cunha Lobo²⁵:

[...] o formalismo sacramental imperava na discussão e julgamento das questões jurídicas: os deuses eram chamados para inspirar as decisões e como o princípio do que hoje chamamos de *direito substantivo* nascia do *processo*, qualquer modificação do ritual consagrado para a luta judiciária importava não só a perda da ação, como também na perda da oportunidade de fixar aquele princípio para resolver casos de igual conteúdo jurídico. (grifo do autor)

¹⁹ Afirmando que as mutações políticas não influenciaram na formação do Direito. LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 73. Demonstrando que a formação do Direito sofreu mudanças, afirmou Eugene Petiti “En cuanto al derecho escrito, el cambio en la forma de gobierno trae consigo modificaciones en el ejercicio del Poder legislativo.” PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 48. E no mesmo sentido, “Then the political development is discussed. Nearly all these factors influence the way in which law is formed.” TELLEGEN-COUPERUS. Olga. **A short history of roman law**. New York: Taylor & Francis, 2003. p.12.

²⁰ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 73.

²¹ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 617.

²² Esse formalismo possivelmente decorria da necessidade de igualar a aplicação da lei, pois a peble assim o almejava e “Gracias a sus esfuerzos obtiene pronto una nueva concessión: la de una ley fija, conocida de todos y aplicable a todos, que no la dejase por más tiempo expuesta a los rigores arbitrarios de los magistrados patricios. Ésta fué la ley de las XII tablas.” PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 35.

²³ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 617.

²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 72.

²⁵ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 262.

Não por menos, os pontífices e magistrados patrícios mantiveram, por muito tempo, meticulosamente guardados os segredos ritualísticos e dias em que se era possível a realização dos ritos frente aos magistrados²⁶. A aplicação das regras obedecia “[...] a um ritual *sui generis*, a uma ciência oculta, impenetrável aos olhos profanos.²⁷” (grifo do autor)

Apenas há de se considerar, como afirmava Rudolph von Ihering, que o formalismo à época “[...] se les imponía como una creación natural, de explicación perfecta.” que trazia vantagens em igual forma às desvantagens (segurança nos negócios jurídicos como no testamento, exemplifica), e que²⁸:

El formalismo es una fase necesaria en la historia del espíritu. Aprisionado éste en los lazos del pensamiento adquirido por los sentidos, el alma para manifestarse acude a expresiones sensibles, imágenes del lenguaje, personificaciones, símbolos de sus ideas y emplea el acto para hacer sensible plásticamente sus sentimientos, mandatos, aspiraciones.

Os magistrados, funcionários públicos com as mais variadas funções, exerciam suas atividades de forma temporal, gratuita, colegiada e sem sofrer qualquer responsabilização. Reuniam em si, não apenas o poder de *potestas* (poder de expressar a vontade própria e a do Estado), como o poder de *imperium*, que representava a personificação da supremacia do Estado na pessoa do magistrado²⁹.

José Cretella Júnior divide os poderes do magistrado em apenas dois, o *imperium* e o *jurisdictio*, consistindo o segundo na efetiva atividade jurisdicional como hoje a conhecemos³⁰.

²⁶ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 43.

²⁷ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 27.

²⁸ IHERING, Rudolph Von. **Abreviatura de el espíritu del derecho romano**. Por Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947. p. 289.

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17-18.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 360.

De sua fundação até o início da República, o direito que se formara pela junção dos costumes (*mores maiorum*)³¹, resultando no *Jus Civiles Papirianum*³², numa verdadeira mixagem entre o *Jus* (*leges regio* e *lex humana*) e *Fas* (*lex divina*)³³ e realizada por Tarquínio (o Soberbo), era distribuído através do Colégio Sacerdotal³⁴ e pelo *Rex*, num solene ritual necessário para a validade e eficácia dos atos. O processo dividia-se num sistema profano, cujas ações eram a *vindicatio* e a *manus injectio*, e num sistema religioso, que se dava pela *legis actio sacramento*³⁵.

Inicialmente o procedimento se dava frente ao sacerdote que decidia se as partes poderiam dar seguimento à ação e de que maneira. Após, o procedimento se desenrolava perante o *iudex*, com a fase decisória e o veredicto³⁶, em que o texto dos motivos era escondido das partes³⁷. Revelava-se um único dispositivo e com a menor publicidade possível³⁸. Por essa razão Eugéne Petit afirmara que era exatamente a falta de precisão das regras que favorecia o arbítrio dos magistrados patrícios³⁹. Mesmo com o advento da Lei das XII Tábuas após a revolução plebeia, no ano 304 da fundação de Roma⁴⁰ (450 a.C.), não se alterou a forma de revelação da decisão, pois apenas se consolidou por escrito o direito que vinha sendo praticado⁴¹.

³¹ “In primitive Rome social life was regulated by a series of norms, the *mores maiorum*, which the Romans had inherited from their ancestors. Some of these norms were regarded as being of human origin, some as of divine origin, but there had never been any clear distinction between the two categories.” (grifo do original) TELLEGEN-COUPERUS. Olga. **A short history of roman law**. New York: Taylor & Francis. 2003. p. 17. Igualmente PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 36. LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 137.

³² LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 136. PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 36.

³³ Relacionando *Ius* e *Fas*, José Carlos Moreira Alves refere que a corrente que explicaria a ligação entre ambas seria que *nefas* seria o que a religião não permite, por conseguinte, o *fas* seria o permitido pela religião. Sendo o *fas* a manifestação da vontade humana (consoante o permitido pela religião, surgirá o *Ius*, conduta permitida e conforme o *fas*. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 81.

³⁴ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 139.

³⁵ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 140.

³⁶ TELLEGEN-COUPERUS. Olga. **A short history of roman law**. New York: Taylor & Francis. 2003. p. 22.

³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 25-26.

³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 27.

³⁹ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 36.

⁴⁰ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 38.

⁴¹ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 144.

Com a queda do período régio⁴² e a instauração da República, os sacerdotes são substituídos pelos magistrados públicos e o procedimento bipartido. Essa alteração, possível apenas com a queda do último rei, tem por motivo a descentralização dos poderes militar, civil e religioso, até então centralizados na pessoa do rei⁴³. Os cônsules, magistrados únicos, têm atribuições militares, administrativas e judiciárias, velando pela segurança pública, censo da população, administração da coisa pública e administração da justiça criminal, voluntária e contenciosa⁴⁴.

O processo é dividido em duas fases: a primeira frente ao magistrado, cuja função principal é dar marcha à instância e precisar o objeto de debate; a segunda, frente o juiz (*iudex*) que examinava os fatos e pronunciava a sentença⁴⁵. Enquanto o magistrado tomava o sacramento e fixava a controvérsia, o *iudex* julgava soberanamente em nome da população⁴⁶. Essa organização judicial perdura por dez séculos até o reinado de Diocleciano⁴⁷.

Descrevendo as funções que o cidadão versado em direito poderia pôr a serviço do público, Rudolph Von Ihering afirmava que este, que viria a ser o *iudex* podia⁴⁸:

[...] poner al servicio del público su experiencia y conocimientos como redactor y escribano de los actos jurídicos (cavere y escreverem) como consejero (respondere) y como arbitro (receptum arbitri).

⁴² A monarquia Romana tem seu fim no ano de 509 a.C., com a queda do rei etrusco Tarquínio (o Soberbo). Teriam precedido Tarquínio, os chefes de governo Numa Pompílio (Sabino), Tullus Hostilius (Latino), Ancus Martius (Sabino), Tarquinius Priscus (Etrusco, o *antigo*) e Servius Tullius (Etrusco). LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano**: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 135.

⁴³ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano**: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 140.

⁴⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 15-16.

⁴⁵ Abelardo da Cunha Lobo leciona que, inicialmente, a magistratura era exercida pela *Pretura* que, posteriormente, foi dividida entre o *Pretor Peregrinus*, responsável pelos atos de *jurisdictio* e *imperium* entre cidadãos e estrangeiros, ou dentre estes últimos; e *Pretor Urbanus*, cuja magistratura era a já estabelecida. Competia ao Pretor a administração da justiça. LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano**: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 163-164. Eugéne Petit explana que, antes dos Pretores, eram os reis e os Cônsules que exerceram a magistratura, respectivamente. PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 614.

⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 27.

⁴⁷ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 612.

⁴⁸ IHERING, Rudolph Von. **Abreviatura de el espíritu del derecho romano**. Por Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947. p. 115.

Isso porque, segundo Ihering, a justiça privada praticada em Roma, poderia ter a decisão proferida não apenas por um árbitro privado, como pelo iudex ou, apenas por este quando esse mais tarde concentrou em si a atribuição de decidir⁴⁹.

O *iudex* declarava *iustum* o sacramento de uma parte, proferindo uma *sententia*⁵⁰. Isso porque era suficiente ao juiz declarar, na ação *legis actio per sacramentum*, por exemplo, a parte ganhadora através dos dizeres “*Utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*”⁵¹. Note-se, que o *iudex* não apresentava qualquer forma de justificação, apenas afirmando a condenação ou absolvição. Para Cretella, a “[...] atividade jurisdicional do magistrado supõe o emprego de uma das três palavras – *do, dico addico* – que só podem ser pronunciadas em *dias fastos*.”⁵²

Este período é caracterizado por ações prescritas na lei, cujos procedimentos e palavras deveriam ser rigorosamente observadas em frente ao magistrado. Eram cinco tipos de ações⁵³: *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per conditionem*, *legis actio per manus iniectioem* e *legis actio per pinoris capionem*⁵⁴. As informações sobre as ações, chegaram aos tempos atuais pela lavra das Institutas de Gaio (IV, 12)⁵⁵. As três primeiras serviam para a obtenção de um juízo, as outras duas consistiam em vias de execução⁵⁶.

Considerado o mais antigo dos sistemas processuais romano, acredita-se que o período das ações das leis (*legis actiones*) era assim denominado provavelmente por dois motivos, segundo Gaio (já no século II d.C.): a primeira hipótese seria porque as ações eram previstas em lei ou, conforme a segunda hipótese, a necessidade do procedimento desenrolar a sua conformação às palavras da lei⁵⁷.

No período seguinte, denominado Formulário⁵⁸ (ou Ordinário), aperfeiçoou-se o processo para uma flexibilização das ações, surgindo regras menos rígidas de

⁴⁹ IHERING, Rudolph Von. **Abreviatura de el espíritu del derecho romano**. Por Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947. p. 75-76.

⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 28.

⁵¹ Conforme prescrevia em Cícero, *Pro Cecina*, 33. PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 621.

⁵² CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 360.

⁵³ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 620-625.

⁵⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 27.

⁵⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 206.

⁵⁶ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 617.

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 204.

⁵⁸ O rigorismo do formalismo do período arcaico, em que a parte corria o risco de perder o processo por um simples erro, levou à limitação das ações antes mesmo do fim da República, através da *Lex*

processo⁵⁹. As Leis *Aebutia* (século II a.C.) e *Iulia Iudiciariae* (17 a.C.) introduziram flexibilizações às ações da lei, mesmo que se ignore o real alcance de cada uma dessas alterações, que permitiram a substituição do sistema processual vigente⁶⁰.

Igualmente, ante a necessidade de criar ações novas para situações que foram surgindo com o crescimento populacional⁶¹, os pretores peregrinos passaram a resumir brevemente em fórmulas escritas os fatos a serem comprovados para cada caso, indicando ao juiz a questão a resolver⁶². A fórmula, que continha uma verdadeira *causa de pedir*, igualmente outorgava ao *iudex* o poder de decidir⁶³. Tratava-se de um esquema abstrato constante no edito do magistrado que servia de modelo para o julgamento pelo *iudex*⁶⁴.

José Cretella Júnior afirma, ao referir-se à força de coisa julgada das decisões proferidas no processo formulário, que “se o juiz pronuncia a favor do autor, os textos empregam a expressão *damnare ou condemnare*.” demonstrando a vinculação do juiz à fórmula sem a exposição de razões, e afirma “o juiz romano está preso à fórmula, do mesmo modo que o juiz atual está preso à lei. Os termos da fórmula orientam o juiz, em Roma, podendo-se neste sentido dizer que o processo formular ainda é formalista.”⁶⁵

Tamanha a força criativa dos pretores, que o Imperador Adriano se viu obrigado a organizar tais editos por meio do *Jus Praetorum*, consolidando-os como forma de criar embaraços à liberdade legislativa de tais autoridades⁶⁶.

O *iudex* passa a ter mais liberdade, com procedimentos de conteúdo mais variável e flexível, passando o juiz a retirar de sua declaração igualmente as consequências, os ressarcimentos e o cumprimento que sofrerá o vencido⁶⁷. Segundo José Carlos Moreira Alves, no processo formulário “[...] não se encontra o formalismo

Aebutia (ano estimado de 243 a.C.) e das leis *Juliae Iudicariae* (data incerta). PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 625.

⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 28.

⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218.

⁶¹ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 166.

⁶² PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 625.

⁶³ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 626.

⁶⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 221.

⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 375.

⁶⁶ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 171-172.

⁶⁷ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 627.

rígido do sistema das ações da lei. Não se pronunciam palavras imutáveis; não se fazem mais gestos rituais – [...]”⁶⁸.

Neste sistema, surge o *iudicatum*, que era o ato em que *iudex* condenava ou absolvía o réu no *iussus iudicandi*. O que produzia os efeitos jurídicos, segundo parte da doutrina⁶⁹, não era a *sententia*, mas a atuação em que o *iudex* condenava ou absolvía a parte⁷⁰. Mesmo podendo formar sua convicção livremente, o *iudex* julgava em decorrência deste *iussus iudicandi* outorgado pelo magistrado, devendo o conteúdo da sentença ser extraído da *litis contestatio*. Assim refere Celso Neves⁷¹:

Na antiga legis actio sacramento, a sententia do iudex não é mais do que uma opinião... Não há, nela, nenhum comando, porque nenhum poder, seja decorrente do imperium do magistrado, seja da vontade das partes, se atribui ao iudex privatus. No sistema formular, um novo elemento se acrescenta à sententia: o iudicatum, por força do qual se impõe às partes um certo comportamento. Esse poder se funda no iussus iudicandi que, provindo do magistrado (pretor), interfere na essência mesma do juízo, ao introduzir elementos publicísticos no caráter privado do antigo processo.

A *condemnatio* decorria da própria fórmula outorgada pelo magistrado e, conforme o conteúdo desta, estava adstrito o *iudex*. Note-se que, mesmo a marcha processual neste período ocorrendo frente o juiz, este apenas aplicaria a fórmula de condenar ou absolver, o que lhe isentava de justificar as razões de sua decisão⁷².

O juiz não estava vinculado a qualquer prescrição legislativa e, por essa razão, ao dar a *sententia* não necessitava expor os motivos pelos quais absolvía ou condenava a parte⁷³. Determinados assuntos poderiam ser decididos pelo próprio magistrado, que deixava de organizar o *judicium* e decidia a disputa através de um *decretum*. Tampouco nestas ações consideradas extraordinárias havia a fundamentação da decisão⁷⁴.

Com a reunião dos poderes de Estado em mãos de Octavio, que se torna Imperador e *Augustus*⁷⁵, este ganha poder de veto sobre todos os magistrados,

⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218.

⁶⁹ Em sentido contrário a Tucci, Eugéne Petit afirma que era a sentença que tinha força de coisa julgada. PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 646.

⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 29.

⁷¹ NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 25-26.

⁷² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 224.

⁷³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 29-31.

⁷⁴ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 648.

⁷⁵ Ano de 31 a.C. LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 517.

inaugurando-se a terceira fase do direito⁷⁶. Neste período, denominado *Período Extraordinário*, a ação é aquela que advém da legislação, podendo a parte dirigir-se diretamente à autoridade judicial⁷⁷.

Tolheu-se do pretor a possibilidade de inúmeras ações e este ficava vinculado às ações previstas na *Lex Julia*, impedindo-o o exercício discricionário⁷⁸. Outra importante mudança foi o fim do processo bipartido, passando à autoridade estatal (magistrado-funcionário) o procedimento desde o seu início até o fim⁷⁹.

A *sententia* deixa de ser um parecer de um cidadão autorizado e passa a ser um comando vinculante emanado pelo órgão estatal, passando o juiz a ter o poder de determinar o comportamento prescrito pela lei⁸⁰. Embora as sentenças sejam dadas de *maneira mais* livre, os seus poderes ainda estavam circunscritos à lei e a força de seu poder advinha da confiança depositada em si pelo imperador⁸¹. A sentença passa a ter sua validade e eficácia condicionada a determinados requisitos formais.

O primeiro movimento de evolução para a fundamentação da sentença, aparece quando o imperador Constantino determinou ao Procônsul da África⁸² que as sentenças civis e penais fossem proferidas publicamente na presença das partes e, somente assim, essas se tornariam de eficácia imutável. Mais tarde, mediante a Constituição do ano de 374, os julgamentos passam a ser escritos⁸³. A informação de Tucci vem ao encontro da narrativa de Rudolph Von Ihering, em que “el juez sólo debe decir (dicere) el derecho; por eso se le llama *ju-dex*.”⁸⁴.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, essas modificações, aliadas à possibilidade de recurso contra as decisões injustas, levam à conclusão de que as sentenças do período extraordinário seriam motivadas. Piero Calamandrei, ao constatar que haviam

⁷⁶ LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano**: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006. p. 77-78. PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 47.

⁷⁷ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 220.

⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 31.

⁷⁹ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 649.

⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 32.

⁸¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 386.

⁸² Citando as pesquisas de Giovanni Pugliese, José Rogério Cruz e Tucci confirma ser esse o primeiro movimento para a obrigatoriedade de fundamentação. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 59.

⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 32/33.

⁸⁴ IHERING, Rudolph Von. **Abreviatura de el espíritu del derecho romano**. Por Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947. p. 77.

sentenças corrigidas por *error in iudicando*, afirma que apenas decisões escritas e fundamentadas poderiam demonstrar o erro no julgamento e que o recebimento da *appellatio* parcial comprovaria a necessidade de fundamentação à época⁸⁵.

Com o enfraquecimento das fronteiras do Império Romano, decorrente de sua divisão entre ocidente e oriente, disputas internas e a impossibilidade de resguardar seus extensos limites, os povos germânicos passaram a investir contra o Império, chegando até mesmo a saquear Roma⁸⁶. Dentre estes povos bárbaros, estabelecendo-se como aliados dos romanos entre os anos 416 e 418 d.C., os Visigodos destacaram-se pela contribuição para a formação do Direito da idade média⁸⁷.

Estes povos invasores, que tinham a sua forma de dar vereditos oralmente perante a coletividade, passam a sofrer a influência das normas de Direito Romano, cujas regras permaneciam válidas para controvérsias entre romano-hispânicos⁸⁸. Descrevendo alguns dos trâmites adotados pelos então denominados bárbaros, Tácito⁸⁹ narrava que o chefe do clã tomava a palavra e a comunidade, após ouvi-lo, aprovava ou reprovava as razões dadas por este chefe, aplicando-se ao acusado severas penalidades⁹⁰.

Antônio Manuel Hespanha afirma que, antes de se estabelecerem na Gália, os Visigodos se organizavam conforme as leis originárias de assembleias populares, apenas romanizando a sua legislação e forma judicial após se fixarem em solo romano⁹¹.

No ano de 506 d.C., é promulgada a *Lex Romana Visigothorum* e o *Codex Theodosianus*, que serviram de importante compilação do Direito Romano então

⁸⁵ José Rogério Cruz e Tucci aponta nas pesquisas de Piero Calamandrei, em *La teoria Dell 'error in iudicando' nel diritto italiano intermedio*, na *Opere Giuridiche*, v. 8, 1979, à página 206, a conclusão do professor italiano, o que foi confirmado nesta pesquisa. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 33.

⁸⁶ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 81.

⁸⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, [S.a.]. p. 113.

⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 34-35.

⁸⁹ Autor romano que serviu como uma das poucas fontes do direito dos bárbaros, posto que esse era transmitido oralmente de pais para filhos. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85.

⁹⁰ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 84.

⁹¹ HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, [S.a.]. p. 120.

fragmentado⁹², prescrevendo que as sentenças deveriam ser proferidas frente às partes⁹³. Em 654 d.C., sob a coroa de Rescevindo, promulga-se o Código Visigótico, que reunia as disposições dos antigos costumes germânicos e as oriundas do Direito Romano e Canônico⁹⁴.

José Carlos Moreira Alves que, além do Código Tudosiano (*Codex Theodosianus*), ainda os Códigos Gregoriano e Hermogeniano foram importantes compilações das leis esparsas à época, mas que chegaram à atualidade apenas escassos fragmentos⁹⁵. Hespanha afirma que as fontes de direito visigótico contribuíram para a tradição jurídica europeia, tanto para o direito constitucional europeu dos reinos espanhóis, quanto para a manutenção da tradição jurídico-romana⁹⁶.

Embora os monarcas visigóticos tivessem a preocupação quanto ao formalismo de pronúncia da sentença, não se tem notícia quanto à necessidade de fundamentação destas decisões⁹⁷. Tanto que o Código Visigótico, ao referir sobre a sentença, determinava que o juiz deveria ser ágil ao indagar (*indagando vivax*), firme ao prevenir (*preeveniando fixus*), não se mostrar ansioso ao decidir (*decernindo no anxius*), castigar com moderação (*percutiendo parcus*) e perdoar com frequência (*parcendo assiduus*), conforme constava no livro I, título I, lei VII, da versão latina⁹⁸.

Em importante obra sobre o Direito Visigótico, de lavra do Doutor Manuel Paulo Merêa, em que o Doutrinador Português esmiuçou a legislação visigótica, não se encontrou, também, qualquer menção ao dever de fundamentação das decisões judiciais⁹⁹.

Hespanha afirma que o processo judicial que mediou entre a chegada dos visigodos e o direito compilado por Justiniano era, de certa forma, bipartido, pois aqueles mais tecnicamente preparados os quais identificavam a controvérsia e definiam

⁹² AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 86.

⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 36.

⁹⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 87.

⁹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 47.

⁹⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, [S.a.]. p. 121.

⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 37.

⁹⁸ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 87.

⁹⁹ MEREIA, Manuel Paulo. **Estudos de direito visigótico**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1948.

as provas e, após, decididos pelos populares em assembleias. Essa era uma das razões da importância do direito consuetudinário local em detrimento a um direito régio imposto¹⁰⁰.

Após assumir o trono de Constantinopla em 527 d.C., o imperador bizantino Justiniano I nomeia uma comissão de dez membros, dentre eles Triboniano, ministro do imperador e reconhecido juriconsulto, para compilar as constituições imperiais vigentes à época, então denominada *Nouus Iustinianus Codex*. Realizado o trabalho, fez-se necessária a compilação do direito contido nas obras jurídicas, os *lura*. Novamente encarrega Triboniano, cuja compilação ganhou o nome de *Digesto*, ou *Pandectas*. Mais duas obras se agregaram, as *Institutas*, manual destinado aos estudantes do direito compendiado, e as *Nouellae* (Novelas), que reunia as constituições imperiais de Justiniano¹⁰¹.

Realizado todo o trabalho entre os anos de 529 e 534,¹⁰² a compilação destes livros ganhou a denominação de *Corpus Juris Civilis* no ano de 1538, na edição do romanista francês Dionísio Godofredo.

A importância desta detalhada obra foi tão grande, que essa compilação foi estudada pelas universidades recém-formadas da idade média, constituindo a base de toda a formação jurídica posterior. Não obstante, não se encontra o dever de fundamentar a decisão judicial no *Corpus Juris Civilis*.

Após a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., o direito romano aplicado em Roma e ocidente se perde pelo desaparecimento da única escola de Direito que havia no Império ocidental à época; e, no Oriente, após a morte de Justiniano em 565 d.C., a língua usada na codificação (Latim) vai aos poucos deixando de ser falada, assim como a dificuldade de aplicação ordenada e sistematizada dos institutos compilados no *Corpus Juris Civilis*¹⁰³.

A partir do século XII, fundou-se em Bolonha uma escola que, pelo seu apreço e estudos aprofundados do Direito Romano¹⁰⁴, difundiu-o por toda a Europa¹⁰⁵, sistematizando as fontes jurídicas e canônicas e as organizando cientificamente. Estes

¹⁰⁰ HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, [S.a.]. p. 173-174.

¹⁰¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 49-50.

¹⁰² Flávio Pedro Sabácio Justiniano foi imperador bizantino desde 1º de agosto de 527 até o seu falecimento. SÓ HISTÓRIA. **Imperador Justiniano**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <<http://www.sohistoria.com.br/biografias/justiniano/>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹⁰³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 57-60.

¹⁰⁴ Assim como pelas letras e ciências em geral.

¹⁰⁵ PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Porrúa, 2007. p. 66.

estudiosos¹⁰⁶ são chamados de *glosadores*, que em seu trabalho de compilação, aproximaram o *ius civile* e o *ius canonicum*. Graças a esse trabalho, países como Alemanha, França, Espanha e Portugal, entre os séculos XIII e XV, recepcionam o direito romano ressurgido¹⁰⁷.

A confluência das instituições processuais romanas e canônicas enseja a decadência da prática judiciária germânico-bárbara, favorecendo o surgimento de um novo processo¹⁰⁸, com importantes princípios processuais e brocardos, tais como o *iudex non eat ultra petita* ou *iudex debet iudicare iuxta allegata et probata*¹⁰⁹.

Naquele período, via de regra, a sentença era proferida simplesmente pelo emprego das palavras *condemno* ou *absolvo* em primeiro grau de jurisdição, e *confirmo* ou *infirmo* em segundo grau. Os civilistas e canonistas medievais eram contra a motivação nos provimentos judiciais, posto que sua ausência representava e estava fundada no argumento de autoridade. A exceção era quando a parte aforasse uma ação em vez de outra, pois a fundamentação pelo juiz da decisão terminativa impediria a parte de recorrer à exceção da *res iudicata* na nova ação¹¹⁰.

Antônio Manuel Hespanha, ao tratar sobre a pretensão dos juristas medievos de tornarem-se protagonistas políticos e a tensão decorrente da disputa destes com os soberanos locais, afirma que estes juristas pretendiam que os procedimentos judiciais fossem secretos, a manutenção do Latim como língua técnica e a fundamentação das decisões¹¹¹.

Respondendo uma consulta, pelo *decretal sicut nobis*, no ano de 1199, o Papa Inocêncio III determinou que¹¹²:

¹⁰⁶ Citam-se Bulgário, Martino Gorsia, Jacobo, Hugo e, mais tarde, Accursio, conforme Luiz Carlos de Azevedo, Eugéne Petit, Joan Picó e Junoy, *passim*.

¹⁰⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 61.

¹⁰⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 39.

¹⁰⁹ Em estudo sobre este brocardo, Joan Picó i Junoy realizou minuciosa pesquisa ao longo de dez anos em que comprovou a alteração, ao longo do tempo, deste Instituto. Em seu livro, resta claro que alguns glosadores, como Duranti e Accursio, foram imprecisos ao glosar. PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova: a errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual**. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 34.

¹¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 40.

¹¹¹ HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, [S.a.]. p. 417-418.

¹¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 41.

quod omnia, quae iudicem movent, non exprimantur in sententiis proferendis, respondemus, quod, cum constiterit vobis sententiam a iudice suo fuisse prolatam, propter auctoritatem iudicariam presumi debet, omnia legitime processisse.

Ou seja¹¹³:

Tudo, o que é da atividade do juiz, não estando expressa nos pareceres, a resposta é, quando é estabelecido pelo juiz, que tenha sido emitido uma sentença para você, por causa da autoridade dos tribunais deve ser a presunção, ser legitimamente ter surgido.

A sentença se fundamentava na autoridade do tribunal e uma decisão que não contivesse os fundamentos, não poderia ser considerada nula, pois a questão posta estava legada ao arbítrio do juiz¹¹⁴. Não havia a percepção do que significaria a fundamentação fora do processo e a necessidade de sua publicidade, assim como o aconselhamento ao juiz de não o fazer, mormente pelos glosadores da Escola de Bolonha, era para evitar eventuais impugnações¹¹⁵.

A valorização do argumento de autoridade da decisão judicial, vem ao encontro de uma era em que o fortalecimento do poder do julgador se fazia necessário como forma de formação da soberania estatal, como afirma Paulo Grossi¹¹⁶:

A machinery of power as robust, well-constructed and extensive as that of the Roman empire would not, indeed could not, be replaced by one of equal quality and vigour. The novel and the defining featured of the era is therefore the incompleteness of political power in the medieval period.

Não obstante o professor italiano não retroceder sua pesquisa ao Direito Romano, Michele Taruffo¹¹⁷ noticia que no Piemonte (ano de 1723), no Ducado de Módena (ano de 1771) e no Principado de Trento (ano de 1788), permitia-se a motivação em casos muito limitados. Observe-se que se tratava apenas de uma possibilidade.

¹¹³ Em tradução livre.

¹¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 41.

¹¹⁵ Entretanto, vale ressaltar, que uma Ordenação Francesa, de 13 de agosto de 1374, instituiu o dever dos juizes de primeiro grau motivar a decisão para as partes acaso houvesse recurso. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 43;

¹¹⁶ GROSSI, Paulo. **A history of European law**. Translated by Laurence Hooper. Rome: Laterza.p. 1.

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 307.

Notícia, Lenio Streck, que o Rei Fernando IV de Bourbon estabelecia, na Itália pré-unitária, a obrigatoriedade de fundamentação para que se evitasse o arbítrio ao máximo nas decisões. Transcreve trecho da Pragmática XXVIII, trazido por Mario Pisani, que determina que o fundamento da decisão deverá ser, preferencialmente, o direito¹¹⁸.

Na península Ibérica, haja vista a fragmentação da unidade jurídica decorrente das ocupações sarracenas, vigorou um direito costumeiro. Com a necessidade de unificação das fontes jurídicas para um controle central e amplo da justiça, os reinos peninsulares vão assumindo o direito comum estudado na Escola de Bolonha. Daí o grande valor e difusão do sistema processual construído à luz da interpretação dos textos justinianos e eclesiásticos¹¹⁹.

A fundação da Universidade de Salamanca (no ano de 1.218¹²⁰) e a rápida aceitação pelos tribunais dos novos formulários contribuiu muito para a aceitação e prática do *ius commune*. Logo, os trabalhos científicos alcançam o país lusitano vizinho¹²¹.

Demonstrando que a introdução do dever de fundamentar não estava ligada à concepção de Estado Democrático, mas sim à luta contra o arbítrio, Lenio Streck noticia que, mais tarde, que as grandes codificações processuais do século XIX adotariam o dever de fundamentar a decisão judicial¹²². Ao dever de fundamentar, ainda se agregariam, ao longo do tempo, as garantias de imparcialidade do juiz, controle de legalidade da decisão e a possibilidade de sua impugnação¹²³.

E neste aspecto, inobstante o reconhecimento e aceitação do *ius commune*, os doutrinadores ibéricos diferenciaram-se dos demais de sua época por, desde o princípio, exigirem a motivação da sentença como um requisito. Note-se que o *Fuero*

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 161 e 174.

¹¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 44.

¹²⁰ UNIVERSIDADE DE SALAMANCA (USAL). **Graduação**. Salamanca: 2009. Disponível em: <<http://www.usal.es/webusal>>. Acesso em: 30 jul. de 2015.

¹²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 45.

¹²² STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 162.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 162.

del Libro, lei espanhola de 1254, promulgada por Afonso X, instituiu pela primeira vez no reino da Espanha o dever de fundamentar¹²⁴:

El juicio que diere el alcalde fagalo escribir ante las partes o ante sus personeros, e las razones de la alzada, e déles ende senas cartas, fechas por alguno de los escribanos, o seelladas con su seello, e tenga el escrivano e el alcalde otra para testimonio.

Em Portugal, as primeiras leis gerais do reino trataram de modo acanhado sobre a necessidade de fundamentação, conforme o *Livro das Leis e Posturas*, à página 233, em fins do século XIV, início do XV. Embora a legislação Afonsina tenha tratado superficialmente, foram as Ordenações Manuelinas, datadas de 1521, que de forma mais precisa, prescreveram¹²⁵:

Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os uidores e Juizes de Fora, posto que cada huu dos sobreditos Letrados nom sejam, e quaesquer outros Julgadores, que Letrados forem, que sentencas definitivas poserem, declarem em suas sentenças (assi na primeira instancia, como na causa d'apellacam, ou agravo, ou na causa de revvista) a causa, ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar, dizendo especificamente o que he, que se prova, e por que causas do feito se fundam a darem sus sentenças [...]

Não apenas a legislação impunha o dever de fundamentar, mas os doutrinadores corroboravam a obrigatoriedade. Manuel Gonçalves da Silva, comentando as Ordenações (em *Commentaria ad ordinationes regni Portugalliae*, p. 314, n. 4), lecionava a obrigatoriedade de fundamentação à exceção da motivação per ralisationem, afirmando em sua obra que “quando Judex appellationis confirmat sententiam Judicis a quo”, “non obstante, quod in nostri textus praecepto”, na prática “non tenere causam expremire”. “Cui videntur nostro Judices satisfacere, referendo se ad fundamenta sententiae confirmatae [...]”¹²⁶

Outros doutrinadores portugueses igualmente prescreveram a necessidade de fundamentação, como Diogo Guerreiro Camacho de Aboym (no *Tractatus de*

¹²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 46-47.

¹²⁵ As Ordenações Filipinas, de quase um século depois (ano de 1603), repetiram os mesmos termos das Ordenações Manuelinas neste ponto e noutros. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 50.

¹²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 51.

recusationibus, de 1699, p. 397, n. 22) e Paschoal José de Mello Freire (no *Institutiones juris civilis lusitani, cum publici tum privati*, Coimbra, 5ª edição, ano de 1853, t. 4, p. 206). Joaquim José Caetano Pereira e Souza, na obra *Primeiras linhas sobre o processo civil*, de 1813, afirmava como requisitos da sentença que esta fosse: I - clara, II - certa, III - conforme o libello, IV - as Leis, V - e aos autos, VI - fundamentada, VII - escrita e VIII - publicada¹²⁷.

Durante o Brasil colônia e império¹²⁸, o país foi regido pelas leis provenientes de Portugal¹²⁹. Vigoraram, após o descobrimento do Brasil, as Ordenações Afonsinas (do ano de 1446), as Ordenações Manuelinas a partir do ano de 1521 e, posteriormente, as Ordenações Filipinas a partir de 1603¹³⁰. Mais tarde, a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou que as Ordenações, leis, decretos, portarias, alvarás, regimentos e resoluções permaneceriam vigorando até a elaboração de um novo diploma processual em solo brasileiro¹³¹.

Não se ignora, por óbvio, a importância da Revolução Francesa para a evolução do dever de fundamentar a decisão judicial, posto que o Iluminismo, inspirador da Inconfidência Mineira de 1789¹³², trouxe o dever de participação do cidadão na formação e controle do Estado. Mas as primeiras prescrições legais francesas sobre o dever de fundamentar (Lei de Organização Judiciária, de 16 de agosto de 1790, art. 15, título

¹²⁷ Em 1784 foi introduzida uma restrição ao princípio do dever de motivação da sentença. Isso porque se tratava da hipótese em que se concedia, ou denegava, o consentimento paterno para a celebração dos esponsais. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 53.

¹²⁸ Aqui se passa à análise da evolução histórica luso-brasileira e brasileira para, ao final, chegar-se ao atual panorama no Direito Brasileiro.

¹²⁹ Antonio Carlos Wolkmer bem leciona que “*O empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano. O Direito Português, enquanto expressão maior do avanço legislativo na península ibérica, acabou constituindo-se na base quase que exclusiva do Direito Pátrio.*” WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 46.

¹³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 48.

¹³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 54.

¹³² CHAVES. Lázaro Curvêlo. **Inconfidência mineira – 1789**. [S.l.], 21 abr. 2014. Disponível em: <http://www.culturabrasil.pro.br/a_inconfidencia_mineira.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015.

V¹³³, e Constituição do 5 Fructidor II, promulgada em 1791¹³⁴) foram muito posteriores ao que já vinha sendo determinado nas Ordenações.

Tanto que, um pouco antes, a Lei de 18 de agosto de 1769, chamada de *Lei da Boa Razão*, trazia ao solo pátrio as ideias iluministas, como leciona Antônio M. Hespanha, para quem “[...] a *Lei da Boa Razão* vem a consagrar entre nós uma boa parte das ideias iluministas quanto a candentes questões acerca da constituição, interpretação e integração do direito positivo”¹³⁵.

Uma Portaria do Ministro Clemente Ferreira França, de 31 de março de 1824, determinava que os magistrados de “*mór alçada*” dessem as razões de seus julgamentos, pois estava disposto no parágrafo 7º da Ordenação, Livro 3º, título 66. Isso em razão dos frequentes abusos realizados por muitos magistrados que demonstravam o descaso ao não motivar as decisões à época. Constava na Ordenação:

E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou agravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.

Tal qual em Portugal, os doutrinadores do Brasil colônia e início de república, afirmavam a necessidade de fundamentar a sentença. Levindo Ferreira Lopes, em 1888, afirmara que: “Nas sentenças definitivas devem os juizes declarar especificadamente as causas em que se fundarão para condemnar ou absolver, confirmar ou revogar.”¹³⁶ O processualista explicava o porquê:

¹³³ “Article 15. - La procédure par jurés aura lieu en matière criminelle; l’instruction sera faite publiquement, et aura la publicité qui sera déterminée”. FRANCE. **Décret du 16 août 1790**. Loi sur l’organisation judiciaire des 16-24 août 1790. Disponível em: <https://fr.wikisource.org/wiki/Loi_sur_l%27organisation_judiciaire_des_16-24_aout%271790#Article_15>. Acesso em: 13 ago. 2015.

¹³⁴ *Article 6. - Les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucune action au civil, sans qu’il leur soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation. E Article 9. - L’instruction sera publique, et l’on ne pourra refuser aux accusés le secours d’un conseil.* FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão** (1789). Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

¹³⁵ HESPANHA, Antônio M. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1977. p. 76.

¹³⁶ LOPES, Levindo Ferreira. **Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislacao do imperio por Alberto Antono de Moraes Carvalho**. Rio de Janeiro: Livreiro, 1888. p. 98-99.

Esta lei é justissima e de summa utilidade, e seria para desejar que suas penas não fôsem letra morta; alguns juizes della se olvidarão, mas com isso perdem conceito; pois, além de infringirem a lei, fazem nacer a suspeita, ou de sentenciáráo sem maduro exame, ou de encontráráo dificuldade em buscar fundamentos para uma sentença injusta.

José Antônio Pimenta Bueno, já na república, afirmava¹³⁷:

A sentença não fundamentada é irregular, e pode ser nulla. Na conformidade da Ord. Liv. 3º, tit. 66, par. 7º, deve o julgador declarar as razões ou motivos do julgamento, *ibi: para as partes souberem se lhes convem appellar ou aggravar [...]*

O primeiro diploma legal genuinamente brasileiro a tratar sobre a fundamentação da sentença foi o Regulamento 737, de 1850, que disciplinou as causas de natureza comercial. Prescrevia o art. 232 o dever de motivação das decisões, o que levou a Consolidação das Leis do Processo Civil (Consolidação Ribas), de 1876, a adotar igual redação¹³⁸. Constava no Regulamento:

Art. 232 – A sentença deve ser clara, summariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda.

Mesmo expressamente previsto, e com doutrinadores de renome como Francisco Paula Batista¹³⁹ e José Anysio de Aguiar Campello¹⁴⁰ lecionando que perdia

¹³⁷ BUENO, José Antonio Pimenta Bueno. **Apontamentos sobre as formalidades do processo civil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911. p. 238-239.

¹³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 56.

¹³⁹ “De feito, os beneficios da segunda ordem de jurisdicção não dependem unicamente da maior categoria dos tribunaos, que a exercem; mas, principalmente, do concurso de ambas: a primeira, estudando mais, e empenhando-se em proferir sentenças, que não seja fácil reformal-as; **a segunda, temendo o desar e a responsabilidade moral em reformar julgamentos bem fundamentados**. Foi por isto, que o direito canonico admittio a appellação para todas as causas em geral, e notáveis juriscultos e publicistas contemplão-na como sendo de direito natural, e fundada na justiça absoluta” (Grifamos) e “Com a pretendida opinião da convicção livre e natural dos juizes, devemos confessar, que se não podendo comparar a sentença com a efficacia ou inefficacia dos seus motivos, dahi seguir-se-hia: lo que as mesmas partes jamais poderiam saber quaes as provas, que tocarão vivamente o juiz, e quaes as recusadas; e, por conseguinte, em caso de appellação não poderiam bem defender os seus direitos; **2o que, por este modo, os juizes, não tendo mais contas a dar, ficarião superiores á Lei: 3o que a opinião publica, privada da analyse e da critica, emmudeceria em presença da omnipotencia das paixões e erros dos juizes.**” (Grifamos) BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro, 1901. p. 64 e 179.

¹⁴⁰ CAMPELLO, Jose Anysio de Aguiar. **Elementos de theoria e pratica do processo civil e commercial**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1899.

credibilidade a decisão não fundamentada, e que a opinião pública tinha o direito de conhecer as razões das decisões, frequentemente era desrespeitado o dever de fundamentar.

Diante das frequentes críticas da imprensa, o Decreto 5.561, de 1905, art. 234, atribuiu nulidade para a decisão, acórdão ou sentença que tão somente se reportasse às alegações das partes. Entretanto prevaleceu o entendimento, posteriormente confirmado pelo Decreto 9.263, de 28.12.1911, pela possibilidade de motivação *per relationem*, vedando-se apenas a motivação *aliunde*¹⁴¹.

A Constituição republicana de 1891¹⁴² previu a possibilidade dos Estados membros editarem suas normas em matéria processual, o que se convencionou chamar de *período de dualidade processual*. A legislação processual então surgida, trazia o dever de fundamentar. Moacyr Lobo da Costa¹⁴³ dá a cronologia dos Códigos estaduais editados, com os artigos em que constava o dever de motivação da sentença: RS (art. 499), ES (art. 259), DF (art. 273), RJ (art. 1.335), MA (art. 322), BA (art. 308) e consolidação das Leis da Justiça Federal (art. 255, § 3º). Os diplomas do PR, SP e SC prescreviam a nulidade das decisões não motivadas.

Com o reestabelecimento da unidade processual na Constituição de 1937¹⁴⁴, foi editado o Código de Processo Civil de 1939, com a prescrição do dever de fundamentar no art. 280¹⁴⁵, em elogiável redação:

Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà:

I - o relatório;

II - os fundamentos de fato e de direito;

III - a decisão.

Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos.

¹⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 58.

¹⁴² Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal; art. 65 - É facultado aos Estados: 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 01 ago. 2015.

¹⁴³ COSTA, Moacyr Lobo da. **A revogação da sentença**: gênese e genealogia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.p 268.

¹⁴⁴ Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XVI - o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 01 ago. 2015.

¹⁴⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

Com o advento do Código de Processo Civil brasileiro de 11 de janeiro de 1973¹⁴⁶, a matéria veio disciplinada nos arts. 165 e 458 da legislação processual, prescrevendo expressamente¹⁴⁷ o dever de fundamentar as decisões:

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Embora Tucci referisse¹⁴⁸ que as decisões (sentenças ou acórdãos) em que se julgava sem julgamento de mérito¹⁴⁹ pudessem ser concisas por força do art. 459 do CPC¹⁵⁰, certo é que não se podia deixar de fundamentar, sejam decisões interlocutórias ou não. Quando lançou sua obra, em 1987, o doutrinador alertava da importância para que o Constituinte Originário elevasse a fundamentação da sentença ao status constitucional, pois apenas assim seria possível “[...] *complementar a legislação vigente e obstar a introdução de qualquer norma ordinária que venha a suprimir tal princípio*”¹⁵¹.

Note-se que, à época, o julgamento da então existente *arguição de relevância* de questão federal, de competência do Supremo Tribunal Federal, era secreto, *imotivado* e irrecorrível, conforme art. 328, parágrafo 5º, VIII, do RISTF¹⁵², pela redação da Emenda Regimental n.º 2, de 04.12.1985.

¹⁴⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 ago. 2015.

¹⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 108.

¹⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 109.

¹⁴⁹ Na redação anterior à lei 11.232, de 2005, tratava-se de extinção de julgamento de mérito, posteriormente alterada para extinção sem resolução de mérito pela alteração implementada.

¹⁵⁰ Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de processo civil, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 29 mai 2015.

¹⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 154.

¹⁵² Art. 328. A arguição de relevância da questão federal será feita em capítulo destacado na petição de recurso extraordinário, onde o recorrente indicará, para o caso de ser necessária a formação de instrumento, as peças que entenda devam integrá-lo, mencionando obrigatoriamente a sentença de primeiro grau, o acórdão recorrido, a própria petição de recurso extraordinário e o despacho

A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais¹⁵³, conhecida por Comissão Afonso Arinos, não previa a necessidade de fundamentação da sentença no Anteprojeto Constitucional¹⁵⁴. Ao final, em 05 de outubro de 1988, foi publicada¹⁵⁵ a Constituição da República Federativa do Brasil com a seguinte redação no art. 93, IX:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação¹⁵⁶;

O Constituinte Originário pretendeu, ao tornar o dever de fundamentar a decisão um direito constitucional (e fundamental, conforme se comprovará adiante), permitir o controle social da *ratio decidendi*, conforme claro nos anais da constituinte de 1988¹⁵⁷:

O SR. CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA: – Sr. Relator, no art. 93, pediria a atenção do ilustre processualista Constituinte Nelson Jobim. O art. 93 se refere à lei complementar de iniciativa do Supremo

resultante do exame de admissibilidade. § 5º No Supremo Tribunal Federal serão observadas as regras seguintes: VIII – a ata da sessão do Conselho será publicada para ciência dos interessados, relacionando-se as arguições acolhidas no todo ou em parte, e as rejeitadas, mencionada, no primeiro caso, a questão federal havida como relevante. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Estabelece a composição e a competência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versão_eletronica.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2015.

¹⁵³ Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985, **art. 2º**. A Comissão, que se auto-regulamentará, será presidida por um de seus membros, designado pelo Presidente da República, e desenvolverá pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. BRASIL. **Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985**. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

¹⁵⁴ COMISSÃO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. **Anteprojeto constitucional**. Anteprojeto da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

¹⁵⁶ A regulamentação foi dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos>. Acesso em: 02 ago. 2015.

¹⁵⁷ DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. (Suplemento “B”). **Anais eletrônicos**. Brasília, 20 de abril de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

Tribunal Federal e o inciso IX fala que essa lei deverá contemplar com um princípio de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos. O julgamento é apenas um ato do Poder Judiciário. O que se quer dizer aqui é que as audiências e sessões serão sempre públicas, inclusive para julgamento. Consultaria o nobre Constituinte Nelson Jobim, pois ignoro o assunto.

SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – Explicarei a V. Ex^a do que se trata. **Há certo tipo de julgamento em que os chamados desembargadores esvaziam a sala, pedem segredo de justiça, e os advogados são obrigados a dela se retirarem. A partir de agora, com este inciso, passa a ser público, e mais, passa a ser fundamentada a decisão** que geralmente o juiz coloca pressionado por acúmulo de serviço e porque...

O SR. CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA: – Sr. Relator, exatamente com essa preocupação é que o tribunal poderá fazer isso, decidir entre si previamente e depois fazer o julgamento em sessão pública. O julgamento daquilo que ele decidiu. Acho que toda a audiência do tribunal há que ser pública. Não afeta, pois o julgamento é a decisão, é a tomada de votos. (grifamos)

Por essa razão, a Lei 13.105, de 16 de março de 2015¹⁵⁸, consistente no recente Código de Processo Civil Brasileiro, traz como elemento essencial da sentença a fundamentação, ao prescrever no art. 489 que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁸ Decorrente do Projeto de Lei 8.046/2010, cuja redação original apresentava redação muito mais modesta e acanhada para o então art. 476. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5BA18CD159F76AC8E18249900EABA77F.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 02 ago. 2015.

Embora alguma resistência¹⁵⁹ ao novo dispositivo instrumental, o ordenamento jurídico brasileiro alberga, neste momento histórico, não apenas o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, mas também uma justificação nos exatos termos e extensão previstos no novo Código de Processo Civil brasileiro, como a parte final deste artigo abordará.

2.2 A Diferença entre os Motivos da Sentença e a Fundamentação como Direito Fundamental no Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988, como referido, prescreve em seu artigo 93, IX¹⁶⁰, que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e suas decisões fundamentadas, sob pena de nulidade. O Código de Processo Civil expressamente considera elemento essencial da sentença a sua fundamentação¹⁶¹, atribuindo igual essencialidade aos Acórdãos ao considerá-los julgamentos nos termos do artigo 204 da lei instrumental¹⁶².

Embora prescrita a invalidade dos atos processuais pelo descumprimento de sua forma, quando esta for de sua essência e estiver expressamente prevista em lei, nos termos do artigo 188 do Código de Processo Civil¹⁶³, a sentença será nula consoante a literalidade prevista na Constituição Federal. Observe-se que a Carta Magna dá maior

¹⁵⁹ A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) pretendia a alteração deste ponto, entendendo pela inviabilidade, e desnecessidade, do enfrentamento de todos os argumentos suscitados pelas partes. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) pretendia a alteração deste ponto, entendendo pela inviabilidade, e desnecessidade, do enfrentamento de todos os argumentos suscitados pelas partes**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://novo.amb.com.br/?p=20285>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

¹⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

¹⁶¹ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015.

¹⁶² BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015.

¹⁶³ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015.

amplitude que o Código de Processo Civil ao cominar de nulidade não apenas sentenças, mas todo e qualquer julgamento do Poder Judiciário.

José Maria Tesheiner recorda que a cominação de nulidade não representa uma sanção, mas sim uma “[...] inidoneidade de um ato para alcançar as consequências jurídicas pretendidas pelo agente.” No campo processual, o ato judicial nulo produzirá seus efeitos até que lhe seja decretada a nulidade, visto que o ato não terá o condão de atingir os fins prescritos em lei¹⁶⁴.

Observando-se o texto constitucional, há a imediata percepção de que a inexistência de fundamentação de qualquer julgamento acarretará na nulidade do ato decisório¹⁶⁵. Ainda importante se considerar a distinção entre a *ausência* deste elemento essencial de sua *deficiência*, o que, em última análise, será o escopo deste trabalho. Mas sem adentrar agora no enfrentamento dessa distinção (ausência e deficiência), a compreensão da eventual existência/exigência da motivação da decisão judicial é tema que se impõe, o que determina que se distinga fundamentação de motivação da decisão.

Ao tratar sobre o conteúdo da sentença e coisa julgada, Ovídio A. Baptista da Silva analisa as classificações das ações e suas eficácias, partindo de Pontes de Miranda e não enfrentando a distinção entre fundamentação e motivação¹⁶⁶. Em seu Curso de Processo Civil, Ovídio explica a fundamentação como segundo elemento da sentença “[...] em que o julgador não se limitará a expor - como fizera no relatório - as alegações dos litigantes, senão que as analisará, para rejeitá-las ou aceitá-las, como fundamentos de sua decisão.” Não aborda a motivação como elemento distinto¹⁶⁷.

¹⁶⁴ TESHEINER, José Maria. **Nulidades do processo civil brasileiro**. José Maria Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53.

¹⁶⁵ José Rogério Cruz e Tucci vai ainda mais longe ao comentar o projeto do código de processo civil referindo que as decisões administrativas dos tribunais deverão obedecer aos mesmos elementos estruturantes das decisões prescritas no código de processo civil. TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. 99-109. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 105.

¹⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**; ensaios. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 3 ed. 1995. p. 201-221.

¹⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 6 ed. rev. e atual. com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. 2002. p. 402.

José Rogério Cruz e Tucci afirma que, na órbita do processo, as palavras fundamentação e motivação se equivalem e, por essa razão, podem ser usadas indistintamente¹⁶⁸.

Ao abordar os princípios jurídicos e direitos fundamentais, pretendendo demonstrar a necessidade de motivação das decisões, Tereza Arruda Alvim Wambier acaba por não explicar sua compreensão sobre fundamentação e/ou motivação¹⁶⁹. Mas ao explanar a finalidade da fundamentação, demonstra considerar termos sinônimos, lecionando que será através desta que se controlará o raciocínio do juiz¹⁷⁰.

Moacyr Amaral dos Santos, embora afirme que "*A lei impõe a motivação, ou fundamentação, como um dos requisitos essenciais da sentença [...]*", levando o leitor a entender serem sinônimos, diferencia a motivação de fundamentação (embora sem referir expressamente) ao dizer que na primeira o juiz oferecerá os motivos conducentes à formação da convicção, enquanto na segunda apreciará os fundamentos de direito invocados pelas partes¹⁷¹.

Mais adiante, ao falar expressamente da fundamentação do ato decisório, Moacyr Amaral afirma que "[...] por isso a essa parte da sentença se dá a denominação de motivação, discussão, ou fundamentação.", e assim passa a equiparar os termos¹⁷².

Nesse sentido, Cristina Reindolf da Motta, embora demonstrando estar ciente que motivação e fundamentação são institutos distintos ao referir que a primeira deverá estar na segunda, acaba por equiparar os termos ao dizer que o magistrado deverá "[...] expor os motivos que o levaram a determinada conclusão[...]"¹⁷³, afirmando que¹⁷⁴:

A motivação é justamente a garantia fundamental de que a decisão seja correta do ponto de vista constitucional e principiológico, pois ela

¹⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 11.

¹⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 57-98.

¹⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 3.

¹⁷¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. 3 volume. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 19.

¹⁷² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. 3 volume. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 18.

¹⁷³ MOTTA, Cristina Reindolf da. **A motivação das decisões cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

¹⁷⁴ MOTTA, Cristina Reindolf da. **A motivação das decisões cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 92.

explicita o caminho, a matriz de racionalidade da própria decisão e, por conseguinte, dirá se a decisão é materialmente autêntica.

Sem olvidar que o propósito daquele trabalho não era distinguir fundamentação e motivação, parece-nos que a garantia constitucional que a autora se refere é a *fundamentação*, em que deverão estar explicitados os *motivos* para a aferição da matriz de racionalidade e constatação se a decisão é materialmente autêntica. Verifica-se, novamente, o uso indistinto dos termos¹⁷⁵.

Rui Portanova opta pelo termo *motivação*, perquirindo sobre as ideologias sociais, políticas e econômicas que influenciarão na tomada de decisão, sem adentrar na distinção ora buscada¹⁷⁶. Entretanto, pela investigação realizada, verifica-se que o pesquisador compreendeu que sua análise estava centrada num *locus* muito mais íntimo, pessoal, em que simpatia/antipatia, interesse no argumento, afetos, ódios, rancores, convicções, fanatismos ou paixões afetam profundamente quem tem o dever de decidir.¹⁷⁷

José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar sobre o dever de fundamentação expressa dos atos administrativos, reconhece nestas duas dimensões: a primeira consistente na exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão; a segunda na recondução do decidido a um parâmetro valorativo que a justificou¹⁷⁸. Embora o jurista português tenha reconhecido que “esta declaração seria importante, acima de tudo, dum ponto de vista formal: verdadeiramente necessária seria a declaração dos motivos [...]”, sucumbe à necessidade de impor que sejam integradas essas duas realidades¹⁷⁹:

Acontece, todavia, que este figurino não veste bem a realidade. Desde sempre se entendeu que a justificação haveria de seguir o regime da

¹⁷⁵ Noutra passagem, a autora refere “A fundamentação, pois, é a garantia que o indivíduo tem para saber se está frente a uma decisão correta ou não (adequada à Constituição), já que ela demonstra os motivos pelos quais uma decisão se aplica a determinado caso concreto.”, deixando clara a compreensão da distinção, embora o uso de uma expressão e outra. MOTTA, Cristina Reindolf da. **A Motivação das decisões cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 106.

¹⁷⁶ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 15-22.

¹⁷⁷ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 16.

¹⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 11.

¹⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 21.

motivação quando a declaração da existência dos pressupostos implicasse uma avaliação das circunstâncias de fato; [...]

Considerada uma referência sobre a matéria, a obra *La Motivación de la Sentencia Civil*, de Michele Taruffo, adota a expressão “*razionamento decisorio*” para o iter realizado pelo juiz para chegar a determinada conclusão, e a palavra espanhola “*motivación*”, equivalente em Português¹⁸⁰, para descrever os motivos expressos da decisão. As seguintes passagens deixam isso claro¹⁸¹:

Anteriormente hemos expuesto las razones por las que no se pueden unificar los dos tipos de razonamiento del juez; en particular aclaremos que entre ellos no hay simetría alguna y que, por lo tanto, el razonamiento decisorio no puede ser visto como el significado del discurso que constituye la motivación.

E continua¹⁸²:

El nexo entre procedimiento decisorio y motivación no puede, por lo tanto, ser visto en una pretendida coincidencia entre las ‘razones reales’ y los ‘motivos expresos’ de la decisión, sino más bien en el hecho de que la motivación tiende a proporcionar la justificación de aquello que representa el resultado del procedimiento decisorio, es decir, de la decisión, entendida como el contexto de enunciados en los cuales están expresadas las elecciones ‘finales’ a las que llegó el juez.

Taruffo distingue entre o raciocínio decisorio que leva o julgador a eleger a solução mais correta¹⁸³, daquele que permite o juiz as melhores escolhas para o processo de justificação constante na decisão¹⁸⁴. A obra aborda todos os vieses destas

¹⁸⁰ A Real Academia Española dá o seguinte conceito de motivación, que se equivale ao Português: “Conjunto de factores internos e externos que determinan em parte las acciones de una persona.” MOTIVACIÓN. In: Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**: edición del tricentenario. Madrid, [S.D.]. Disponível em: <<http://dle.rae.es/?id=Pw7w4l0>>. Acesso em: 29 mai. 2015.

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 238.

¹⁸² TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 238.

¹⁸³ Deve-se advertir que não é escopo deste trabalho a discussão sobre se a resposta judicial é a mais correta ou se há uma resposta constitucionalmente adequada, para o qual remetemos o leitor para a obra de Cristina Reindolff Motta. **A motivação das decisões cíveis**: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, que aborda com maestria a temática. No espaço deste trabalho, partir-se-á do entendimento de solução/resposta mais adequada ao caso concreto.

¹⁸⁴ Refere o autor, distinguindo ambas espécies de raciocínios: “Al respecto, es necesario anticipar la distinción, que será profundizada más adelante entre la estructura del razonamiento (heurístico, hipotético, valorativo) que conduce a la elección de la solución más correcta y la estructura del razonamiento que, vista la solución escogida por el juez, tiende a proporcionar una justificación

duas formas de raciocínio, centrando esforço nas escolhas de critérios que levam o juiz a justificar sua decisão¹⁸⁵.

Mas é na obra de Luiz Fernando Castilhos Silveira que se encontra uma das mais profundas investigações sobre aquele raciocínio decisório apontado por Taruffo para a escolha da decisão mais correta¹⁸⁶. Partindo dos estudos do filósofo Bernard Lonergan, Castilhos enfrenta com coragem o desafio de dissecar o processo de “descoberta” que leva à escolha dos critérios para a tomada de decisão judicial, permitindo que se parta daí para o enfrentamento do tema ora proposto.

Nessa breve revisão bibliográfica é possível se constatar que muitos autores, embora reconheçam a possibilidade de distinção entre fundamentação e motivação da decisão, relegam para o segundo plano a sua análise¹⁸⁷. Enquanto Taruffo volta-se ao aprofundamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para a escolha dos critérios para a justificação de sua decisão, Castilhos, por outro lado, esforça-se no perquirir o chamado processo de *descoberta*.

Considerando que se pretende pesquisar neste trabalho sobre a necessidade imposta, pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, ao magistrado de enfrentar os argumentos deduzidos pelas partes para a concretização do princípio do contraditório,

racional.” TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 109.

¹⁸⁵ Candido Rangel Dinamarco, Alexandre Freitas Câmara e Maria Thereza Gonçalves Pero não distinguem fundamentação e motivação como faremos neste trabalho. Enquanto o primeiro fala apenas em motivação como se fundamentação fosse, o segundo e a terceira autora usam as expressões indistintamente. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 681. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2014.p. 475. PERO, Maria Thereza Gonçalves. A motivação da sentença civil. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70.

¹⁸⁶ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.

¹⁸⁷ Imersos numa cultura eminentemente juspositivista, pensar o processo de tomada de decisão, significa valorar processos “[...] subjetivos (em uma acepção pejorativa do termo, indicando que seriam irracionais, arbitrários, e apontando para a impossibilidade de uma investigação relevante ou satisfatória (científica?) do tema no campo do Direito.” CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 41. E Michele Taruffo ainda afirma a subjetividade, que não impede o estudo, ao afirmar que “[...] podríamos llamar ‘irracionalismo psicológico’, tiende a poner en evidencia cómo más allá de los esquema lógicos com los cuales tradicionalmente se há descrito la decisión, existe al contrario una realidade psicológica que no permite ser reducida a ninguna forma lógica rígida [...]” TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 82.

faz-se necessário o aprofundamento (ainda que não em toda a sua extensão) sobre o possível espaço que as partes têm no processo para a construção da solução do litígio, como concretização de um *locus* democrático¹⁸⁸. E isso passa pela compreensão, um pouco melhor, do processo de *descoberta* no ato de tomada de decisão.

Por evidente, não se quer aqui reduzir o raciocínio que ocorre na mente do juiz ao trabalho mecanicista de alhures, o que significaria "[...] empobrecê-la, esterilizá-la, dissecá-la." Sabe-se que a justiça "[...] brota de uma consciência viva, sensível, vigilante, humana."¹⁸⁹

Assim, delimitado o objeto de estudo, adota-se a expressão *motivos* para o raciocínio que o juiz realiza para a escolha da solução mais adequada ao caso concreto e *fundamentação* como expressão das justificativas dos critérios que levaram à decisão judicial. A escolha não se dá de forma arbitrária, mas pelo consenso¹⁹⁰, ainda que não explícito, que a fundamentação é a exteriorização do caminho percorrido e que levou o juiz à determinada decisão. Há nítido caráter de objetividade na segunda expressão (prescrita em lei como elemento essencial da literalidade inclusive) e subjetividade na primeira, em que sequer há uma definição prescrita pela maior parte da doutrina, demonstrando a dificuldade de seu enfrentamento conceitual.

Sem espaço neste trabalho para o pleno enfrentamento das questões propostas na obra de Bernard Lonergan sobre o conhecer, e apoiando-se em seu comentador¹⁹¹, vale transcrever o principal objetivo do filósofo e teólogo canadense em seu livro¹⁹²:

Entende perfeitamente o que é entender, e não só compreenderás as linhas gerais amplas de tudo o que há para entender, mas também ficarás na posse de uma base sólida, de um padrão invariante, de uma abertura para todos os ulteriores desenvolvimentos da compreensão.

¹⁸⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIM, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, Vol. 13 –p.155-168/nov. 2009. p. 165.

¹⁸⁹ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 48.

¹⁹⁰ Há que se ter presente que as convenções linguísticas são necessárias para que o sujeito possa estar no mundo. WARAT. Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 14.

¹⁹¹ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.

¹⁹² LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 36.

Ao apresentar o pensamento de Lonergan, e com o objetivo de conduzir o leitor ao fio condutor do livro *Insights*, Castilhos explica a teoria sobre o raciocínio humano proposto por aquele autor da seguinte forma¹⁹³:

Investigando atenciosamente alguns ramos do conhecimento humano deliberadamente selecionados (como a matemática, a física e o senso comum), o autor chega à conclusão de que há um padrão de raciocínio que se mantém constante. Nós, seres humanos, experienciamos por meio dos sentidos e representamos essas experiências (consciência e imaginação); questionamo-nos com base nesses dados; colocamos problemas; reconhecemos padrões naquilo que sentimos e imaginamos, compreendemos relações (*insight*); formulamos hipóteses; questionamo-nos acerca de sua validade e testamo-las; reconhecemos padrões e relações entre as hipóteses e os dados (*insight reflexivo*); formulamos juízos e afirmamos.

Sem receio de pretender ultrapassar a ideia de que a tomada de decisão seria algo essencialmente subjetivo (em seu prolapado aspecto pejorativo), ou que a escolha dos critérios para a justificação e as *razones reales* seriam a mesma coisa, a investigação de uma eventual racionalidade sobre a forma de decidir poderá ser útil para a construção de um espaço de participação democrática do raciocínio jurídico através da comunicação.

Mesmo considerando demasiadamente complexo o raciocínio decisório do juiz, a ponto de tornar despicenda a sua utilidade, Michele Taruffo afirma um *context of discovery*, cuja atividade sequer estaria representada em um *context of justification*¹⁹⁴. Seria possível distinguir estruturalmente os motivos dos fundamentos através do esquema: *razonamiento decisorio (actividad) – decisión (resultado) – razonamiento justificativo (actividad) – motivación (resultado)*¹⁹⁵. Mesmo eventualmente desnecessário o aprofundamento da estrutura decisória, segundo o professor italiano,

¹⁹³ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 15.

¹⁹⁴ Para Taruffo: “En esencia, por lo tanto, es evidente que el razonamiento de juez, tal como es concretamente construido para formular la decisión, tiende a ser extremadamente más complejo y articulado, bajo diversos aspectos, de lo que la motivación logra expresar, de manera que resulta incongruente una vez más la concepción de la motivación como ‘explicación’ o como ‘historiografía’ de la decisión.” TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 111.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 204.

não deixa de reconhecer uma atividade ordenada entre a atividade decisória e a justificativa.

Organizando dados disformes em perspectiva, o *insight* é a apreensão de relações enquanto ato de inteligência¹⁹⁶.

Os *insights*, num “jogo de tentativa e erro” muito rápido (até mesmo imediato) no nível da consciência, apreendem um padrão que se acumulará para a solução de problemas similares, passando ao patrimônio subjetivo do ser cognoscente e servindo de fundamento para novos *insights*¹⁹⁷. E Lonergan explica¹⁹⁸:

Portanto, na autoafirmação do cognoscente, o condicionado é o enunciado: Sou um cognoscente. O elo entre o condicionado e suas condições molda-se na proposição: Sou um cognoscente, se eu for uma unidade que realiza certos tipos de atos. As condições como formuladas são a unidade-identidade-totalidade a ser apreendida nos dados como individuais e os tipos de atos a serem apreendidos nos dados como similares. Mas o adimplemento das condições na consciência obter-se-á pela reversão desde essas formulações ao estado mais rudimentar do formulado, em que não há formulação, mas tão só experiência.

Fruto de uma experiência íntima, ninguém poderá ter o *insight* por outra pessoa, mas um bom guia poderá servir de mediador entre o objeto (dados) e sujeito, para que o ser cognoscente reúna as condições de possibilidade para seu próprio *insight*, devendo este guia apontar os padrões existentes, similaridades e irrelevâncias. A vontade de experimentar, ocorrências passadas, *insights* anteriores e bons professores são parte das condições que poderão permitir o *insight*¹⁹⁹.

Isso porque um dado “[...] pode definir-se como o conteúdo de um ato de ver, ouvir, tocar, provar, cheirar.”, e estes não se darão num vazio cognitivo, mas num contexto de interesses e preocupações em que o sujeito é um “[...] centro mais ou

¹⁹⁶ Propositadamente, não se especifica, para o fim deste trabalho, quais dados e relações seriam, pois a atenção está voltada ao *insight* em si, não ao objeto do *insight*.

¹⁹⁷ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 82-84.

¹⁹⁸ LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 322.

¹⁹⁹ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 83.

menos autônomo de atividade.”²⁰⁰. E por não ser possível o observador neutro, passivo, estes dados sensíveis consistirão em elaborações inseridas num fluxo de sensações, memórias e ilustrações do sujeito²⁰¹. Não haverá uma distinção rígida entre sujeito e objeto.

Sendo uma atividade mental interna, os dados serão aqueles experimentados pelos sentidos (frio, calor, som, odor, etc.), dados da consciência (ver, ouvir, provar, cheirar, etc.) e os de percepção (imaginar, investigar, compreender, formular, refletir, etc.)²⁰².

Estes dados à disposição de um observador inerte, experimentados por um sujeito passivo, poderão nada significar. Mas essa *matéria bruta*²⁰³ à disposição do ser angustiado, consistirá na condição de possibilidade para a apreensão das relações necessárias para os *insights*²⁰⁴. Para exemplificar e atestar a sua teoria, já nas primeiras páginas de sua obra, Bernard Lonergan traz o exemplo de Arquimedes, cujo *insight* extravasou-lhe a conhecida expressão “Eureka!”²⁰⁵. Desta primeira imagem, apontam as características deste ato intelectual, descrevendo que: surge como uma libertação da tensão da pesquisa; ocorre de modo súbito e inesperado; é uma função de condições

²⁰⁰ LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 102-103.

²⁰¹ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 93.

²⁰² CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 96.

²⁰³ Bernard Lonergan qualifica estes dados como *brutos*, posto que estarão à serviço do observador para os lapidar em novo contexto. Opta-se pela expressão *matéria bruta* pela plasticidade da imagem, que traz a ideia de massa que une, permite relações. LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 102.

²⁰⁴ LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 102.

²⁰⁵ A expressão está tão inserta no senso comum, que o grito “Eureka!”, palavra grega que significa “Descobri!” e foi usada pelo matemático ao dar o primeiro passo na hidrodinâmica, dispensaria até mesmo a explicação. E a riqueza da escolha de Lonergan, como primeiro exemplo ilustrativo, já provoca em seu leitor a primeira percepção. Mesmo não tendo sido referido pelo autor, correr nu, como fez Arquimedes, representa, dentre outras coisas, a introspecção do cientista que lhe levou à descoberta, o que não significa, em nenhuma hipótese, a ausência de *matéria bruta* externa. BATALHA, Elisa. BENTO, Sílvio. Arquimedes e a coroa. **História**. In Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, [S.D.]. Disponível em: <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=946&sid=7>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

internas, e não de circunstâncias externas; gira entre o concreto e o abstrato; e insere-se na textura habitual da mente individual²⁰⁶.

Mas não convém neste espaço aprofundar cada uma destas características. O que se pretende demonstrar é que se trata de um processo interno, que atende a uma necessidade intrínseca²⁰⁷:

Há, de fato, lá bem no fundo de todos nós um impulso para conhecer, compreender, ver o porquê, descobrir a razão, encontrar a causa, explicar, que desponta quando o ruído dos outros apetites se aquieta.

Mas reconhece o autor que a inteligência depende ainda de uma vigilância contínua da pequena pergunta “por quê?”, citando que se o rei Hierão não tivesse desafiado Arquimedes a descobrir uma solução para o seu problema, certamente poucos conheceriam os banhos de Siracusa, cenário do inusitado fato. Em suas palavras, “[...] a inteligência depende da apresentação cuidadosa de problemas bem definidos.”²⁰⁸. E Hierão apresentou o problema certo a quem estava receptivo a fazer a pergunta certa.

Usando exemplos diversos, como o sujeito sentado em uma praia a observar contemplativo nuvens no céu, ou detetives que apenas descobrem a importância de determinadas pistas a partir do questionamento, Castilhos resume que os *insights* serão precedidos por perguntas. Sem as perguntas adequadas, não haverá o rearranjo necessário de dados para o *insight*²⁰⁹.

E quanto maior for a experiência do sujeito, mais capacitado estará para formular as perguntas mais adequadas para a solução do problema. As respostas pressupostas foram precedidas dos questionamentos relevantes em seu devido tempo. São *insights* que alteram a condição de ser do sujeito no mundo, permitindo-lhe alcançar novos *insights* com maior facilidade²¹⁰.

²⁰⁶ LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 42.

²⁰⁷ LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 42.

²⁰⁸ LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 43.

²⁰⁹ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 85.

²¹⁰ Uma das características do *insight*, é mudar a condição do sujeito no mundo em relação ao problema, posto que a dificuldade de outrora se torna algo simples, por vezes banal. CASTILHOS,

Considerando que as perguntas darão especial atenção a determinadas características dos dados, estas criarão o contexto para o surgimento do *insight*, que não surge no isolamento, pois o conhecimento compartilhado dá a sua condição de possibilidade²¹¹. O conhecimento é, O conhecimento é, antes de tudo, fruto desse compartilhamento de experiências.

Perguntas adequadas e a disposição de dados certos levarão aos *insights* para o surgimento de formulações. Reconhecendo um padrão a partir do nível da experiência, o *insight* levará ao nível da compreensão. Trata-se de um ato de compreensão que deverá ser formulado, permitindo que dela se extraiam conceitos, suposições, definições, hipóteses, teorias, etc.²¹².

Exatamente nessa construção, importa que *o expressar* é antecedido, como refere Lenio Streck, por “[...] uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí.”²¹³. A compreensão do fenômeno do *insight* não significa, necessariamente, que devam ser cindidos os momentos de interpenetração das razões justificantes e o momento de tomada de decisão decorrente do processo salientado por Lonergan, como adiante se retornará ao tema.

Até aqui, ainda que brevemente, acredita-se ter demonstrado por meio do pensamento de Bernard Lonergan e de seu comentador, que a formulação de conceitos e hipóteses decorre que um processo subjetivo semelhante em todas as pessoas. Mas para a proposta deste trabalho, é suficiente a compreensão de que o resultado do processo cognitivo não é um ato isolado, e que este decorre do compartilhamento de experiências para a formulação das perguntas certas e escolha dos dados relevantes. Mais adiante, voltar-se-á ao *insight*.

Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 83 e 88.

²¹¹ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 87.

²¹² CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 97.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 167.

A necessidade de fundamentar a decisão, como visto acima, é relativamente recente na história da civilização. Por centenas de anos, e em determinados povos, era incompatível a fundamentação da sentença com a estrutura de poder vigente. Se a digressão histórica demonstra que a ausência de justificação da decisão não causava sequer estranheza, como se pode ter por certo que a fundamentação do julgamento seria, nesta quadra histórica, um direito fundamental? Piero Calamandrei aponta para um rumo²¹⁴:

Desde o momento em que a justiça desceu dos céus para a terra, e se começou a admitir que a resposta do juiz é a palavra humana, e não de um oráculo sobrenatural e infalível que se adora e não se discute, o homem sentiu a necessidade de razões humanas para encontrar a justiça dos homens.

Para a aferição deste direito como fundamental, faz-se necessária a compreensão, primeiro, sobre o que consistirá esse traço distintivo em relação aos demais direitos e qual a importância desta característica. E essa verificação passa pela distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais²¹⁵.

Embora reconheça estarem umbilicalmente ligados pelo conteúdo²¹⁶, Ingo Wolfgang Sarlet distingue-os ao dizer que, enquanto os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, os direitos humanos estão positivados no direito internacional com aspiração de validade e incidência universal para todos os seres humanos²¹⁷. Destarte, extrai-se que todos os direitos humanos serão direitos fundamentais, conforme prescreve o artigo

²¹⁴ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 67.

²¹⁵ Não se adentrará aqui, ainda, na distinção entre os *direitos humanos* e os *direitos do homem*, sendo suficiente para o escopo deste trabalho a nota que o segundo ainda não se encontra positivado na esfera internacional ou nacional. Trata-se de expressão para distinguir da fase de seu reconhecimento pela ordem jurídica. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 36.

²¹⁶ Ingo afirma que “Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 41.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 35.

quinto, parágrafos segundo e terceiro da Constituição Federal de 1988, mas nem todos os direitos fundamentais serão, necessariamente, direitos humanos²¹⁸.

Celso Lafer, em suas reflexões sobre o artigo quarto da Constituição da República Brasileira²¹⁹, ressalta que a Carta brasileira não se limitou a distribuir competências e a garantir direitos, mas se caracterizou pela incorporação de princípios gerais e, especialmente considerando o inciso segundo daquele artigo, a uma política internacional de adesão aos Pactos Internacionais e Regionais de Direitos Humanos²²⁰.

Reconstruindo o surgimento da ideia de valor da pessoa humana, Lafer atribui à associação realizada pelo cristianismo dos ensinamentos judaicos constantes no Velho Testamento²²¹ e do Estoicismo Grego²²² como inspiradores da mentalidade que possibilitou o surgimento dos direitos humanos. Foi justamente a evangelização cristã que difundiu a condição de possibilidade para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana²²³.

²¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²¹⁹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²²⁰ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 13 e 15.

²²¹ A afirmação que Deus criara o homem à sua imagem (Gênesis - 1,26), e a unidade do gênero humano reconhecido por Noé (Gênesis - 9, 6-17), trazem uma nova visão: a de que os homens são iguais entre si, com igual valor. Jesus, ao trazer a Boa Nova, afirma ter vindo expiar os pecados de todos, sejam judeus ou gregos, escravos ou homens livres, homens ou mulheres (Romanos – 10,12; Epístola aos Gálatas, 3,28). LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 35.

²²² Os estoicos deram sua contribuição ao atribuir, ao indivíduo, a responsabilidade de contribuir para a engrenagem natural do mundo, como se pode extrair da seguinte passagem: “[...] la finalidad con miras a la cual Dios genera los movimientos del mundo es la supervivencia, autosuficiencia y belleza total del mismo. Para lograr este propósito, la divinidad confiere a cada entidad un fin particular que contribuya a alcanzar el fin global del gran engranaje que es la naturaleza. Ahora bien, en esta configuración del mundo la divinidad estipula una jerarquía entre los seres naturales. Así, de acuerdo con los estoicos, el mundo entero fue creado con miras al beneficio de los seres racionales: los humanos y los dioses.” GOMEZ ESPINDOLA, Laura Liliana. PROVIDENCIA, RACIONALIDAD Y LEY NATURAL EN EL ESTOICISMO. **Univ. philos.**, Bogotá, v. 31, n. 63, p. 39-70, Dec. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-53232014000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²²³ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 34.

É na *Magna Charta Libertatum* inglesa (1215), na lei do *Habeas Corpus* (1679) e no *Bill of Rights* (1689), que os direitos do homem são positivados e ganham relevância²²⁴. Mas o marco para o reconhecimento destes como *direito fundamental se dá* apenas com o advento da Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e pela Declaração Francesa de 1789. A nota distintiva está que, nestes documentos, os direitos ganham supremacia e estabilidade suficientes para vincular o Parlamento²²⁵. De direitos humanos, tornam-se direitos fundamentais.

A necessidade desta positivação surge para conferir segurança aos direitos contemplados, visto que para Lafer, “Esta dimensão seria o dado de estabilidade que serviria de contraste e tornaria aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço do direito positivo dependente da vontade do legislador, em contextos localizados e variáveis.”²²⁶ Norberto Bobbio chega a referir que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”²²⁷ E Sarlet confirma que é através da positivação que os direitos humanos ganham a plena eficácia e efetividade, não dependendo exclusivamente da boa-vontade e cooperação dos Estados individualmente considerados²²⁸.

E com fundamento na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que em seu artigo dezesseis prescreve que “[...] toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição.”²²⁹, que Ingo afirma que o princípio da separação de poderes e a limitação de poderes do Estado por meio dos direitos fundamentais passaram a ser o núcleo material das Constituições escritas que nela se inspiraram²³⁰.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 47-49. LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 35.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 50.

²²⁶ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 36.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 40-41.

²²⁹ DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca virtual de direitos humanos. São Paulo, [S.D.]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em: 05 jun. 2016.

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 69.

Por essa razão, os direitos fundamentais apenas aspirarão eficácia num Estado constitucional, e mais, será pressuposto e garantia de um Estado democrático, o que será abordado no quarto capítulo deste trabalho.

Mas assentada a necessidade de positivação dos direitos humanos, e sem descurar da importância da localização dos Direitos e Garantias Fundamentais já no início da Constituição Federal brasileira, demonstrando o compromisso assumido pelo Estado, podem-se encontrar direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no art. 225, ou independência nacional e a solução pacífica de conflitos, previstos nos incisos do art. 4º, ambos da Constituição Federal²³¹.

Diante do constante, Ingo dá a seguinte definição aos direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições juridicamente concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)²³².

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, constitui o marco mais importante para a concretização dos direitos humanos na esfera internacional. Traduzido para mais de 360 idiomas e firmada pelo Brasil no dia de sua promulgação, a Declaração prescreve a publicidade dos atos de julgamento e a impossibilidade de arbitrariedade em três artigos²³³:

Artigo IX
Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

²³¹ Isso porque, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a pressão exercida sobre os legisladores à época para a conclusão dos trabalhos, impediu a necessária reflexão, impedindo uma adequada sistematização. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 80.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 91.

²³³ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Portugal, julho de 1998. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> . Acesso em: 05 jun. 2016.

Artigo X

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

A simples leitura destes dispositivos ratificados pelo Estado brasileiro, já permitiria concluir que os julgamentos não podem ser arbitrários e deverão ser públicos. Entretanto, corroborando essa conclusão, a Declaração determina expressamente que o direito ao asilo político não poderá ser invocado quando a *persecutio* se der em razão de delito comum, legitimamente motivado²³⁴:

Artigo XIV

Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

O artigo 7º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, firmada pelo Brasil em 22 de novembro de 1969, em San José, na Costa Rica, prescreve o dever de informar as razões da decretação de prisão ao detido²³⁵:

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

A Constituição Federal brasileira, em três incisos distintos do artigo quinto, determina garantias processuais específicas sobre o devido processo legal, contraditório e fundamentação para a prisão²³⁶:

²³⁴ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Portugal, julho de 1998. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> . Acesso em: 05 jun. 2016.

²³⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada em Direitos Humanos em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²³⁶ **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

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

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

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Constando no capítulo específico dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, não há dúvida que, ao menos face à localização topográfica no texto constitucional, trata-se de direitos fundamentais. Entretanto, e aqui um dos objetivos desta parte do trabalho²³⁷, há que se comprovar a necessidade de fundamentar a decisão como um direito fundamental, posto que a previsão constitucional se encontra no artigo 93, IX, da Constituição Federal, capítulo específico sobre o Poder Judiciário.

Kazuo Watanabe afirma que, quando da primeira edição de seu livro *Da Cognição no Processo Civil*, vigorava a Constituição de 1967 (Emenda Constitucional de n.º 1/1969), que não referia o dever de fundamentação da decisão judicial. Mesmo assim, “[...] era inquestionável cuidar-se o direito à motivação de uma das garantias constitucionais do processo. Defluía ela como corolário do princípio do juiz natural, inscrito no § 4º do art. 153, CF de 1969.”²³⁸

Mais tarde, Watanabe afirma, em sua edição de 2005, que “[...] a motivação está hoje expressamente prevista na Constituição no inciso IX, do art. 93, [...]”, mas que “não era explícita a Constituição (Emenda Constitucional de 1969) vigente à época da publicação da 1ª edição deste livro, mas era inquestionável cuidar-se o direito à motivação de uma das garantias constitucionais do processo.”²³⁹

Ao distinguir os direitos fundamentais em dois grupos, quais sejam: os expressamente positivados no texto constitucional e em tratados internacionais daqueles subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e os decorrentes do regime e dos princípios, Sarlet dá o caminho procurado. Transcrevemos ante a lucidez da explicação²⁴⁰:

²³⁷ Este item deste capítulo procura distinguir a fundamentação de seus motivos e aferir se efetivamente a primeira é um direito fundamental do cidadão.

²³⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Central de Publicações jurídicas, 1999. p. 67.

²³⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005. p. 77.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 102.

No que concerne ao primeiro grupo, não existem maiores dificuldades para identificar a existência de duas grandes categorias distintas, quais sejam, a dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram positivados.

E continua, ao definir o segundo grupo:

Já no que concerne ao segundo grupo, podemos também distinguir duas categorias. A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais [...], ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, §2º, da CF denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios.

Poder-se-ia afirmar que os direitos fundamentais à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal têm implícitos o direito à decisão fundamentada pelo Poder Judiciário constante no art. 93, IX, da Constituição. Mas não é apenas isso. Incorporando-se ao catálogo expresso na Constituição Federal por força do 5º, §2º, os tratados internacionais firmados pelo Brasil determinam que ninguém será julgado de forma arbitrária, sem a informação dos fundamentos de sua prisão e os julgamentos serão públicos.

Outrossim, e isto será abordado com maior profundidade no capítulo quarto deste trabalho, constando no artigo primeiro da Constituição que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento da dignidade da pessoa humana e a repartição de poderes, a fundamentação das decisões como direito fundamental decorre do próprio regime adotado pelo Estado, consistindo não apenas como garantia do cidadão, mas também como forma de controle pela sociedade, nos termos do próximo item.

Assim, sob qualquer ângulo que se queira analisar, o direito à fundamentação da decisão consiste em direito fundamental expresso no texto constitucional de 1988, por ser implícita e expressamente incorporado ao texto constitucional como fundamento e pressuposto para um Estado Democrático de Direito.

2.3 Efeitos Internos e Externos do Dever de Fundamentar o Ato Decisório

Partindo da compreensão de que a fundamentação do julgamento consiste em direito fundamental constitucionalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário o estudo dos efeitos internos e externos do dever de fundamentar o ato decisório para o posterior enfrentamento do papel destinado às partes na formação da decisão.

Analisando a *ratio* da obrigação de fundamentar a decisão judicial, Michele Taruffo explica que se poderá adotar a perspectiva endoprocessual e extraprocessual para a compreensão do dever de fundamentação²⁴¹. Não se trata apenas da obrigação de fundamentar *versus* a ausência deste dever, haja vista as implicações ideológicas decorrentes da opção adotada pelo legislador. Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustarroz utilizam a expressão “*multifuncionariade da fundamentação judicial*” para expressar as diferentes funções deste dever constitucional²⁴². Teresa Arruda Alvim Wambier, como adiante se demonstrará, simplifica em apenas em duas funções, uma endoprocessual e outra extraprocessual²⁴³. Luiz Rodrigues Wambier, por sua vez, ao falar da função do dever de fundamentar, centra esforço exclusivamente numa perspectiva extraprocessual²⁴⁴.

Há, a par da relevância do dever de fundamentar considerado pelo ordenamento, ainda o estabelecimento do papel do juiz e sua responsabilidade²⁴⁵. José Rogério Cruz e Tucci, ao discorrer sobre as garantias constitucionais da publicidade e motivação²⁴⁶ dos atos judiciais no novo CPC, afirma que será pela

²⁴¹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 333.

²⁴² Tirando suas lições de Francesco Paolo Luiso e Michele Taruffo, apontam a perspectiva extraprocessual do controle da administração pública pela sociedade, a formação de jurisprudência e a função endoprocessual de possibilitar a impugnação do julgado. PORTO, Sérgio Gilberto. USTARROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68-71.

²⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova.... 157-166. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 157.

²⁴⁴ Luiz Rodrigues, ao contrário de sua esposa, refere apenas sobre a controlabilidade pelas partes e pela sociedade *como um todo*. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 78.

²⁴⁵ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 334.

²⁴⁶ O autor utiliza, conforme supra referido, indistintamente as expressões motivos e fundamentos da sentença.

observância dos motivos publicizados pelo juiz que se poderá propiciar melhores meios para a educação jurídica do povo e controlabilidade pela sociedade²⁴⁷.

São, conforme o Michele Taruffo, quatro tipos de soluções encontradas pelos diferentes ordenamentos jurídicos ao longo de sua evolução: a) ausência da obrigação de fundamentar a decisão; b) obrigação imposta em razão da concepção endoprocessual; c) obrigação imposta segundo as concepções endoprocessual e extraprocessual; e d) obrigação decorrente da concepção extraprocessual²⁴⁸.

Sob o ponto de vista endoprocessual, podem-se identificar a necessidade de fundamentar em razão das partes do processo e pela possibilidade de controle e cassação pelos órgãos judiciários superiores, assim como quanto à possibilidade do exercício de defesa e participação das partes no desenvolvimento do processo. Sob a perspectiva extraprocessual, o dever de fundamentar está ligado à possibilidade de controle do ato jurisdicional e a aferição da relação da decisão com os valores vigentes. Passemos à verificação de cada um destes fundamentos.

Um primeiro argumento quanto à necessidade de fundamentação relaciona-se com a possibilidade da fundamentação persuadir as partes e seus advogados²⁴⁹, demonstrando que o juiz valorou os argumentos e exceções propostas pelas mesmas.

²⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. 99-109. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 100.

²⁴⁸ Afirma o pesquisador que a maior parte dos ordenamentos que adotou o dever de fundamentar nos séculos XVII e XVIII tinham em conta a concepção endoprocessual, enquanto a perspectiva endoprocessual e extraprocessual aparecem nos ordenamentos mais modernos. Como exemplo de ordenamento apenas extraprocessual, cita o ordenamento jurídico inglês. TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 407.

²⁴⁹ Ao referir sobre o efeito da fundamentação sobre os advogados, Calamandrei alerta que a sentença fundamentada poderá, além de infirmar a tese defendida, tranquilizar o advogado, como aduz: "Mesmo a nós, advogados, pode ocorrer, quando o juiz nos contraria, de encontrar na motivação da sua sentença os argumentos nos quais antes não havíamos pensado, e que nos permitem conhecer o erro da tese que sustentávamos anteriormente: e perder uma causa, percebendo havê-la perdido justamente, pode produzir em nós quase o mesmo efeito tranquilizador que nos produziria obter a razão quando se tem o convencimento de possuí-la." CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 68. Outrossim, quanto à possibilidade de argumentos novos e não pensados da fundamentação, recorde-se a inovação aportada no Código de Processo Civil de 2015 do Princípio da não-surpresa e constante em seu artigo 10^o.

Essa persuasão seria capaz de, pelo seu poder de convencimento, diminuir a interposição de recursos²⁵⁰ pela sua racionalidade e obviedade de suas conclusões²⁵¹.

Mas é de Piero Calamandrei o primeiro argumento que demonstra que a fundamentação adequada (ou justa? Conforme Taruffo em sua obra, à página 335) da sentença não tem o papel de diminuir a interposição de recursos, não obstante a possibilidade, ainda que reflexa, de persuasão. Afirma Calamandrei²⁵²:

Litigar pode querer dizer (como no caso do célebre moleiro de Sans-Souci) ter fé na seriedade do Estado; pode querer dizer, também, prestar um serviço ao Estado, porque este encontra na defesa do direito sua mais elevada expressão e deve agradecer ao cidadão que, ao lhe pedir justiça, lhe dá, assim, ocasião de reconfirmar, defendendo o direito, sua razão de ser mais essencial.

Ninguém litiga por litigar apenas, conforme ensina Calamandrei, e não se deve pretender a fundamentação adequada apenas em razão de política judiciária. Ademais, conforme José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio, ao tratar sobre a relativização da coisa julgada: “A parte sucumbente não recorre porque foi proferida uma decisão em desconformidade com a Constituição, seus princípios e com a realidade do mundo, a parte recorre porque perdeu”²⁵³

Araken de Assis²⁵⁴ comprova que, mesmo na Constituição brasileira, há casos de impossibilidade de acesso ao duplo grau de jurisdição, conforme prescreve o artigo 121, § 3º, da Carta Magna²⁵⁵. O doutrinador afirma, embora reconhecendo

²⁵⁰ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) monitora constantemente o crescimento real da capacidade do Poder Judiciário de dar vazão aos processos ajuizados pelo *Índice de Atendimento à Demanda* (IAD), que vem se mantendo em 98% desde o ano de 2011. No ano de 2014, conforme último relatório divulgado em setembro de 2015, cada magistrado brasileiro julgou 1.595 processos, demonstrando queda de sua produtividade de 1,3% em relação ao ano imediatamente anterior. Dessa forma, não se deve ignorar, embora fora do campo de pesquisa neste momento, a política judiciária como importante componente na imposição de empecilhos ao duplo grau de jurisdição. NÚMERO de processos baixados no Poder Judiciário cresce pelo 4º ano seguido. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80431-numero-de-processos-baixados-no-poder-judiciario-cresce-pelo-4-ano-seguido>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

²⁵¹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 335.

²⁵² CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 151-152.

²⁵³ TESHEINER, José Maria Rosa. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 230.

²⁵⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79.

²⁵⁵ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais. § 3º São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança.

entendimento diverso²⁵⁶, que a estipulação de restrições ao duplo grau de jurisdição é uma possibilidade, pois “[...] revelam-se rigorosamente constitucionais as restrições porventura criadas à possibilidade de reexame dos atos decisórios por outro órgão do Judiciário.” E Michele Taruffo arremata²⁵⁷:

En verdad, si la presenta eficacia persuasiva de la motivación sirve para justificar la obligación correspondiente también en el caso de los órganos de última instancia, la consecuencia que se desprende tiene un alcance explicativo más limitado, ya que vale únicamente a propósito de las sentencias contra las que puede admitirse un medio de impugnación cualquiera.

Sem desconsiderar a possibilidade das partes serem desestimuladas a recorrer da decisão bem fundamentada, não será esta a única razão deste dever constitucional, pois as partes colaboram com o ordenamento jurídico ao trazerem ao Judiciário suas demandas e, ao recorrer, geralmente têm em vista a reforma do julgado que, para si, é injusto. Outrossim, poderá o legislador restringir os meios recursais sem ofender a Constituição e sem prescindir da fundamentação da decisão. Não poderia ser este, então, o único efeito do dever de fundamentação.

Uma segunda *ratio*, conforme Michele Taruffo, consiste em, quando bem fundamentada a decisão, “[...] no solamente resulta más fácil la valoración de la pertinencia de la impugnación, sino que es posible identificar de una manera más precisa los vicios de la sentencia que pueden constituir motivos de impugnación.”²⁵⁸ Para Calamandrei a²⁵⁹:

[...] motivação torna-se, assim, o espelho refletor dos erros do juiz: quando um advogado analisa uma sentença para descobrir motivos

Constituição (1988). Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2016.

²⁵⁶ Em nota de rodapé, de número 34, apresenta autores que entendem ser direito fundamental o princípio do duplo grau de jurisdição, como Djanira Maria Radamés e Enrico Allorio. Entretanto, sem adentrar neste mérito, certo é que as restrições ao direito ao duplo grau de jurisdição são uma realidade no direito brasileiro. ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79.

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 335.

²⁵⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 335.

²⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autónoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 39.

válidos de impugnação, o terreno no qual ele vai à caça de erros é, sobretudo, aquele da motivação, [...]

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, que fala muito sucintamente sobre as funções do dever de fundamentação, a perspectiva endoprocessual seria a de possibilitar às partes recorrerem, pois no recurso se atacará, justamente, a fundamentação²⁶⁰. Em termos técnicos, Tucci afirma que a fundamentação (motivação, para o autor) permitirá a correta interposição do recurso²⁶¹, o que viria ao encontro da necessária publicidade do ato²⁶².

Maria Thereza Gonçalves Pero, ao falar sobre a *motivação da sentença civil em seu aspecto endoprocessual*, explica que a fundamentação da sentença tem a função técnica de permitir que as partes exercitem o seu direito de recorrer²⁶³:

[...] permitir a precisa determinação do julgado e seu conteúdo, facilitar a sua correta interpretação, assim como tornar evidentes, na sentença, os vícios in iudicando que poderão ser objeto de impugnação, assim como a formulação das razões do recurso, sendo, pois, a motivação, nesse sentido, garantidora da efetividade do direito de recorrer de que dispõem as partes, e que não pode ser obstado.

Assim, no dizer de Câmara, a fundamentação servirá de *conexão* entre a sentença e sua impugnação, permitindo que as partes possam decidir se vão impugnar ou não, pelo conhecimento de suas razões²⁶⁴. Mas nesta *conexão*, assim como os demais doutrinadores examinados não o fazem, não há a distinção que Taruffo faz sobre a função da fundamentação que permite a decisão sobre o recurso adequado e a função que permite à parte a individuação e definição do conteúdo desta decisão.

Apenas Taruffo destaca que a fundamentação da sentença, além de permitir a opção sobre a impugnação, está assentada “[...] essencialmente en la necesidad de que el contenido de la decisión pueda individuarse y definirse de manera adecuada, a partir de las afirmaciones del juez.” Essa função permitirá que a decisão não gere efeitos

²⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova.... 157-166. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 157.

²⁶¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 147.

²⁶² TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. 99-109. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 100.

²⁶³ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70.

²⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2014.p. 475.

além de seus limites, além do *quantum iudicatum*²⁶⁵. Cândido Rangel Dinamarco, mesmo usando motivação para o que seria a fundamentação, reconhece a fundamentação para a interpretação da decisão, sem designar esta como função, ao dizer que “O exame da motivação norteará o intérprete quanto ao modo de dissipar eventuais dúvidas deixadas no *decisium*.”²⁶⁶ (grifo do autor).

A exata individualização do conteúdo da sentença não está, conforme explica o professor italiano, necessariamente relacionada à eventual impugnação da decisão pela parte, mas a interpretação objetiva do julgado interessa como delimitação do conteúdo do ato decisório em si. Não restam, quando adequado o conteúdo da sentença, dúvidas interpretativas em relação à sua eficácia e efeitos²⁶⁷. Apenas Maria Thereza Gonçalves Pero refere, brevemente, que a fundamentação tem²⁶⁸ “[...] entre tantas, a finalidade de permitir a precisa determinação do julgado e seu conteúdo, facilitar a sua correta interpretação, [...]”.

Sob o ponto de vista endoprocessual, restam frequentemente²⁶⁹ apontados a função de persuasão (e esclarecimento) do juiz ou tribunal que apreciará a impugnação apresentada pela parte e a função de racionalização e controle das decisões de primeira instância²⁷⁰. Abordemos conjuntamente cada uma destas funções, conforme a doutrina que enfrenta essa perspectiva, iniciando-se pela lição de Maria Thereza Gonçalves Pero²⁷¹:

Perante o órgão de apelação, a exposição dos motivos é necessária para que este possa exercer o controle da legalidade da decisão, que poderá ser decorrente não só do contraste entre a decisão e a norma, como também do erro de interpretação cometido pelo juiz ao extrair da norma o critério jurídico de solução da controvérsia, como ainda para aplaudir e atribuir-lhe idoneidade para constituir-se em precedente

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 337.

²⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 710.

²⁶⁷ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 338.

²⁶⁸ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70.

²⁶⁹ Uma perspectiva interessante, cuja análise não encontramos na bibliografia examinada, é a possibilidade de a fundamentação ter por função a oportunidade de permitir o julgador organizar, e de certa forma controlar, a construção de seu pensamento através da construção das justificativas que constarão na fundamentação do ato decisório.

²⁷⁰ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2014. p. 475. TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 338.

²⁷¹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70-71.

jurisprudencial, 'se e na medida em que contenha explicação e a justificação da solução interpretativa acolhida.'

Nesse mesmo sentido Câmara, mas apenas reconhecendo a função no sentido de conhecimento e controle das razões pelo órgão superior, sem referir como meio de consolidação de entendimento, afirma que a fundamentação serve “[...] ao juízo superior, que apreciará a impugnação, e que poderá exercer melhor o seu trabalho de conhecer as razões que levaram a sentença recorrida a ser proferida.”. Sem explicar a espécie de controle (jurisdicional ou funcional), o processualista diz que “[...] a motivação da sentença permite o controle vertical da atuação do juiz.”²⁷²

Taruffo explica que a fundamentação é necessária para que “[...] el juez de la impugnación pueda juzgar mejor los fundamentos del gravamen.”, permitindo que o juiz ad quem esteja na mesma posição em que as partes se encontram, ou seja, suscetível a ser esclarecido das razões da decisão impugnada e possa ser persuadido de seus fundamentos. Também permitirá que o juiz possa averiguar os vícios que afetam a decisão, não obstante a estreita conexão entre a possibilidade de constatação destes vícios e os fundamentos específicos do meio de impugnação²⁷³.

Kazuo Watanabe, após examinar a compreensão de diversos outros doutrinadores sobre a importância da fundamentação da decisão judicial, a qual denomina motivação, afirma que é através desta que se pode avaliar o nível de preparação dos juízes, servindo como “[...] permanente aperfeiçoamento dos magistrados.”²⁷⁴ E por essa razão que Taruffo refere que a fundamentação tem a função nomofilática e unificadora: a primeira porque haverá o controle, pelo órgão ad quem, das decisões que provêm do errado raciocínio interpretativo realizado pelo juiz quando da extração dos critérios jurídicos da norma; a segunda como unificação da jurisprudência, o que apenas se poderá fazer através da fundamentação das decisões²⁷⁵.

Mas a relação entre a obrigatoriedade de fundamentar e os meios de impugnação da decisão encontram dois limites em sua explicação como função. O primeiro consiste no fato de que mesmo decisões judiciais não passíveis de recursos

²⁷² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2014.p. 475.

²⁷³ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 338-339.

²⁷⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Central de Publicações jurídicas, 1999. p. 69-70.

²⁷⁵ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 340-341.

devem ser fundamentadas, a exemplo da impossibilidade de recurso quando da admissão do *amicus curiae* nos termos do Código de Processo Civil atual²⁷⁶. O segundo limite estaria na desnecessidade da publicidade da fundamentação²⁷⁷ para que as partes possam recorrer da decisão que lhe foi contrária, a exemplo do que ocorrera nos países de língua alemã até o século XVIII, em que a fundamentação somente era revelada ao juiz *ad quem*, como lembra Taruffo²⁷⁸.

Estes dois limites são facilmente transpostos pela demonstração do direito fundamental à fundamentação constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)²⁷⁹, Convenção Interamericana de Direitos Humanos²⁸⁰ e Constituição da República Federativa do Brasil²⁸¹. Também, o que remeterá à próxima abordagem sobre a função extraprocessual da fundamentação, é Taruffo que explica a impossibilidade de uma visão reducionista do controle da decisão judicial, ao enfrentar a importância do art. 111, numeral primeiro, da Constituição italiana²⁸²:

²⁷⁶ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, *por decisão irrecorrível*, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. (grifamos) BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 jun. 2015.

²⁷⁷ Aqui vale advertir, enquanto limite da função, que não encontra respaldo no ordenamento brasileiro, posto que a publicidade está em igual grau de importância com o dever de fundamentar a decisão judicial, conforme art. 93, IX, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

²⁷⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 305 e 339-340.

²⁷⁹ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Portugal, julho de 1998. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> . Acesso em: 05 jun. 2016.

²⁸⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada em Direitos Humanos em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

²⁸² TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 355.

De hecho, la fórmula del artículo, 111, numeral primero, es tal que resulta del todo incompatible con cualquier interpretación general del interpretación que, más o menos implícitamente, tienda a hacer coincidir el supuesto típico de la obligación de la motivación con la de la sentencia impugnada; además, ésta sería una consecuencia inevitable si se quiere ver en la impugnación a la única modalidad de control posible para las decisiones jurisdiccionales, y en el juez de la impugnación al sujeto exclusivamente legitimado para ejercer dicho control.

Outro professor italiano, Mauro Cappelletti, examinando a conexão existente entre poder e responsabilidade, prescreve que²⁸³:

[...] um sistema de governo liberal-democrático – um sistema, pois, que queira garantir as liberdades fundamentais do indivíduo em um regime de democracia social, como é o previsto na Constituição Italiana – é sobretudo aquele em que exista razoável relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de tal sorte que ao crescimento do próprio poder corresponda um aumento dos controles sobre o exercício de tal poder.

Não se admitindo mais inadvertidamente os antigos obstáculos à responsabilidade judicial, consistentes nos princípios de que o Estado não pode cometer injustiça (*The King can do no wrong*)²⁸⁴ e do “*res judicata facit jus*”²⁸⁵, haverá sempre a necessidade da *accountability* judicial, independentemente do delicado equilíbrio existente entre os valores da imunidade e independência do juiz em contraposição ao dever democrático de prestar contas²⁸⁶.

²⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 18.

²⁸⁴ Segundo esse princípio, a responsabilidade do Estado inexistia ou era extremamente limitada, pois era considerada incompatível com a ideia de soberania. Mesmo considerando inaceitável a irresponsabilidade estatal, o professor italiano não exclui a existência de Estados que ainda remanescem nessa doutrina. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 25.

²⁸⁵ O brocardo medieval utilizado pelo autor para exemplificar esse princípio é que “*res judicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum*” Ou seja, mesmo injusta, transitada em julgado a decisão, torna-se a mesma imutável. Mas reconhecendo essa perspectiva nos países de Civil Law, especialmente, afirma o autor à página 30 de seu estudo comparativo: “Retornando ao nosso problema específico, parece claro que, numa moderna avaliação de valores, seria inaceitável desde logo a recusa apriorística da possibilidade de configurar-se responsabilidade do Estado por erros e violações por obra de atos jurisdicionais, não obstante o princípio da autoridade da coisa julgada.” CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 27.

²⁸⁶ Aqui, utilizando lição de Trocker, o autor traz lapidar advertência: “[...] o privilégio da substancial irresponsabilidade judicial não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar, em troca da independência de seus juízes.”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 33.

Ora, se os juízes exercem o poder-dever de julgar e esta função é disciplinada por regras e princípios, escritos ou não, é seu corolário lógico que haverá a responsabilização daquele agente público que contrariar tais regras e princípios²⁸⁷.

Mais, considerando a exigência geral de controle social da maneira pela qual os órgãos estatais exercem o poder que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico, chamado por Michele Taruffo como *Princípio da Controlabilidade*²⁸⁸, a fundamentação consiste na maneira específica em que este controle é exercido pela opinião pública, conforme refere que “[...] esto implica que los destinatarios de la motivación no son solamente las partes, sus abogados y el juez de la impugnación, sino también la opinión pública entendida en su conjunto, en tanto opinión de *quisque de populo*.”²⁸⁹

Cappelletti aponta que os magistrados estão expostos a quatro tipos de responsabilidade, conforme as opções políticas de cada sistema e ordenamento jurídico: a política, a jurídica do Estado, a jurídica pessoal do juiz e a social.²⁹⁰

Na responsabilidade política, mais usual em alguns países de *Common Law* como Inglaterra e Estados Unidos²⁹¹, os juízes podem ser removidos de seus cargos por *impeachment* no parlamento por conduta inidônea (*misbehaviour*) ou por violação de determinados preceitos constitucionalmente previstos²⁹².

Como forma de proteção do juiz de ações intimidatórias ou maliciosas por litigantes insatisfeitos, há a responsabilidade jurídica do Estado, em que este responderá de forma *exclusiva* pelos prejuízos causados à parte em razão de conduta violadora do direito pelo juiz no exercício de suas funções. Nos dizeres do autor italiano, há uma responsabilidade *substitutiva* do Estado, pois a parte ou terceiro prejudicado não tem ação direta contra o juiz, mas apenas em face do Estado.

Em sua tendência evolutiva, como em França e Alemanha, o Estado terá ação regressiva em face do juiz quando demonstrado o dolo, concussão, ato ilícito ou culpa

²⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 17.

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 354.

²⁸⁹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 355.

²⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 36.

²⁹¹ Em sua pesquisa comparativa, o autor aponta países de Civil Law que adotam, com diferenças pontuais, a responsabilização política de seus juízes, como Chile, México Venezuela, França ou Alemanha, por exemplo. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 40.

²⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 37-43.

grave. Mesmo existindo a possibilidade, Cappelletti reconhece o pouco uso dessa possibilidade²⁹³.

Subdividindo a responsabilidade pessoal do juiz em penal, civil e disciplinar, Cappelletti demonstra que raramente se verificam casos de responsabilização penal de juízes por crimes específicos relativos ao exercício da atividade (cita um caso na Alemanha de 1871), enquanto a responsabilidade civil encontra obstáculos no plano do direito substancial²⁹⁴ e procedimental²⁹⁵ em diversos países²⁹⁶. Não se abordará neste espaço, a responsabilidade disciplinar do juiz, haja vista que suficiente para a compreensão do *accountability* é o conhecimento das diversas possibilidades de responsabilização do juiz, basta ter presente que esta poderá ser realizada pelo poder político²⁹⁷ ou pela própria magistratura, como os Conselhos Superiores da Magistratura franceses, espanhóis ou italianos²⁹⁸.

Na responsabilização social, o que a distingue das precedentes é que a prestação de contas não está voltada a determinado órgão público ou a determinada pessoa eventualmente lesada, mas aos organismos e grupos sociais, ou seja, presta-se contas ao público em geral.

À ótica privatística exercida pelas partes do processo no controle da atividade judicial, e à ótica burocrática de controle exercido pelos juízes de maior instância, deve-se acrescer o controle pelo povo, em nome do qual as sentenças são exaradas²⁹⁹.

Exemplo é a destituição de juízes e assessores populares, na antiga União Soviética, pelo voto direto de seus respectivos eleitores distritais quando aqueles não estivessem cumprindo suas funções de forma idônea ou à altura de seus cargos. A

²⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 54.

²⁹⁴ Aponta como obstáculos no plano substancial a necessidade de comprovação pela vítima de dolo, fraude, concussão, omissão, retardamento no cumprimento de suas funções, dentre outras hipóteses em que se faz necessária a difícil comprovação de intencionalidade pelo juiz ofensor. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 64.

²⁹⁵ Dentre os obstáculos procedimentais, exemplifica com a necessidade de prévia autorização de autoridades superiores específicas e o processamento em Cortes especiais, cujo processamento necessita especial empenho da parte prejudicada e de seu advogado. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 66-67.

²⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 63-71.

²⁹⁷ Confundindo-se, por vezes, com a responsabilização política.

²⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 71-78.

²⁹⁹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 356.

votação por levantamento de mãos é o exemplo por excelência da destituição de juízes por aqueles em nome de quem as funções eram exercidas. Tal prática era igualmente concebida em diversas repúblicas soviéticas³⁰⁰. Nos Estados Unidos da América, em alguns Estados, é possível um processo especial iniciado pelo povo para a retirada do magistrado, num verdadeiro *recall*³⁰¹.

Nos países em que a liberdade de expressão é a regra, ocupa papel de destaque a crítica pública decorrente da divulgação de processos e decisões judiciais pelos meios de comunicação de massa. Exemplos não faltam, especialmente na história brasileira recente, de sacralização de autoridades judiciárias e de transformação de processos judiciais em verdadeiros *reality shows*³⁰².

Inobstante o variável grau de liberdade de expressão e de consciência pública sobre a função jurisdicional serem limitadores da importância desta espécie de controle, não se poderá negar que “a imprensa é potencialmente, na verdade, o mais eficaz entre todos os instrumentos informais de disciplina [...]”³⁰³. A força da mídia é reconhecidamente poderosa, como se pode constatar em recente documentário em que os diversos vieses da mesma notícia são retratados, a depender do ângulo pretendido por seus editores³⁰⁴.

Por essa razão “[...] o possível conflito entre valores – o valor democrático do dever de prestar contas e o valor de garantia da independência judicial – reaparece aqui com grande força.”³⁰⁵ Ao tempo que se permite o controle da atividade judicial, há sempre o risco para o caro valor de independência dos juízes, como advertira o professor italiano. Mas mesmo ante o risco, “[...] la decisión no motivada puede ser tanto parcial como imparcial, sólo mediante la motivación es posible evitar la parcialidad y,

³⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 44-47.

³⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 47.

³⁰² Talvez, o exemplo mais emblemático seja a chamada Operação Lava-Jato, em que toda a sociedade brasileira se transformou em espectadora de depoimentos judiciais televisionados, juízes transformados em *salvadores nacionais* e servidores públicos transformados em marchinhas de Carnaval.

³⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 48.

³⁰⁴ O MERCADO de notícias. Direção: Jorge Furtado. Intérpretes: Eduardo Cardoso; Jorge Roberto de Toledo; Geneton Moraes Neto. Porto Alegre: Casa de Cinema de Porto Alegre, 2014. 1 DVD (98 min), son., color.

³⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 49.

por tanto, garantizar la imparcialidad³⁰⁶.” Apenas mediante o conhecimento desta, será possível aferir a imparcialidade judicial.

E é Taruffo que explica que a fundamentação das decisões judiciais serve para outra função extraprocessual, consistente na possibilidade de participação de organizações não vinculadas ao Poder Judiciário na administração da justiça, como os sindicatos profissionais na justiça do trabalho quando atuam de forma substitutiva em defesa dos trabalhadores. Ainda que haja na defesa de categorias profissionais determinadas, fazem-no abarcando interesses difusos³⁰⁷.

Todas estas funções da fundamentação ora explanadas, aprofundadas na medida para a sua compreensão, são igualmente relevantes e estão presentes quando exarada a decisão. A partir delas é possível se compreender a extensão que deverá ser dada à fundamentação e o grau de participação da parte na construção da decisão judicial.

³⁰⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 350.

³⁰⁷ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 357.

3 ELEMENTOS INTRÍNSECOS, E INSEPARÁVEIS, DO ATO DE JULGAR

O julgamento não é um ato isolado, tampouco quem decide tem a condição de possibilidade de evitar que suas experiências pessoais contribuam para a construção da decisão. A definição dos limites desta contribuição poderão, eventualmente, distinguir entre a discricionariedade e a arbitrariedade.

3.1 Arbitrariedade, Discricionariedade e a Armadilha do Senso Comum Teórico

O direito administrativo apresenta, talvez em razão do longo tempo centrado no estudo dos atos administrativos, a melhor fonte para se buscar um conceito mais sólido³⁰⁸ sobre discricionariedade e, por conseguinte, sua deturpação: a arbitrariedade. José Cretella Júnior elenca diversos juristas que, no limiar do milênio findado, discutiram acaloradamente sobre a ultrapassada distinção entre atos de império e atos de gestão³⁰⁹, evoluindo para a teoria dos atos vinculados e discricionários. As contribuições do direito administrativo nessa matéria enriquecerão, sobremaneira, na compreensão do presente estudo³¹⁰.

Diferenciando os atos vinculados dos discricionários, Cretella Júnior define-os dando as suas primeiras características, as quais mais adiante permitirão o aprofundamento sobre o debate travado no processo³¹¹:

Os vocábulos *vinculado* e *discricionário* têm acepção técnica. *Ato vinculado* é o que a Administração é obrigada a editar, desde que o destinatário do ato preencha os requisitos exigidos. *Ato discricionário* é o que a Administração não é obrigada a editar, mesmo que o destinatário do ato preencha os pressupostos legais. No primeiro caso, o destinatário, *a priori*, já *prevê a conduta da Administração*. Se esta não editar o ato esperado, fere *direito* do interessado. Nisto é que está a *vinculação*. No segundo caso, a Administração tem a opção na

³⁰⁸ Usa-se a locução “mais sólido”, considerando que na discussão sobre os limites da arbitrariedade e discricionariedade, palavras usualmente confundidas, parte-se da (pré)compreensão dos termos, como se pode constar em STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38. e STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 169.

³⁰⁹ O administrativista exemplifica com Umberto Borsi (1915), Arturo Rispoli (1929), Umberto Fragola (1952), Brandão Cavalcante (1955), dentre outros como Seabra Fagundes. CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 237-238.

³¹⁰ Recorde-se que, nas palavras de Cretella Júnior “O direito que, repetimos, é monolítica unidade, apenas dividido pela tendência muito natural do espírito humano de fracionar a realidade para melhor entendê-la, classifica-se em constitucional, administrativo, [...]”. CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 6.

³¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 246.

edição do ato. Nisto reside a *discricionariedade*. Se não atender à pretensão do destinatário, fere-lhe *interesses*, não *direitos*.

Embora conceitue pelo seu surgimento, Di Pietro afirma que haverá a atuação discricionária quando “[...] a Administração, diante do caso concreto, tem a oportunidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.”³¹² O traço introduzido pela concepção de Maria Sylvia Zanella di Pietro, e que agora se destaca, vem explicado por Juarez Freitas³¹³:

Ressalvas à parte, certo é que o Direito, de há muito, vem admitindo, em circunstâncias várias, tal escolha ou avaliação mediante o uso de critérios exclusivamente políticos do administrador (sem fundamento no Direito), quando tudo indica devam ser evitados atos deste jaez, dada a natureza jurídica de todos os atos emanados legitimamente pela autoridade, donde não merece prosperar a exclusividade política, em homenagem a uma absurda separação de Poderes, dado que estes somente serão democráticos se mutuamente controlados.

A crítica do professor gaúcho vem ao encontro da prescrição de Cretella Júnior que o ato discricionário assim o é porque, embora seja uma manifestação concreta e unilateral de vontade, *está fundamentado em uma regra objetiva de direito que lhe legitima e lhe assegura os fins*, estando desvinculado de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta. Noutras palavras, a administração pública estaria livre para transitar numa faixa de escolha de oportunidade e conduta nos termos dispostos em lei³¹⁴.

Segundo o administrativista, a “Discrição é a faculdade de decidir dentro de certos limites, poder concedido ao agente público de agir ou deixar de agir dentro do âmbito demarcado pela regra jurídica.”³¹⁵ E são exatamente estes limites que legitimam o ato discricionário, impedindo que este se autoreferencie e busque, no Direito, o seu alicerce de validade³¹⁶.

Di Pietro afirma que a oportunidade importará na escolha pela administração do momento adequado para o ato, e a conveniência quanto seu

³¹² PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito administrativo**. Porto Alegre: Atlas, 2015. p. 176.

³¹³ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 137-138.

³¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 246-247.

³¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 249.

³¹⁶ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 143.

interesse de agir ou não agir³¹⁷. Nesta seara, competirá apenas à própria administração a escolha, o que estará adstrita à *moldura*³¹⁸ prescrita no Direito.

José Carlos Vieira de Andrade, referindo-se à fundamentação da decisão administrativa, reconhece a existência (e necessidade) da complementariedade existente entre os atos vinculados e os discricionários da Administração Pública³¹⁹. Diferencia, entretanto, das demais funções de Estado, afirmando que as decisões políticas, legislativas e jurídicas, têm em comum, tão somente a proibição do arbítrio, referindo-se, quanto a essa última que³²⁰:

[se] explica ainda por que razão não se colocam perante a decisão administrativa os problemas teórico-jurídicos e metodológicos que envolvem a fundamentação ‘material’ das decisões judiciais, sobretudo quando se pretenda encontrar a justificação delas numa racionalidade prático-normativa que vá além da ‘forma técnica’ (axiomático-dedutiva) de aplicação da lei.

Cabe buscar, destarte, um conceito para arbitrariedade, o que atestaria a sua distinção de discricionariedade.

Em resposta aos Maniqueus³²¹, que defendiam a coexistência de duas divindades supremas, o *Princípio do Bem* e o *Princípio do Mal*, tendo os homens duas almas e não sendo, então, responsáveis e livres pela escolha do mal que fazem, Santo Agostinho escreve sua obra *O livre-arbítrio* entre os anos de 388 dC e 394 dC, um dos mais influentes tratados filosóficos até hoje sobre a origem do pecado e a possibilidade de escolha pelo homem entre o bem e o mal³²². Neste, o teólogo busca comprovar a impossibilidade do mal advir de Deus, que se originaria exclusivamente das más escolhas feitas pelo homem.

³¹⁷ PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito administrativo**. Porto Alegre: Atlas, 2015. p. 178.

³¹⁸ Aqui, de forma propositada, usa-se o termo *moldura* como referência à Kelsen e sua *moldura semântica*, pois o jurista austríaco já denunciara a discricionariedade quando da “*escolha*” pelo juiz da *melhor atribuição de sentido*. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Tradução Joao Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

³¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 15.

³²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 16.

³²¹ O Maniqueísmo é uma filosofia religiosa sincrética e dualística fundada e propagada por Maniqueu, a partir do século III da era cristã. MANIQUEÍSMO. **Estudante de filosofia**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <www.estudantedefilosofia.com.br/doutrinas/maniqueismo.php>. Acesso em: 02 fev 2017.

³²² AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 28.

Sendo o livre-arbítrio um bem concedido por Deus³²³, para que possa o homem escolher entre fazer o bem e o mal, apenas aquele que estiver dominado pela graça de Deus terá o poder de escolher pelo bem, o que importará no grau supremo de liberdade. Agostinho afirma³²⁴:

Logo, só me resta concluir: se, de um lado, tudo que é igual ou superior à mente que exerce seu natural senhorio e acha-se dotada de virtude não pode fazer dela escrava da paixão, por causa da justiça, por outro lado, tudo o que lhe é inferior tampouco o pode, por causa dessa inferioridade, como demonstram as constatações precedentes. Portanto, não há nenhuma outra realidade que torne a mente cúmplice da paixão a não ser a própria vontade e livre-arbítrio.

Equiparando as paixões à concupiscência, Santo Agostinho deixa claro que as perturbações impostas pela tirania destas paixões decorrem da opção pelo homem de não se deixar guiar pela graça concedida por Deus³²⁵. A escolha entre bem e mal não se origina de Deus, mas pelo exercício do bem (livre-arbítrio) concedido pelo Criador. Ao exercer o bem, a mente é “[...] mais poderosa do que a paixão e pelo fato mesmo será totalmente justo e correto que a domine.”³²⁶. O arbítrio encontra o seu limitador apenas na graça de Deus, para que constitua na suprema liberdade de fazer o bem.

Buscando um conceito de arbítrio no Direito, esclarecendo que o Bispo de Hipona não se eximiu de discorrer sobre a possibilidade de escolha pelo homem nos casos de homicídio cometidos em autodefesa conforme a lei civil³²⁷, refere José Cretella Júnior que³²⁸:

Denomina-se *arbítrio* a faculdade de operar sem qualquer óbice, em todos os sentidos, desvinculada de qualquer norma jurídica. É a liberdade de ser irracional, que age no mundo da força e da violência,

³²³ O livre-arbítrio é concedido por Deus para que *“Iguamente o castigo, como a recompensa, seria injusto, se o homem não fosse dotado de vontade. Ora, será preciso que a justiça estivesse presente no castigo e na recompensa, porque aí está um dos bens cuja fonte é Deus.”* AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 75.

³²⁴ AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 52.

³²⁵ AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 53.

³²⁶ AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 50.

³²⁷ AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 35.

³²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 249.

onde imperam os apetites e se conhecem como barreiras apenas as impossibilidades de ordem física ou material.

A manifestação de vontade sem qualquer limitação jurídica ou social é arbitrária e, quando exarada por qualquer titular de alguma espécie de poder administrativo, é ato arbitrário e incompatível com o Estado de Direito³²⁹. E a experiência tem demonstrado que a tênue distinção entre os atos discricionários e os arbitrários, pela dificuldade da compreensão do *espaço deixado pelo Direito*, ou pela *moldura* em que poderá transitar a autoridade administrativa, tem permitido que a ideia de discricionariedade sirva de “[...] cômodo refúgio para o arbítrio, nem sempre de fácil ataque pelas vias assecuratórias atuais.”³³⁰.

Da mesma forma, poderia o julgador lançar à sorte a decisão, como advertia Piero Calamandrei, quando de suas conferências na cidade do México³³¹:

Nas idades primitivas, o juiz se confunde com o sacerdote ou com o oráculo, que pede ajuda e inspiração à superstição e à magia, e lê a motivação da sua sentença no voo dos pássaros e com as vísceras palpitantes da vítima imolada. O Juízo de Deus, a prova de fogo e as ordálias eram expedientes utilizados para introduzir, no julgamento, em nome da garantia de imparcialidade, forças superiores a cada cálculo humano e a todo cuidado terrestre, com a indiferença dos deuses ou a sorte cega.

Galeno Lacerda, ao comentar o poder cautelar geral do juiz no código de processo civil de 1973, afirmava que a atividade jurisdicional quando do exercício deste poder cautelar, necessariamente era discricionária e consistia no reconhecimento do legislador de sua incompetência de prever todas as situações possíveis. Conceituava a discricionariedade dizendo que esta “[...] não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da lei.”³³².

Destes conceitos extrai-se a ideia de que a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade está exatamente em que na primeira há limites condicionantes e, na segunda, inexistem limites além da vontade pessoal do indivíduo.

³²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 249.

³³⁰ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 140.

³³¹ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 39.

³³² LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**: lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Volume VIII, tomo I, arts. 796 a 812. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 138.

Enquanto na discricionariedade há a liberdade, na arbitrariedade mero capricho à margem de limites.

Não se ignora, ao contrário, a advertência de Lenio Streck constante no pós-pósfácio de *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, em que o professor gaúcho equipara, para fins de resultado ambas as ações (a arbitrária e a discricionária), inclusive ressaltando a aproximação feita pelos operadores do direito à discricionariedade administrativa, conforme se deve trazer nas palavras do próprio autor³³³:

Mas não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do direito – com a separação feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Trata-se, sim, de discutir o grau de liberdade de escolha dado ao intérprete (juiz) face à legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. E esse grau de liberdade – chame-se-o como quiser – acaba se convertendo num poder que não lhe é dado, uma vez que a ‘opção’ escolhida pelo juiz deixará de lado outrossim ‘opções’ de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê da atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade com os limites impostos pela autonomia do direito.

E arremata³³⁴:

Tem sido muito comum aproximar – embora de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de ato administrativo discricionário. Nota-se, de plano, que há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo discricionariedade se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado para julgamento. No caso do administrador tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por este motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade.

A crítica de Lenio, em entendimento diametralmente contrário à distinção entre discricionariedade e arbitrariedade para estes fins, assim como à aproximação da discricionariedade administrativa da judicial, demonstra que sua insurgência está voltada à admissibilidade de sua prática. Reconhece a distinção, embora discorde de sua prática pelos juízes. Igualmente reconhece que há quem admita a possibilidade

³³³ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 399-400.

³³⁴ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 399-400.

da discricionariedade judicial (como no caso do ativismo, que tanto combate). Daí a importância da distinção.

Mas quando o mal³³⁵ é realizado pelos operadores do Direito sem a sua consciência, em uma verdadeira *banalização do mal* como demonstrou Hannah Arendt em sua obra sobre o julgamento de Eichmann?³³⁶

Os operadores do Direito, em geral, seja na atividade prática, teórica ou acadêmica, estão imersos em representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que, segundo Luiz Alberto Warat, governam e disciplinam os atos de decisão e enunciação do jurista³³⁷. Este *emaranhado*, conforme será explanado mais adiante, leva à crise de paradigma do atual modelo da dogmática jurídica, conforme alerta Lenio Luiz Streck³³⁸.

Há que se ter presente que as convenções linguísticas são necessárias para que o sujeito possa *estar* no mundo³³⁹.

Os parlamentos, tribunais, escolas de Direito, associações profissionais e administração pública, dentre outros³⁴⁰, acumulam um complexo de saberes que

³³⁵ Aqui se adota *mal* na acepção da filosofia Agostiniana de distanciamento da escolha possível pelo bem supremo. Permitindo o livre-arbítrio a escolha pelo indivíduo, poderá este optar pelo *Bem* (liberdade) ou pelo *Mal* (paixões).

³³⁶ Neste livro, em que a filósofa judia relata o julgamento do oficial nazista Adolf Eichmann em Jerusalém por crimes de guerra, há a demonstração que o mais perverso dos males pode ser cometido por burocratas incapazes de pensar por si, de colocar sentido às próprias razões (por isso sua banalização). Da cobertura jornalística do julgamento, a filósofa constatou que Eichmann acreditava estar seguindo a lei e sendo um bom cidadão inclusive. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Alguns anos antes de Hannah publicar sua obra, em 1952, Piero Calamandrei igualmente alertara sobre o perigo de os juízes tornarem-se meros burocratas, como afirma "O perigo maior que, em uma democracia, ameaça os juízes e, em geral, a todos os funcionários públicos, é o perigo do vício, da indiferença burocrática, da irresponsabilidade anônima. Para o burocrata, os homens deixam de ser pessoas vivas e se transformam em números, cédulas, fascículos: uma 'prática', como se diz na linguagem dos escritórios, isto é, uma pasta dentro da qual estão agrupadas várias folhas protocolizadas e, em meio a elas, um homem dissecado. Para o burocrata, os desejos do homem vivo que está à espera não contam mais: vê aquele enorme cúmulo de papéis sobre seu escritório, e só trata de um meio de fazê-lo passar para o escritório de outro burocrata, seu vizinho de sala, e descarregar sobre ele o incomodo daquele problema." CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 49.

³³⁷ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 13.

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 85.

³³⁹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 14.

³⁴⁰ Não se pode olvidar da força de Instituições como a mídia neste papel, o que é bem retratado no filme de Jorge Furtado, O Mercado de Notícias, 2014, cujo documentário expõe a chaga do uso da mídia para fins ideológicos. O MERCADO de notícias. Direção: Jorge Furtado. Intérpretes: Eduardo Cardoso; Jorge Roberto de Toledo; Geneton Moraes Neto. Porto Alegre: Casa de Cinema de Porto Alegre, 2014. 1 DVD (98 min), son., color.

representarão conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares que sedimentarão o chamado *Senso Comum Teórico* dos juristas³⁴¹.

Ou seja, esse sentimento comum, que pode ser resumido como um conjunto de crenças seguidas pelos juristas como verdades³⁴², acaba por “coisificar” o mundo ao compensar as lacunas jurídicas, interiorizando convenções linguísticas cheias de ideologia imperceptíveis ao jurista desavisado. Uma “paralinguagem” situada após os significantes e seus sistemas³⁴³.

Dentre as quatro funções³⁴⁴ do senso comum teórico dos juristas, a função política é aquela em que “[...] se expressa pela tendência do saber acumulado em reassegurar as relações de poder.” E essa construção de sentido comum (sem uma efetiva explicação) reproduz valores reforçando o Direito como técnica de controle social³⁴⁵. Afirma Warat³⁴⁶:

Quando esse sistema é autoritário precisa solidificar artificialmente as relações sociais, modelando e centralizando a produção de sentido, deixando inelutáveis a marca do Estado, fabrica então um sistema de sublimações semiológicas que servem para criar versões do mundo que nos abstraem da história.

E sentencia o autor³⁴⁷:

Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do segredo. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.

³⁴¹ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 85.

³⁴² WARAT. Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, prefácio por Leonel Severo Rocha.

³⁴³ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 85.

³⁴⁴ As outras três são a função normativa, função ideológica e função retórica, cuja explicação não será objeto do presente estudo, mas para a qual remeto o leitor para a elucidação proposta por Lênio Luiz Streck, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 86.

³⁴⁵ WARAT. Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 15.

³⁴⁶ WARAT. Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 15.

³⁴⁷ WARAT. Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 15.

A força do senso comum teórico é tão deletéria que sufoca as possibilidades interpretativas, impedindo que o jurista ultrapasse o *teto hermenêutico*. Os debates são superficiais e as respostas construídas pela dogmática.³⁴⁸

Criativamente e de forma bem humorada, Warat utilizou-se da ideia dos “*pinguins*”. O professor argentino afirmava que o sonho de todo o estudante de Direito era se tornar o que já são os profissionais do Direito: “*pinguins*”. Todos iguais, sem desejos ou vontades, uma padronização estética inclusive. Mais, conformista e comprometido com os valores dos grupos dominantes³⁴⁹.

Isso porque a academia jurídica está calcada na *standardização* e lugares comuns construídos a partir de manuais e métodos de simplificação voltados ao reforço de uma dogmática tradicional e acéfala³⁵⁰. Como resultado, pode-se confeccionar uma monografia em quatro dias³⁵¹. Em resumo, adverte Streck³⁵²:

A dogmática jurídica trabalhada nas salas de aula (e reproduzida em boa parte dos manuais e compêndios) considera o Direito como sendo uma mera racionalidade instrumental. De um modo ou de outro, a regra máxima é a “simplificação do Direito.” Em termos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir da reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto.

Note-se que até mesmo a compreensão sobre o Positivismo Jurídico restou deturpada na academia e prática forenses. Sem o entendimento que o Positivismo primevo (ou Exegético) consistia na forma em que o Direito era estudado e ensinado pelos romanos, e que o *Corpus Juris Civilis* era complementado por rigorosos estudos os quais serviam para guiar o intérprete, ainda se credita a Hans Kelsen a postura exegética em face de uma *Teoria Pura do Direito*³⁵³. Um equívoco.

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 87.

³⁴⁹ ROCHA, Leonel Severo. **A aula mágica de Luis Alberto Warat**: Genealogia de uma Pedagogia da Sedução para o Ensino do Direito. [s.l.]. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_aula_magica_de_luis_alberto_warat_por_leonel_severo_rocha-definitivo-12-2012.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. TCCs no Direito: como não se deve escrevê-los – retratos da crise. Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. Disponível em:<www.conjur.com.br/2015-dez-10/senso-incomum-tccs-direito-nao-escreve-los-retratos-crise.html>. Acesso em: 31 dez. 2015.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 99.

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, local, v. 15, n. 1, p. 160, jan-abr. 2010.

Primeiro, deve-se situar que o Positivismo Exegético, para que não reste dúvida, consiste na sacralização do texto legal pela superação da função de complementariedade dos textos de direito romano e pela adoção dos Códigos como estruturas que continham toda a argumentação jurídica³⁵⁴. O mundo *abarcado pela linguagem* e o Direito suficiente para *esgotar a descrição da realidade*³⁵⁵.

Em segundo lugar, em reação às Teorias da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre³⁵⁶, Hans Kelsen constata que o problema de interpretação do direito é eminentemente semântico e busca reforçar o método analítico do positivismo exegético. Assim o austríaco percebe que não se pode corrigir o subjetivismo existente na interpretação do Direito e admite o solipsismo na chamada *Moldura Semântica* (capítulo VIII do livro *Teoria Pura do Direito*)³⁵⁷ e na decisão judicial *contra legem* não mais passível de reforma (capítulo V do livro *Teoria Pura do Direito*)³⁵⁸.

Sem sequer entender que Kelsen superara o Positivismo Exegético e que dividira sua Teoria Pura em dois níveis de linguagem (Ciência Jurídica e Direito), a dogmática persiste em não compreender mudança ocorrida. E é exatamente o Positivismo Normativista que é alvo das críticas de Streck^{359 e 360}, pois comprova na obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* que o próprio Hans Kelsen confessara ser o Positivismo relativista^{361 e 362}.

³⁵⁴ 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. p. 160.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 135.

³⁵⁶ A primeira surgida na Alemanha e a segunda na França. Conforme Streck, as teorias surgiram no espaço deixado pela tensão num Estado cada vez mais comprometido com o *Welfare State* e incapaz de atender às promessas da modernidade. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 95.

³⁵⁷ 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. p. 161.

³⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2 ed. Trad. Joao Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 188.

³⁵⁹ 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. p. 130.

³⁶⁰ Sem querer adentrar neste tema neste momento, considerando que aqui apenas ora discute a Senso Comum Teórico, atente-se que Streck alerta a falha teórica de Kelsen ao abandonar o grande problema do Direito, que “a interpretação se dá no nível da aplicação”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 130.

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 128.

³⁶² O que não é compreendido pela grande maioria da doutrina, fica fácil nas palavras de Lenio Streck, que valem ser repetidas: “A discricionariedade no positivismo normativista de Kelsen reside no fato de que o órgão aplicador poderia escolher por qualquer possibilidade de significado presente na moldura normativa, ou por algo absolutamente diverso, que se não reformado tornar-se-ia direito novo. Neste aspecto, aproxima-se do realismo Jurídico ou Positivismo Fático no qual o Direito seria

A reação para a *superação* do Positivismo jurídico surge na França, com o Movimento do Direito Livre, com o o Realismo³⁶³ norte-americano³⁶⁴ e escandinavo e pela Jurisprudência dos Interesses da Alemanha. Ou seja, para combater o Positivismo (e deve-se assinalar, Positivismo Exegético), essas Teorias partiram do rompimento com a razão³⁶⁵ para a vontade, numa forma voluntarista-axiológica³⁶⁶.

Na busca da aproximação do juiz às tensões sociais, a Jurisprudência dos Interesses pregava que a norma jurídica resolvia conflitos de interesses, o que condicionava tanto o Poder Legislativo quanto o Judiciário e seria através da *Ponderação* que seriam preenchidas as lacunas surgidas³⁶⁷. Após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, surge a Jurisprudência dos Valores, que advogava a possibilidade de busca dos valores da sociedade para além do Direito escrito. E destas, surge a Teoria da Argumentação de Robert Alexy³⁶⁸.

O problema é que, além do fato de vivermos no Brasil uma *modernidade* tardia, sem a experiência de um verdadeiro *Welfare State*³⁶⁹, *importamos mal* as Teorias que pretendiam romper com Positivismo Jurídico, passando a ter em *Terrae Brasilis* milhares de juízes “ponderando” princípios³⁷⁰.

O reflexo desse desenvolvimento teórico e equivocada *importação* é o surgimento do chamado *neoconstitucionalismo* no Brasil, com a busca por uma

aquilo que os Tribunais dizem que é.” STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 129.

³⁶³ Para Luiz Alberto Warat: “Para o realismo, a atividade do juiz é basicamente um ato de vontade, devendo-se considerar como fontes dessa vontade todos os motivos que influem em seu ato de decisão. O realismo chega, inclusive, a afirmar que a lei é só um álibi que permite encobrir, tecnicamente, os juízos subjetivos de valor do juiz. Dito de outra forma, a lei outorgaria uma estrutura racional aos componentes irracionais que determinam a decisão do juiz.”. WARAT. Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 57.

³⁶⁴ Destacamos do Realismo norte-americano, Benjamin Cardozo, em que este afirma a infusão a que está submetido o Juiz e como esta influência na decisão. CARDOZO, Benjamim N. **A natureza do processo judicial**: Palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira; revisão técnica e de tradução Álvaro de Vita, São Paulo, Martins Fontes, 2004. p. 3.

³⁶⁵ No Positivismo Exegético a “interpretação” se dava pela realização de uma análise sintática: pela determinação rigorosa da conexão lógica dos signos constantes no texto. 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. p. 161.

³⁶⁶ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 130/131.

³⁶⁷ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 132.

³⁶⁸ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 132.

³⁶⁹ STRECK. Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 140.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Aula magna**: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Lenio Luiz Streck. (55 mim. 16 seg.) Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=vTXtDcRsqqw>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

efetividade constitucional através de uma descomensurada ponderação de valores e uma constitucionalização de todo o ordenamento por meio de *jargões vazios de conteúdo*. O problema deste neoconstitucionalismo é que não se superou a característica de *aposta* no protagonismo judicial³⁷¹. E neste aspecto, em nada inovou em relação ao Positivismo Normativista de Kelsen (que repita-se, sequer foi entendido por parte da doutrina, que acredita estar cerrando trincheiras em face de um Positivismo Exegético “de Kelsen”).

Pior, surge a chamada *Bolsa Especulativa de Princípios*³⁷², como satiriza Streck. Há princípios para tudo. Não se está satisfeito e há um problema a resolver: cria-se um princípio como se estes pudessem ser “[...] álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos da “insuficiência” das regras”³⁷³. Para clarear, visto que regra não subsiste sem princípio, e este sem a regra também não, traz-se a explicação de Streck sobre princípios³⁷⁴:

Portanto, é equivocado pensar que princípios constitucionais representam a positivação de valores. O Direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas. A diferença entre regra e princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).

Exatamente o contrário, segundo Lenio Streck: os princípios têm a finalidade de evitar múltiplas respostas. Não para que sirvam, a exemplo das chamadas *cláusulas abertas* cuja alusão é feita pelos civilistas, de condição de possibilidade para decisionismos por juízes e tribunais, mas para *fechar* a interpretação, permitindo que se encontre as respostas adequadas para cada caso concreto. Segundo o professor gaúcho, “[...] é possível dizer, sim, que uma

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 133.

³⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Aula magna: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Lenio Luiz Streck. (55 mim. 16 seg.) Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=vTXtDcRsqww>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 169.

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 170.

interpretação é correta e outra não. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações desta ordem.”³⁷⁵

Não há a uma colisão entre princípios em que o juiz escolherá ao seu arbítrio quais deverão ser utilizados nos chamados *hard cases*, pois os princípios servem exatamente para superar a abstração da regra, *trazendo o mundo prático* ao caso concreto³⁷⁶. Distinguindo-se quanto à natureza de sua orientação, as regras são aplicadas na forma do tudo-ou-nada, enquanto os princípios enunciam razões que conduzem o argumento para uma determinada direção³⁷⁷. Por essa razão, e aí está uma *grande sacada*, defende Lênio Streck que os princípios não *abrem* o sistema, mas o *fecham* introduzindo o mundo prático no direito³⁷⁸.

Depois do descrito até o momento neste texto, em que se pode compreender que a dogmática jurídica vem pautada por um senso comum teórico impregnado de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas, num *emaranhado* que governa e disciplina os atos de decisão e enunciação do jurista, e que sequer se compreendeu a diferença entre os positivismos (exegético e normativista), pode-se partir para a definição³⁷⁹ crua de Streck:

Essa discricionariedade, com o crescimento da jurisdição constitucional, é deslocada para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais, sob o pálio dos princípios, que, segundo as correntes axiologistas contemporâneas (e nisso inclui, naturalmente, o neoconstitucionalismo), representa(ria)m a introdução de ‘valores’ no direito. Ora, como se as regras não traduzissem valores, ética ou política. Por trás disso está a cisão estrutural regra-princípio.

Ao explicar uma demanda norte-americana ocorrida em 1889, o caso *Riggs versus Palmer*³⁸⁰, em que um neto matara seu avô para receber a herança, Ronald Dworkin explica o porquê o tribunal de Nova York negou a herança ao assassino-pretendente sob o argumento de que, mesmo a legislação não

³⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 309.

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 309.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 41.

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 170.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 129.

³⁸⁰ CASO RIGSSXPALMER. **The road not taken: Riggs and the fiction of civil death**. 2016. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.

apresentando obstáculo legal à percepção da herança, as máximas gerais e fundamentais do direito da *Common Law* poderiam limitar a execução e efeitos do recebimento da mesma. Ou seja, não se poderia lucrar com a própria fraude³⁸¹ e ³⁸².

Note-se, e isso será de suma importância um pouco mais adiante, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei 4.657/1942, alterada pela Lei 12.376/2010³⁸³, prescreve que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Ora, numa era pós Constituição de 1988, em que não se poderia mais falar em *Princípios Gerais de Direito*, mas sim em *Princípios Constitucionais*³⁸⁴, reconhece-se que, havendo omissão da lei, poderá o juiz recorrer à *analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*.

Constata-se que está institucionalizado (e reconhecido mesmo após a Constituição de 1988) o solipsismo, a arbitrariedade³⁸⁵. Aqui se concentra o grande perigo e o ingresso de fatores exógenos no Direito³⁸⁶.

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 37.

³⁸² Vale a leitura do original, em que o Tribunal, embora reconheça a salvaguarda do direito de testar: “The question we are dealing with is, whether a testamentary disposition can be altered, or a will revoked, after the testator's death, through an appeal to the courts, when the legislature has, by its enactments, prescribed exactly when and how wills may be made, altered and revoked, and, apparently, as it seems to me, when they have been fully complied with, has left no room for the exercise of an equitable jurisdiction by courts over such matters. Modern jurisprudence, in recognizing the right of the individual, under more or less restrictions, to dispose of his property after his death, subjects it to legislative control, both as to extent and as to mode of exercise.”, não se poderia permitir que o assassino recebesse a herança, sob o fundamento de que “A will procured by fraud and deception, like any other instrument, may be decreed void and set aside, and so a particular portion of a will may be excluded from probate or held inoperative if induced by the fraud or undue influence of the person in whose favor it is. (Allen v. M'Pherson, 1 H. L. Cas. 191; *Harrison's Appeal*, 48 Conn. 202.) So a will may contain provisions which are immoral, irreligious or against public policy, and they will be held void.”, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de apelação de Nova Iorque. **Sentença 115 NY 506**. CASO RIGSSXPALMER. The Road Not Taken: Riggs and the Fiction of Civil Death. 2016. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.

³⁸³ BRASIL. **Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#ementa>. Acesso em: 06 jan. 2016.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 165.

³⁸⁵ É aqui, vale reforçar: “A força simbólica de(sses) dispositivos que fincam marcos do positivismo no interior do (novo) constitucionalismo enfraquece sobremodo o valor da doutrina na construção do conhecimento jurídico, com o conseqüente fortalecimento do papel do aplicador da lei. Cada vez mais, os juristas ficam à mercê de decisões tribunais, como a dar razão ou a reprimir as velhas teses do realismo jurídico, pelas quais o Direito se realiza na decisão, forma acabada de um positivismo que, buscando superar o normativismo exegético, abriu, historicamente, o caminho para discricionariedades e decisionismos.”, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 166.

³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Aula magna: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Lenio Luiz Streck. (55 min. 16 seg.) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vTXtDcRsqww>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

A alteração de paradigma no campo da filosofia (da consciência para a linguagem) a partir das obras *Ser e Tempo* (1927), de Martin Heidegger, e *Verdade e Método* (1960), de Hans-Georg Gadamer, rompeu com o esquema sujeito-objeto, não mais justificando, nesta quadra da história, concepções objetivistas ou subjetivistas no Direito. Altera-se o paradigma para a relação sujeito-sujeito³⁸⁷.

A linguagem deixa de ser algo entre o sujeito e o objeto, e passa a ser condição de possibilidade para a existência humana. A partir de Heidegger, não se interpreta em partes (compreendo e depois aplico), mas compreendemos para interpretar, pois esta é origem da compreensão que o ser tem de si mesmo. Há o chamado *Círculo Hermenêutico*, em que a compreensão se dará do todo a partir do individual, que por sua vez, se dará para o todo, num movimento circular³⁸⁸, impossível através de um *método*³⁸⁹.

Apenas através da *diferença ontológica*, da diferença entre o Ser e o todo, é que poderá existir a compreensão (mas cuidado, pois todos já têm pré-compreensões, que são condições de possibilidade de existência individual)³⁹⁰. Nos dizeres de Streck “Há estruturas que se situam antes de qualquer aporte metodológico que já constituem conhecimento.”³⁹¹.

Para a compreensão da questão do Ser, transcreve-se um pequeno trecho³⁹² da obra *Ser e Tempo*, de Heidegger, tão bem analisadas por Ernildo Stein e Lenio Streck:

A pre-sença não é apenas um ente que ocorre entre outros entes. Ao contrário, do ponto de vista ôntico, ela se distingue pelo privilégio de, em seu ser, isto é, sendo, estar em jogo seu próprio ser. Mas também pertence a essa constituição de ser da pre-sença a característica de,

³⁸⁷ “A ‘viragem hermenêutico-ontológica’, provocada por *Sein und Zeit* (1927) de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa ontologische Wendung, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo e de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica.”, STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 261.

³⁸⁸ Vide nota de rodapé n.º 14, p. 214, de STRECK. Lenio **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁸⁹ STRECK. Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 215.

³⁹⁰ STRECK. Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 221.

³⁹¹ STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 472.

³⁹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, parte I. Trad. De Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª edição, Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 38.

em seu ser, isto é, sendo, estabelecer uma relação de ser com seu próprio ser. Isso significa, explicitamente e de alguma maneira, que a pre-sença se compreende em seu ser, isto é, sendo. É próprio deste ente que seu ser se lhe abra e se manifeste com e por meio de seu próprio ser, isto é, sendo. A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença. O privilégio ôntico que distingue a pre-sença está em ser ela ontológica.

Por essa razão, resta impossível cindir a interpretação, como se possível fosse interpretar para compreender, compreender para aplicar. *Comprender sentido* significa compreensão do *ser*, pois não se poderá produzir conhecimento sem a pré-compreensão³⁹³. Não se retira algo do texto que ele *possui-em-si-mesmo*.

Cientes que a linguagem deixa de ser algo entre o sujeito e o objeto, e que se a reconhece como necessária condição de possibilidade do Ser-aí (ou Dasein)³⁹⁴, constituindo o círculo hermenêutico a forma pela qual se dará a compreensão, restará à integridade e coerência de Dworkin o papel de impedir que o intérprete haja de forma solipsista³⁹⁵. Para Dworkin³⁹⁶:

O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. [...] A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exigem que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.

E conclui³⁹⁷:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal

³⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 475.

³⁹⁴ Aqui remetemos o leitor para o estudo de Ernildo Stein, em *Sensibilidade e inteligibilidade: a perspectiva de dois paradigmas*. In: STEIN, Ernildo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. Ijuí: UNIJUI, 2008. p. 38-39, considerando a necessidade de aprofundamento para o espaço deste trabalho;

³⁹⁵ "Em Dworkin a integridade e a coerência são o modo de 'amarrar' o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (nem é necessário enfrentar, aqui, as indevidas e injustas críticas feitas à metáfora figura do juiz Hércules, acusado, a todo momento, de 'solipsismo') – há algo mais signo do signo da racionalidade do que isso? Onde estaria o relativismo hermenêutico?" STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 233.

³⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272 e 273.

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 291.

adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

Cabe então, ao intérprete, revirar o chão linguístico, atento que está inserido no processo de interpretação e na busca pela integridade e coerência do ordenamento jurídico. Essa integridade, segurança jurídica e a disseminação de uma cultura deferente aos precedentes decorrerá, na maioria das vezes, do acatamento das legítimas escolhas feitas pelo legislador, pois o Judiciário atua em nome dos direitos fundamentais e valores e procedimentos democráticos³⁹⁸. Nesse sentido, refere Streck quanto à necessidade de coerência com o sistema³⁹⁹:

Com isso, defende-se que o juiz tem, ao fundamentar, o dever de empreender o maior esforço possível para mostrar que a decisão é correta (constitucionalmente adequada) e que, portanto, guarda consonância com a história institucional do direito, de modo a preservar a sua autonomia.

Não se deve olvidar, como refere Luís Roberto Barroso, que o Poder Judiciário está apto a desempenhar um papel ativo quando o Poder Legislativo se retrai em determinadas situações ou quando a classe política se distancia da sociedade civil e seus anseios⁴⁰⁰. É nesse contexto que deve surgir o chamado *ativismo judicial*, que

³⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 11.

³⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 161.

⁴⁰⁰ Não se desconhece, entretanto, a posição do professor Lenio Luiz Streck em sua *cruzada* contra toda a ordem de solipsismos, dentre eles o ativismo judicial que ora se retrata. A exposição constante no capítulo 6.7 de *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, em que trata o *enfrentamento de ativismos, relativismos e discricionariedades*, o doutrinador deixa claro sua compreensão que há sim uma resposta constitucionalmente correta para cada caso, tornando descabido falar-se em *escolha de sentido* pelo julgador, como se este estivesse no objeto, conforme o esquema sujeito-objeto.

diferentemente da judicialização da política⁴⁰¹, determina uma atuação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais⁴⁰².

Surgido na Suprema Corte norte-americana a partir da decisão judicial de *Lochner v. New York* em 1905, em que se entendeu que o princípio da liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal⁴⁰³, o ativismo judicial surge como uma "[...] atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance."⁴⁰⁴

Uma atitude ativista consiste na aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas pelo legislador; na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com fundamento em critérios menos rígidos do que uma flagrante violação à Constituição; e a determinação de condutas ou abstenções ao Poder Público em matérias de políticas públicas⁴⁰⁵.

Diferenciando o que chama de *ativismo judicial positivo* de *ativismo judicial nocivo*, Anderson Vichinkeski Teixeira explica que consistirá numa prática nociva a vinculação do julgador a fins políticos que transcendem a racionalidade jurídica. A invalidação de atos de outros Poderes, mesmo quando revestidos de constitucionalidade; o afastamento da aplicação de precedentes sem elementos que diferenciem o caso concreto dos precedentes; a atuação do magistrado como verdadeiro legislador, extrapolando sua competência e, por derradeiro, a

⁴⁰¹ A judicialização da política, segundo explicam Anderson Vichinkeski Teixeira e Isadora Ferreira Neves, consiste em atuação normativa e criativa pelos juízes em searas características e próprias do Poder Legislativo. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. NEVES, Isadora Ferreira. As Influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização política no Brasil. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p.169-185, abr. 2014. p. 171. Barroso, ao explicar os *Riscos Sistêmicos* do ativismo judicial, refere ainda que o juiz, muitas vezes, não tem a condição de avaliar os riscos de uma decisão sobre determinado segmento econômico, ou sobre a prestação de determinado serviço público. Nestes casos, complementando a lição de Teixeira e Neves, haverá judicialização da política quando houver extravagante decisão judicial (embora possa até mesmo ser meritória) na interferência na área de atuação do Poder Executivo. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 9.

⁴⁰² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 3-4.

⁴⁰³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**. São Paulo 8(1). p. 037-058. Jan-Jun 2012. p. 38.

⁴⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 3.

⁴⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 3.

predeterminação de julgamento para o atendimento de fins específicos constituem práticas eminentemente prejudiciais. Por vezes, a utilização de técnicas hermenêuticas, embora reconhecidas pela doutrina, poderá consistir em prática ora nociva, ora positiva, a depender do uso jurisprudencial⁴⁰⁶.

Ora, se os tribunais são demandados a decidir sobre políticas governamentais, relações entre os poderes e direitos fundamentais, não se podendo eximir de sua tarefa de manifestar-se nos limites propostos, deverão fazer como meio de conservação e promoção dos direitos fundamentais, mesmo que ocasionalmente de forma contramajoritária⁴⁰⁷. São as omissões do Executivo e do Legislativo que legitimam a intervenção do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais⁴⁰⁸.

O problema consiste no chamado *déficit democrático* do Judiciário, que não possui a representatividade popular conquistada pelo sufrágio universal tal qual os demais poderes, risco alertado por Teixeira⁴⁰⁹ e Barroso. Este último, referindo-se ao risco de legitimidade democrática afirma⁴¹⁰:

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária.

Nesse viés, a atividade judicial deverá estar adstrita à racionalidade, objetividade e à fundamentação judicial, nos exatos limites e possibilidades oportunizados pelo ordenamento jurídico⁴¹¹.

⁴⁰⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**. São Paulo 8(1). p. 037-058. Jan-Jun 2012. p. 47.

⁴⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 8.

⁴⁰⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**. São Paulo 8(1). p. 037-058. Jan-Jun 2012. p. 50.

⁴⁰⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**. São Paulo 8(1). p. 037-058. Jan-Jun 2012. p. 50.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 6.

⁴¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 10.

3.2 Poder, Ideologia e seus Reflexos no Pensamento Político

A primeira advertência que se deve fazer a quem pretende perquirir sobre o fenômeno do poder é que não se deve contentar com uma interpretação descritiva, cujo resultado já se suponha. Nesse sentido Niklas Luhman propõe a busca por uma teoria do poder por meio da sociedade⁴¹². A segunda advertência consiste em não ignorar os aspectos instintivos (ou impulsos) tão bem demonstrados por Sigmund Freud⁴¹³ e evocados por Friedrich Nietzsche⁴¹⁴.

Niklas Luhman observa que os sistemas sociais se constituem através da comunicação, que é sempre suposta, e que possui múltiplos processos de seleção que mutuamente se determinam por ação e reação. Para que a comunicação seja produzida, faz-se necessária a compreensão da seletividade de uma mensagem, empregando-se um sistema próprio. Essa comunicação será contingencial. Destarte, considerando que a linguagem determinaria a escolha entre Sim e Não (noutras palavras, comunicação ou não-comunicação), as sociedades desenvolvem elementos complementares à linguagem para que os resultados da seleção possam ser transmitidos de um indivíduo para outro⁴¹⁵.

Usando a terminologia da psicanálise, o filósofo alemão adota os termos *Alter* e *Ego* para dizer que ambos os comunicantes deverão fazer seleções próprias, duplamente contingenciais, para que exista o processo de comunicação entre os parceiros. E a comunicação terá influência maior na medida em que se direciona a um parceiro com mais opções e que será dirigido em suas ações. Refere Luhman⁴¹⁶:

Um pressuposto fundamental de todo o poder é, pois, que, no que se refere à seleção do poderoso *Alter*, existe *insegurança*. *Alter* dispõe, pela razão que for, de mais de uma alternativa. Ele pode, com respeito

⁴¹² LUHMAN, Niklas. **Poder**: pensamento político. Traduzido de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p.4.

⁴¹³ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Texto copiado integralmente da edição eletrônica das obras de Freud, versão 2.0 por TupyKurumin. Disponível em <[http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%E7%E3o%20\(Sigmund%20Freud\).pdf](http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%E7%E3o%20(Sigmund%20Freud).pdf)> Acesso em: 05 jul. 2016. p. 21.

⁴¹⁴ “*Quem não sabe colocar sua vontade nas coisas insere nelas ao menos um sentido: isso é: crê que uma vontade já esteja nelas (princípio de ‘fé’)*” NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O crepúsculo dos ídolos**: ou a filosofia a golpes de martelo. Tradução Edson Bini e Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001. p. 3.

⁴¹⁵ LUHMAN, Niklas. **Poder**: pensamento político. Traduzido de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p.6.

⁴¹⁶ LUHMAN, Niklas. **Poder**: pensamento político. Traduzido de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p.8-9.

à escolha feita pelo parceiro, *gerar* e *superar*, nele, a insegurança. Essa passagem pela produção e redução da insegurança é um pressuposto específico do poder, na condição de espaço de generalização e especificação de um meio de comunicação particular – e não uma fonte qualquer de poder entre outras. (grifos do original)

Não tendo escolhido ao acaso os signos *ego* e *alter*, Luhman sugere a possibilidade de geração e superação de insegurança no ego como pressuposto para o poder. Pode-se, ainda, crescer, embora não citado pelo autor, a agressividade do superego contra o ego, cuja retroalimentação decorre não apenas do processo inconsciente, como também é fomentado pelo entorno como mecanismo moral⁴¹⁷ contra o qual Nietzsche vociferava⁴¹⁸. E maior será o poder, quanto às alternativas disponíveis⁴¹⁹:

Também por parte do Ego atingido pelo poder é suposta uma abertura a outras possibilidades de agir. O poder gera a sua capacidade de transmissão através da aptidão de influenciar a *seleção* de ações (ou omissões) diante de outras possibilidades. O poder se faz maior quando consegue impor-se também diante de alternativas atrativas para o agir ou omitir, ele só é passível de aumento em conjunto com o fomento das liberdades por parte dos súditos do poder. (grifo do original)

Por essa razão a coação do soberano sobre o súdito distancia a ideia de poder, posto que determina que o coator substitua a vontade do coagido pela sua, assumindo a responsabilidade de seleção e decisão e ocasionando a perda da função de superação da contingência pelo poder. Diante do mecanismo proposto, afere-se que a liberdade (e a insegurança!) caracterizará o poder.

O signo *ideia* pode ser conceituado como a simples representação intelectual de determinado objeto. Será uma representação por evocar no espírito humano, a representação do objeto cuja ideia se tem; simples porque, diferentemente do juízo, em

⁴¹⁷ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Texto copiado integralmente da edição eletrônica das obras de Freud, versão 2.0 por TupyKurumin. Disponível em <[http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%20E7%E3o%20%20\(Sigmund%20Freud\).pdf](http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%20E7%E3o%20%20(Sigmund%20Freud).pdf)> Acesso em: 05 jul. 2016. p. 36.

⁴¹⁸ As quarenta e quatro *Sentenças e Setas* de Nietzsche são certas e cada uma busca atingir um postulado moral, cuja leitura se recomenda ao leitor pela contundente acidez do filósofo. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O crepúsculo dos ídolos**: ou a filosofia a golpes de martelo. Tradução Edson Bini e Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001. p. 2.

⁴¹⁹ LUHMAN, Niklas. **Poder**: pensamento político. Traduzido de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p. 9.

que se relacionarão diferentes ideias, a ideia nada negará ou afirmará, bastando por si representar; intelectual porque não será *sensível*, a exemplo da obra de imaginação⁴²⁰.

Consistindo a ideologia no estudo científico das ideias, como proposto por Antoine Louis Claude Destutt de Tracy em 1801, em sua obra *Éléments d'Idéologie*⁴²¹, deve-se ter presente que esta representará um conjunto de ideias quando compartilhado por determinado grupo de pessoas, como advertira Karl Marx⁴²²:

A produção de ideias, de representações e da consciência está em primeiro lugar direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens surge aqui como emanção direta do seu comportamento material. O mesmo acontece com a produção intelectual quando esta se apresenta na linguagem das leis, política, moral, religião, metafísica, etc. de um povo. São os homens que produzem as suas representações, as suas ideias, etc., mas os homens reais, atuantes, e como tais foram condicionados por um determinado desenvolvimento das suas forças produtivas e do modo de relações que lhe corresponde, [...]

Se a obra de Marx pretendia desmascarar “[...] as ovelhas que se julgam lobos e que são tomadas como lobos mostrando que são balidos apenas repetem numa linguagem filosófica as representações dos burgueses [...]”⁴²³, não se pode ignorar que iguais ideologias repercutem diretamente no direito e no processo, como advertira Ovídio Baptista⁴²⁴.

Calamandrei, por igual sorte referira que na Rússia pós Revolução de 1917, os tribunais foram dissolvidos e o regime czarista instaurou os *tribunais do povo* em que operários e camponeses julgavam conforme a consciência proletária. Ou seja,

⁴²⁰ JASPERS O.S.B., D. Ludgero. **Manual de filosofia**: baseado no cours de philosophie de CH. Lahr S.J.. Trad. por JASPERS O.S.B., D. Ludgero. 7ª EDIÇÃO. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1932. p. 138-139.

⁴²¹ TRACY, Antoine Louis Claude Destutt. **Éléments d'Idéologie**. [S.l.], [S.d.]. In: Domínio Público. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select_action=&obra=11235>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁴²² MARX, Karl Heinrich. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/ideologiaalema.pdf>>. Acesso em 23 de jan. 2017. p. 20.

⁴²³ MARX, Karl Heinrich. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/ideologiaalema.pdf>>. Acesso em 23 de jan. 2017. p. 7.

⁴²⁴ “A explicação para essa extraordinária distância criada entre o Direito e a vida social decorre do apego a esse princípio. É uma consequência natural das concepções filosóficas e políticas, especialmente políticas, do liberalismo europeu, ao tentar transformar o direito numa ciência abstrata e formal, consequentemente invariável, com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. Resumindo, é a herança racionalista que nos acompanha.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 90.

conforme as exigências revolucionárias as quais tornaram o processo um instrumento político. O mesmo ocorrera no regime fascista alemão, em que os juízes podiam condenar apenas com fundamento no *sentimento do povo alemão*⁴²⁵.

Interessante, em razão dos fins deste trabalho, que Rui Portanova enfrentou em seu livro exatamente a ideologia existente na fundamentação das sentenças (e aqui, deve-se ressaltar, a ideologia se apresenta na motivação, não em sua justificação)⁴²⁶. O título da obra, inclusive, traz manuscrita a palavra “ideológicas” entre os signos *Motivações* e *Sentença* exatamente para ressaltar que a ideologia dificilmente é reconhecida como fator inseparável da construção da decisão judicial.

Por isso externa o autor que “[...] o juiz não é neutro. A ideia de neutralidade do juiz está a merecer uma discussão mais explícita, pois, pouco a pouco, criou-se o sentimento difuso que os juízes são funcionários especiais do Estado [...]”⁴²⁷. Da compreensão do Judiciário como instância política e diante da percepção que as pressões externas, exigências sociais e políticas, produzem decisões portadoras de impactos sociais e políticos nos demais subsistemas, verificaram-se duas características⁴²⁸:

1ª, as motivações sentenciais variavam conforme a classe, a formação, a idade e a ideologia do juiz e por consequência, 2ª, restava desmentida a ideia de justiça como função neutra e equidistante dos interesses das partes.

Compreendendo que o juiz está inserto num contexto, o relevante neste momento do trabalho é o reconhecimento da força desta ideologia e que nem sempre ela estará perceptível ao juiz, como afirma Cardozo⁴²⁹:

Mas sutis são as forças que, por se encontrarem tão abaixo da superfície, só podem ser classificadas, de maneira razoável, como subconscientes. Com frequência, é graças a essas forças

⁴²⁵ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 41.

⁴²⁶ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

⁴²⁷ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 72.

⁴²⁸ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.p. 73.

⁴²⁹ CARDOZO, Benjamim N. **A Natureza do processo judicial**: palestras proferidas na universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira; revisão técnica e de tradução Álvaro de Vita, São Paulo, Martins Fontes, 2004. p. 3.

subscientes que os juizes mantêm a coerência consigo mesmos e a incoerência entre si.

Verifiquemos a questão do poder, cuja ideologia determinará a forma de seu exercício, no pensamento político.

Do pensamento grego sobre a organização política, parte-se de Aristóteles e sua definição sobre as seis formas de governo porque é a que melhor sintetiza a possibilidade de resposta às perguntas “quem governa?” e “como governa?”. Não se ignoram as propostas de Platão em *A República*, *O Político* e *Leis*. Entretanto, considerando que dentre os critérios de distinção entre as formas boas e más de governo, o mentor de Aristóteles usava o critério da *violência*⁴³⁰, o que contraria a substância do fenômeno de poder antes proposto, não se pode adotar Platão para ponto de partida para a definição das formas de poder político neste estudo.

Inobstante os gregos há muito já tivessem classificado a forma de governar, como adiante se demonstrará, descrevendo-a como o governo “de um”, “de poucos” ou “de muitos”, respectivamente a monarquia, aristocracia e a democracia⁴³¹, Aristóteles sistematizou-as axiologicamente em formas boas ou más, conforme os fins buscados pelo seu governante. É em *Política*, obra magna sobre o assunto, que Aristóteles classifica didaticamente para que se possa ser melhor compreendida⁴³²:

Como constituição e governo significam a mesma coisa, e o governo é o poder soberano da cidade, é necessário que esse poder soberano seja exercido por 'um só', por 'poucos' ou por 'muitos'. Quando um só, poucos ou muitos exercem o poder buscando o interesse comum, temos necessariamente as constituições retas; quando o exercem no seu interesse privado, temos desvios... Chamamos 'reino' ao governo monárquico que se propõe a fazer o bem público; 'aristocracia', ao governo de poucos..., quando tem por finalidade o bem comum; quando a massa governa visando ao bem público, temos a 'polida', palavra com que designamos em comum todas as constituições... As degenerações das formas de governo precedentes são a 'tirania' com respeito ao reino; a 'oligarquia', com relação à aristocracia; e a 'democracia', no que diz respeito à 'polida'. Na verdade, a tirania é o

⁴³⁰ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001. p. 54.

⁴³¹ Na obra *Histórias*, de Heródoto, há no livro terceiro, nos parágrafos 80-82, a discussão sobre a melhor forma de governo, Otanes afirma que “[...] mi voto es anular el estado monárquico, y sustituirle el gobierno popular, que el cabo género de bienes siempre lo más es ló mejor.”, referindo-se à democracia como melhor forma de governo. HERÓDOTO. **Histórias**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000439.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016. p. 59.

⁴³² ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017. 1279 a-b.

governo monárquico exercido em favor do monarca; a oligarquia visa ao interesse dos ricos; a democracia, ao dos pobres. Mas nenhuma dessas formas mira a utilidade comum.

Aristóteles anuncia as formas de governo conforme quem exerce o poder e a finalidade de seu exercício. Nas seis formas apresentadas, três são as formas boas e as outras três são as formas corrompidas destes mesmos governos. Sendo o governante apenas um, essa forma será a *monarquia* se este pretender o bem da polis, transformando-se em *tiranía* se o monarca (ou *tirano*, seria melhor) visar apenas o seu benefício. Se este mesmo poder estiver nas mãos de poucos (uma casta, por exemplo), poderá consistir na *aristocracia* caso tenha por fim o bem comum, ou em *oligarquia* caso pretenda apenas seus interesses. Mas quando o governo for de muitos, poderá ser na forma de *democracia* ou *polida*, residindo exatamente aqui o ponto que contraria o senso comum e obriga o enfrentamento desta distinção.

O que diferencia as formas boas de governo das más, além do critério de quantidade de governantes, é o interesse daqueles que exercem o poder, conforme sintetiza Norberto Bobbio⁴³³:

[...] não é o consenso ou a força, a legalidade ou ilegalidade, mas sobretudo o interesse comum ou o interesse pessoal. As formas boas são aquelas em que os governantes visam ao interesse comum; más são aquelas em que os governantes têm em vista o interesse próprio.

E na democracia, forma corrompida do governo de muitos, o interesse daqueles que governam está voltado para o interesse da maioria, enquanto na polida estes “muitos” governariam em favor de “todos” pelo bem comum. Para Norberto Bobbio, criticando a proposição aristotélica de polida, axiologicamente seria uma junção de duas formas más de governo: a oligarquia (no interesse de poucos) e a democracia (no interesse de muitos), redundando numa forma boa, mas utópica⁴³⁴.

Para o filósofo, considerando a concepção grega então vigente de *vida boa* como sendo aquela em que cada indivíduo ocupa o papel conforme sua potencialidade⁴³⁵, da

⁴³³ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001. p. 58.

⁴³⁴ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001. p. 60.

⁴³⁵ “Com efeito, a felicidade não reside em tais ocupações, mas, como já dissemos, nas atividades virtuosas”. ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco e poética**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. 2. (Os pensadores). Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017. 1.177a.

melhor forma de governo para a pior, seguir-se-ia esta ordem: monarquia, aristocracia, politia (ou polida), democracia, oligarquia, tirania⁴³⁶. Ou seja, o bom monarca seria preferível a qualquer outra forma de governo.

A grande surpresa que contraria o senso comum teórico é que a democracia não consiste na melhor forma de governo, mas a que garante a estabilidade em razão da incapacidade de conciliar o “governo de muitos” com o “interesse em favor de todos”. Nos dizeres de Aristóteles⁴³⁷: “Está claro que a forma intermediária é a melhor, já que é a mais distante do perigo das revoluções; onde a classe média é numerosa raramente ocorrem conspirações e revoltas entre os cidadãos.”

Adotando-se a liberdade poética de Norberto Bobbio que nominou *Intervalo* o salto histórico da antiguidade clássica para Maquiavel⁴³⁸, deixa-se de examinar as contribuições de Maquiavel, Hobbes, dentre outros grandes pensadores⁴³⁹, para abordar a repartição de poderes proposta por Montesquieu, pois essa influi diretamente na discussão do fenômeno do exercício do poder.

Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, título nobiliárquico herdado em França e que lhe rendeu o reconhecimento apenas de *Montesquieu*, embora posteriormente tenha vendido seu título para empreender jornada pela Europa⁴⁴⁰, sistematizou e desenvolveu a repartição de poder já implicitamente compreendida pelos gregos da antiguidade clássica⁴⁴¹.

O pensador francês categoriza as formas de governo em três, retornando à forma clássica grega abandonada por Maquiavel⁴⁴², que adotara uma divisão de duas possibilidades em *O príncipe*. De sua classificação, refere Montesquieu⁴⁴³:

Há três espécies de governo: o 'republicano', o 'monárquico' e o 'despótico'... Estou pressupondo três definições - ou melhor, três fatos: o governo republicano é aquele no qual todo o povo, ou pelo menos

⁴³⁶ ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017. 1289 a-b.

⁴³⁷ ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017. 1296 a.

⁴³⁸ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001. p. 77-81.

⁴³⁹ Ao pesquisador, recomenda-se o estudo de Políbio, Jean Bodin, Maquiavel, Hegel e Marx, complementando-se os apontamentos deste artigo.

⁴⁴⁰ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Os Pensadores, XXI). p. 10.

⁴⁴¹ O capítulo XI de A política, de Aristóteles já tratava sobre a necessidade de divisão do poder, como forma de evitar a corrupção das formas de governo.

⁴⁴² BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001. p. 83.

⁴⁴³ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Os Pensadores, XXI). p. 39.

uma parte dele, detém o poder supremo; o monárquico é aquele em que governa uma só pessoa, de acordo com leis fixas e estabelecidas; no governo despótico, um só arrasta tudo e a todos com sua vontade e caprichos, sem leis ou freios.

Deste trecho, constata-se que o Montesquieu abarca no governo republicano a democracia e a aristocracia; o monárquico é reconhecido apenas em sua forma boa; e o governo despótico abrange todas as degenerações das formas de governo aristotélicas. Mas o filósofo não desconhece a existência, na primeira forma referida, de duas diferentes possibilidades, quando diz que “[...] na república, é o povo inteiro que dispõe do poder supremo, tem-se uma democracia. Quando o poder supremo se encontra nas mãos de uma parte do povo, uma aristocracia.”⁴⁴⁴

Adotando a tipologia de *quem governa e para quem* (no sentido axiológico), Montesquieu se preocupa⁴⁴⁵ com a possibilidade de degeneração do governo quando o poder do soberano está concentrado em apenas um governante⁴⁴⁶. Para isso, inspirado na constituição inglesa que adotara as proposições de John Locke⁴⁴⁷, Montesquieu sugere a seguinte divisão⁴⁴⁸:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.

A didática e o rigor científico de Montesquieu serviram de base para que o constitucionalismo moderno, desenvolvido a partir de suas contribuições, servisse de *freio ao despotismo*, considerada a forma degenerada de governo. Os Estados

⁴⁴⁴ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Os Pensadores, XXI). p. 39.

⁴⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001. p. 130-131.

⁴⁴⁶ Aliás, ao contrário do que se poderia pensar, a preocupação de Maquiavel era exatamente a degeneração das formas de governo, servindo sua *magnum opus* como advertência. Embora se atribua a frase “Os fins justificam os meios”, não há essa frase na obra *O príncipe*. MAQUIAVEL. **O príncipe**. Tradução, introdução de notas de Antônio DÉlla. São Paulo: Cultrix, 1980.

⁴⁴⁷ LOCKE, John. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Madrid: Aguilar, 1963.

⁴⁴⁸ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Os Pensadores, XXI). p. 157.

modernos, em sua grande maioria⁴⁴⁹, dividem o poder dentre organismos distintos como forma de contrabalançar o que se costuma chamar de *check and balances* de equilíbrio de poder. Estudado especialmente no início das faculdades de Direito, o Estado brasileiro adota a forma republicana e federativa de Estado, repartindo de poderes em executivo, legislativo e judiciário⁴⁵⁰.

As formas de governo evoluíram, e foram sempre estudadas, sob dois enfoques: a correlação de forças entre governantes e governados e a finalidade do exercício deste poder (bem comum, vida boa, na conceituação Aristotélica da expressão). Para a manutenção do Estado soberano e convívio social, diversas foram as variações de forma governo estudadas pelos pensadores políticos para a estabilidade social, não se chegando à *forma perfeita*⁴⁵¹.

Sigmund Freud alertara que o sentimento *oceânico* de seu amigo não poderia ser compreendido apenas como *fé em Deus*, mas deveria existir algo, incompreendido e inconsciente no ser humano, que determinava o mal-estar generalizado. Esta busca em algo transcendente representava, no seu compreender, uma satisfação substitutiva de algo poderoso, que classificou como a agressividade intrínseca decorrente da libido sexual.

Poucos anos antes, Friedrich Nietzsche invocava essa agressividade na forma de impulsos, as quais deveriam vir à tona para que o homem fosse feliz. Os *golpes de martelo* sugeridos no título de sua obra permitiriam, como energia vital, fazer ecoar os falsos ídolos (vazios em sua essência), mitos que apenas serviam para conter a felicidade.

Em uma análise transdisciplinar, pode-se refletir que o fenômeno do poder, estruturado para que poderoso e apoderado (*alter e ego*, conforme Luhman) possam livremente anuir na relação de sujeição, causará, inexoravelmente, um sentimento de contenção de nossos instintos mais primitivos (agressividade, sexualidade).

A formação do Estado necessita considerar (ou *dialogar com*) tais sentimentos primordiais, os quais já eram reconhecidos desde a alegoria da genealogia dos deuses

⁴⁴⁹ A aferição científica sobre a variação da forma de governo de cada país, pode ser realizada pela análise das 194 constituições hoje vigentes, dentre as quais há exceções em que a divisão de poderes não é tão clara, como na República Democrática da Coreia, a qual remetemos o leitor. CONSTITUTE PROJECT. **The comparative constitutions project (CCP)**. Nova Iorque, 2009. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/search?lang=en>> Acesso em: 12 jul.2016.

⁴⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Art. 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁴⁵¹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001. p. 76.

gregos descrita em Theogonia, em que cada Deus representava uma faceta da natureza humana e eram condenados a eternamente se relacionar. É exatamente o que nos torna humanos.

A condição de possibilidade para a compreensão do poder e suas formas de manifestação política passa, necessariamente, pelo entendimento do desenvolvimento de mecanismos que permitam a controlabilidade dos impulsos deste infinito chamado inconsciente humano. A divisão de poderes do Estado não surge apenas para conter o soberano, mas igualmente para controlar os impulsos (naturais) do inconsciente dos agentes do Estado.

4 ENFRENTAMENTO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS PELAS PARTES NO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL

A observância do Princípio do Contraditório não é uma opção do julgador em um Estado Democrático de Direito, mas sim um dever para a concretização dos valores constitucionais. Será na fundamentação da sentença que será possível aferir se as partes efetivamente contribuíram para a construção da decisão judicial.

4.1 Os Reflexos do Estado Democrático de Direito no Campo do Direito Processual e o Princípio do Contraditório em sua Matiz Constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve, expressamente em seu artigo primeiro, que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, elencando a seguir os princípios sob os quais se fundamenta e se destacam a cidadania e a dignidade da pessoa humana⁴⁵². Dada a importância da forma de Estado assumida, faz-se necessária a compreensão sobre no que consiste um Estado Democrático de Direito.

Antes de se adentrar no estudo do conceito de democracia, o que determinará um olhar para a Grécia antiga, iniciemos pela compreensão de Estado de Direito, adotando-se a visão de Danilo Zolo, que enfrenta os diferentes matizes do Estado de Direito e suas experiências históricas. Tendo como identidade teórica desta forma de Estado a característica do dever de garantir os direitos individuais face da natural tendência do poder político à arbitrariedade, o professor italiano explica as quatro principais experiências históricas: o *rechtstaat* alemão; o *rule of law* inglês; o *rule of law* americano; e o *L'Etat de droit* francês⁴⁵³. Concentremo-nos, sem ignorar a importância dos demais, nos modelos alemão e francês em razão de sua significação para a formatação do Estado brasileiro como hoje se conhece.

A expressão *Estado de Direito*, usada pela primeira vez por Robert Von Mohl no livro *Die Deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*,

⁴⁵² BRASIL. Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jul. 2016.

⁴⁵³ ZOLO, Danilo **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94. p. 11.

de 1824⁴⁵⁴, dá origem ao *Rechtsstaat* alemão a partir da concepção de liberdade do cidadão como objetivo de Estado, o que permitiu o equilíbrio de forças entre a burguesia liberal iluminista e as forças conservadoras então vigentes. Mas é apenas a partir da teoria dos direitos públicos subjetivos desenvolvida por Georg Jellinek que as liberdades individuais são reconhecidas⁴⁵⁵.

Explicando a teoria dos quatro *status* de Jellinek, Anderson Vichinkeski Teixeira afirma que os direitos públicos subjetivos assegurariam não apenas os direitos formais e expressamente positivados, como os direitos subjetivos materiais reconhecidos expressos ou implicitamente quando da análise do caso concreto. Estes últimos poderiam, inclusive, prescindir de normas procedimentais para a sua realização⁴⁵⁶.

Mas o que se deve atentar é que estas liberdades individuais têm como fonte o poder estatal, que *em nome do povo*⁴⁵⁷, decide e disciplina a atribuição dos direitos subjetivos. Traduz-se que, ao contrário da compreensão destes direitos como tendo origem pré-política ou jusnaturalista, justificando o contratualismo proposto por John Locke⁴⁵⁸, é o poder legislativo que limitará o poder estatal e determinará o respeito das liberdades individuais pelos demais poderes do Estado, consoante a estrita observância do princípio da legalidade⁴⁵⁹.

Dessa forma Zolo adverte que o uso arbitrário do poder legislativo, neste modelo, em que o conceito técnico-formal é estritamente observado, levaria à desvinculação pelo direito estatal de qualquer valor ético ou político, impedindo o

⁴⁵⁴ MOHL, Robert von. **Die deutsche polizeiwissenschaft nach den grundsätzen des rechtsstaats.** Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=LOoJAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=rechtsstaat&f=true>. Acesso em: 20 jul. 2016. p. 131.

⁴⁵⁵ ZOLO, Danilo **O estado de direito: história, teoria, crítica.** Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94. p. 11-12.

⁴⁵⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro *status*. p. 09-23. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Organizadores Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.

⁴⁵⁷ Mais adiante se voltará ao tema *povo* para, a partir da visão de Friedrich Müller, buscar a compreensão da legitimidade estatal decorrente da atribuição de poder.

⁴⁵⁸ “*Pero, aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia; aunque el hombre tenga en semejante estado una libertad sin limites para disponer de su propia persona y de sus propiedades, esa libertad no le confiere derecho de destruirse a sí mesmo, [...]*” LOCKE, John. **Ensayo sobre el gobierno civil.** Tradução de Amando Lázzaro Ros. Madrid: Aguilar, 1963. p. 33.

⁴⁵⁹ ZOLO, Danilo **O estado de direito: história, teoria, crítica.** Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94. p. 13.

controle judicial e permitindo a justificação de arbitrariedades por parte de um “Estado legal”, já tendo a Alemanha dado exemplos de violações às liberdades individuais justificadas no direito então vigente (basta lembrar-se do Terceiro Reich)⁴⁶⁰.

Partindo para a experiência francesa, que tem em Raimond Carré de Malberg o grande aglutinador dos modelos alemão e norte-americano, o *L'État de droit* francês busca romper com a onipotência do parlamento que estaria fundamentado na *soberania popular* como outorgante de um poder absoluto à casa legislativa. Pretendia romper a doutrina iluminista que via, na lei escrita promulgada pelo parlamento, a *vontade geral da nação*, a qual submetia o Judiciário inclusive (daí a expressão que o juiz deveria ser a *la bouche de la loi*).

Lenio Luiz Streck afirma que, para os revolucionários franceses, apenas seriam importantes os atos de fazer as leis e executá-las, conforme se transcreve⁴⁶¹:

A influência do contratualismo de Rousseau e a doutrina da separação dos Poderes de Montesquieu foram decisivas para os rumos que tomou o constitucionalismo em França e sua forma de controle. Assim, a vontade popular propalada por Rousseau e a importância que Montesquieu deu ao Legislativo (e a pouca importância que deu ao Judiciário), aliadas ao fato de os juizes, por ocasião da Revolução, serem todos oriundos da aristocracia (*ancién régime*), fizeram com que se olhasse com extrema desconfiança a possibilidade de um Poder não popular modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo.

Para Carré de Malberg, os poderes do Estado deveriam ter igual peso, submetidos ao Direito e, mais importante, dever-se-ia garantir aos cidadãos instrumentos legais para se oporem à vontade do legislador. Verifica-se, na proposta de Carré de Malberg, a compreensão da necessidade de tutelar os direitos subjetivos individuais, exigindo aparelhos normativos e órgãos institucionais que possam conter o abuso e arbítrio de poder⁴⁶².

Nesta breve apresentação destas duas experiências de surgimento do Estado de Direito, pode-se aferir que se alterou o vértice da relação de poder entre Estado e

⁴⁶⁰ ZOLO, Danilo **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94. p. 14.

⁴⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 402.

⁴⁶² ZOLO, Danilo **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94. p. 25.

cidadãos, com expressa atribuição ao primeiro do poder de tutelar, garantir e promover os direitos subjetivos. É a partir da aglutinação destes modelos que, mais tarde, surgirá o atual Estado Democrático de Direito brasileiro. Mas, para falar em *Democrático*, retrocedamos no tempo à antiguidade.

A palavra democracia (*δημοκρατία*) advém da Grécia antiga, mais especificamente de Atenas, local em que nasce essa forma de governo, e corresponde à junção dos signos *demos* (povo) e *kratia* (governo)⁴⁶³, representando o conceito de governo da maioria, conforme célebre discurso que Péricles, filho de Xântipos, fez nos primeiros atos fúnebres da guerra do Peloponeso⁴⁶⁴:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos, mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas, quando se trata de escolher (se é preciso distinguir em qualquer setor), não é o fato de pertencer a uma classe, mas o mérito, que dá acesso aos postos mais honrosos; inversamente, a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.

Na concepção de democracia atribuída⁴⁶⁵ ao estadista ateniense, a representatividade se dava sem qualquer distinção, mas Pedro Paulo Funari afirma que nem todos tinham voz na Ágora. Podiam se manifestar e votar apenas os cidadãos e “[...] eram considerados cidadãos apenas os homens adultos (com mais de 18 anos de idade) nascidos de pai e mãe atenienses.” Isso importava que apenas “[...] pessoas com esses atributos podiam participar do governo democrático ateniense, o regime político do ‘povo soberano’”⁴⁶⁶. Por essa razão, não mais do que

⁴⁶³ LIDDELL, Henry George. SCOTT, Robert. **An intermediate greek-english lexicon**. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0058%3Aentry%3Ddhmokrati%2Fa>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

⁴⁶⁴ TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Kury. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2001. p. 109.

⁴⁶⁵ Helio Jaguaribe explica que Tucídides, embora tenha usado trechos do discurso, usou de sua obra para reconstruir as palavras do estadista, como refere: “Quando, como usualmente ocorria, não dispusesse de registro das palavras que haviam sido pronunciadas, Tucídides leva seus personagens a dizer aquilo que, dadas as circunstâncias, seriam supostos ter dito (H.I.22). A famosa oração fúnebre de Péricles (H.II.35-46) em que declara Atenas a escola da Grécia, é um dos mais típicos exemplos de genial reconstrução de discursos por Tucídides.” TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Kury. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2001. p. 25.

⁴⁶⁶ FUNARI, Pedro Paulo A. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2002. p. 36.

poucas centenas de pessoas compareciam simultaneamente para o exercício da democracia direta ateniense⁴⁶⁷.

Escravos, estrangeiros, mulheres e crianças atenienses, não obstante consistirem na grande maioria da população⁴⁶⁸, não detinham qualquer poder político. Mas isso não diminui a importância e reflexos deste regime para o desenvolvimento das teorias de Estado.

Recorde-se que Heródoto narra a discussão havida entre conspiradores persas quando da morte do rei Cambises, havida no ano de 522 a.C. Segundo o autor de *Histórias*, Otanes sugere aos seus dois outros interlocutores a adoção de uma forma de governar em que os cidadãos pudessem opinar sobre os negócios públicos⁴⁶⁹. Essa forma se chamaria *Isonomia*, mais tarde adotada pelos gregos e denominada *Demokratia*.

O debate narrado pelo historiador grego demonstra que estes há muito já haviam classificado as formas de governar conforme a quantidade de cidadãos que exerciam o poder. Dentre as formas sistematizadas por Aristóteles, como boas ou más consoante seus fins⁴⁷⁰, apenas a democracia seria possível, considerando a tensão decorrente do exercício do poder, o que tornaria a polida utópica, como antes explanado quando se tratou do exercício de poder⁴⁷¹.

Boaventura de Souza Santos alerta, entretanto, que a democracia não chega ao século XX sem acirrado debate sobre a sua pertinência e suas condições estruturais. A atribuição de poder a uma massa iletrada, ignorante, social e

⁴⁶⁷ BARROS FILHO, Clóvis de. **Poder e ideologia**. (2h.11m.37s.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7mrsLKU0E4I>>. Acesso em: 16 jul. 2016. Em igual sentido, Friedrich Müller restringe ainda mais os aptos a votar, referindo que apenas os “[...] *homens atenienses livres, habilitados para a atividade guerreira, contribuintes e domiciliados há muito tempo*.” MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Com introdução de Ralph Christensen. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Maxlimonad, 2003. p. 71.

⁴⁶⁸ Segundo Funari, dos 310 mil habitantes de Atenas em 431 a.C., apenas 45 mil eram considerados cidadãos aptos a comparecer na Eclésia, assembleia em que se exercia a democracia direta ateniense. FUNARI, Pedro Paulo A. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2002. p. 36-38.

⁴⁶⁹ “[...] mi voto es anular el estado monárquico, y sustituirle el gobierno popular, que el cabo gênero de bienes siempre lo más es ló mejor.”, referindo-se à Isonomia (democracia) como melhor forma de governo. HERÓDOTO. **Histórias**. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/bk000439.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2016. p. 59.

⁴⁷⁰ ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017. 1279 a-b.

⁴⁷¹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001. p. 60.

politicamente inferior, poderia vir a consistir em perigosa possibilidade⁴⁷². Daí a utilização do *povo ícone*⁴⁷³, como adiante se referirá.

Ao lado da discussão sobre uma possível tensão entre democracia e capitalismo, em que o regime democrático seria incompatível com a possibilidade de acumulação de capital sem limites, impondo uma melhor distribuição de ganhos para camadas menos favorecidas⁴⁷⁴, surge o debate sobre a forma da democracia e suas variações. Quanto maior a insistência em uma democracia de baixa intensidade, decorrente do entendimento que o cidadão comum não teria capacidade ou interesse político (apatia política) para escolher seus líderes, maior a degradação das práticas democráticas⁴⁷⁵. Há uma dupla *patologia*, no dizer de Boaventura Santos: a patologia da participação, consistente no elevado abstencionismo; e a patologia de representação, decorrente do sentimento dos cidadãos de não se sentirem representados por aqueles que elegeram.

Essa dupla patologia reflete a desconsideração do povo como agente ativo pelos investidos de poder, pois lembra Friedrich Müller que⁴⁷⁶:

[...] só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual [nicht zuletzt], também os direitos fundamentais políticos.

Outorga-se, em razão de eventuais práticas deslegitimantes da democracia, aos destinatários do poder, a possibilidade de dissociação do povo como “destinatário das prestações estatais”, do “povo ativo”, “povo atribuição” e “povo ícone”, este último como instrumento de sacralização para o afastamento do efetivo exercício democrático. Müller utiliza como exemplo as ocasiões em que o povo (*ícone*) é invocado como agente constituinte de poder, mas as leis legitimamente instituídas são

⁴⁷² SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39.

⁴⁷³ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Com introdução de Ralph Christensen. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Maxlimonad, 2003. p. 65.

⁴⁷⁴ Boaventura de Souza Santos aponta, sem aprofundar desnecessariamente, baseando-se em Przeworski, que o surgimento de formas alternativas de democracia, como a democracia participativa, democracia desenvolvimentista e democracia popular decorrem da possível inviabilidade de conciliar democracia e capitalismo. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 40-41.

⁴⁷⁵ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 42.

⁴⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Com introdução de Ralph Christensen. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Maxlimonad, 2003. p. 63.

desconsideradas pelo Poder Judiciário pela deformação do direito (*rechtsverbiegung*)⁴⁷⁷.

Historiando sobre o surgimento do *Welfare State* como decorrência do crescimento estrutural do Estado e sua maior intervenção nas relações econômicas e sociais, com ampliação da prestação de serviços, Lênio Luiz Streck reforça que o crescimento das demandas por parte da sociedade civil acaba por consistir num dos grandes obstáculos do Estado Social, pois exatamente é o incremento da máquina pública para a concretização de serviços que leva ao aumento da burocracia e uma menor democratização destes. Boaventura Santos, alertando que opções homogeneizantes não solucionam a pluralidade de problemas que possam surgir na gestão da jurisdição administrativa⁴⁷⁸, reforça que ao optar pela sociedade de massa e economia de mercado, o cidadão abre mão do controle sobre as atividades políticas e econômicas em favor da burocracia estatal ou privada⁴⁷⁹.

Este Estado Social, cujos primeiros sinais advêm das Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, seria aquele em que o cidadão, independentemente de sua condição social, teria garantido os direitos mínimos de renda, alimentação, saúde, educação, etc. Não como caridade, mas como direito político⁴⁸⁰.

Ao falar sobre a crise do Estado Social, mormente considerando-se as promessas incumpridas constantes nas Cartas Políticas, José Luis Bolzan de Moraes afirma que se faz necessário repensar uma *democracia substancial*, não apenas uma *democratização formal*⁴⁸¹. O Estado de Direito não pode apenas ser um *Estado Providência*, mas deve estar orientado pelos princípios da constitucionalidade, pelo

⁴⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Com introdução de Ralph Christensen. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Maxlimonad, 2003. p. 66.

⁴⁷⁸ Boaventura de Souza Santos explica que o debate entre democracia representativa e democracia participativa surge a partir do momento que a teoria hegemônica de democracia não consegue resolver problemas especialmente surgidos em sociedades com maior diversidade étnica, em países cujos grupos marginalizados não conseguem ter atendidos seus direitos ou quando a diversidade de interesses se choca com o particularismo de elites econômicas. O pesquisador português assinala como o fim da guerra fria e intensificação do processo de globalização como marcos de início desta crise. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 50.

⁴⁷⁹ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 45-46.

⁴⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 84.

⁴⁸¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”! In: STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 70.

sistema dos direitos fundamentais, da justiça social e princípio democrático, dentre outros⁴⁸². Sendo o Estado Democrático de Direito o sucedâneo do Estado de Direito, qual seria a nota distintiva entre ambos⁴⁸³?

Atribuindo ao Estado o dever positivo de garantia de bem-estar, Streck afirma que o Estado Democrático de Direito surge da junção das experiências anteriores de Estado de Direito e *Welfare State*, referindo que⁴⁸⁴:

O Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito, e, de outro, do *Welfare State*. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do status quo. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios ao Estado do Bem-estar, construídos desde há muito tempo.

Noutra oportunidade, Streck afirmara que a noção deste novo conceito de Estado “[...] está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito.”⁴⁸⁵ Recorda, Darci Guimarães Ribeiro, ao tratar sobre sanções⁴⁸⁶ que “o Estado Democrático de Direito apresenta como princípios essenciais e confortadores: o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema dos direitos fundamentais e o princípio da justiça social, entre outros”⁴⁸⁷.

⁴⁸² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 57.

⁴⁸³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 58.

⁴⁸⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 84-85.

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.54.

⁴⁸⁶ O incremento democrático pode ser aferido, inclusive, pela valorização das chamadas sanções premiais, em que o cidadão é incentivado a cumprir o ordenamento jurídico através do incentivo, ao contrário de uma postura repressora, típica de um Estado arcaico em que as sanções repressivas são a forma de compelir o cidadão a cumprir a lei. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 54-55.

⁴⁸⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 57.

Tomando por exemplo o orçamento participativo⁴⁸⁸, no Brasil, e os Panchayats⁴⁸⁹, da Índia, Boaventura Santos aborda as concepções não-hegemônicas de democracia como forma de reconhecimento da pluralidade humana e os distintos elementos culturais de cada sociedade. Considerando a diversidade de formas de vida contemporânea, a política deverá contar com a participação e deliberação de todos os atores sociais através de um discurso argumentativo que permita a livre apresentação de razões entre iguais⁴⁹⁰.

O debate sobre estas soluções não-hegemônicas suscitou outras questões para a funcionalidade da democracia participativa, como a relação entre o procedimentalismo e participação social; o deslocamento das discussões administrativas para o âmbito local e conforme a criatividade de seus atores para o encontro de soluções; e, a relativização da legitimidade da democracia representativa, especialmente dentre aquelas minorias que não conseguem ter seus interesses atendidos através do sistema político⁴⁹¹.

Teixeira refere que o *Status activae civitatis*, não obstante a crítica de Jellinek quanto à expressão, constitui um dos quatro *status* dos direitos públicos subjetivos, e a este deve ser agregado um critério material que permita a competência para a formação da vontade estatal. Mais, lembra Teixeira, que se poderá alargar a concepção do direito de participação a uma dimensão procedimental organizatória dos direitos fundamentais (*status activus processualis*)⁴⁹².

Exemplo é o trazido por Ribeiro ao discorrer sobre a ampla utilização das sanções premiaias como forma de estímulo ao cumprimento espontâneo do

⁴⁸⁸ O Orçamento Participativo é o processo em que a população local decide, de forma direta, como a municipalidade aplicará os recursos financeiros em obras e serviços, os quais são realizados pela administração local. Iniciativa realizada na cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, a partir do ano de 1989. ORÇAMENTO PARTICIPATIVO. **Prefeitura de Porto Alegre**. Porto Alegre: [S.D.]. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=15>. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁴⁸⁹ Forma descentralizada de governo, introduzida na Índia a partir de Emenda Constitucional de 1992 (73rd Amendment Act), em que o governo é exercido a partir de comitês locais. Importante sinalizar que se baseia em tradicional forma de administração local, que levou ao sucesso local da iniciativa de regulamentação. GOVERNO DA ÍNDIA. **Ministério do Panchayati Raj**. Índia: [S.D.] Disponível em: <<http://www.panchayat.gov.in/about-mopr>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁴⁹⁰ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 53.

⁴⁹¹ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 54-55.

⁴⁹² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro *status*. p. 09-23. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Organizadores Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

ordenamento jurídico. Como afirma o doutrinador gaúcho, a corrente que visualiza o ordenamento jurídico apenas em sua função repressiva, ou seja não participativa, encontra-se cada vez mais comprometida ante o qualificativo de um Estado Democrático de Direito⁴⁹³.

Bolzan de Moraes, ao discutir sobre o que chama de *encruzilhada* da democracia atual, afirma que a inovação das estratégias de tomada de decisão, como forma de construção do consenso num ambiente democrático, não deve ser ilusória, mas real, conforme se transcreve⁴⁹⁴:

Assim, é preciso ter presente que para que se constitua a democracia representativa, em especial como procedimento que viabiliza, em sociedades plurais e complexas, o estabelecimento de decisões coletivas/comuns, sob este viés, mister se faz que o cidadão-eleitor – o povo ativo de que fala F. Müller – tenha diante de si a possibilidade real – não ilusória – de escolher dentre modelos diversos de resposta aos problemas sociais.

E exatamente porque o povo é o vértice da democracia, que esta não pode mais ser visualizada apenas sob seu ponto de vista procedimental, constituindo a democracia participativa como a “verdadeira democracia do terceiro milênio”, nos dizeres de Darci Guimarães Ribeiro e Felipe Scalabrin⁴⁹⁵. Assim, ganhando espaço gradativamente, a democracia participativa constitui a evolução do Estado Democrático de Direito prescrito na Constituição Federal brasileira, e sua nota distintiva do Estado de Direito, remetendo à discussão da repercussão dessa nova perspectiva no campo processual.

Sem aprofundar neste espaço, demasiadamente, sobre o papel do Direito e o conceito de processo, considerando-se que se procura investigar apenas os reflexos do Estado Democrático de Direito neste último, faz-se necessária rápida explicação, como ponto de partida, de Direito e processo. Não obstante os inúmeros conceitos que se poderia adotar, busca-se em Darci Guimarães Ribeiro e Piero Calamandrei a explicação para os fenômenos, em razão da didática do primeiro e da plasticidade do segundo.

⁴⁹³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 48.

⁴⁹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”! In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 81.

⁴⁹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. O papel do processo democrático na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. p. 155-168 **Scientia Iuris**. Vol. 13, nov. 2009. Londrina, [s.e.], 2009. p. 160.

Os homens têm necessidades (comer, beber, vestir, etc.) nas mais diversas formas, variando de intensidade, qualidade e quantidade. Quando este homem está sem qualquer necessidade, diz-se que está em perfeito equilíbrio físico e psíquico. Entretanto, quando a necessidade surge, esse equilíbrio se rompe e apenas é reestabelecido com a satisfação desta necessidade. Por isso se pode dizer que aos homens são movidos pelo prazer e pela dor. Quando o necessário para a satisfação é um bem do mundo exterior (não um sentimento ou uma ideia), deve-se aferir a relação entre este bem (bem da vida) e a possibilidade de satisfação desta necessidade, consistindo num juízo de valoração⁴⁹⁶.

Mas quando o *bem da vida* não está disponível para todos os indivíduos, haja vista que as necessidades humanas são ilimitadas, aparece o conflito de interesses, fazendo surgir então o processo que regulará a lide por meio do Direito⁴⁹⁷. E para complementar a explicação de Ribeiro, Calamandrei refere que⁴⁹⁸:

Se dice comúnmente que el proceso, civil o penal, puede equipararse a un drama; y en efecto, como ocurre en un drama, se desenrolla através de una sucesión de actos realizados por varias personas, en forma dialogada, distinguiéndose entre los diversos episodios concatenados, que encuentran su desenlace, como un epílogo en la sentencia.

Comparando o ordenamento jurídico a um fichário, em que cada dispositivo legal seria representado por uma ficha hipoteticamente criada pelo legislador, este sim submetido a uma torrente de diferentes matizes políticas, Calamandrei afirma que aos juízes imaginados pelos revolucionários franceses, bastaria a mera comparação entre o fato socialmente relevante destacado pelo legislador e o texto de lei logicamente pensado. Essas máquinas silogizantes estariam a salvo das pressões ideológicas sofridas pelo legislador⁴⁹⁹.

Se, em alguns momentos históricos, existiu um processo em que o juiz não “[...] veía hombres, conciencias responsables y libres para defenderse, sino únicamente víctimas

⁴⁹⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 20-21.

⁴⁹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 25-27.

⁴⁹⁸ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autónoma de Mexico. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 58.

⁴⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. **Proceso e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autónoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 44-45.

indefensas, sujetas a su ilimitado arbitrio y condenas anticipadamente al sacrificio [...]”⁵⁰⁰, referindo-se o professor italiano ao processo inquisitório, é possível falar-se de influência da atual configuração política de Estado na seara processual?⁵⁰¹

Ao discorrer sobre o papel da hermenêutica jurídica na contemporaneidade, Streck distingue as posições que tratam sobre os limites de atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Entre as posturas *procedimentalistas*, as quais não reconhecem um papel concretizador de direitos do Judiciário, e a postura *substancialista*, a qual outorga a este Poder a condição de possibilidade de realização das promessas sociais incumpridas, o professor afirma a necessidade de (re)discussão da função jurisdicional. Não sem antes advertir que “[...] essa posição adotada pelas posturas *substancialistas* não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos.”⁵⁰²

E tratando sobre as audiências públicas jurisdicionais, como exemplo de possibilidade de concretização da participação democrática no processo, Bolzan de Moraes confirma⁵⁰³:

Se está criada uma situação de rompimento entre a concepção clássica de separação de poderes e uma formulação do que se entende como função jurisprudencial, dotando a jurisprudência de fórmula vinculante e possibilitando instrumentos que a tornam referências interpretativas, há por consequência uma maior participação dos tribunais, principalmente no que se refere ao Tribunal Constitucional.

A concretização dos direitos e garantias fundamentais, para que estes não se configurem como meras abstrações normativas positivadas, encontra espaço através

⁵⁰⁰ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autónoma de Mexico. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 151-152.

⁵⁰¹ Embora não seja tema do presente estudo, não se pode deixar de mencionar, dada a sua importância, do viés do Princípio do Dipositivo conforme Darci Guimarães Ribeiro em sua obra, que o princípio do dispositivo logrou êxito a partir da segunda metade do século XIX, tendo em vista a extraordinária expansão do liberalismo que aportou no processo civil, trazendo, por consequência, os ventos do pensamento individualista e liberal.” e continua, explicando os reflexos desse pensamento no processo que “[...] aumentando-se os poderes das partes, reduzem-se os poderes do juiz, [...]” RIBEIRO, D. G. **Provas atípicas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 23.

⁵⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11^a ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.52-53.

⁵⁰³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. p. 93-119. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Organizadores Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 96.

do “[...] mais afinado instrumento democrático: o processo.” conforme Darci Guimarães Ribeiro. Por essa razão, lembrando as advertências de Boaventura de Souza Santos, Ribeiro afirma que o processo e suas garantias são fundamentais para o exercício da participação democrática⁵⁰⁴:

Ele, o processo, se constitui no mais valoroso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia.

E a Constituição de 1988, reconhecendo a condição de possibilidade do processo como instrumento de participação social e concretização dos direitos e garantias fundamentais, disciplinou o processo e seus princípios, descrevendo um *iter* processual constitucional mínimo. Marco Félix Jobim e Elaine Harzheim Macedo, ao tratarem sobre as inovações que seriam introduzidas pelo Projeto de Lei 8.046/2010⁵⁰⁵, que mais tarde se tornou o Código de Processo Civil de 2015, reconstroem o processo judicial a partir das normas e princípios constitucionais, demonstrando a importância dada ao processo pela Carta Política brasileira⁵⁰⁶.

O caráter democrático se reflete, como Piero Calamandrei afirma, no princípio do contraditório, pois “El principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el ‘principio do contradictorio’: audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari.”⁵⁰⁷ E com perfeita acuidade, o professor italiano já comparava o *universo do processo* com a realidade política do Estado, ao afirmar que a relação processual “[...] no es más que una traducción en el microcosmos del proceso de la teoría del Rechtstaat (Estado de Derecho).”⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2, p. 106.

⁵⁰⁵ SARNEY, José. **Projeto de Lei 8.046/2010**. Institui o Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

⁵⁰⁶ JOBIM, Marco Félix. MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. RIBEIRO, D. G.; JOBIM, M. F. (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 46-47.

⁵⁰⁷ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autónoma de Mexico. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 148.

⁵⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autónoma de Mexico. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 149.

O Código de Processo Civil de 2015 traz expressamente em três oportunidades a necessidade do contraditório, sem olvidar inúmeros outros dispositivos legais em que se pode aferir igual princípio⁵⁰⁹. O juiz deverá *zelar pelo contraditório*⁵¹⁰, não se preferirão decisões, em regra, sem a prévia oitiva da parte⁵¹¹, e sempre se dará a possibilidade de manifestação à parte sobre fundamento ainda não debatido⁵¹² e sobre o qual o juiz pretenda decidir⁵¹³. Ora, essa participação não é apenas formal, mas, nas palavras de Wambier⁵¹⁴:

[...] mais do que ciência e reação – é o direito de plena *participação* de todos os atos, sessões, momentos, fases do processo, e de efetiva *influência* sobre a formação da convicção do julgador.

Ao referir que o contraditório não mais se reveste apenas daquele caráter de outrora em que se proibiam decisões *inaudita altera pars*, mas da estruturação de um processo em que as partes contribuem para a formação dos provimentos judiciais, afirma Lenio Streck dois enfoques do contraditório⁵¹⁵:

⁵⁰⁹ Apenas a título de exemplo: Art. 194. Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵¹⁰ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵¹¹ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵¹² Há, também neste dispositivo, a vedação à decisão-surpresa, em que “[...] veda-se o juízo de ‘terza via’ ” MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1º a 69/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166.

⁵¹³ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁵¹⁴ WAMBIER, Rodrigues. TALAMINI, Eduardo **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. Volume 1, 16ª edição, reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 77.

⁵¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 164.

Com essa roupagem, o contraditório pode ser visualizado a partir de um duplo enfoque: sob um aspecto positivo, significa um verdadeiro direito de influir sobre a elaboração do provimento judicial; sob um aspecto negativo, constitui uma proibição às chamadas decisões surpresas, também conhecidas como juízos de *terceira via*, ou seja, como um caminho diverso daquele desenvolvido pelas partes em contraditório.

O professor gaúcho considera a inclusão do art. 10 do Código de Processo Civil como uma das mais importantes inovações do Código, pois *alberga uma nova roupagem de contraditório*, impedindo qualquer decisão judicial sem a oportunização prévia às partes de debate⁵¹⁶. O que Streck chama de proteção às partes contra o perigo de eventuais surpresas se revela fundamental, mais adiante como se verá, quando o Tribunal decide sob um argumento vencedor em primeira instância, não analisado em sentença⁵¹⁷.

Comentando o art. 7º do Código de Processo Civil, Darci Guimarães Ribeiro alerta que a *cegueira ideológica* causada pela crença de que o juiz apenas declararia a vontade da lei, ignora o poder de criação de distintas situações jurídicas a partir do texto legal mesmo diante idênticas situações. O dispositivo legal incorpora expressamente no ordenamento a igualdade substancial entre as partes, “[...] sem a qual não podemos falar de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.”⁵¹⁸

Essa exigência não se projeta apenas sobre o legislador para quando estrutura o processo, mas especialmente sobre o juiz na condução do debate judicial, sendo seu pressuposto para que se possa considerar a participação das partes no processo⁵¹⁹. A participação garantirá decisões de melhor qualidade⁵²⁰ e o contraditório “[...] deixou de

⁵¹⁶ Sem aprofundar neste estudo em razão de seu espaço, visto que aqui se pesquisa a necessidade de enfrentamento dos argumentos à vista da nova disposição processual, não os distinguindo quanto a sua natureza, Lenio Streck alerta que parte da doutrina italiana (como traz Marco Grandi e Dino Buoncristiani) sustenta que mesmo quando o juiz deve conhecer a matéria de ofício, deverá oportunizar às partes a manifestação sobre os fatos e qualificação jurídica. STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 164.

⁵¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 164.

⁵¹⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 117.

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1o a 69/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 157.

⁵²⁰ WAMBIER, Rodrigues. TALAMINI, Eduardo **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. Volume 1, 16ª edição, reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 77.

ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou *a gravar igualmente o juiz*.⁵²¹.

Neste aspecto, não há como olvidar que um Estado de Direito refletirá no campo processual⁵²² assim como um Estado Democrático de Direito reflete, inevitavelmente, num processo democrático, em que a participação das partes e o caráter dialético do processo são mandatórios⁵²³. Ora, “[...] de há muito se enfatiza que o próprio juiz deve, ele mesmo, observar o contraditório. Há um dever de diálogo do juiz com as partes. Esse aspecto do princípio é extraordinariamente destacado no CPC/2015.”⁵²⁴

Se o povo não é mais aquele referido por Péricles, em que apenas determinados atenienses tinham voz, tampouco aquele que no direito romano encontrava na dualidade da nobreza e povo a sua seleção⁵²⁵, o exercício democrático que deve distinguir o atual estágio do Estado brasileiro do *Rechstaat* deverá encontrar a plena realização, em termos processuais, pela atividade dialética de seus atores por meio do contraditório em seu matiz constitucional⁵²⁶.

Assim, a qualidade de Estado Democrático de Direito brasileiro insculpida na Constituição Federal de 1988 impõe uma visão das partes no processo não como súditas, mas como participantes de um diálogo em que estas construirão a decisão final do processo⁵²⁷. O alerta de Marinoni é pontual⁵²⁸:

⁵²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1º a 69/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 164.

⁵²² Tamanha a importância desta participação democrática no processo, que a Constituição Federal garante a gratuidade de acesso aos tribunais e à assistência judiciária gratuita àqueles que não tenham condições financeiras de demandar em juízo, tudo isso para garantir que os menos favorecidos possam ouvir e serem ouvidos judicialmente. SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 118.

⁵²³ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. p. 37-57. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Organizadores Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

⁵²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. Volume 1, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 16 ed. Reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 77.

⁵²⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Com introdução de Ralph Christensen. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Maxlimonad, 2003. p. 83.

⁵²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. p. 37-57. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Organizadores Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

⁵²⁷ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autónoma de Mexico. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 150-153.

⁵²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1º a 69/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167.

Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante na nova ordem jurídica. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável que tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo o que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (art. 10, CPC). Fora daí, há evidente violação à colaboração e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta e ao contraditório.

Essa nova visão de participação das partes na construção da decisão variou ao longo do tempo, podendo-se dividir em fases distintas, conforme a concepção de dialética processual, em que a primeira “[...] formal e está caracterizada pela *necessidade de informar*; a segunda, *material*, que se caracteriza pela *possibilidade de participação* e a terceira, *constitucional*, identificada pelo *direito de influenciar*.”⁵²⁹

A democracia, ao contrário do senso comum vigente, desde a sua concepção como forma de governo, jamais significou a plena representatividade daqueles submetidos ao poder estatal. Ao contrário, a partir da crise do Estado de Direito e do *Welfare State*, em que as promessas da modernidade de pleno atendimento dos direitos fundamentais não são cumpridas, surge uma nova alternativa para o renascimento do “governo do povo”, que é a democracia participativa. E é no espaço do Estado Democrático de Direito que essa nova forma de governar deve se fazer presente para uma sociedade mais justa e fraterna.

E o Poder Judiciário, responsável pela regulação dos conflitos decorrentes da impossibilidade de satisfação ilimitada das necessidades humanas, torna-se depositário dos anseios daqueles que buscam a concretização de seus direitos, mormente daqueles direitos fundamentais constantes na Carta Política. Uma postura substancialista da função jurisdicional necessita, para que se evitem ativismos judiciais e indevidos protagonismos, a plena e irrestrita participação dos atores do processo judicial, encontrando no princípio do contraditório seu *locus*.

O Estado Democrático do Direito pressupõe a democracia participativa para a sua consecução, especialmente no espaço do Poder Judiciário e seu instrumento, o processo judicial. Não haverá processo jurisdicional democrático se não for observado o direito das partes a decisões fundamentadas⁵³⁰.

⁵²⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 122.

⁵³⁰ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 161.

4.2 O Enfrentamento dos Argumentos Deduzidos pelas Partes e as Consequências de sua Inobservância

Ao examinar os elementos e efeitos da sentença no Código de Processo Civil de 2015, Sérgio Rogério Cruz e Tucci afirma que as legislações processuais contemporâneas, de forma praticamente generalizada, estabelecem os elementos estruturantes da sentença⁵³¹. Como exemplo, aponta os artigos 454 e 455 do CPC francês⁵³², 132 do CPC italiano⁵³³, 209 da LEC espanhola⁵³⁴, 607 do CPC português⁵³⁵,

⁵³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 485 a 538/ José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.(Coleção Comentários ao código de processo civil; v. 8/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero). p. 100.

⁵³² Article 455: Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif. FRANCE. **Décret 75-1123, 05 décembre 1975**. Code de procédure civile. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=62CA5A082322E7D96126DE6446C5B1E2.tpdila13v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165201&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20170204>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁵³³ Art. 132: La sentenza e' pronunciata in nome del Re d'Italia e d'Albania Imperatore d'Etiopia. Essa deve contenere: 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata; 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori; 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti; 4) la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione; 5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice. Se alcuno dei giudici che ha deliberato la sentenza non puo' sottoscrivere per morte o altro impedimento, e' sufficiente la sottoscrizione degli altri componenti il collegio, purché prima di essa sia menzionato l'impedimento. ITALIA. **Regio decreto 28 ottobre 1940, 1443**. Codice di procedura civile. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁵³⁴ Art. 209: Las sentencias se formularán conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y con sujeción, además, a las siguientes reglas: 1.ª En el encabezamiento deberán expresarse los nombres de las partes y, cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados y procuradores y el objeto del juicio. 2.ª En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso. 3.ª En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso. 4.ª El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley. ESPAÑA. **Ley 1/2000, de 07 de enero de 2000**. Ley de enjuiciamiento civil. Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1#a209>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁵³⁵ Art. 607: 1 - Encerrada a audiência final, o processo é concluso ao juiz, para ser proferida sentença no prazo de 30 dias; se não se julgar suficientemente esclarecido, o juiz pode ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias. 2 - A sentença começa por identificar as partes e o objeto do litígio, enunciando, de seguida, as questões que ao tribunal cumpre solucionar. 3 - Seguem-se os fundamentos, devendo o juiz

§ 313 do ZPO alemão⁵³⁶, 238 do SZO suíço⁵³⁷ e 780 do CJ belga⁵³⁸. Na legislação processual brasileira, a previsão vem prescrita no art. 489, I a III, do CPC⁵³⁹.

discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final.4 - Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraído dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.5 - O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes. 6 - No final da sentença, deve o juiz condenar os responsáveis pelas custas processuais, indicando a proporção da respetiva responsabilidade. PORTUGAL. **Lei 41/2013, de 26 de junho de 2013**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=607&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=1959&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo=>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁵³⁶ § 313: (1) Das Urteil enthält: 1. die Bezeichnung der Parteien, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Prozessbevollmächtigten; 2. die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben; 3. den Tag, an dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist; 4. die Urteilsformel; 5. den Tatbestand; 6. die Entscheidungsgründe. (2) Im Tatbestand sollen die erhobenen Ansprüche und die dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel unter Hervorhebung der gestellten Anträge nur ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp dargestellt werden. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes soll auf Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen verwiesen werden.(3) Die Entscheidungsgründe enthalten eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht. DEUTCHLAND. **Zivilprozessordnung**. Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁵³⁷ Art. 238: The decision contains:a.the designation and the composition of the court;bthe place and date of the decision;c.the designation of the parties and their representatives;d.the conclusions; e.the persons and authorities to be served with the decision;f.instructions on appellate remedies unless the parties have waived their right to seek the same;g.the grounds for the decision, if applicable;h.the seal of the court. SUIÇA. **Swiss Civil Procedure Code, of 19 dezembere 2008**. Swiss Civil Procedure Code. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

⁵³⁸ Art. 780: Le jugement contient, à peine de nullité, outre les motifs et le dispositif: 1° l'indication du juge ou du tribunal dont il émane; les noms des membres du siège, du magistrat du ministère public qui a donné son avis et du greffier qui a assisté au prononcé;2° les nom, prénom et domicile sous l'indication desquels les parties ont comparu et conclu; 3° l'objet de la demande et la réponse aux moyens des parties exposés conformément à l'article 744, alinéa 1er;] 4° la mention de l'avis du ministère public;5° la mention et la date de la prononciation en audience publique. Le jugement contient, le cas échéant, l'indication du nom des avocats. BELGIQUE **Loi 10 octobre 1967**. Code Judiciaire. Disponível em:<[⁵³⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;III - invocar](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1967101004%2FF&caller=list&row_id=1&numero=6&rech=13&cn=1967101004&table_name=LOI&nm=1967101055&la=F&dt=COD E+JUDICIAIRE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27JUDICIAIRE%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=44&imgcn.y=14#LNK0033>. Acesso em: 03 fev. 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Ao discorrer sobre o inciso IV, do parágrafo primeiro, do art. 489 do CPC, objeto deste trabalho, o autor prescreve que será nula a decisão que deixar de considerar alguma questão que poderia, potencialmente, ensejar diferente desfecho ao processo. O argumento para a nulidade do julgado será a insuficiência da fundamentação, o que contrariaria o disposto no artigo 141 do CPC inclusive⁵⁴⁰.

Cassio Scarpinella Bueno, comentando o então recém-criado artigo, afirmara que “fundamentações padronizadas e sem que sejam enfrentados os argumentos as teses trazidas pelas partes não serão mais aceitas.”⁵⁴¹ Salienta que, para suprir a insuficiência da decisão, o Código prescreve a possibilidade de interposição de embargos de declaração conforme disposição no art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC. A inovação consiste na expressa remissão às hipóteses legais prescritas como ausência de elementos essenciais⁵⁴².

Ao abordar o inciso IV do art. 489, Fredie Didier Jr. relembra os jargões⁵⁴³ utilizados pelos julgadores para evitar o enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes e, ao contrário dos demais doutrinadores, dá parcial razão aos que pretendem usar tais evasivas⁵⁴⁴. Lenio Streck, referindo-se à necessidade, quando do

motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.§ 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁵⁴⁰ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁵⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 323.

⁵⁴² Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁵⁴³ Exemplifica-se, dentre outros citados pelo autor, que “o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes [...]”.

⁵⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Fredie Didier Jr.,

enfrentamento dos argumentos pelo juízo (e neste ponto, argumentos os quais deverão ser enfrentados, como adiante se verá), afirma que “[...] é inconstitucional qualquer tentativa de legitimar, a partir de brocardos jurídicos que nada mais são que álibis em favor do arbítrio judicial, como é conhecido o ‘*iura novit curia*’, [...]”.⁵⁴⁵

Assim, importante que se enfrente neste capítulo quais as hipóteses em que deverão ser abordados os argumentos trazidos pelas partes, a forma e o momento de participação dos atores do processo na construção da decisão e as consequências da inobservância da nova disposição legal.

Embora consistam em elementos estruturantes da sentença, já não se tem mais dúvida que estes se aplicam a qualquer espécie de decisão judicial, sejam decisões interlocutórias, sentenças propriamente ditas, decisões monocráticas dos tribunais e respectivos acórdãos⁵⁴⁶. José Rogério Cruz e Tucci afirma que “[...] não é preciso prescrever que, de fato, as decisões menos relevantes, proferidas no curso do processo, admitem motivação mais singela.”. Mesmo referindo que as sentenças e acórdãos definitivos, assim chamados pelo autor, “[...] devem preencher, rigorosamente, a moldura traçada no art. 489, ou seja, conter, no plano estrutural, os elementos essenciais neste existidos.”, não exclui a necessidade de sua observância, apenas dividindo a fundamentação em *mais singela e mais complexa*^{547 e 548}.

O capítulo XIII, do livro I, da parte especial do Código de Processo Civil, ao tratar da *Sentença e da Coisa Julgada*, engloba toda e qualquer espécie de decisão judicial. Trata-se de gênero, conforme por diversas vezes o Código assim referencia, como, por exemplo, nos artigos 82, § 2º, 501 e 509, os quais serão igualmente aplicáveis aos processos de competência originária das cortes superiores inclusive⁵⁴⁹.

Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 335.

⁵⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 164.

⁵⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325.

⁵⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 485 a 538/ José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.(Coleção Comentários ao código de processo civil; v. 8/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero). p. 103.

⁵⁴⁸ Aqui se pede vênia para discordar de Cruz e Tucci com fundamento nos argumentos de Fredie Didier Jr. que, ao dar parcial razão aos jargões, explica que as decisões deverão ser fundamentadas, diferenciando-se apenas a extensão, como adiante se demonstrará.

⁵⁴⁹ Art. 82. § 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou. Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida. Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: BRASIL. Código de Processo Civil

A Constituição Federal equipara também no art. 102, I, “m”⁵⁵⁰. Tecnicamente seriam acórdãos⁵⁵¹.

Há que se ressaltar, igualmente, os entendimentos veiculados pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis através dos Enunciados 308 e 309, em que os elementos estruturantes constantes no art. 489 do CPC são igualmente aplicáveis aos processos pendentes quando da entrada em vigor do novel Código de Processo, ainda que conclusos, e que são aplicáveis às decisões do Juizado Especial Cível⁵⁵².

Estabelecido que estes elementos se aplicam a toda e qualquer espécie de decisão judicial, independentemente da fase processual em que se encontram, qual a extensão do enfrentamento aos argumentos constante no disposto do art. 489, § 1º, IV, do CPC?

A resposta é dada por Didier Jr. O que leva o professor baiano a concordar parcialmente com os jargões que entendem pela desnecessidade de enfrentamento dos argumentos expendidos pelas partes decorre de expressa disposição legal e raciocínio lógico. Explica-se.

A prescrição legal deixa claro que o julgador deverá enfrentar todos os argumentos “[...] capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”. Se *infirmar* significa “diminuir ou cessar a força jurídica de uma ação;” ou “declarar uma ação jurídica nula ou sem efeito”⁵⁵³, por certo importa em argumentos que poderiam tornar nula ou sem efeito a conclusão adotada pelo julgador. A conclusão a

(2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁵⁵⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 fev. 2017.

⁵⁵¹ Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁵⁵² Enunciado 308: (arts. 489, § 1º, 1.046). Aplica-se o art. 489, § 1º, a todos os processos pendentes de decisão ao tempo da entrada em vigor do CPC, ainda que conclusos os autos antes da sua vigência. Enunciado 309: (art. 489) O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVEIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Vitória: 01, 02 e 03 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>>. Acesso em 04 de fev. 2017.

⁵⁵³ INFIRMAR. In: **Dicionário eletrônico Houaiss**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/infirmar/>>. Acesso em 03 de fev. 2017.

ser infirmada, por cristalino, é a decisão judicial cujos elementos o capítulo do Código trata. Nos dizeres de Didier Jr⁵⁵⁴:

Efetivamente, se houver cumulação de fundamentos e apenas um deles for suficiente para o acolhimento do pedido (no caso de cumulação de causas de pedir, isto é, de concurso próprio de direitos) ou para o seu não acolhimento (no caso de cumulação de causas excipendi, ou seja, causas de defesa) bastará que o julgador analise o motivo suficiente em suas razões de decidir. Tendo-o por demonstrado, não precisará analisar os outros fundamentos, haja vista que já lhe será possível conferir à parte (autor ou réu, a depender do caso) os efeitos pretendidos.

Significa que, para *acolher o pedido* do autor da demanda, o juiz não precisa analisar todos os argumentos suscitados na inicial, mas necessariamente deverá enfrentar todos os argumentos da defesa que seriam capazes de dar sentido diverso à conclusão judicial. Por sua vez, para *negar o pedido* inicial, é desnecessário o enfrentamento de todos os argumentos da defesa, mas obrigatoriamente deverá analisar cada um dos argumentos trazidos pelo requerente. Como exemplo, o professor baiano traz a desnecessidade de análise pelo juiz da exceção de compensação suscitada pelo réu quando a demanda for julgada improcedente⁵⁵⁵.

Além de constituir um erro técnico pela inobservância do disposto em lei dentre os elementos da sentença, a análise parcial dos argumentos da parte sucumbente acarreta inescusável cerceamento da ampla defesa e direito de petição, cujos preceitos vêm estampados os artigos 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal⁵⁵⁶.

Em recente julgamento, a Ministra Nancy Andrigui, do Superior Tribunal de Justiça, considerou desnecessário o enfrentamento das teses trazidas pela parte sucumbente pois, segundo seu argumento, o juízo recorrido acolhera outro entendimento. Segundo a Ministra, “[...] verifica-se que a decisão foi devidamente

⁵⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 335.

⁵⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 336.

⁵⁵⁶ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 fev. 2017.

fundamentada, solucionando a lide posta, contudo, apenas não acolheu a tese trazida pelo agravante. Assim não há que se falar em violação do artigo 489 do CPC”⁵⁵⁷.

Este entendimento, em contrariedade ao disposto expressamente em lei, não é mesmo externado pelo Ministro Moura Ribeiro, da mesma Corte, para quem caberão os embargos declaratórios previstos no Código de Processo Civil quando faltar “[...] manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito ventilado nas razões recursais e sobre o qual deveria manifestar-se o juiz ou o tribunal, e que, nos termos do NCPC [...]” que possa “[...] infirmar a conclusão adotada para o julgamento do recurso (arts. 1.022 e 489, § 1º, do NCPC).”⁵⁵⁸.

No mesmo sentido⁵⁵⁹, em que apenas os fundamentos capazes de infirmar a conclusão devem ser enfrentados, o Ministro Og Fernandes afirma que⁵⁶⁰:

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.

Importante registrar que, a celeuma⁵⁶¹ causada pela decisão dos Embargos Declaratórios MS 21315, da 1ª Sessão do Superior Tribunal de Justiça,

⁵⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em Recurso Especial n.º 542931**. Recorrente: Banco Rendimento S/A. Recorrido: Mário de Mári Júnior. Relatora: Min. Nancy Andrigui, DJU 16.02.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68323202&num_registro=201401527325&data=20170216&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

⁵⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos declaratórios nos embargos declaratórios no agravo interno nos embargos declaratórios no recurso especial n.º 1.505.417 – GO**. Recorrente: JB. Recorrido RTP e JCTP. Relator Ministro Moura Ribeiro, DJU 4.02.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1618628&num_registro=201400814352&data=20170821&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

⁵⁵⁹ Interessante decisão é o Acórdão criminal de lavra do Ministro Rogério Schietti Cruz, para quem se pode utilizar o dever de fundamentação de forma analógica no processo criminal, inclusive, pois “Na espécie, o Juízo de primeiro grau, ao converter o flagrante em prisão preventiva, apontou genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência, sem nem sequer indicar o delito supostamente praticado pelo acusado, tampouco justificar a necessidade de colocá-lo cautelarmente privado de sua liberdade. Incorreu, assim, no vício de que cuida o art. 489, § 1º, I e III, do CPC, aplicável, analogicamente, por força do art. 3º do CPP.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão RHC 70674 / MG**, 6ª t., Rel. Rogério Schietti Cruz, DJU 23 de jun. 2016.

⁵⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão EDcl no AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.483.155 - BA**, 3ª t., Rel. Og Fernandes, DJU 03.08.2016.

⁵⁶¹ GUZELLA, Matheus Mascarenhas. A motivação dos provimentos jurisdicionais: um estudo sobre a capacidade infirmadora da argumentação jurídica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <<http://www.ambito->

noticiada como um entendimento contrário ao prescrito no art. 489, 1º, IV, do CPC, ao que parece, não prospera. Isso porque a Desembargadora convocada do TRF 3ª Região, a então Ministra Diva Malerbi, foi clara ao confirmar que a inovação trazida pelo 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.” Ou seja, embora a jurisprudência sedimentada naquela Corte fosse com fulcro na antiga legislação processual, certo é que a decisão confirmou a necessidade de enfrentamento dos argumentos que possam infirmar a conclusão judicial. Não há, destarte, contrariedade ao disposto na lei processual⁵⁶².

Surge então um problema que Didier não aborda.

Imagine-se que o julgador, ao decidir o processo favoravelmente ao autor, enfrente tão somente o argumento A, deixando de enfrentar os argumentos B e C que também fundamentavam o pedido mediato⁵⁶³. Isso porque o preceito legal é claro em que o juiz deverá enfrentar os argumentos que seriam “[...] capazes de, em tese, *infirmar* a conclusão adotada pelo julgador”⁵⁶⁴. Ora, deferindo o pedido sob o argumento A, os argumentos B e C não teriam o condão de infirmar a conclusão de deferimento. Certo estaria o juiz ao não enfrentar tais argumentos (B e C).

Considerando que se adota hoje, predominantemente, a teoria da substanciação para a causa de pedir⁵⁶⁵, faz-se necessário que o autor aponte não apenas a causa próxima, mas a remota. Noutras palavras, é necessário que a parte

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18694#_ftnref11>. Acesso em: 04 mar. 2017.

⁵⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de declaração no mandado de segurança n.º 21315 / DF**. Recorrente: Paulo Rodrigues Vieira. Recorrido: União Federal. Relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF 3ª região), DJU 15.06.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518847&num_registro=201402570569&data=20160615&formato=PDF>. Acesso em 07 jul. 2017.

⁵⁶³ Não se aprofundarão aqui os conceitos de elementos objetivos do processo, objeto litigioso e mérito. Para tanto, remetemos o leitor à obra de Kazuo Watanabe **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005, dentre outros.

⁵⁶⁴ Grifamos.

⁵⁶⁵ Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “[...] causa de pedir (causa petendi) significa, resumidamente, o conjunto de fundamentos levados pelo autor a juízo, constituído pelos fatos e pelo fundamento jurídico a eles aplicável. Em outros termos, a causa de pedir é o fundamento pelo qual a parte autora dirige determinado pedido ao Poder Judiciário.” WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. Volume 1, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 16 ed. Reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 212.

afirme os fatos (causa remota, que poderá se constituir em diversos argumentos) e os fundamentos jurídicos do pedido (causa próxima)⁵⁶⁶.

Ocorre que, em grau recursal, poderá o juízo *Ad quem* considerar o argumento A inválido para o caso, sem enfrentar os argumentos restantes que fundamentavam o pedido. Não teria, pois, o autor a possibilidade de pleitear a revisão de seu pedido sob os argumentos B e C.

Ao que parece, a resposta advém do princípio introduzido pelo art. 10 do Código do Processo Civil. Ao prescrever que “o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, [...]”, veda-se expressamente a decisão-surpresa. Especialmente em grau recursal, optando o julgador em adotar uma “terza via”⁵⁶⁷, ou antevendo a invalidade do argumento A da tese vencedora, deverá oportunizar às partes o debate sobre o argumento novo ou sobre aqueles (B e C) que as partes não suscitaram em suas razões recursais.

Observe-se o que afirma Streck sobre a amplitude dessa nova forma de contraditório⁵⁶⁸:

A abrangência dessa proteção é bastante ampla, devendo-se entender por fundamentos da decisão todas as questões, processuais ou materiais, idôneas a repercutir no deslinde da controvérsia. Assim, qualquer ponto de vista revelado pelo juiz, que seja idôneo a influenciar as decisões pode comportar, independentemente da natureza da questão revelada, a exigência das partes de contradizer a respeito. Isso abarca tanto a aplicação de normas jurídicas diversas daquelas invocadas pelas partes, quanto à atribuição de relevância a elementos fáticos que não foram debatidos entre as partes.

Tereza Arruda recorda que no direito brasileiro poderá o juiz entender com base em fundamentos não suscitados pelas partes (*iura novit curia*), a *terza via* citada por Marinoni. Mas nestes casos deverá, como prescreve a nova lei, permitir que as partes se manifestem⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ TESHEINER, José Maria. **Nulidades do processo civil brasileiro**. José Maria Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 182.

⁵⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1o a 69/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166.

⁵⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 164.

⁵⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova.... 157-166. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 163.

Entendimento diverso importaria na obrigatoriedade de enfrentamento, pelo juízo, de argumentos que não teriam a capacidade de infirmar a conclusão judicial (em contrariedade à lei) e a não oportunização de debate sobre argumentos não enfrentados pelas partes, importaria em injustificável inovação dos fundamentos da decisão.

A confirmar a necessidade de enfrentamento apenas dos argumentos da *tese perdedora*, as exceções vêm expressas para o julgamento das demandas repetitivas, casos em que, pelo alcance e abrangência de seu resultado, tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários deverão ser analisados pelo órgão julgador⁵⁷⁰. Os Enunciados 128 e 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, incluindo a necessidade de enfrentamento dos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*, referem que “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489” e “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados ”⁵⁷¹.

O não enfrentamento dos argumentos trazidos pelo amigo da corte contrariaria sua própria finalidade⁵⁷², que é trazer subsídios ao juízo para um melhor julgamento, o que o permite, inclusive, opor embargos de declaração⁵⁷³ e recorrer nas demandas repetitivas⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. Art. 1.038. O relator poderá: § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev.2017.

⁵⁷¹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória: 01, 02 e 03 de maio de 2015. Disponível em:<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>>. Acesso em 04 de fev. 2017.

⁵⁷² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 338.

⁵⁷³ É importante que se tenha presente, inclusive, que o *amicus curiae* poderá embargar a decisão para que sejam enfrentados seus argumentos, conforme prescreve o art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC.

⁵⁷⁴ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de

Se o juiz está obrigado ao enfrentamento de todos os argumentos trazidos na *tese derrotada*, como refere Didier Jr., sob pena de afrontar o direito de petição e ampla defesa, resta perquirir como e em que momento serão *construídos* os argumentos justificativos, posto que apenas quando da decisão será possível à parte aferir a necessidade de enfrentamento na fundamentação dos argumentos que seriam necessários para infirmar a conclusão judicial.

Comentando o art. 11 do Código de Processo, em que expressamente o legislador determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” em consonância à regra constitucional, Marinoni e Mitidiero dão o caminho a ser percorrido⁵⁷⁵:

A decisão judicial deve conter o enfrentamento de ‘todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV, CPC). Esse dispositivo, como já observamos, só pode ser compreendido adequadamente a partir dos novos contornos do direito ao contraditório – que se seu turno só encontram apropriada justificação a partir da adoção de uma perspectiva *não cognitivista*⁵⁷⁶ da interpretação judicial do direito.

A decisão deverá refletir não apenas o objeto do processo, este entendido como a declaração de vontade petitória delimitada pelo autor da demanda na inicial, mas o objeto do debate, que representa a ampliação da matéria de cognição, com suas exceções materiais e processuais. Ao distinguir entre ambos,

embargos de declaração e a hipótese do § 3o. § 2o Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae. § 3o O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁵⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1o ao 69/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 200.

⁵⁷⁶ Sem aprofundar a Teoria Cognitivista, cabe apenas a explicação trazida pelos autores neste espaço: “Dentro de uma perspectiva não cognitivista da interpretação do direito, reconhece-se com tranquilidade que as decisões judiciais são formadas a partir de escolhas interpretativas que devem ser devidamente justificadas pelo órgão judicial. É certo que houve um tempo em que se imaginava que seria possível estabelecer uma univocidade de sentido textual da legislação, com o que não seria reconhecido qualquer espaço para discricionariedade ao juiz na interpretação do direito. Esse foi o tempo dos cognitivismo interpretativo dos Oitocentos, influenciado pela cultura racionalista herdada pelos filósofos iluministas dos Setecentos.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1o ao 69/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 203-204.

Darci Guimarães Ribeiro afirma que⁵⁷⁷ “como consequência, as decisões judiciais devem ser congruentes não só com a pretensão processual, mas também com as exceções opostas pelo réu.” Refere o professor gaúcho sobre o então art. 486 do CPC, antes de sua renumeração quando de sua publicação⁵⁷⁸:

Por outro lado, o objeto do debate é solucionado, é tratado na fundamentação, na motivação, que deve abarcar todas as questões relevantes postas em juízo pelas partes. Não foi sem rumo que o projeto do novo CPC, em seu inc. IV do §1º do art. 486, obriga o juiz a ‘enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador’, sob pena de sua decisão não ser considerada fundamentada.

Destarte, “se contraditório significa o direito de influir (art. 7º, 9º e 10º, CPC), é pouco mais do que evidente que há de ter como contrapartida dever de debate – dever de consulta, de diálogo, de consideração.”⁵⁷⁹ Recorde-se, como refere Wambier e Talamini que “[...] mais do que simples ciência e reação – é o direito de plena participação de todos os atos, sessões, momentos, fases do processo, e de efetiva influência sobre a formação da convicção do julgador.”⁵⁸⁰

Ribeiro já alertara a relação entre o contraditório e a dialética processual em que “A importância desse princípio está diretamente relacionada à dialética do processo e ao conceito de lide.”, demonstrando que apenas através do contraditório haverá um processo dialético e que a dialética num processo contemporâneo “[...] é um processo de partes, onde há uma tese (afirmação do autor), uma antítese (negação do réu) e, finalmente, uma síntese (sentença do juiz).”⁵⁸¹

Note-se que, mesmo dentre as diferentes espécies de contraditório (prévio, diferido e eventual) referidas por Ribeiro, haverá a dialética processual, que

⁵⁷⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do processo e objeto do debate**: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. 17-41. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35-36.

⁵⁷⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Objeto do processo e objeto do debate**: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. 17-41. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 39-40

⁵⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1º ao 69/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 203.

⁵⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. Volume 1, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 16 ed. Reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 77.

⁵⁸¹ RIBEIRO, D. G. **Provas atípicas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 31.

poderá se dar noutra processo, quando eventual o contraditório. Mas não se olvidará a possibilidade de antítese e influência na decisão⁵⁸².

A normatividade da decisão tem duas dimensões: a primeira a consistente na *reconstrução* da norma jurídica individual para o caso concreto; e a segunda na criação de uma regra jurídica que servirá de modelo para a solução de casos semelhantes no futuro. O debate externado na fundamentação da sentença ganha outros contornos⁵⁸³. Não por menos, ao tratar sobre os precedentes judiciais, Didier refere sobre a participação das partes na construção de sentido para a formação da norma⁵⁸⁴:

Por fim, é necessário redimensionar também o princípio do contraditório, sempre pensado para a definição da norma individualizada.

[...]

A partir do momento em que percebemos isso – que, mesmo em processos específicos, é possível construir-se uma norma geral, aplicável a situações futuras -, o princípio do contraditório, visto como direito de participação na construção da norma jurídica, precisa ser repensado. Isso porque ele não mais pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a ratio decidendi, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

Essa dimensão prescreve ao juiz o zelo pelo efetivo contraditório⁵⁸⁵, em que as partes não sejam surpreendidas com argumentos decisórios os quais não tenham participado em sua construção⁵⁸⁶; para que se mantenha a integridade e

⁵⁸² SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 122.

⁵⁸³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 310.

⁵⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 471-472.

⁵⁸⁵ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 fev. 2017.

⁵⁸⁶ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo**

coerência do sistema, conforme introduzido expressamente na legislação processual de 2015⁵⁸⁷. O Enunciado n.º 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis chegou à conclusão que “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.”⁵⁸⁸

A decisão deverá conter uma coerência lógica (uma ausência de contradição em suas assertivas) e uma coerência inferencial (em que as concatenações de fatos indiciários e essenciais tenham relações), assim como uma narração que reflita a ligação entre o conjunto de fatos provados (congruência)⁵⁸⁹. Sem aprofundar demasiadamente sobre a necessidade de integridade e coerência da decisão, o que determinaria a ocupação de espaço que o presente trabalho não comporta, dois aspectos devem ser ressaltados neste ponto⁵⁹⁰.

O que primeiro se deve ressaltar é que, argumentos que não tenham relação com o bem da vida pretendido, mesmo que estejam na *tese derrotada*, não têm necessidade de enfrentamento pelo juízo na fundamentação judicial, posto que não comporão a construção de norma coerente e íntegra com o ordenamento. Explicase: o autor suscita os argumentos AZUL, VERDE, AMARELO e DOZE; ao fundamentar a decisão de improcedência, os argumentos AZUL, VERDE e AMARELO deverão ser enfrentados, à exceção de DOZE, que não guarda nenhuma relação com

Civil, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 fev. 2017.

⁵⁸⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 fev. 2017.

⁵⁸⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis.** Vitória: 01, 02 e 03 de maio de 2015. Disponível em:<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>>. Acesso em 04 de fev. 2017.

⁵⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil:** artigos 1o ao 69/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 198.

⁵⁹⁰ Ressalta-se, por oportuno, o que antes já se explanou no decorrer deste trabalho, a existência de posições contrárias às correntes procedimentalistas, como a de Lenio Luiz Streck que afirma que esse posicionamento não considera o *plus* agregado pelo Estado Democrático de Direito, que representou a superação do Estado Liberal e Estado Social de Direito. Se “a noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais”, assumindo o direito uma função transformadora, não se poderia conceber a condição de possibilidade para o protagonismo judicial não apenas “[...] para decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição.” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil.* **Novos estudos jurídicos**, volume 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago 2003.p. 261-267. Vide, também, capítulo 6.7 de *Jurisdição constitucional e decisão jurídica.* STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

a norma individual ou coletiva. Isso não significa que não deva justificar a escolha dos critérios para a exclusão quando da fundamentação⁵⁹¹.

O segundo aspecto, e nisso importará o que se analisou sobre os *insights* propostos por Lonergan, a construção dos fundamentos da decisão passa, necessariamente, pelo partilhamento de conhecimento através da participação das partes na coleta e relação de dados importantes para a solução do objeto do debate. Recuperam-se, mesmo que brevemente, os argumentos trazidos por Castilhos e explorados linhas atrás⁵⁹²:

A partir de Lonergan, temos que o processo de tomada de decisão é um conjunto complexo de *insights* relacionados. O processo de descoberta tampouco é uma simples sequência que vai do problema ao *insight*, deste ao juízo, à decisão, à expressão (justificação); descoberta é antes um padrão recorrente em que perguntas são feitas, *insights* alcançados, juízos propostos, questões subsequentes colocadas, outros *insights* alcançados, ainda mais juízos propostos – e assim por diante. A diferença não está apenas na profundidade de cada elemento da cognição, mas na afirmação de que cada atividade é um elemento em uma estrutura relacional, que não faz sentido sem um contexto.

Não obstante um dos grandes méritos de Castilhos tenha sido demonstrar que a ausência de fundamentação adequada é um *sintoma* do verdadeiro problema⁵⁹³, que seria a inadequação do raciocínio jurídico vigente em face do rompimento da comunicação entre sujeitos que não se consideram mutuamente (alteridade), o presente trabalho não aprofunda neste enfoque. Para tanto, remete-se o leitor ao trabalho de pesquisa daquele autor. O que interessa a esta pesquisa, de forma mais objetiva, é identificar o *locus* em que as partes têm a possibilidade de

⁵⁹¹ Neste sentido, alerta Tucci que “[...] para que a motivação atenda às exigências legais, deverá abordar toda a matéria suscitada pelos litigantes, desde que juridicamente relevante para justificar a decisão.” TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 485 a 538/ José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.(Coleção Comentários ao código de processo civil; v. 8/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero). p. 111.

⁵⁹² CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007. p. 214.

⁵⁹³ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007. p. 219.

contribuir no diálogo processual e influir na construção da fundamentação da decisão judicial.

Estando Lonergan correto ao prescrever de forma didática o processo de tomada de decisão (padrão invariante⁵⁹⁴), demonstrado pelo filósofo canadense na matemática, física e senso comum, igual procedimento é aplicável ao ato de decidir em juízo. Recorde-se que Taruffo já prescrevera, como dissemos acima, que a decisão judicial tem um *iter* nas *razones reales*⁵⁹⁵.

A afirmação de Streck de que o julgador apenas decide porque encontrou o fundamento (e não que decidiria para depois fundamentar), ao que parece, não vai de encontro ao reconhecimento da existência do *insight* e a participação das partes na construção da decisão judicial. Tanto que o professor gaúcho afirma que⁵⁹⁶:

É claro que o julgador, em um segundo momento, poderá aprimorar o fundamento, utilizando-se, por exemplo, da doutrina e da jurisprudência, e deverá, ainda, submeter seus prejuízos a respeito da decisão e do seu fundamento da causa, ao crivo dos argumentos deduzidos no processo (e também do que é colocado pela doutrina e pela jurisprudência), dizendo expressamente porque repeliu os argumentos utilizados pelas partes, levando-se em consideração que a fundamentação é o lócus de resposta ao direito de influência decorrente do contraditório.

Ao colocar em xeque o próprio fundamento, diante da diversidade de fundamentos e decisões possíveis, o julgador poderá chegar à decisão adequada ao caso concreto desde a *(boa) circularidade hermenêutica* afirmada por Streck⁵⁹⁷ e em consonância ao *insight reflexivo* de Lonergan.

É exatamente na organização dos dados disformes em perspectiva, como a apreensão de relações enquanto ato de inteligência (*insight*), em que ocorrerá a participação das partes como guias que servirão de mediadores entre o objeto (dados) e sujeito. No diálogo processual é que surgirão os padrões existentes, similaridades e

⁵⁹⁴ Bernard Lonergan, recordando o que já se tratou quanto à distinção entre fundamentação e motivação, demonstra em sua obra que o processo de *insight* ocorre de forma invariável para toda espécie de tomada de decisão. LONERGAN, Bernard. *Insight*. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 36.

⁵⁹⁵ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 204.

⁵⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. *Revista opinião jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 168.

⁵⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. *Revista opinião jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 168.

irrelevâncias que permitirão o intérprete reunir as condições de possibilidade para ter seu próprio *insight*⁵⁹⁸.

A distinção antes apresentada, e por vezes ignorada pela doutrina⁵⁹⁹, entre motivação e fundamentação da decisão judicial⁶⁰⁰ permite concluir que o *locus* democrático do debate judicial se dará na construção do raciocínio a ser escolhido para a tomada de decisão mais adequada ao caso concreto. O contraditório em sua dimensão constitucional, essa considerada como o direito de influir no resultado do processo, deverá encontrar espaço na condição de possibilidade de intermediar a apreensão das relações necessárias para os *insights* pelo julgador⁶⁰¹.

Noutras palavras, as partes participarão na motivação da decisão judicial, representando a fundamentação a exteriorização de que o diálogo entre os atores do processo permitiu que os critérios que levaram à construção da decisão adequada não tenham sido um ato individual, mas uma escolha coletiva. Observe-se que *coletiva será construção das possibilidades de escolha de critérios para a organização dos dados disformes que poderão levar ao insight*, sendo este último um ato individual do julgador⁶⁰².

O ideal será que o fundamento da decisão *venha à tona* na fundamentação, não sendo esta mera *capa de sentido* do fundamento⁶⁰³. Segundo Streck⁶⁰⁴:

⁵⁹⁸ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 83.

⁵⁹⁹ Verifique-se na pesquisa bibliográfica supra a pouca relevância que tem sido dada à distinção.

⁶⁰⁰ Adotou-se neste estudo, os conceitos de “[...] *motivos* para o raciocínio que o juiz realiza para a escolha da solução mais adequada ao caso concreto e *fundamentação* como expressão das justificativas dos critérios que levaram à decisão judicial.”

⁶⁰¹ LONERGAN, Bernard. ***Insight***. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 102.

⁶⁰² Aqui, pede-se vênua para discordar de Marinoni e Mitidiero quando afirmam que “Em termos jurídicos, porém, pouco importa saber quais foram os motivos reais que determinaram a decisão judicial nesse ou naquele sentido. Em outras palavras, não interessam as razões psicológicas que levaram o juiz a decidir.” Se na fundamentação o julgador externará a escolha dos critérios, deverá demonstrar que as partes o influenciaram na construção das razões psicológicas que levaram à decisão mais adequada. MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1o a 69/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 171.

⁶⁰³ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 168.

⁶⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 169.

O art. 93, IX, da Constituição Federal somente será respeitado quando o julgador se desincumbir do ônus de demonstrar que sua decisão é a correta, que está fundada em prejuízos legítimos e que sua subjetividade não se sobrepõe aos direitos a sua história institucional, levando-se em consideração o contexto circunstancial dos fatos definidos do caso concreto.

Essa compreensão vai ao encontro da afirmação de José Carlos Vieira de Andrade, em que “é certo que a existência de uma declaração materialmente correta é também o objetivo desejado, mas não corresponde ao conteúdo próprio do dever de fundamentação além de só ter sentido e interesse se for real, [...]”⁶⁰⁵. E conclui o jurista português, referindo-se à fundamentação a ser efetuada pela Administração Pública⁶⁰⁶:

No nosso entendimento, o dever de fundamentação expressa obriga a que o órgão administrativo indique as razões de facto e de direito que o determinam praticar aquele acto, exteriorizando, nos seus traços decisivos, o procedimento interno de formação da vontade decisória.

O julgador terá o espaço discricionário de escolha dentre os critérios delimitados pelas partes no diálogo processual, o que deverá demonstrar na fundamentação da decisão, importando em arbitrariedade qualquer *iter* que não tenha a participação destes atores⁶⁰⁷. Marinoni e Mitidiero falam, inclusive em uma *legítima expectativa* que a decisão se dê dentro destes limites de *seleção* de critérios. Em suas palavras, demonstram a possibilidade de uma escolha discricionária, jamais arbitrária⁶⁰⁸:

Essa seleção, dimensionada a partir das manifestações das partes e eventualmente por indicação do juiz (*Hinweispflicht*), cria expectativa legítima para as partes de que a decisão será fundamentada dentro da moldura delineada pelo debate processual.

⁶⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 12.

⁶⁰⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 13.

⁶⁰⁷ Tal qual antes se tomou a liberdade de discordar de Mitidiero e Marinoni quanto à desimportância sobre os motivos da decisão para o direito, não se pode igualmente concordar com Teresa Arruda Alvim Wambier que também afirma que o que interessa é que os motivos sejam absorvidos pela objetividade e racionalidade dos fundamentos. Se é na motivação, como processo interno, que as partes influenciarão, não podem os motivos da decisão serem desimportantes a este ponto. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova.... 157-166. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 158.

⁶⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1o a 69/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 202.

Referiu-se antes que a fundamentação da decisão é um direito fundamental e sua ausência é considerada fator determinante pelo texto constitucional para tornar nula a decisão. Mas um dos objetivos deste trabalho é, considerando a determinação de enfrentamento dos argumentos que possam infirmar a decisão, perquirir se a sua deficiência acarretaria a nulidade da decisão judicial.

O parágrafo primeiro do art. 489 do CPC determina que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, que [...]” e passa a elencar as deficiências da decisão em seus incisos de I a VI⁶⁰⁹. Ao equiparar qualquer daquelas deficiências a uma ausência, está o legislador cominando nulidade à decisão que tenha fundamentação inútil ou deficiente⁶¹⁰.

Trata-se de inovação, como se pode constatar pela afirmação de Sérgio Gilberto Porto ao comentar o revogado art. 458 do Código de Processo de 1973⁶¹¹, em que “nesse sentido é torrencial a doutrina e a própria jurisprudência, que, no entanto, adverte que fundamentação deficiente não representa ausência de fundamentação.”⁶¹² A afirmação, alicerçada em decisões do Superior Tribunal de

⁶⁰⁹ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 fev. 2017.

⁶¹⁰ Segundo Fredie Didier Jr. “A inutilidade ou deficiência da fundamentação equivale à ausência de fundamentação.” DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 326. E Teresa Arruda Alvim afirma que “Pode dizer-se, que há, grosso modo, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. Ausência de fundamentação; 2. Deficiência de fundamentação; e 3. Ausência de correlação entre fundamentação e decisório. Todas são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. São Paulo: RT, 2014. p. 276.

⁶¹¹ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 fev. 2017.

⁶¹² PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**, v. 6: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495 Sérgio Gilberto Porto [coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 100-101.

Justiça e Supremo Tribunal Federal⁶¹³, reforça a mudança de paradigma, visto que a legislação instrumental passou a considerar não fundamentada a decisão com algum dos vícios exemplificados⁶¹⁴ no art. 489 do CPC.

Lenio Streck aborda as concepções fracas do dever de fundamentar, consistentes na fundamentação comprometida em tão somente desincumbir-se do ônus de justificação, sem o necessário esforço de manter a historicidade e coerência com o direito, impedindo, inclusive, o controle pelo próprio direito. Recorda, por oportuno, doutrinadores como Athos Gusmão Carneiro que, à luz do Código antigo, defendiam que decisões mal fundamentadas (incompletas quanto ao seu conteúdo, por tanto), não poderiam ser consideradas não fundamentadas.⁶¹⁵

Note-se que o legislador, a bem de permitir o salvamento da decisão, inovou ao oportunizar ao julgador suprir tais deficiências de má fundamentação pela via dos embargos declaratórios⁶¹⁶, os quais poderão ser opostos pela parte com fulcro no art. 489, § 1º do CPC. É o exposto reconhecimento que a insuficiência da fundamentação importará na nulidade da decisão judicial.

Reforço importante nesse sentido é o alerta de Artur Torres ao afirmar que não bastará que o recorrente impugne genericamente a decisão, pois deverá enfrentar pormenorizadamente os fundamentos da decisão recorrida. Segundo o autor, o art. 932, III, “[...] revela-se indispensável o enfrentamento tópico e concreto dos fundamentos que serviam de base à sua derrota processual.”⁶¹⁷. Não há dúvida que apenas a fundamentação *não-deficiente* permitirá a parte sucumbente atender ao novel requisito de admissibilidade recursal.

Mas, diante do que foi tratado até o momento, ainda é possível considerar desnecessário o enfrentamento dos argumentos que possam infirmar a decisão nos termos do disposto no código de processo civil?

⁶¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão **REsp 13.471-0-MG**, 2ª t., Rel. Min. Pádua Ribeiro; STF, 2a T. AI 162.089-8-DF, AgRg, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 15.03.1996, p. 7.209.

⁶¹⁴ Enunciado 303: As hipóteses descritas no § 1º do art. 499 são exemplificativas. (atual 489 do CPC). FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória: 01, 02 e 03 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>>. Acesso em: 04 de fev. 2017.

⁶¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 163.

⁶¹⁶ Art. 1.022, parágrafo único, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 fev. 2017.

⁶¹⁷ TORRES, Artur. **Sentença, coisa julgada e recursos cíveis codificados**: de acordo com as Leis 12.105/2015 e 13.256/2016. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 73-74

Entidades de classe ligadas à magistratura têm se insurgido e combatido as inovações sobre a fundamentação da decisão trazidas pelo código. Resumindo as insurgências destas entidades, José Rogério Cruz e Tucci afirma, ao comentar a resistência dos juízes em relação ao art. 489 do CPC⁶¹⁸:

Entidades de classe, contudo, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e a Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, manifestaram-se contrárias à sanção deste dispositivo. Em resposta às críticas recebidas por parcela da doutrina, a Anamatra divulgou nota em que sintetiza do seguinte modo o seu inconformismo com os novos deveres de fundamentação a serem impostos aos magistrados. Como asseverou tal Associação, a entrada em vigor dessa norma comprometeria a independência funcional dos juízes, prejudicaria a duração razoável do processo, restringiria o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, e tornaria vinculantes súmulas, teses e orientações jurisprudenciais, o que só o texto constitucional, segundo afirma, poderia realizar. Em sentido semelhante, o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, João Ricardo Costa, afirmou que o dever imposto aos magistrados, de analisar e justificar todas as alegações suscitadas pelas partes acabaria por burocratizar o processo e impediria o juiz de se valer de fundamentos outros que não os suscitados pelos litigantes.

Na nota da Anamatra, acrescentam-se argumentos contrários⁶¹⁹:

Esperar que o juiz – em tempos de peticionamento eletrônico e dos impressionantes ‘ctrl C’ e ‘ctrl V’ – refute um a um todos os argumentos da petição inicial, da contestação e das várias peças recursais, ainda quando sejam argumentos de caráter sucessivo ou mesmo contraditórios entre si (porque será possível tê-los, p.ex., no âmbito das respostas processuais, à vista do princípio da eventualidade da defesa), tendo o juiz caminhado por uma linha lógica de decisão que obviamente exclui os outros argumentos, é exigir do agente público sobretrabalho inútil e violar obliquamente o princípio da duração razoável do processo.

Não surpreende, pois das cento e quarenta decisões analisadas do Superior Tribunal de Justiça com o argumento “489”, em que se pretendia analisar o

⁶¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 485 a 538/ José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.(Coleção Comentários ao código de processo civil; v. 8/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero). p. 107.

⁶¹⁹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). **Anamatra reage a críticas sobre vetos propostos ao novo código de processo civil**: nota pública. Brasília, DF, 9 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

entendimento sobre o art. 489, 1º, IV, do CPC, a grande maioria⁶²⁰ apenas repete o jargão em que são cabíveis os embargos declaratórios nas apertadas hipóteses do art. 1.022 do CPC⁶²¹:

Depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador, ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida. Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso.

Tucci prefere rebater os argumentos contrários à nova norma, como afirma, comentando cada um dos elementos estruturantes da decisão e de suas deficiências. Entretanto, acaba por não rebater especificamente vários dos argumentos das referidas associações⁶²². Ao argumento de violação ao princípio da duração razoável do processo, é Tesheiner quem responde quando fala sobre o efetivo contraditório e dialética processual⁶²³:

Ressalte-se que não é o contraditório o fato que ocasiona a morosidade do processo. Na realidade, a dialética processual entre as partes e o juiz é, ao fim e ao cabo, o que legitima a decisão judicial. Fala-se que o mal temporal que aflige o processo é justamente o seu 'tempo morto', quando os autos ficam nas prateleiras do cartório judicial por dias, semanas ou meses esperando a publicação de uma nota de expediente.

É cediço que a chamada *crise do Judiciário* encontra dentre as suas causas uma estrutura de Judiciário sucateada que torna o acesso ao Judiciário um

⁶²⁰ Sem detalhar especificamente, pois há casos em que o artigo é apenas citado, não mais do que quinze decisões referem a falta de elementos estruturantes como motivo de reforma, apenas como possibilidade de ensejar embargos declaratórios.

⁶²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de declaração no agravo em recurso especial n.º 874797 / SP**. Recorrente: São Joaquim Administração e Participação Ltda. Recorrido: Mônica Ribeiro de Souza Silva. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJU 09.08.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63891763&num_registro=201600548116&data=20160809&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

⁶²² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao código de processo civil: arts. 485 a 538/ José Rogério Cruz e Tucci**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Comentários ao código de processo civil; v. 8/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero). p. 107-112.

⁶²³ TESHEINER, José Maria. **Nulidades do processo civil brasileiro**. José Maria Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 231.

verdadeiro *calvário*⁶²⁴. Ademais, considerar o dever de fundamentar a decisão em toda a sua extensão uma *burocratização* do processo e um *sobretabalho inútil* é olvidar as funções endoprocessuais antes explanadas de persuasão das partes e extraprocessuais como a prestação de contas da atividade jurisdicional.

Note-se que, fruto de uma mudança de paradigma, o Código de Processo de um “[...] Estado Democrático, o Estado Constitucional preocupa-se em viabilizar um adequado exercício do direito de participação das partes em juízo [...]”⁶²⁵. Assim, acreditar (e de certa forma incentivar) que um juiz *caminhe através de uma lógica para a tomada de decisão*, como se outros participantes do processo não deversem contribuir para a construção da fundamentação, é adotar uma postura solipsista, o que pretende combater a nova legislação.

Argumentos sucessivos, contraditórios ou não suscitados pelas partes devem merecer seu devido enfrentamento e oportunidade de manifestação, pois a perspectiva do processo se desloca de uma visão estatal para uma mais plural, em que diferentes visões vão contribuir na resolução justa do processo⁶²⁶. Repetindo os argumentos de Câmara, mais cedo enfrentado nesse trabalho, a fundamentação permitirá a conexão entre a sentença e seu meio de impugnação, o que auxiliará na decisão das partes se vão impugnar ou não⁶²⁷. Fundamentação insuficiente irá gerar maior possibilidade de impugnação da decisão pelo não enfrentamento dos argumentos.

Por derradeiro, não aprofundando neste espaço o argumento sobre a vinculação que trará a fundamentação em contrariedade a súmulas, teses e orientações jurisprudenciais, o que não é objeto deste texto e demandaria possivelmente um diferente caminho de pesquisa, há que se lembrar o que foi debatido linhas atrás sobre discricionariedade e arbitrariedade. As decisões judiciais poderão ser, nos limites antes explicados, discricionárias, jamais arbitrárias (fora dos limites impostos).

⁶²⁴ CONCILIAR é fundamental para reduzir gargalos na justiça. **Conselho Nacional de Justiça**. Jorge Vasconcelos, em 29 de agosto de 2011. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/6mmg>>. Acesso em 27 de fev. 2017.

⁶²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1o ao 69/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95.

⁶²⁶ Nas palavras de Marinoni, “Isso quer dizer que o Código de 2015 se desloca de uma perspectiva unilateral e estatal de compreensão do processo civil (jurisdição) para uma que mais plural e capaz de conjugar as diferentes visões que marcam todos aqueles que participam do processo (as suas normas fundamentais)”.MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1o ao 69/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 94.

⁶²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2014.p. 475.

Nesse sentido, tanto para a aplicação de determinada súmula, por exemplo, como para a sua não aplicação (quando vinculante, não meramente persuasiva), deverá o juiz “[...] demonstrar que os fatos sobre os quais se construiu a sua *ratio decidendi* são equivalentes àqueles que animam o caso posto, [...]”⁶²⁸. Noutras palavras, não se trata de estar vinculado, mas sim da necessidade de fundamentar a relação entre o caso concreto e o precedente ou súmula⁶²⁹. O caso futuro é que determinará se o precedente será vinculante, e isso, conforme Streck⁶³⁰:

[...] impõe que, ao ser utilizado um precedente no bojo da fundamentação da decisão judicial, deve ser realizada uma reconstrução da história institucional do direito, com a perquirição do DNA dos casos pretéritos mencionados, os quais devem ser devidamente relacionados e contrastados com o caso decidendo.

Sinale-se, por oportuno, que a afirmação sobre os “[...] impressionantes ‘ctrl C’ e ‘ctrl V’ –” deveria sinalizar que a magistratura não adota tal prática, e que se debruça atentamente sobre cada argumento suscitado pela parte de forma individualizada e atenta ao caso concreto, mas a dura realidade demonstra justamente o contrário, necessitando o legislador introduzir preceito⁶³¹ a impedir as decisões “vestidinho preto”, como espirituosamente Teresa Arruda Alvim cunhou⁶³². Por essa razão, Wambier alertava, comentando o então projeto do CPC, sobre a importância de valorização das inovações⁶³³:

⁶²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 340.

⁶²⁹ O juiz, conforme Didier, poderá demonstrar a superação da súmula através dos métodos do *overruling* ou *overriding*, estes compreendidos como quando o precedente perde sua força vinculante ou substituído. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 340.

⁶³⁰ STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017. p. 170.

⁶³¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

⁶³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. São Paulo: RT, 2014. p. 282.

⁶³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova.... 157-166. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 166.

Considera-se a decisão *não fundamentada*, se a fundamentação da decisão judicial não obedecer a estes parâmetros mínimos de qualidade, diz a nova lei. Espera-se que, uma vez em vigor o novo Código, este dispositivo seja levado a sério, e não banalizado. Com certeza, o respeito às regras que contém é capaz de gerar prestação jurisdicional de melhor qualidade. Pode até ser que a quantidade de decisões reformadas diminua, assim como a quantidade de recursos.

Importante, ainda antes de encerrar esta abordagem, aferir o entendimento da mais alta Corte do país sobre a matéria, o que poderia nortear o rumo da conclusão deste trabalho e consolidação da jurisprudência pátria.

No Supremo Tribunal Federal constam quatro decisões localizadas com o argumento “489”. A primeira de lavra da Ministra Rosa Weber é clara que deverão ser analisados os fundamentos que “[...] a teor do art. 489, IV, do CPC, bem como da jurisprudência desta Corte, aquelas assertivas recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”⁶³⁴.

A segunda decisão, de lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, afirma que não consistirá ausência de enfrentamento dos argumentos quando a decisão recorrida se fundamentar em jurisprudência consolidada da Corte, o que demonstra equívoco ao invocar o inciso IV do art. 489 quando o correto à hipótese seria o inciso V do mesmo artigo. Dada a invocação, a nosso ver equivocada, não há debate sobre a efetiva necessidade de enfrentamento dos argumentos consoante o inciso ora analisado⁶³⁵.

A terceira decisão, do Ministro Gilmar Mendes, a pretexto de que os argumentos ignorados pelo juízo recorrido não teriam a condição de possibilidade de infirmar a conclusão judicial, considera fundamentada a decisão que aborda apenas

⁶³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão MS 27738 AgR-ED / DF** no ag.reg. em mandado de segurança. Relator(a): Min. ROSA WEBER publicado em 23 de fev. 2017.

⁶³⁵ Observe-se o equívoco do fundamento da decisão: “A falta de fundamentação a que se refere o inciso IV do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, reflete hipótese de não enfrentamento dos argumentos deduzidos pela parte capazes de “em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, o que não se enquadra na situação destes autos, uma vez que a jurisprudência desta Corte está consolidada a respeito da questão.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 974469 RJ**. Recorrente: Etelvina Maria Moreira Dias de Carvalho. Recorrido: Instituto da Previdência Social do Município de Natal – NATALPREV. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado em 02.12.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12217145>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

alguns dos argumentos suscitados pela parte recorrente⁶³⁶. A quarta decisão apenas refuta embargos afirmando que caberá na hipótese do art. 489 do CPC⁶³⁷.

Verifica-se, nos termos das decisões do Superior Tribunal de Justiça antes citadas, assim como as analisadas do Supremo Tribunal Federal que, a tendência, é pelo entendimento da necessidade de enfrentamento dos argumentos deduzidos pelas partes capazes de infirmar a conclusão judicial. Entretanto, há que se aguardar um maior número de decisões judiciais para a efetiva consolidação do entendimento.

A contribuição das partes na formação da tomada de decisão, expressa através de uma fundamentação que contenha os elementos estruturantes mínimos exemplificados no art. 489 do CPC, é condição *sine qua non* para a realização de um processo judicial democrático que representa o atual estágio do Estado Democrático de Direito brasileiro. Compreender a inovação legal como um *obstáculo* representa um viés arbitrário não condizente com a atual conjuntura de responsabilidade daqueles que representam o poder.

⁶³⁶ Além disso, é firme a jurisprudência desta Corte em que o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os utilizados tenham sido suficientes a embasar a decisão. Esse entendimento não contrasta a norma do artigo 489, § 1º, IV, do novo Código de Processo Civil, que determina a consideração apenas dos argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Observo que nenhuma das teses trazidas pela parte agravante poderia alterar em seu favor a decisão do acórdão recorrido, uma vez assentada a razão de decidir. Dessa forma, não prospera a alegação de nulidade por falta de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n.º 953.883 RJ**. Recorrente: Ed Mais Distribuidora de Alimentos Ltda. Recorrido: Banco Itaú Unibanco S/A. Relator Ministro Gilmar Mendes. DOU 05.12.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12150987>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

⁶³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão Rcl 16569 AgR-ED / SC - SANTA CATARINA**. Relator(a): Min. Rosa Weber. Publicado em 22.jun.2016.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia chega ao século XXI ante seu maior desafio desde seu desenvolvimento na Grécia, reinventar-se em razão de uma crescente patologia de participação e de representação, consoante bem destacado por Boaventura de Souza Santos. O crescimento estrutural do Estado e incremento dos serviços públicos, decorrente da maior intervenção nas relações econômicas e sociais para o cumprimento das promessas da modernidade, acabam por se tornar o próprio obstáculo ao *Welfare State*.

Nessa *encruzilhada*, o Estado Democrático de Direito surge como aprofundamento das experiências anteriores de Estado de Direito e Estado Social, implicando no desenvolvimento de práticas democráticas que permitam a participação do povo ativo, conforme Friedrich Müller propalava. E essa participação é constatada pelo deslocamento da tensão oriunda da incapacidade estatal de atender as demandas sociais para o Poder Judiciário.

Exatamente nesse protagonismo do Judiciário, ganha importância a dialética desenvolvida num dos mais afinados instrumentos de participação democrática: o processo judicial. A verdadeira democracia do terceiro milênio, nos dizeres de Darci Guimarães Ribeiro e Felipe Scalabrin, é perfectibilizada através do princípio do contraditório em sua nova matiz constitucional. Mas há que se recordar, como acima explanado, que o contraditório em sua nova feição não é “[...] mais do que simples ciência e reação – é o direito de plena participação de todos os atos, sessões, momentos, fases do processo, e de efetiva influência sobre a formação da convicção do julgador.”⁶³⁸ Não por menos, o Código de Processo Civil de 2015 trata do direito de influir no resultado do processo em diversos e diferentes dispositivos legais.

Reflete, a legislação instrumental, o corolário lógico trazido pela Constituição Federal de 1988 ao dar status constitucional ao processo judicial, como mostrara Marco Félix Jobim e Elaine Harzheim Macedo. A Carta Política deixa clara a importância dada às garantias e princípios processuais quando opta por descrever um *iter* mínimo a ser observado no microcosmo do processo⁶³⁹. E neste microcosmo que

⁶³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1o ao 69/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 203.

⁶³⁹ JOBIM, Marco Félix. MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. RIBEIRO, D. G.; JOBIM, M. F. (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 46-47.

se reflete o caráter democrático de um Estado pela observância do Princípio do Contraditório, como Piero Calamandrei afirmava que “El principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el ‘principio do contradictorio’: audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari.”⁶⁴⁰

Não se pode, por outro lado, aderir à *cegueira ideológica* derivada da crença que o juiz apenas declararia a vontade da lei. Esta falsa realidade, inspirada no espírito libertário da Revolução Francesa, desconsidera o poder de criação judicial, como alerta Darci Guimarães Ribeiro.⁶⁴¹ Isso porque, creditar ao juiz um comportamento meramente mecanicista importaria em desconsiderar a atividade judicial, “[...] empobrecê-la, esterilizá-la, dissecá-la.”, pois a justiça “[...] brota de uma consciência viva, sensível, vigilante, humana.”⁶⁴².

Nessa consciência viva, transparece que o juiz não é neutro, imparcial, como se acreditava em descabida crença, e consistindo o Judiciário em uma instância política, as pressões externas, exigências sociais e políticas, produzem decisões portadoras de impactos social e político. As decisões variarão conforme a classe, a formação, a idade e ideologia do juiz prolator.⁶⁴³ Mas importante consignar que a ideologia se apresenta não necessariamente na justificação da sentença, aqui reconhecida neste trabalho como fundamentação, mas necessariamente na motivação do ato de julgar.

Não obstante muitos doutrinadores demonstrarem, implicitamente, compreender a distinção entre fundamentação e motivação da decisão, é Luiz Fernando Castilhos Silveira que explora o chamado processo “descoberta” que leva à escolha dos critérios para a tomada de decisão judicial. E neste trabalho, diante da diferenciação entre o processo de tomada de decisão e de sua justificação, adotou-se a expressão *motivos* para o raciocínio que o juiz realiza para a escolha da solução mais adequada ao caso concreto e *fundamentação* como expressão das justificativas dos critérios que levaram à decisão judicial.

⁶⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autónoma de México. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 148.

⁶⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 117.

⁶⁴² CALAMANDREI, Piero. **Proceso e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autónoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 48.

⁶⁴³ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.p. 73.

Na investigação implementada por Castilhos, e fundamentando-se nos estudos de Bernard Lonergan, o autor apresenta a teoria sobre o raciocínio humano explanada pelo filósofo canadense, salientando um padrão em que os seres humanos, experimentam por meio dos sentidos e representam essas experiências (consciência e imaginação); questionando com base nesses dados; colocando-se problemas; reconhecendo padrões naquilo que sentimos e imaginamos, compreendendo relações (insight); formulando hipóteses; questionando acerca de sua validade e testando; reconhecendo padrões e relações entre as hipóteses e os dados (insight reflexivo); formulando juízos e afirmações. São os chamados *Insights*.⁶⁴⁴

Saliente-se que, no campo do direito processual, Michele Taruffo já afirmara um *context of discovery*, diferente de *context of justification*⁶⁴⁵, sendo possível estruturar um esquema: *razonamiento decisorio (actividad) – decisión (resultado) – razonamiento justificativo (actividad) – motivación (resultado)*⁶⁴⁶.

Nestes Insights há a organização de dados disformes em perspectiva, com a apreensão de relações como ato de inteligência. Num “jogo de tentativa e erro” muito rápido (até mesmo imediato) no nível da consciência, o indivíduo apreende um padrão que se acumulará para a solução de problemas similares, passando ao patrimônio subjetivo do ser cognoscente e servindo de fundamento para novos *insights*⁶⁴⁷. Mesmo se considerando que se trata de uma experiência íntima, visto que ninguém poderá ter o *insight* por outra pessoa, é certo que um bom mediador entre o objeto (dados) e sujeito permitirá que o ser cognoscente tenha facilitado o *insight*, visto que este guia apontará os padrões existentes, similaridades e irrelevâncias.

⁶⁴⁴ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 15.

⁶⁴⁵ Para Taruffo: “En esencia, por lo tanto, es evidente que el razonamiento de juez, tal como es concretamente construido para formular la decisión, tiende a ser extremadamente más complejo y articulado, bajo diversos aspectos, de lo que la motivación logra expresar, de manera que resulta incongruente una vez más la concepción de la motivación como ‘explicación’ o como ‘historiografía’ de la decisión.” TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 111.

⁶⁴⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 204.

⁶⁴⁷ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 82-84.

Neste contexto, o *insight* não surge no isolamento, pois o conhecimento compartilhado dá a sua condição de possibilidade⁶⁴⁸, consistindo no fruto desse compartilhamento de experiências.

Em realidade, exatamente por consistir o processo de tomada de decisão o resultado do compartilhamento de experiências, o caráter dialético e dialógico do processo surge como condição de possibilidade para a construção da decisão e permitem a legitimação de seus efeitos intrínsecos e, principalmente, extrínsecos. Não para menos, a responsabilização social dos agentes do Estado através da opinião pública não teria sentido se não houvesse a participação na construção da decisão e a exteriorização de seus fundamentos.

Considerar a possibilidade do processo de tomada de decisão sem a participação democrática daqueles com legitimidade para influir no ato de descoberta, importa em arbitrariedade típica do período em que o processo judicial se desenvolvia secretamente numa sacralidade inalcançável pelos súditos. Mesmo recente, em termos históricos, o dever de fundamentar, não se tem mais dúvida que se trata de um direito fundamental do cidadão reconhecido internacionalmente e com assento constitucional no caso brasileiro, pois serão destinatários da decisão as partes, seus advogados, o juiz *ad quem* e o conjunto da sociedade⁶⁴⁹.

Se dentre as dimensões da normatividade está a *reconstrução* da norma jurídica individual para o caso concreto e a criação de uma regra jurídica que servirá de modelo para a solução de casos semelhantes no futuro, a participação das partes na tomada de decisão através da motivação e a construção da justificação ganha outros contornos⁶⁵⁰.

Sensível a isso, o legislador brasileiro, na esteira de diversos países democráticos, escolheu prescrever os elementos estruturantes da sentença como exteriorização do direito fundamental ao contraditório e participação popular, cominando de nulidade a sua inobservância. Especificamente neste trabalho, optou-

⁶⁴⁸ CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.p. 87.

⁶⁴⁹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006. p. 355.

⁶⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 310.

se por abordar um destes elementos estruturantes da decisão, qual seja, o inciso IV, do parágrafo primeiro, do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, em que se prescreve como elemento necessário da decisão judicial o enfrentamento de todos os argumentos que, em tese, infirmariam a decisão, sob pena de nulidade consoante artigo 141 do Código de Processo Civil e art. 93, IX da Constituição Federal.

Aplicável a toda e qualquer espécie de decisão⁶⁵¹, mesmo a processos pendentes ou conclusos quando da entrada em vigor do Código, a inovação legislativa deverá ser observada mesmo naquelas decisões menos complexas^{652 e 653}.

Mas crucial se compreender que não está o juízo obrigado a enfrentar todos os argumentos suscitados pelas partes, mas tão somente aqueles capazes de adequadamente infirmar a conclusão do julgado. Posto que *infirmar* significa “diminuir ou cessar a força jurídica de uma ação;” ou “declarar uma ação jurídica nula ou sem efeito”⁶⁵⁴, apenas importarão aqueles argumentos que poderiam tornar nula ou sem efeito a conclusão adotada pelo julgador⁶⁵⁵.

Ou seja, para *acolher o pedido* do autor da demanda o juiz não está obrigado a enfrentar todos os argumentos suscitados na inicial, mas lhe é imposto que enfrente todos os argumentos da defesa que seriam capazes de dar sentido diverso à conclusão judicial. Por outro lado, para *negar o pedido* inicial, é desnecessário o enfrentamento de todos os argumentos da defesa, mas deverá analisar cada um dos argumentos trazidos pelo requerente constituindo cerceamento da ampla defesa e direito de petição, a não observância da inovação legislativa.

Mesmo naqueles casos em que o juízo de primeira instância não aborda todos os argumentos da tese vencedora por desnecessidade conforme preceito do inciso IV, do parágrafo primeiro, do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, ao reformar a decisão no juízo *ad quem*, estará a parte agora derrotada resguardada pela

⁶⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325.

⁶⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 485 a 538/ José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Comentários ao código de processo civil; v. 8/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero). p. 103.

⁶⁵³ Aqui se pede vênias para discordar de Cruz e Tucci com fundamento nos argumentos de Fredie Didier Jr. que, ao dar parcial razão aos jargões, explica que as decisões deverão ser fundamentadas, diferenciando-se apenas a extensão, como adiante se demonstrará.

⁶⁵⁴ INFIRMAR. In: **Dicionário Eletrônico Houaiss**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/infirmar/>>. Acesso em 03 de fev. 2017.

⁶⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2. p. 335.

necessidade de se lhe oportunizar a manifestação conforme art. 10 do Código do Processo Civil, em que “o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, [...]”. Pela vedação à decisão-surpresa, o legislador corrobora a determinação de enfrentamento dos argumentos que poderiam infirmar a decisão.

Exceção a ser ressaltada é a necessidade de enfrentamento, nas demandas repetitivas, em razão do alcance e abrangência de seu resultado, os argumentos favoráveis e os contrários pelo órgão julgador⁶⁵⁶, o que se aplica também aos casos em que há a intervenção de *amicus curiae*⁶⁵⁷. O não enfrentamento dos argumentos trazidos pelo amigo da corte contrariaria sua própria finalidade, que é trazer subsídios ao juízo para um melhor julgamento.

Mas em que *locus* haverá a dialética processual que permitirá o efetivo contraditório que possibilitará a aferição do enfrentamento dos argumentos da tese derrotada na decisão?

Os *insights* propostos por Lonergan dão o caminho procurado. Se na dialética se encontra a via para a construção dos fundamentos da decisão, será pelo compartilhamento de conhecimento através da participação das partes na coleta e relação de dados importantes para a solução do objeto do debate. É neste *locus* em que as partes têm a possibilidade de contribuir no diálogo processual e influir na construção da fundamentação da decisão judicial.

Como antes se referiu, as partes participarão na motivação da decisão judicial, representando a fundamentação a exteriorização de que o diálogo entre os atores do processo permitiu que os critérios que levaram à construção da decisão adequada não tenham sido um ato individual, mas uma escolha coletiva. Será coletiva a construção das possibilidades de escolha de critérios para a organização dos dados disformes que poderão levar ao insight, sendo este último um ato individual do julgador. O magistrado terá o espaço discricionário de escolha dentre os critérios delimitados

⁶⁵⁶ Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. Art. 1.038. O relator poderá: § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁶⁵⁷ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória: 01, 02 e 03 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>>. Acesso em 04 de fev. 2017.

pelas partes no diálogo processual, o que deverá demonstrar na fundamentação da decisão.

Consistindo a fundamentação um elemento estruturante da decisão judicial, cominada de nulidade tanto a ausência quanto a sua deficiência, como se verifica pela possibilidade de sua correção pela via dos embargos de declaração, não se justificam as insurgências de algumas Entidades de classe ligadas à magistratura. José Rogério Cruz e Tucci rebate os argumentos contrários à inovação, não sendo despiciendo recordar que a *crise do Judiciário* encontra dentre as suas causas uma estrutura de Judiciário sucateada e que não se poderão olvidar as funções endoprocessuais e extraprocessuais na atividade jurisdicional.

Por essa razão as Cortes superiores têm entendido pela importância da valorização do inciso IV do art. 489 do Código de Processo Civil, conforme demonstração ora realizada.

Encerrando este trabalho, é importante ter presente que a inovação constante na legislação processual determina ao julgador, não apenas a construção da decisão, mas a oportunização de debate às partes e no direito de influenciar na escolha dos critérios que levarão à decisão e, por essencial, na necessidade de enfrentamento de todos aqueles argumentos capazes de informar a conclusão judicial. A concretização do Princípio do Contraditório se dará no processo dialético de coleta de dados, relações e concatenações participado pelas partes e que permitirão ao julgador, dentro dos limites impostos pelo Direito, na motivação, chegar aos *insights* necessários para a construção da fundamentação da sentença.

As críticas ao dever de enfrentamento dos argumentos suscitados pelas partes são resquícios do discurso de autoridade incompatível com um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, mormente porque assentadas em argumentos metajurídicos equivocados. As decisões dos tribunais superiores, ainda que escassas sobre a matéria no atual momento, deverão se inclinar pela necessidade de enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes que possam infirmar a conclusão judicial.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco e poética**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. 2. (Os pensadores). Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

ARISTÓTELES. **Metafísica**: texto grego com tradução ao lado de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2015.

ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) pretendia a alteração deste ponto, entendendo pela inviabilidade, e desnecessidade, do enfrentamento de todos os argumentos suscitados pelas partes**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://novo.amb.com.br/?p=20285>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). **Anamatra reage a críticas sobre vetos propostos ao novo código de processo civil**: nota pública. Brasília, DF, 9 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro, 1901.

BARROS FILHO, Clóvis de. **Poder e ideologia**. (2h.11m.37s.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7mrsLKU0E4I>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BATALHA, Elisa. BENTO, Silvio. Arquimedes e a coroa. **História**. In: Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, [S.D.]. Disponível em: <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=946&sid=7>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

BELGIQUE **Loi 10 octobre 1967**. Code Judiciaire. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1967101004%2FF&caller=list&row_id=1&numero=6&rech=13&cn=1967101004&table_name=LOI&nm=1967101055&la=F&dt=CODE+JUDICIAIRE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27JUDICIAIRE%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=44&imgcn.y=14#LNK0033>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2001.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985**. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. **Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#ementa>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em Recurso Especial n.º 542931**. Recorrente: Banco Rendimento S/A. Recorrido: Mário de Mári Júnior. Relatora: Min. Nancy Andrigui, DJU 16.02.2017. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68323202&num_registro=201401527325&data=20170216&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos declaratórios nos embargos declaratórios no agravo interno nos embargos declaratórios no recurso especial n.º 1.505.417 – GO**. Recorrente: JB. Recorrido RTP e JCTP. Relator Ministro Moura Ribeiro, DJU 4.02.2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1618628&num_registro=201400814352&data=20170821&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de declaração no mandado de segurança n.º 21315 / DF**. Recorrente: Paulo Rodrigues Vieira. Recorrido: União Federal. Relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF 3ª região), DJU 15.06.2016. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518847&num_registro=201402570569&data=20160615&formato=PDF>. Acesso em 07 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão **REsp 13.471-0-MG**, 2ª t., Rel, Min. Pádua Ribeiro; STF, 2a T. AI 162.089-8-DF, AgRg, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 15.03.1996, p. 7.209.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de declaração no agravo em recurso especial n.º 874797 / SP**. Recorrente: São Joaquim Administração e Participação Ltda. Recorrido: Mônica Ribeiro de Souza Silva. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJU 09.08.2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63891763&num_registro=201600548116&data=20160809&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n.º 953.883 RJ**. Recorrente: Ed Mais Distribuidora de Alimentos Ltda. Recorrido: Banco Itaú Unibanco S/A. Relator Ministro Gilmar Mendes. DOU 05.12.2016. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12150987>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 974469 RJ**. Recorrente: Etelvina Maria Moreira Dias de Carvalho. Recorrido: Instituto da Previdência Social do Município de Natal – NATALPREV. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado em 02.12.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12217145>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão MS 27738 AgR-ED / DF** no ag.reg. em mandado de segurança. Relator(a): Min. ROSA WEBER publicado em 23.02.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão Rcl 16569 AgR-ED / SC - SANTA CATARINA**. Relator(a): Min. Rosa Weber. Publicado em 22.06.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Estabelece a composição e a competência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, José Antonio Pimenta Bueno. **Apontamentos sobre as formalidades do processo civil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autónoma de Mexico. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPELLO, Jose Anysio de Aguiar. **Elementos de theoria e pratica do processo civil e commercial**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1899.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CARDOZO, Benjamim N. **A Natureza do processo judicial**: palestras proferidas na universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira; revisão técnica e de tradução Álvaro de Vita, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

CASO RIGSSXPALMER. **The Road Not Taken**: Riggs and the fiction of civil death. 2016. Disponível

em:<http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm.> Acesso em: 07 jan. 2016.

CASTILHOS, Luiz Fernando Castilhos Silveira. **Raciocínio e argumentação jurídicos e a dicotomia “descoberta versus justificação”**: compreensão, cognição e comunicação em Bernard Lonergan como via para pensar a questão do solipsismo. 2007, 246 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGD, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.

CHAVES. Lázaro Curvêlo. **Inconfidência mineira – 1789**, [S.l.], 21 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.culturabrasil.pro.br/a_inconfidencia_mineira.htm>. Acesso em 13 ago. 2015.

COMISSÃO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. **Anteprojeto constitucional**. Anteprojeto da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada em Direitos Humanos em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

CONCILIAR é fundamental para reduzir gargalos na justiça. **Conselho Nacional de Justiça**. Jorge Vasconcelos, em 29 de agosto de 2011. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/6mmg>>. Acesso em 27 de fev. 2017.

CONSTITUTE PROJECT. **The comparative constitutions project (CCP)**. Nova Iorque, 2009. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/search?lang=en>> Acesso em: 12 jul.2016.

COSTA, Moacyr Lobo da. **A revogação da sentença**: gênese e genealogia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca virtual de direitos humanos. São Paulo, [S.D.]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em: 05 jun. 2016.

DEUTCHLAND. **Zivilprozessordnung**. Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. (Suplemento “B”). **Anais Eletrônicos**. Brasília, 20 de abril de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed., Salvador: Ed. Jus Podivn, 2015. V. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPAÑA. **Ley 1/2000, de 07 de enero de 2000**. Ley de enjuiciamiento civil. Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1#a209>>. Acesso em: 03 fev.2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de apelação de Nova Iorque. **Sentença 115 NY 506**. CASO RIGSSXPALMER. The Road Not Taken: Riggs and the Fiction of Civil Death. 2016. Disponível em:<http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm> Acesso em: 07 jan. 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória: 01, 02 e 03 de maio de 2015. Disponível em:<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>>. Acesso em 04 fev. 2017.

FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

FRANCE. **Décret 75-1123, 05 décembre 1975**. Code de procédure civile. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=62CA5A082322E7D96126DE6446C5B1E2.tpdila13v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165201&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20170204>. Acesso em: 03 fev. 2017.

FRANCE. **Décreto du 16 août 1790**. Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790. Disponível em: <https://fr.wikisource.org/wiki/Loi_sur_l%E2%80%99organisation_judiciaire_des_16-24_ao%C3%BBt_1790#Article_15>. Acesso em: 13 ago. 2015.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Texto copiado integralmente da edição eletrônica das obras de Freud, versão 2.0 por TupyKurumin. Disponível em <[http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%E7%E3o%20\(Sigmund%20Freud\).pdf](http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%E7%E3o%20(Sigmund%20Freud).pdf)> Acesso em: 05 jul. 2016.

FUNARI, Pedro Paulo A. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2002.

GOMEZ ESPINDOLA, Laura Liliana. PROVIDENCIA, RACIONALIDAD Y LEY NATURAL EN EL ESTOICISMO. **Univ. philos.**, Bogotá, v. 31, n. 63, p. 39-70, Dec. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-53232014000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2016.

GOVERNO DA ÍNDIA. **Ministério do Panchayati Raj**. Índia: [S.D.] Disponível em: <<http://www.panchayat.gov.in/about-mopr>>. Acesso em: 20 e jul. 2016.

GROSSI, Paulo. **A history of European law**. Translated by Laurence Hooper. Rome: Laterza.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, parte I. Trad. De Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª edição, Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

HESPANHA, Antônio M. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1977.

HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, [S.a.].

HORÓDOTO. **Histórias**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000439.pdf>>. Acesso em: 16 jul.2016.

IHERING, Rudolph Von. **Abreviatura de el espíritu del derecho romano**. Por Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947.

INFIRMAR. In: **Dicionário Eletrônico Houaiss**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em:<<https://www.dicio.com.br/infirmary>>. Acesso em 03 de fev. 2017.

ITALIA. **Regio decreto 28 ottobre 1940, 1443**. Codice di procedura civile. Disponível em: < <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

JASPERS O.S.B., D. Ludgero. **Manual de filosofia**: baseado no cours de philosophie de CH. Lahr S.J. Trad. por JASPERS O.S.B., D. Ludgero. 7ª EDIÇÃO. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1932.

JOBIM, Marco Félix. MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e

inovações. RIBEIRO, D. G.; JOBIM, M. F. (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KAZUO Watanabe **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2 ed. Trad. Joao Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**: lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Volume VIII, tomo I, arts. 796 a 812. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LIDDELL, Henry George. SCOTT, Robert. **An intermediate greek-english lexicon**. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0058%3Aentry%3Ddhmokrati%2Fa>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

LOBO, Abelardo da Cunha. **Curso de direito romano**: história, sujeito e objeto de direito: instituições jurídicas. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2006.

LOCKE, Jonh. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Tradução de Amando Lázzaro Ros. Madrid: Aguilar, 1963.

LONERGAN, Bernard. **Insight**. Tradução Mendo Castro Henriques e Artur Morão. São Paulo: É Realizações, 2010.

LOPES, Levindo Ferreira. **Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislacao do imperio por Alberto Antono de Moraes Carvalho**. Rio de Janeiro: Livreiro, 1888.

LUHMAN, Niklas. **Poder**: pensamento político. Traduzido de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

MANIQUEÍSMO. **Estudante de filosofia**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <www.estudantedefilosofia.com.br/doutrinas/maniqueismo.php>. Acesso em: 02 fev. 2017.

MAQUIAVEL. **O príncipe**. Tradução, introdução de notas de Antônio Délla. São Paulo: Cultrix, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1o a 69/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARX, Karl Heinrich. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/ideologiaalema.pdf>>. Acesso em 23 de jan. 2017.

MEREA, Manuel Paulo. **Estudos de direito visigótico**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1948.

MOHL, Robert von. **Die deutsche polizeiwissenschaft nach den grundsätzen des rechtsstaats**. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=LOoJAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=rechtsstaat&f=true>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Os Pensadores, XXI).

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. p. 93-119. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Organizadores Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”! p. 65-89. **20 anos de Constituição**: Os Direitos Humanos entre a norma e a política. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Alfredo Santiago Culleton. São Leopoldo: Oikos, 2009.

MOTIVACIÓN. In: Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**: edición del tricentenário. Madrid, [S.D.]. Disponível em: <<http://dle.rae.es/?id=Pw7w4I0>>. Acesso em: 29 mai. 2015.

MOTTA, Cristina Reindolf da. **A Motivação das decisões cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Com introdução de Ralph Christensen. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Maxlimonad, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Portugal, julho de 1998. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> . Acesso em: 05 jun. 2016.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O crepúsculo dos ídolos**: ou a filosofia a golpes de martelo. Tradução Edson Bini e Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001.

NÚMERO de processos baixados no Poder Judiciário cresce pelo 4º ano seguido. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 15 de setembro de 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80431-numero-de-processos-baixados-no-poder-judiciario-cresce-pelo-4-ano-seguido>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

O MERCADO de notícias. Direção: Jorge Furtado. Intérpretes: Eduardo Cardoso; Jorge Roberto de Toledo; Geneton Moraes Neto. Porto Alegre: Casa de Cinema de Porto Alegre, 2014. 1 DVD (98 min), son., color.

ORÇAMENTO PARTICIPATIVO. **Prefeitura de Porto Alegre.** Porto Alegre: [S.D.]. Disponível em:<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=15>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

ORTOLAN, Par M. **Histoire de la législation romaine.** Paris: Joubert. 1842.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. A motivação da sentença civil. São Paulo: Saraiva, 2001.

PETIT, Eugène. **Tratado elemental de derecho romano.** México: Porrúa, 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova:** a errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil.** v. 6: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495 Sérgio Gilberto Porto [coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PORTO. Sérgio Gilberto. USTARROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil:** o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PORTUGAL. **Lei 41/2013, de 26 de junho de 2013.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=607&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=1959&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo=>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

RIBEIRO, D. G. **Provas atípicas.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. p. 37-57. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Organizadores Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 2.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. 17-41. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. O papel do processo democrático na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. p. 155-168 **Scientia Iuris**. Vol. 13, nov. 2009. Londrina, [s.E.], 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **A aula mágica de Luis Alberto Warat**: Genealogia de uma Pedagogia da Sedução para o Ensino do Direito. [s.l.]. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_aula_magica_de_luis_alberto_warat_por_leonel_severo_rocha-definitivo-12-2012.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. 3 volume. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SARNEY, José. **Projeto de Lei 8.046/2010**. Institui o Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

SARNEY, José. **Projeto de Lei n.º 8.046/2010**. Altera a Lei 5.869, de 1973 e institui o Código de Processo civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5BA18CD159F76AC8E18249900EABA77F.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 02 ago. 2015.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 6 ed. rev. e atual. com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 3 ed. 1995.

SÓ HISTÓRIA. **Imperador Justiniano**. [S.l.], [S.d.] Disponível em: <<http://www.sohistoria.com.br/biografias/justiniano/>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

STEIN, Ernildo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. Ijuí: UNIJUI, 2008. p. 38-39, considerando a necessidade de aprofundamento para o espaço deste trabalho.

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. **Aula Magna: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Lenio Luiz Streck. (55 mim. 16 seg.) Disponível em:<
<https://www.youtube.com/watch?v=vTXtDcRsqqw>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos estudos jurídicos**, volume 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago 2003.

STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun.2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. TCCs no Direito: como não se deve escrevê-los – retratos da crise. Coluna Senso Incomum. **Consultor jurídico**. Disponível em:<www.conjur.com.br/2015-dez-10/senso-incomum-tccs-direito-nao-escreve-los-retratos-crise.html>. Acesso em: 31 dez 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

SUIÇA. **Swiss Civil Procedure Code, of 19 dezembere 2008**. Swiss Civil Procedure Code. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**. São Paulo 8(1). p. 037-058. Jan-Jun 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. NEVES, Isadora Ferreira. As Influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização política no Brasil. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p.169-185, abr. 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro *status*. p. 09-23. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Organizadores Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TELLEGEN-COUPERUS. Olga. **A short history of roman law**. New York: Taylor & Francis. 2003.

TESHEINER, José Maria Rosa. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORRES, Artur. **Sentença, coisa julgada e recursos cíveis codificados**: de acordo com as Leis 12.105/2015 e 13.256/2016. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TRACY, Antoine Louis Claude Destutt. **Éléments d'Idéologie**. [S.l.], [S.d.]. In: Domínio Público. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&bra=11235> Acesso em: 23 jan. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 485 a 538/ José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção comentários ao código de processo civil; v. 8/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. 99-109. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Kury. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2001.

UNIVERSIDADE DE SALAMANCA (USAL). **Graduação**. Salamanca: 2009. Disponível em: <<http://www.usal.es/webusal>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. Volume 1, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 16 ed. Reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova.... 157-166. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Central de Publicações jurídicas, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZOLO, Danilo **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo; com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.