

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

JOÃO LUIZ ROCHA DO NASCIMENTO

**AS DIMENSÕES PARADIGMÁTICAS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: FILOSOFIA, HISTÓRIA, DIREITO E DE COMO A
(IN)COMPREENSÍVEL RESISTÊNCIA AO DEVER DE FUNDAMENTAR É UMA
QUESTÃO DE PARADIGMA**

SÃO LEOPOLDO

2019

João Luiz Rocha do Nascimento

As Dimensões Paradigmáticas da Fundamentação das Decisões
Judiciais: filosofia, história, direito e de como a
(in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma
questão de paradigma

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS
Linha de Pesquisa: Hermenêutica,
Constituição e Concretização de Direitos

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo
2019

N244d Nascimento, João Luiz Rocha do

As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais: filosofia, história, direito e de como a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma. / João Luiz Rocha do Nascimento -- 2019.

479 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

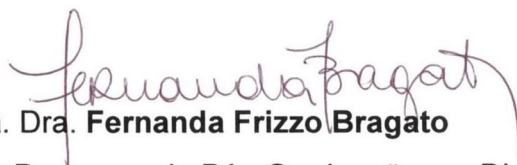
1. Hermenêutica (Direito). 2. Decisão judicial. 3. Dimensões paradigmáticas. I. Título. II. Teixeira, Anderson Vichinkeski.

CDU 340.132

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

A tese intitulada: “**AS DIMENSÕES PARADIGMÁTICAS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: FILOSOFIA, HISTÓRIA, DIREITO E DE COMO A (IN)COMPREENSÍVEL RESISTÊNCIA AO DEVER DE FUNDAMENTAR É UMA QUESTÃO DE PARADIGMA**”, elaborada pelo doutorando **João Luiz Rocha do Nascimento**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de dezembro de 2019.



Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

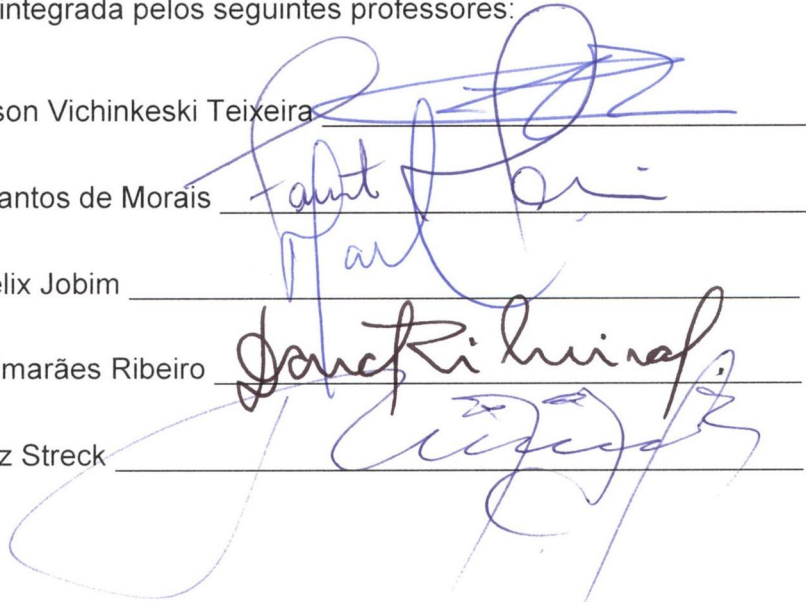
Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dr. Fausto Santos de Morais

Membro: Dr. Marco Félix Jobim

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



Aos meus pais (Martinho e Maria, *in memorium*).

Às minhas netinhas: Isis e Mariah.

Às flores do jardim da casa: Zaira, Andressa e Rhaissa.

À Zena.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira, pela segura orientação, disponibilidade e a acessibilidade de sempre.

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, pela fonte de inspiração.

Aos professores Darci G. Ribeiro, Wilson Engelmann, Têmis Limberger, Leonel Severo da Rocha e Clarissa Tassinari, sempre disponíveis e atenciosos.

Aos colegas de doutorado, Ziel Ferreira Lopes, Odete Grasseli, Daniela Pellin, Gustavo Santana, Hilbert Maximiliano e Natália Magalhães, pela companhia e troca de experiências.

A equipe de servidores da Vara do Trabalho de Floriano-PI e da 5ª Vara de Teresina, especialmente Luciano Portela, diretor de Secretaria, e Glenda Adyann Gomes Monteiro Silva, assistente.

Ao desembargador Arnaldo Boson Paes, pela amizade, discussões em torno do tema e pelas sugestões de leitura que ajudaram a compor a presente pesquisa.

Ao Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, na pessoa da Presidente Liana Chaib, pelo apoio institucional.

À bibliotecária do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, Maria Creuza de Sales, pela constante colaboração.

À Universidade Estadual do Piauí-UESPI, na pessoa de seu Magnífico Reitor, Professor Doutor Nougá Cardoso, pelo apoio institucional e incentivo à pesquisa.

Aos integrantes do Quarteto, amigos e colegas juízes Tibério Freire Villar, Francílio Trindade Bibio da Silva e Carlos Wagner de Araújo Nery da Cruz, pela amizade inabalável e companheirismo.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, citando, por todos, a Professora Doutora Fernanda Frizzo Bragato, coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Aos servidores da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vera Loebens, Ronaldo e Magdaline Macedo, pela atenção dispensada e pronta disponibilidade ao longo desses últimos quatro anos.

DIÁSPORO

Quem sabe eu tenha a sorte do último troiano que,
ao deixar para trás ruínas em fogo,
tal como o grego sagaz,
enfrentou tempestades em mares bravios até desembarcar nas praias do Lácio.
Também fui, a contragosto, deslocado.
Também atravessei escuridões.
Também fui sacudido por tempestades de ódio.
Também fui esgotado pela sede e fome.
Ainda não tenho como saber a sorte definitiva do meu destino, mas sigo.
Quem sabe alguém me receba como o rei Latino a *Illoneu*.
Porque o que peço é muito pouco.
Não é nada, como disse o guerreiro troiano, o ramo de Palas no peito, que não possa
ser oferecido a qualquer um.

J(oão) L(uiz) Rocha do Nascimento

RESUMO

Refletindo sobre a decisão judicial na perspectiva da fundamentação, este estudo tem como um dos seus objetivos demonstrar que, para além de se constituir no ato que põe fim ao processo, a decisão judicial, desde que fundamentada nos termos estabelecidos na Constituição Federal, art. 93, IX e do § 1º do artigo 489, do Código de Processo Civil de 2015, é um ato complexo que se legitima a partir de sua fundamentação, cuja concepção é atravessada por paradigmas que atuam como elementos vinculantes, aqui chamados de dimensões paradigmáticas significativas, na construção do sentido que é dado à obrigação de fundamentar. São elas que, sob três perspectivas distintas, constituem a estrutura da fundamentação das decisões judiciais do ponto de vista filosófico, histórico e jurídico, daí se dizer que sua estrutura, além de tridimensional, é também ontológica, porque diz respeito ao sentido do ser do dever de fundamentação. No modelo de Estado Democrático de Direito será a presença do conjunto dessas dimensões, devidamente alinhadas àquele modelo, que vai fazer com que uma decisão judicial se considere fundamentada. Por se tratar de elementos estruturantes, é a partir do modo como eles se apresentam que se pode dizer quando uma decisão judicial se encontra fundamentada, hipótese que se traduzirá em uma resposta hermenêuticamente adequada para o caso concreto e justificada na Constituição Federal. A ausência de um desses elementos, a inconsistência de um ou outro, assim como a incompatibilidade com o modelo de Estado que se justifica, implica a nulidade da decisão por ausência de fundamentação ou fundamentação deficiente. Por se tratar de uma concepção atravessada por paradigmas que, em momentos diferentes e ao longo da história, irão influenciar na construção do sentido de um dever judicial, a fundamentação se estrutura a partir de três pilares de sustentação, sendo que, nesta tese, será demonstrado que cada um deles, isto é, as dimensões paradigmáticas, tem um significado e representa uma passagem, uma mudança de paradigma. É essa compreensão que determina o modo como é recepcionado, pela dogmática jurídica, o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, que, por estabelecer uma conexão direta com a Constituição Federal, realiza e concretiza a norma constitucional prescrita no inciso IX, do artigo 93, razão pela qual, por conjugar os elementos que compõem a tríplice dimensão da fundamentação, no referido dispositivo legal se identifica a melhor expressão do caráter paradigmático da fundamentação das decisões judiciais, visto que, refletindo o impacto das três dimensões: (i) pressupõe a adoção de um processo como procedimento em contraditório, caracterizado por um conjunto de atos preparatórios visando à prática de um provimento final, a sentença, como resultado de um discurso público, de uma prática intersubjetiva e compartilhada, no que reflete a superação do paradigma da subjetividade pelo paradigma da intersubjetividade (perspectiva filosófica); (ii) reflete a passagem de uma concepção de legitimidade da decisão judicial baseada exclusivamente no argumento de autoridade, ou como ato de vontade, para uma necessidade, por força da responsabilidade política que assume, por parte do juiz, de prestação de contas (perspectiva histórica); (iii) indica o movimento de deslocamento de um modo de conceber o fenômeno jurídico com um viés mais privatista para uma concepção pública, constitucionalizada e democrática do direito, consagrador de sua autonomia e de seu triunfo sobre os agentes externos que pretendem corrigi-lo (perspectiva jurídica). Por força do seu caráter paradigmático, pode-se dizer que todas as condições tidas como indispensáveis para considerar fundamentada uma decisão podem ser universalizadas, o que aponta para o fato de que o referido dispositivo legal se constitui em um dever geral de toda a magistratura brasileira, ainda que não se ignore as resistências à sua aplicação, sendo que esta pesquisa é desenvolvida na perspectiva contrária à resistência ao detalhamento do dever de

fundamentação contido no artigo 489, § 1º, do CPC, da necessidade de seu enfrentamento, e da possibilidade de superação à luz da hermenêutica filosófica, ainda que se reconheça que a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma.

Palavras-chave: Hermenêutica. Decisão judicial. Fundamentação. Dimensões paradigmáticas. Resistência. Superação.

ABSTRACT

Reflecting on the judicial decision from the perspective of the grounds of judgment, this study has as one of its objectives to demonstrate that, besides constituting the act that ends the process, the judicial decision, as long as it is based on the terms established in the Brazilian Federal Constitution, in its article 93-IX, and in the Brazilian Civil Procedure Code, in its article 489, §1, is a complex act that legitimizes itself. This conception is based by paradigms that act as binding elements, here called significant paradigmatic dimensions, in the construction of the meaning given to the obligation to state substantiate its decisions. These paradigmatic dimensions constitute, from three different perspectives, the structure of the of the grounds of judgment from the philosophical, historical and legal point of view, hence their structure is three-dimensional and also is ontological, because it refers to the sense of being of the duty of reasoning. In the model of Democratic Rule of Law, it will be the presence of all these dimensions, properly aligned with that model, which will make a judicial decision to be grounded. Because they are structuring elements, it is by the way they are presented that, when a court decision is well-founded, a hypothesis that will translate into a hermeneutically adequate response to the concrete, the case will be directly justified in the Federal Constitution. The absence or the inconsistency of one of these elements, as well as the incompatibility with the State model, will imply the nullity of the decision due to lack of reasoning or defective reasoning. Because it is a conception crossed by paradigms at different times and throughout history, will influence the construction of the sense of a judicial duty and the foundation of will be based on three pillars of support - and, in this thesis, will be show that each of them, the paradigmatic dimensions, has a meaning and represents a passage or a paradigm shift. It is this understanding that determines the way in which the dogmatic legal system welcomes the details of the grounds for judicial decisions, established in §1 of the article 489 of the Brazilian Code of Civil Procedure, which, by establishing a direct connection with the Federal Constitution, realizes and concretizes the constitutional norm prescribed in item IX of article 93, which is why, by combining the elements that make up the triple dimension of the grounds, this legal provision identifies the best expression of the paradigmatic character of the reasoning of judicial decisions, since, reflecting the impact of the three dimensions: (i) it presupposes the adoption of a process as a contradictory procedure, characterized by a set of preparatory acts aimed at the practice of a final provision, the sentence, as a result of a public discourse, of an intersubjective and shared practice, reflecting the overcoming of the subjectivity paradigm by the intersubjectivity paradigm (philosophical perspective); (ii) reflects the shift from a conception of legitimacy of the judicial decision based solely on the argument of authority, or as an act of will, to a need, by virtue of the political responsibility that the judge assumes, of accountability (historical perspective); (iii) indicates the movement of displacement from a way of conceiving the legal phenomenon with a more private way of thinking towards a public way of doing it, constitutionalized and democratic conception of law, consecrating its autonomy and its triumph over the external agents that intend to correct it (legal perspective). Due to its paradigmatic character, it can be said that all the conditions considered indispensable to consider a decision well-founded can be universalized, which points to the fact that the aforementioned legal provision constitutes a general duty of the entire Brazilian judiciary, although the resistance to its application is not ignored, this research is developed from the perspective contrary to the resistance to the detailing of the duty to the grounds of judgment contained in the article 489, §1, of the Brazilian Code of Civil Procedure, the need to confront it, and the possibility of overcoming in the light of

philosophical hermeneutics, even though it is recognized that an (not)understandable resistance to the duty to ground is a matter of paradigm.

Keywords: Hermeneutics. Judicial decision. Grounds of judgment. Paradigmatic dimensions. Resistance. Overcoming.

RESUMEN

Reflexionando sobre la decisión judicial desde la perspectiva del razonamiento en las resoluciones, este estudio tiene como uno de sus objetivos demostrar que, además de constituir el acto que finaliza el proceso, la decisión judicial, siempre que se base en los términos establecidos en la Constitución Federal brasileña, en el artículo 93, IX, y en § 489, § 1, del Código de Procedimiento Civil brasileño de 2015, es un acto complejo que se legitima desde su fundación, cuya concepción es atravesada por paradigmas que actúan como elementos vinculantes, aquí llamados dimensiones paradigmáticas significativas en la construcción del significado dado a la obligación de motivación. Son los que, desde tres perspectivas diferentes, constituyen la estructura del razonamiento de las decisiones judiciales desde el punto de vista filosófico, histórico y legal, por lo tanto, su estructura es tridimensional y también ontológica, porque se refiere al sentido de ser del deber de razonamiento. En el modelo de Estado de derecho democrático, será la presencia de todas estas dimensiones, alineadas adecuadamente con ese modelo, lo que tomará una decisión judicial para fundamentarse. Debido a que son elementos estructurantes, es por la forma en que se presentan que se puede decir cuando se basa una decisión judicial, una hipótesis que se traducirá en una respuesta hermenéuticamente adecuada al caso específico y justificada en la Constitución Federal. La ausencia de uno de estos elementos, la inconsistencia de uno u otro, así como la incompatibilidad con el modelo de Estado justificado, implica la nulidad de la decisión por falta de razonamiento o razonamiento defectuoso. Debido a que es una concepción cruzada por paradigmas que, en diferentes momentos y a lo largo de la historia, influirán en la construcción del sentido de un deber judicial, la estructura se basa en tres pilares de apoyo y, en esta tesis, será demostrado que cada una de ellas, es decir, las dimensiones paradigmáticas, tiene un significado y representa un pasaje, un cambio de paradigma. Es esta comprensión la que determina la forma en que el sistema jurídico dogmático acoge con beneplácito los detalles de los motivos de las decisiones judiciales, establecidos en el § 1 del artículo 489 del Código de Procedimiento Civil brasileño, que, al establecer una conexión directa con la Constitución Federal brasileña, realiza y concreta la norma constitucional prescrita en el artículo IX del artículo 93, por lo que, al combinar los elementos que conforman la triple dimensión de los motivos, Esta disposición legal identifica la mejor expresión del carácter paradigmático del razonamiento de las decisiones judiciales, ya que, al reflejar el impacto de las tres dimensiones: (i) presupone la adopción de un proceso como un procedimiento contradictorio, caracterizado por un conjunto de actos preparatorios destinados a la práctica de una disposición final, la oración, como resultado de un discurso público, de una práctica intersubjetiva y compartida, que refleja la superación del paradigma de la subjetividad por el paradigma de la intersubjetividad (perspectiva filosófica); (ii) refleja el cambio de una concepción de legitimidad de la decisión judicial basada únicamente en el argumento de la autoridad, o como un acto de voluntad, a una necesidad, en virtud de la responsabilidad política que asume el juez, de la responsabilidad (perspectiva). histórico); (iii) indica el movimiento del desplazamiento desde una forma de concebir el fenómeno legal con un sesgo más privatista hacia una concepción pública, constitucionalizada y democrática del derecho, consagrando su autonomía y su triunfo sobre los agentes externos que pretenden corregirlo (perspectiva legal). En virtud de su carácter paradigmático, se puede decir que todas las condiciones consideradas indispensables para considerar una decisión bien fundada pueden ser universalizadas, lo que apunta al hecho de que esta disposición legal constituye un deber general de todo el poder judicial brasileño. Aunque no se ignora la resistencia a su aplicación, esta investigación se desarrolla desde la perspectiva contraria a la resistencia al detalle del deber de exponer las razones contenidas en el artículo 489, § 1, del Código de

Procedimiento Civil brasileño, la necesidad de confrontarlo y la posibilidad de superar a la luz de la hermenéutica filosófica, a pesar de que se reconoce que la resistencia (no) comprensible al deber de fundamento es una cuestión de paradigma.

Palabras clave: Hermenéutica. Decisión judicial. Justificación. Dimensiones paradigmáticas. Resistencia. Superación.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 PRÓLOGO: REFLEXÕES INICIAIS ACERCA DO ESTADO DA ARTE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL.....	35
2.1 Decisão Judicial e Paradigmas	69
2.2 Questão Prévia: o significado de um paradigma	71
2.3 A Tríplice Dimensão Significativa Paradigmática do Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais.....	78
3 DIMENSÃO FILOSÓFICA: A FILOSOFIA COMO STANDARD DE RACIONALIDADE – O QUE ESTÁ POR TRÁS DAS DECISÕES JUDICIAIS	80
3.1 A Metafísica Clássica e o Paradigma Objetivista.....	87
3.2 A Metafísica Moderna e o Paradigma Subjetivista.....	91
3.3 A Filosofia da Linguagem e o Paradigma da Intersubjetividade: reviravolta linguístico-pragmática.....	96
3.4 Os Paradigmas Da filosofia e seus Influxos no Direito: aportes gerais	101
3.4.1 Da Singela Recepção da Viragem Linguística no Direito em Matéria de Interpretação Judicial: o subjetivismo resiste	104
3.4.2 A Hermenêutica (Filosófica) como Blindagem contra Posturas Subjetivistas e sua Representação no Brasil: A Crítica Hermenêutica do Direito.....	113
4 DIMENSÃO HISTÓRICA: O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E SEU SIGNIFICADO AO LONGO DA HISTÓRIA	120
4.1 Aportes Iniciais	120
4.1.1 Historicamente, Juiz já Foi Deus?	129
4.2 Genealogia: da fragmentação à consolidação – um longo caminho entre marchas e contramarchas	132
4.2.1 A Experiência Grega: a origem	132
4.2.2 Os Romanos: instinto prático	137
4.2.3 O Direito Germânico: influência romana e um passo atrás.....	147
4.2.4 O Direito Canônico: direito comum	149
4.2.5 O Direito Medieval: retrocesso.....	152
4.2.6 O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais durante o Absolutismo	154

4.2.7 O Iluminismo, os Déspotas Esclarecidos e a Revolução Francesa: primeiros sinais legislativos.....	159
4.2.8 Revolução Francesa: marco zero da mudança de paradigma.....	163
4.2.9 O Dever de Fundamentar como uma Herança Revolucionária no Direito Moderno a partir das Codificações do Século XIX, a Renovação no Pós-Segunda Guerra Mundial e Contornos Atuais.....	167
4.2.10 A Fundamentação Judicial na <i>Common Law</i> : um caso à parte.....	173
4.2.11 O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil: das ordenações ao código de processo civil de 2015.....	178
4.3 A Histórica Resistência do Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais: uma questão também cultural	181
4.4 A Fundamentação das Decisões Judiciais como uma Questão de Democracia e Prestação de Contas	194
5 DIMENSÃO JURÍDICA: O PRIMADO DO DIREITO	204
5.1 Nota Metodológica Inicial.....	204
5.2 Sobre a Questão da Discricionariedade Judicial, a Mãe de Todas as Posturas Subjetivistas: inimigo número um da tríplice dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais.....	209
5.2.1 Considerações Iniciais: a incompatibilidade com a fundamentação das decisões judiciais	209
5.2.2 Discricionariedade - O que é isto?.....	211
5.3 O Problema da Discricionariedade e suas Implicações com a Dimensão jurídica do Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais	212
5.3.1 Leituras Fortemente Prescritivas da Discricionariedade	214
5.3.1.1 <i>Kelsen: onde tudo começa</i>	214
5.3.1.2 <i>Hart e a Discricionariedade como Fator de Redução da Textura Aberta da Norma</i>	220
5.3.2 Outras Leituras Moderadas da Discricionariedade.....	223
5.3.2.1 <i>Karl Larenz</i>	225
5.3.2.2 <i>Mauro Cappelletti</i>	228
5.3.2.3 <i>Castanheira Neves</i>	238
5.3.2.4 <i>Oscar G. Chase</i>	243
5.3.2.5 <i>Aproximações entre Larenz, Cappelletti, Neves e Chase</i>	246
5.3.3 Leituras Críticas.....	247
5.3.3.1 <i>Dworkin</i>	247

5.3.3.2 <i>A Crítica Hermenêutica Jurídica ao Poder Discricionário no Brasil</i>	253
5.4 A Incompatibilidade do Poder Discricionário com a Dimensão Jurídica da Fundamentação das Decisões Judiciais	256
5.4.1 Considerações Gerais	256
5.4.2 A Incompatibilidade Escancarada	261
5.4.3 Diferença entre Proibição de Interpretar e Controle Hermenêutico das Decisões Judiciais: um abismo gnosiológico de mais de duzentos anos	267
5.5 O Giro Copernicano do Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais no CPC de 2015: a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais consagrada	272
5.5.1 O Detalhamento da Fundamentação do Art. 489, § 1º Do CPC e sua Conexão com a Constituição Federal: o ponto de chegada da dimensão jurídica.....	280
5.6 O Primado do Direito: síntese da dimensão jurídica	284
5.6.1 Coerência e Integridade como Sinônimos do Primado do Direito e como Características da Dimensão Jurídica da Fundamentação das Decisões Judiciais.....	293
6 AS DIMENSÕES PARADIGMÁTICAS DO DEVER DE FUNDAMENTAR NAS PERSPECTIVAS FILOSÓFICA, HISTÓRICA E JURÍDICA: RESULTADOS	299
6.1 Dimensões Paradigmáticas do Dever de Fundamentação Reunidas: considerações iniciais	299
6.1.1 De Como uma Dimensão Sozinha não Tece uma Decisão Judicial Fundamentada	303
6.1.2 Analisando a Estrutura da Fundamentação: tridimensionalidade ontológica - primeira conclusão parcial	308
6.2 Sobre a Questão da Fundamentação das Decisões Judiciais: considerações iniciais	314
6.2.1 Fundamentação, O Que é Isto?.....	316
6.2.2 Contraditório e Fundamentação: as conexões de uma relação necessária.....	326
6.2.3 O Dever de Fundamentação no CPC/2015 como Dever Geral da Magistratura – Segunda Conclusão Parcial	333
6.2.3.1 <i>Considerações Iniciais</i>	334
6.2.3.2 <i>O Contraditório como Fiador do Detalhamento da Fundamentação como Dever Geral da Magistratura</i>	337
6.2.3.3 <i>A Aplicação do Artigo 489, § 1º, do CPC DE 2015 no Processo do Trabalho e a Situação Hermenêutica do Artigo 832 da CLT</i>	343
6.3 A Propósito dos Paradigmas e de suas Resistências: considerações iniciais e uma questão metodológica	350
6.3.1 Considerações Gerais Acerca da Emergência de Novos Paradigmas	353

6.3.2 Sobre as Resistências à Mudança de Paradigmas: aspectos gerais	357
6.3.3 É Preciso Falar sobre Paradigmas Filosóficos?	359
6.3.4 Sobre as Reações ao CPC/2015 e ao Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais: a discricionariedade resiste.....	364
6.3.5 A (In)Compreensível Resistência ao Dever de Fundamentar – Uma Questão de Paradigma Visto sob Dupla Perspectiva: Terceira Conclusão Parcial	383
6.3.5.1 <i>A Perspectiva do Sujeito: resistência compreensível</i>	387
6.3.5.2 <i>A Perspectiva Dialógica (Intersubjetividade): resistência incompreensível</i>	397
7 EPÍLOGO: UMA VOLTA A MAIS NO PARAFUSO	404
7.1 A Superação da Resistência ao Dever de Fundamentação: possibilidades à luz da hermenêutica filosófica e da crítica hermenêutica do direito.....	406
7.1.1 O Microsistema Processual da Fundamentação como Base Normativa para uma Teoria da Decisão Judicial à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito: Bonus Track	414
7.1.2 Do Constrangimento Epistemológico como outra Ferramenta de Superação à Resistência ao Dever de Fundamentar	419
8 CONCLUSÃO.....	432
REFERÊNCIAS	464

1 INTRODUÇÃO

Esta é uma pesquisa que reflete sobre a decisão judicial na perspectiva de sua fundamentação.

Graças a um senso comum teórico legado pela dogmática jurídica, aliado a uma leitura superficial, costuma-se, grosso modo, ver na decisão judicial apenas um ato por meio do qual o juiz, com ou sem resolução do mérito, põe fim ao processo. Trata-se de uma visão bem reducionista do fenômeno. Um conceito simplista que não leva em conta a complexidade do ato, não valoriza a decisão judicial enquanto direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta correta e adequada para o caso concreto, não dá conta de sua importância, na perspectiva da interpretação e da aplicação judicial do direito, como discurso público e nem da sua centralidade enquanto dever do juiz de prestar contas, oferecendo a prestação jurisdicional requerida devidamente fundamentada.

Reivindica-se aqui a pretensão de corrigir essa visão reducionista da decisão judicial, possibilitando uma nova leitura para o fenômeno de resolução judicial dos conflitos de interesses. Nesse sentido, como se constatará adiante, um dos objetivos do presente estudo é demonstrar que, para além de se constituir no principal provimento jurisdicional que põe fim ao processo, a decisão judicial, desde que fundamentada nos termos estabelecidos na Constituição Federal, art. 93, IX¹, é um ato de natureza complexa constituída de uma estrutura tridimensional, na medida em que ela é atravessada por três dimensões distintas, aqui denominadas: *filosófica*, *histórica* e *jurídica*, tal como expressado no título desta tese².

¹ Art. 93, IX: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

² A presente pesquisa não ignora que uma decisão judicial pode envolver outros aspectos ou contemplar outras dimensões, a exemplo da política, mesmo porque, de saída, a decisão é um ato judicial praticado por um agente político. Da mesma forma, em uma determinada decisão judicial pode se enxergar uma dimensão econômica. Basta imaginar uma decisão judicial cujo prolator se alinhe ao entendimento de que a economia deve pautar o direito, como é o caso das teorias que analisam o direito na perspectiva da economia. Todavia, ainda que esses aspectos não sejam ignorados, o objeto da presente pesquisa, como dito no primeiro parágrafo, reflete a decisão judicial na perspectiva da fundamentação e sobre o sentido que deve ser dado a uma decisão judicial fundamentada. No fim de tudo, o que importa saber é o que é que faz de determinado ato judicial, sobretudo em se tratando de um provimento final, uma decisão judicial fundamentada. Dito de outro modo: o que lhe confere validade, higidez, legitimidade, musculatura, consistência, substância, enfim, sustentação. E foi refletindo sobre essa questão e sobre como estruturar a tese, que se concebeu a decisão judicial devidamente fundamentada como uma grande obra de engenharia moderna, que se ergue a partir de suas fundações, que devem estar bem fundadas, sob pena de desmoronar. É que com a decisão judicial ocorre algo parecido. Tal como a torre de um edifício, ela tem uma base de sustentação, que é responsável por sua estrutura e higidez. Na decisão judicial, essa base de sustentação tem um nome: chama-se fundamentação e é ela que faz da decisão judicial uma *decisão fundamentada*. Por sua vez, a fundamentação das decisões judiciais tem sua própria estrutura, que, nesta pesquisa, se denomina de dimensões paradigmáticas significativas e é em torno delas que

São perspectivas distintas, na medida em que cada uma é conformada por fundamentos próprios que a justificam e as caracterizam. Entretanto, muito embora se trate de dimensões com perspectivas distintas, será a conjugação delas que irá resultar numa decisão judicial devidamente fundamentada, por isso se dizer, como se defende aqui, que a fundamentação das decisões judiciais, ao longo da história, sempre foi atravessada por dimensões significativas. Significativas, no sentido de que elas influenciarão no sentido dado à fundamentação das decisões judiciais. Paradigmáticas, no melhor sentido *kuhniano*³, porque implicam a mudança ou são o resultado de uma mudança de paradigma (revolução científica). São essas dimensões que vão dar origem a um produto final e acabado: a decisão judicial devidamente fundamentada.

Esta pesquisa, portanto, vai dizer que, para além de leitura no plano meramente lógico-formal, é possível fazer três leituras da fundamentação das decisões judiciais: uma filosófica, outra histórica e, por fim, uma jurídica. São essas as dimensões reivindicadas para uma decisão judicial fundamentada. Essa percepção, ou sua leitura, contudo, não se dá em sequência linear, cronológica e, muito menos, em etapas e sim, em um mesmo momento, e dentro de um círculo de compreensão.

À vista das considerações acima, constata-se que a abordagem que esta pesquisa faz sobre fundamentação das decisões judiciais é diferenciada, o que já aponta, de saída, para sua originalidade, neste seu aspecto, sem prejuízo das outras contribuições pessoais que adiante serão enfatizadas.

se constrói toda a tese. Essas dimensões, de novo comparando, se constituem nos pilares de sustentação da fundamentação das decisões judiciais, porque são elas as responsáveis pela construção do sentido que é conferido ao dever do juiz de fundamentar suas decisões. São elas que, sob três perspectivas distintas (*filosófica, histórica e jurídica*) estruturam a fundamentação de uma decisão judicial. E como elas são, ao mesmo tempo, *vinculantes, estruturantes e constitutivas*, é a partir do modo como elas se apresentam e se revelam que se pode dizer que uma decisão judicial se considera fundamentada, se ela se constitui ou não em uma resposta adequada para o caso concreto e justificada na Constituição. E como será visto no capítulo no qual serão apresentados os resultados, na tese se defende que a simples ausência de uma delas, a deficiência ou a inconsistência de uma ou de outra, assim como a incompatibilidade com o modelo de Estado que se justifica, implica o mesmo efeito a que está sujeito uma torre de um edifício erguida sob um chão arenoso: não se sustentará. No caso da decisão judicial, não estando fundamentada, não será válida e nem legítima, trata-se de uma decisão nula. Como antídoto contra esse defeito, na tese também se defende que a concepção de pensar a fundamentação, a partir dessas dimensões, é refletida no detalhamento da fundamentação das decisões judiciais tal como estabelecido § 1º do artigo 489 do CPC, porque se trata do único dispositivo legal da ordem jurídica brasileira que melhor representa a conjugação das três dimensões paradigmáticas. Não se conhece outro dispositivo com a mesma configuração. Contudo, que fique claro que essa é, diga-se assim, a fisiologia, pois a realidade demonstra que, em matéria de decisões judiciais no Brasil, o modo como o detalhamento da fundamentação vem sendo recepcionado na dogmática jurídica revela um estado da arte patológico, uma disfunção. É sobre essas dimensões que irão cuidar as três capítulos iniciais e que se constituem nas colunas mestras da tese. Em síntese, em termos de fundamentação de uma judicial como resposta adequada à Constituição Federal, por serem estruturantes e constitutivas, a presença das três dimensões paradigmáticas é o que basta, daí a razão pela qual o objeto de preocupação da pesquisa a elas se restringe.

³ A referência é a Thomas Samuel Kuhn, autor da obra *A estrutura das revoluções científicas* (2017), por meio da qual se popularizou as expressões “paradigma” e “mudança de paradigma”.

Com efeito, refletir sobre a decisão judicial na perspectiva de sua fundamentação e a partir de uma estrutura constituída de três dimensões revela um viés de originalidade da pesquisa, na medida em que não se tem conhecimento de estudo anterior com essa abordagem específica: pensar e analisar a fundamentação da decisão judicial a partir de seus elementos estruturantes (histórico, filosófico e jurídico) e ao final chegar à conclusão de que a estrutura da fundamentação das decisões judiciais é tridimensional e ontológica. Tridimensional, perceptível a partir do título da Tese, porque possui uma estrutura composta de três elementos. Ontológica, porque diz respeito ao próprio sentido do ser da fundamentação das decisões judiciais.

Colocada a questão nos termos acima, percebe-se que o tema central da presente pesquisa diz respeito à fundamentação das decisões judiciais no Brasil, cenário em que a interpretação e aplicação judicial do direito⁴ exsurtem como questões nucleares de um sistema jurídico.

De fato, de acordo com o sentido que deve ser atribuído à norma, contida no texto do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal (CF/88), todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. O dever de fundamentar as decisões judiciais sempre foi da tradição brasileira e surge, inicialmente, nas Ordenações do Reino, no período colonial.

O grande salto, no entanto, em termos de consagração, vai ocorrer somente com a Constituição Federal de 1988, quando a obrigação de justificar as decisões judiciais adquire os contornos atuais e o *status* de garantia constitucional, por isso se dizer que, a referida norma, a exemplo da própria fundamentação das decisões judiciais, possui uma estrutura tridimensional, pode ser lida sob três perspectivas distintas, dado que se trata de um *direito-*

⁴ A utilização das duas expressões (interpretação e aplicação) – e essa explicação vale para os demais momentos em que elas se repetem – é apenas para efeitos didáticos, e como recurso estilístico, uma vez que, na esteira da lição de Gadamer (2013), embora distintas, não há cisão entre essas duas ações, assim como não há entre elas e a compreensão, eis que ocorrem num mesmo momento, tratando-se, portanto, de um único processo. Diz-se isso, para que não haja qualquer mal-entendido. Com efeito, Gadamer (2013), ao tratar do problema hermenêutico da aplicação, assevera que, na velha tradição hermenêutica, distinguia-se a compreensão (*subtilitas intelligendi*) da interpretação (*subtilitas explicandi*), às quais se acrescentou, durante o pietismo, um terceiro componente a *subtilitas aplicandi*. Gadamer (2013) lembra que foi durante o período do Romantismo que se reconheceu a unidade interna entre compreensão (*intelligere*) e interpretação (*explicare*), em decorrência do que se fixou o entendimento de que “a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é uma forma explícita da compreensão”. (GADAMER, 2013, p. 406). O filósofo de Mauburgo acrescenta que a fusão entre compreensão e interpretação acabou por expulsar do contexto hermenêutico o terceiro momento da problemática hermenêutica: a aplicação, razão pela qual ele se propôs a ir além da hermenêutica romântica. “Ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação. Isso não significa um retorno à distinção tradicional das três *subtilitatae* de que falava o pietismo. Ao contrário, pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”. (GADAMER, 2013, p. 407).

dever-garantia. A do direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta adequada para o caso concreto; a de um dever dirigido ao juiz que conhece e julga o caso concreto; por fim, a de uma garantia que assegura a realização do direito e o cumprimento do dever.

Contudo, dizer que é da tradição não significa afirmar que o cumprimento do dever de fundamentar sempre foi rigorosamente observado no Brasil. Afinal, como lembra Chris Lawn (2006), o entendimento incorreto de um texto (que contém uma norma, por exemplo) ou o seu não entendimento é sempre uma possibilidade até mesmo quando, em tese, ele se pareça mais acessível. Por isso, sentencia o autor, “seria errôneo imaginarmos que o entendimento incorreto está limitado às palavras difíceis e opacas e às frases que o leitor encontra: o perigo do entendimento incorreto é uma característica da interpretação”. (LAWN, 2010, p. 67).

A palavra *fundamentar*, no plano lógico-semântico, significa justificar, explicitar, legitimar (como, quem, quando, por que e de que modo se decide). Trata-se, num primeiro momento, e ainda no plano meramente argumentativo, de enunciar e expor as razões e os caminhos pelos quais o órgão judicial proferiu determinada decisão.

No entanto, fundamentar uma decisão judicial é mais que isso. Para os fins da interpretação e aplicação judicial do direito, a mera enunciação dos motivos da decisão, como forma de externar (tornar explícito) o seu conteúdo não é suficiente para satisfazer o dever de fundamentação, que exige algo mais. Nas palavras de Streck (2017c, p. 438), para quem não se pode fazer uma leitura rasa do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, “mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois”. Nesse sentido, a exigência de fundamentação requer mais do que uma simples capa argumentativa, razão pela qual o juiz não deve explicar aquilo que o convenceu e sim “*explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso”. (STRECK, 2014, p. 432-433).

Na esteira desse entendimento, se dirá nesta pesquisa que a fundamentação das decisões judiciais assume uma perspectiva significativa paradigmática, que se manifesta em três níveis distintos: filosófico, histórico e jurídico. Isso significa dizer que para este estudo uma decisão judicial se considera fundamentada nos termos estabelecidos no artigo 93, inciso IX, quando ela se mostra atravessada pelas três dimensões acima mencionadas.

Dito de outro modo, a concepção do que se entende por fundamentação das decisões judiciais, isto é, o sentido que é dado ao dever que obriga o juiz fundamentar uma decisão judicial, é atravessada por paradigmas. Esta leitura pode ser feita a partir de uma perspectiva que, bifurcando-se em três vertentes, proporciona uma reflexão da fundamentação das

decisões judiciais sob os aspectos filosófico, histórico e jurídico. São esses paradigmas que irão influenciar na construção do sentido que é dado à obrigação de fundamentar, daí a noção de dimensão significativa paradigmática, que acompanha a história da exigência da fundamentação das decisões judiciais. A conjugação dessas três dimensões, ou seja, a análise de uma decisão judicial na perspectiva da filosofia, da história e do direito, é que dará sentido ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

Essas dimensões, contudo, não são imediatamente perceptíveis no discurso argumentativo da decisão judicial, embora elas estejam dadas. E é a presença ou não delas, assim como o estado da arte de cada uma, que permitirá dizer se a decisão judicial prolatada, em determinado caso concreto, se encontra ou não fundamentada. Para isso, é imprescindível que se faça uma leitura do que está dito nas entrelinhas do texto escrito (decisão judicial), descer até o nível do discurso de profundidade. Dizendo com outras palavras: não basta fundamentar por fundamentar, o que significa dizer que uma fundamentação meramente analítica não satisfaz a obrigação de fundamentar prevista na norma constitucional.

Em plena era das Constituições e de um modelo de Estado Democrático de Direito, fundamentar (uma obrigação do juiz, um dever de prestar contas, um direito fundamental, uma questão de democracia) de forma satisfatória uma decisão judicial, explicitando exaustivamente o que decidiu, como decidiu e em que condições decidiu, ainda é uma prática de difícil aceitação por boa parte da magistratura.

Em outras palavras, o estrito cumprimento do dever estabelecido constitucionalmente tem sido ao longo do tempo objeto de resistências. Trata-se, pois, de uma problemática que não é de hoje, vem de longe, e tem raízes históricas. Afinal, não custa lembrar que já houve um tempo em que os juízes estavam desonerados de justificar suas decisões. Mais que isso: num passado remoto, eles eram até mesmo proibidos de fundamentá-las. Talvez esteja aí um dos motivos que explicam por que o dever de fundamentação, historicamente, sempre foi subestimado.

De fato, nem mesmo a revolução conceitual, porque sem precedentes, representada pela CF/88, ao introduzir a obrigatoriedade de fundamentação, sob pena de nulidade (art. 93, IX), foi capaz de resolver o problema. Em síntese: ao longo de toda uma tradição jurídica, e apesar da mudança de paradigma representada pela Constituição Federal, a questão da fundamentação das decisões judiciais nunca foi levada a sério.

Esse déficit normativo, aparentemente, teria sido superado com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015 que, demonstrando ajuste e sintonia fina com a Constituição Federal (artigo 93, IX), estabelece que o processo civil será interpretado em

conformidade com os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal (art. 1º); que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 11); e detalha as condições em que uma decisão não será considerada fundamentada (art. 489, § 1º) ou, se assim se preferir, traz o detalhamento de uma decisão judicial considerada fundamentada.

Em síntese, pode se dizer que a justificação paradigmática do dever de fundamentar as decisões judiciais no Estado Democrático de Direito atinge seu ponto de estofamento, como se completasse um ciclo, com a aprovação do atual Código de Processo Civil.

Por força da sintonia estabelecida com a norma constitucional – o que aponta para o fato de que é o único com aptidão para universalização – e das condições de possibilidade estabelecidas para a fundamentação de uma decisão judicial, no âmbito do direito processual brasileiro, encontra-se, no referido dispositivo, a norma que melhor traduz a ideia de fundamentação da decisão judicial atravessada por três dimensões significativas paradigmáticas, o que reforça a ideia de que a resistência à sua aplicação é incompreensível, se analisada do ponto de vista das mudanças de paradigmas proporcionadas, ao longo da história da fundamentação das decisões judiciais.

Com efeito, nem bem a Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, entrou em vigor, surgiram, de forma antecipada, as mais variadas resistências à sua aplicação, sendo que o dispositivo que detalha a fundamentação das decisões judiciais foi um dos principais alvos da resistência antecipada.

O que estaria por trás de tais posturas? Seria possível dizer que elas refletem um claro significado de que as decisões judiciais no Brasil, na sua grande maioria, ainda estão mergulhadas na filosofia da consciência? Teriam os juízes plena consciência de que estão falando a partir de determinado paradigma filosófico ou o direito e sua aplicação judicial estariam imunes a este tipo de influxo (da filosofia)? Tem o juiz responsabilidade política e, como agente do Estado, se obriga a prestar contas de seus atos perante a sociedade organizada ou suas decisões se justificam e se legitimam pelo simples fato de se tratar de um ato de autoridade? Por derradeiro, ao julgar um caso concreto, o juiz fica adstrito à Constituição e às leis de seu país ou tem plena liberdade de formar sua convicção e decidir da forma que bem entender, como se não estivesse vinculado a critérios jurídicos, sendo livre para lançar mão de juízos morais?

No fundo, no enfrentamento de todas essas questões, é preciso responder diretamente a outra pergunta: o que *sustenta* o dever de fundamentar as decisões judiciais? Baseado nisso, é possível dizer que o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece um

dever geral de toda a magistratura, no sentido de estabelecer uma universalidade para o referido dispositivo, ainda que gestado para determinado segmento do direito processual? Como se considera fundamentada uma decisão judicial e como ela se estrutura? As resistências ao dever de fundamentar as decisões judiciais são legítimas do ponto de vista das revoluções científicas que implicam mudanças de paradigmas? Dependendo do paradigma no qual a decisão judicial se movimenta, a resistência é compreensível ou será sempre incompreensível? Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma questão de paradigma? Existe algum meio de superar as resistências? De que forma a hermenêutica filosófica pode contribuir para essa superação?

É na tentativa de responder a tais questionamentos que o tema se delimita. Assim, a presente pesquisa pretende investigar a origem, as razões da resistência ao dever de fundamentar e os desafios a serem enfrentados na defesa da plena aplicação da fundamentação judicial detalhada, estabelecida no CPC de 2015.

Esses, pois, os contornos delimitadores do estudo que será desenvolvido. É contra a esse estado da arte da interpretação e aplicação judicial do direito, na ordem jurídica brasileira, que se insurgirá a pesquisa, centrada na defesa de que o estrito cumprimento do dever de fundamentação é uma questão de democracia e de adequada compreensão de seu sentido, percepção que parcela da magistratura⁵, que se comporta e, muitas vezes, se posiciona, à margem desse dever, ainda não se deu conta, porque refratária às revoluções paradigmáticas.

Nesse sentido, para enfrentamento do tema, a partir do recorte delimitado nos termos acima, é que se formulou o problema da tese expresso na indagação que se segue. Em que medida a adequada compreensão do dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, a partir daquilo que justifica a sua existência (isto é, do que lhe dá sustentação, sob as perspectivas histórica, jurídica e filosófica) pode, a um só tempo: (i) *apontar* para a universalização dos critérios estabelecidos no § 1º (concepção de fundamentação detalhada) do art. 489 da legislação processual civil promulgada em 2015, no sentido de que se constitui em um dever geral da magistratura brasileira? (ii) *revelar* que a fundamentação das decisões judiciais, quando submetida a uma leitura hermenêutico-fenomenológica, tem uma estrutura

⁵ Como a presente Tese não se trata de um estudo sociológico ou empírico, a rigor, não houve a preocupação de demonstrar evidências no sentido de comprovar a afirmação de que boa parte da magistratura ainda não se deu conta de que o estrito cumprimento do dever de fundamentar é, ao fim e ao cabo, uma questão de democracia e de responsabilidade política, das quais decorre o dever de prestar contas. De toda sorte, ainda que, por mera amostragem, ao longo de toda a pesquisa, serão apresentados modelos de decisão judicial que não levam a sério a obrigação de fundamentar, tal como exigido pela Constituição Federal, artigo 93, inciso IX, fato esse que, em certa medida, se constitui como público e notório.

tridimensional e ontológica? (iii) *conduzir* à conclusão de que a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentação é uma questão de paradigma?

A se considerar que o dever de fundamentar as decisões se sustenta (ou se justifica) a partir de uma *dimensão significativa paradigmática* (que acontece nos planos jurídico, filosófico, e histórico) como ruptura com a filosofia da consciência (em direção à instauração ao paradigma da intersubjetividade), como ultrapassagem do modelo liberal-individualista (vinculado ao direito privado) de conceber o fenômeno jurídico (partindo-se para o paradigma de publicização, constitucionalização e democratização do direito) e como superação de uma concepção de legitimidade vinculada exclusivamente à autoridade (na direção da prestação de contas e de responsabilidade dos agentes públicos), quaisquer elementos que se conjuguem a esta concepção podem ser universalizados como forma de espelhamento daquelas dimensões paradigmáticas.

Exemplo típico disso é o que ocorre com o art. 489 no Código de Processo Civil brasileiro, do qual se compreende um *dever geral dos juízes*, no sentido de uma deontologia para toda a magistratura brasileira. Isso porque os incisos do seu § 1º, naquilo que ficou conhecido como fundamentação detalhada, são produtos desta dimensão significativa paradigmática do dever de fundamentação e, neste mesmo horizonte de compreensão, como elementos estruturantes substanciais da decisão judicial, portanto, devem ser entendidos em contraposição à ideia de que representariam, apenas, a procedimentalização vinculada a uma área restrita a determinado ramo do direito positivo processual.

Na linha da hipótese acima delineada, deve ser considerado que, embora já superada a vetusta ideia de que os juízes estariam desonerados de justificar suas decisões, o dever de fundamentá-las continua sendo vilipendiado, o que pode ser atribuído ao fato, dentre outros, de que a questão da interpretação judicial – o que passa pelo controle das decisões judiciais – nunca foi bem resolvida no âmbito das várias teorias do direito. E é nesse contexto que deve ser compreendida (no sentido hermenêutico mesmo) a resistência ao dever de fundamentação detalhada, que, de forma alvissareira, o Código de Processo Civil introduziu na ordem jurídica brasileira.

Esta pesquisa será, pois, desenvolvida na perspectiva contrária à resistência ao dever de fundamentação detalhado no artigo 489, § 1º, do CPC de 2015⁶ e da necessidade de seu

⁶ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá 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

enfrentamento, na medida em que a referida ideia é caudatária de posturas subjetivistas posicionadas em paradigmas filosóficos superados e incompatíveis com o modelo de Estado Democrático de Direito, abraçado pela Constituição Federal.

Com efeito, a tese aqui defendida é a de que a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais é compreensível, porque é paradigmática (no sentido de ligada a um *standard* de racionalidade⁷); por outro lado, ela é incompreensível, porque o paradigma ao qual se liga é ultrapassado, daí se dizer que a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais é (in)compreensível, numa palavra: *é uma questão de paradigma*, achado esse que exsurge como a segunda hipótese original da presente pesquisa.

Trata-se, contudo, de resistência que pode e deve ser superada, sendo que, para isso, é imprescindível a necessidade de se promover a ruptura com o paradigma filosófico que a sustenta. Provocar uma revolução paradigmática, porém, é sempre uma tarefa complicada e, na grande parte das vezes, pode demorar séculos, como afirma Morin (2011), para quem “os indivíduos conhecem, pensam e agem conforme os paradigmas neles inscritos culturalmente”. (MORIN, 2011, p. 265). Para o pensador francês, os sistemas de ideias são radicalmente organizados, a partir de um paradigma em relação ao qual qualquer mudança de paradigma, que também depende de uma revolução na própria consciência, ficará na dependência de determinadas condições históricas, sociais e culturais, acerca das quais não haveria mais como controlar.

Um dos sintomas da gravidade do problema, que bem reflete o “estado de natureza hermenêutico”⁸, expressão cunhada por Streck (sem a pretensão de exaurir a problemática),

indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁷ A expressão é utilizada no sentido dado por Ernildo Stein (2004), quando diz que “*Standard* ou vetor de racionalidade se constitui como aquele núcleo de determinadas Filosofias que se apresentam com pretensões de algum tipo de transcendentalidade que poderá constituir a estrutura mínima do conhecimento e da experiência”. (STEIN, 2004, p. 152).

⁸ A expressão, cunhada por o Streck, remete ao estado de natureza do homem concebido por Hobbes (2001), filósofo político inglês, para o qual, antes da constituição da sociedade civil organizada, o homem vivia em um estado de natureza, caracterizado pela total ausência de controle de seus atos, sendo livre para fazer tudo que pudesse com seu esforço próprio para alcançar seus objetivos. Para Streck, o sistema jurídico brasileiro se encontra mergulhado em um fenômeno parecido, por ele denominado de “estado de natureza hermenêutico”, em especial no plano da interpretação e aplicação judicial do direito, visto que, sem qualquer tipo de controle

pode ser atribuído, tanto ao menosprezo histórico pelo dever de fundamentar as decisões judiciais, quanto ao seu encobrimento pelos sentidos despistadores da norma constitucional cravada no texto do inciso IX do artigo 93. Ambos os casos revelam a prevalência de posturas ainda presas à matriz analítico-normativista⁹, que, para o âmbito da decisão judicial, aposta na discricionariedade, o que contribui para agravar o quadro de baixa compreensão e de baixa normatividade constitucional, cenário esse que foi retroalimentado pelo modo como foi recepcionada a aprovação do Código de Processo Civil de 2015. Esse é, portanto, o sentido das resistências ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Em verdade, trata-se de um fenômeno denominado de baixa compreensão constitucional, em especial da baixa compreensão do ser do sentido do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, estabelecido no artigo 93, IX, o que não deixa de ser um reflexo de posturas que ainda não conseguiram se desvencilhar do paradigma filosófico da subjetividade, que, não obstante superado em outras áreas de conhecimento, no direito ainda se mostra refratário.

A opção pela temática da fundamentação/interpretação/aplicação judicial do direito se justifica pela sua grande relevância, podendo-se até mesmo dizer que é autojustificável, uma vez que tem relação direta com o modo de como se interpreta e se aplica o direito no Brasil, questão central e nuclear de qualquer sistema de direito, daí a razão pela qual esta pesquisa se alinhará ao entendimento que defende a radicalização da aplicação do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, compreendido a partir de uma *dimensão significativa*

ou constrangimento, os juízes decidem livremente, conferindo às coisas, especialmente à lei, o sentido que bem entendem. Nesse sentido, ver por todas, as seguintes obras: *Hermenêutica Jurídica e(m) crise; Uma exploração hermenêutica da construção do Direito e Verdade e consenso*.

⁹ Por matriz analítico-normativista, que também pode ser chamada de racionalista, diz-se do modelo de conhecimento, próprio do paradigma sujeito-objeto, que procura compreender o direito centrando-se exclusivamente na norma. De acordo com Nascimento (2015), esse modelo, que aposta no esquema representativo sujeito-objeto, é caracterizado pelo assujeitamento de um pelo outro, isso a depender do momento na história da filosofia, se do objeto ou do sujeito. Como anota Nascimento (2015), esse modelo de conhecimento “foi superado por um novo viés interpretativo, marcado pela invasão da filosofia pela linguagem e ao qual o direito não pode ficar imune, sendo a hermenêutica (fenomenológica), dentre as teorias críticas do direito tidas como pós-positivistas, a mais vocacionada a superar o esquema sujeito-objeto e os paradigmas filosóficos (aristotélico-tomista/objetivista e filosofia da consciência/subjetivista) que o sustentam e em relação aos quais é mantido como refém o pensamento jurídico dogmático”. (NASCIMENTO, 2015, p. 15). De fato, a matriz hermenêutico-fenomenológica questiona o método tradicional, caracterizado pela certeza, e, diferentemente do esquema sujeito-objeto, o sujeito e o objeto se acham inseridos no contexto da investigação, que é aberta a possibilidades. E como destaca Nascimento (2015, p. 15), “disso decorre que, no ato de interpretar, a ênfase passa a ser a compreensão, pois se interpretamos porque compreendemos, o compreender não mais resulta de um ato pelo qual o sujeito submete o objeto, mas, diferentemente, advém de uma relação intersubjetiva”, que é mediada pela linguagem, acrescente-se. A realidade do dia a dia, contudo, revela que a recepção da viragem linguística no âmbito da prática jurídica brasileira não é animadora. Exemplo disso é o entendimento, muito disseminado, segundo o qual, pelo fato de as coisas carregarem uma essência, os seus sentidos já se encontram dados, cenário em que interpretar uma norma significa *extrair* o sentido da mesma, cabendo ao intérprete, com o seu ato, apenas revelá-lo, pois o sentido já estaria dado. Ou, no sentido contrário, o entendimento de que o juiz é o dono dos sentidos, hipótese em que o sujeito assujeita o objeto. Esses dois modos de proceder são exemplos típicos de posturas ainda presas à matriz analítico-normativista, contra a qual se insurge a proposta da presente pesquisa, que é guiada pelo método hermenêutico-fenomenológico.

paradigmática, dado que semelhante postura atende ao correlato direito fundamental à obtenção de uma decisão judicial justificada, na Constituição.

Refletindo-se sobre as questões até o presente momento levantadas, percebe-se que esta pesquisa foi desenvolvida tendo por objetivo geral investigar o sentido que pode ser atribuído ao dever de fundamentar a decisão judicial, compreendendo aquilo que justifica e sustenta sua existência, no ordenamento pátrio (através do art. 93, IX, da Constituição Federal), *demonstrando* que isso condiciona o modo de compreender a extensão da aplicabilidade do § 1º do art. 489 do CPC/2015 (se universalizável a outras áreas ou não), que, por sua vez, estabelece critérios, para que se possa considerar uma decisão como fundamentada (o que ficou conhecido como fundamentação detalhada).

Ao objetivo geral, agregam-se vários objetivos específicos, alinhados nestes termos: a) apresentar uma concepção de justificativa para o dever de fundamentação das decisões judiciais a partir de uma *dimensão significativa paradigmática*, que *acontece* em um triplo desdobramento: filosófico, histórico, e jurídico; b) demonstrar que, para além de se constituir no principal provimento jurisdicional que põe fim ao processo, a decisão judicial, desde que fundamentada nos termos estabelecidos na Constituição Federal, art. 93, IX, é um ato de natureza complexa constituído de uma estrutura tridimensional, na medida em que ela é atravessada por três dimensões distintas, aqui denominadas: *filosófica, histórica e jurídica*, tal como expressado no título desta tese; c) explorar conceitualmente o que pode ser entendido como paradigma e como eles operam na sociedade; d) realizar uma abordagem que aprofunde os principais paradigmas filosóficos que influenciaram o direito, dando ênfase às consequências que trouxeram para o âmbito da interpretação/decisão judicial; e) desenvolver um estudo que aproxime paradigmas filosóficos e jurídicos, a fim de que seja possível justificar ou encontrar elementos de correspondência entre eles (sistemas filosóficos e metodologias interpretativas no direito); f) demonstrar que a resistência ao dever de fundamentação das decisões judiciais pode ser compreendida de duas formas: como incompreensível, se examinada sob a perspectiva do paradigma da intersubjetividade e à luz da hermenêutica filosófica e da Crítica Hermenêutica do Direito; como compreensível, se vista sob o viés dos paradigmas da subjetividade e objetividade e à luz de uma matriz analítico-normativa, o que autoriza a conclusão de que esse estado da arte não passaria de uma questão de paradigma; g) demonstrar que o modo como é compreendido o dever de fundamentar as decisões repercute na recepção do art. 489, § 1º do CPC/2015, sendo possível apontar previamente que a resistência à sua aplicação (ou as tentativas de minimizar sua importância) corresponde a uma possível influência do paradigma da filosofia da consciência;

i) sustentar que a norma inscrita no art. 489, § 1º, do CPC, se constitui em um *dever geral* – porque de todo e qualquer juiz, independentemente do segmento ou instância do Poder Judiciário a que se vincule o magistrado – de fundamentar as decisões judiciais, cuja aplicação não se restringe aos procedimentos submetidos à legislação processual civil; j) constatar que, correlato ao dever de fundamentar as decisões judiciais, há o correspondente direito fundamental à obtenção de uma decisão judicial que possa ser confirmada na Constituição Federal, ambos agasalhados no inciso IX do artigo 93, dado seu caráter bifronte, daí que a visão reducionista da aplicação do art. 489, § 1º, do CPC, apenas contribui para catalisar a baixa constitucionalidade, que requer combate, dado que semelhante entendimento fragiliza a força normativa da Constituição no lugar de se lhe conferir máxima eficácia; e, por fim, k) concluir que a decisão judicial adequadamente fundamentada, de que tratam os artigos 93, IX e 489, § 1º, da Constituição Federal, e do Código de Processo Civil, respectivamente, devidamente atravessada por suas dimensões paradigmáticas, se constitui, além de uma garantia e um correspondente direito do cidadão, num dever dos juízes de prestar contas (*judicial accountability*) de seus atos, em atenção ao princípio democrático, dado que, somente na perspectiva de um processo judicial democrático¹⁰, é que os atos judiciais se legitimam perante a sociedade.

¹⁰ A expressão processo jurisdicional democrático, a princípio, pode sugerir que a tese fala de uma fase metodológica do processo. A questão, contudo, há que ser colocada e esclarecida em seus devidos termos. Para isso se faz necessário que, antes, se faça um resgate das fases metodológicas do processo para, em seguida, dizer em que contexto, considerando as fases existentes, em especial, aquelas bem definidas, se insere o processo jurisdicional democrático. Dito de outro modo: trata-se de uma fase metodológica com autonomia própria ou se ele se insere dentro de outras fases, como uma forma de manifestação ou exteriorização? Nesse sentido, em matéria de fases metodológicas do processo, é de comezinho conhecimento o fato de que existem três grandes fases bem definidas. A *praxista*, também denominada *sincretista*, cuja principal característica reside na confusão entre direito material e direito processual, não havendo, portanto, entre eles qualquer diferenciação. É, diz-se assim, a fase embrionária do processo, que não passava de uma forma qualificada do direito material, razão pela qual era chamado também de “direito adjetivo”. A segunda fase atende pelo nome de *autonomista*, *processualista* ou *conceitual*, e marca a autonomia científica do processo em relação ao direito material. É fase de afirmação e consolidação do processo, marcada pelas grandes construções teóricas e conceituais, na qual o processo se constitui em uma mera técnica. Por fim, a terceira grande fase é conhecida como *instrumentalismo processual* ou *instrumentalista*, segunda a qual o processo teria três escopos distintos: sociais, políticos e jurídicos. No Brasil ela é representada pela Escola Paulista de Processo, tendo à frente, como corifeu, Dinamarco, que, na sua principal obra, *A instrumentalidade do processo* (2013), afirma que: “o processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo [...] É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir, então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um

sistema processual”. (DINAMARCO, 2013, p. 22 e 177). Jobim (2018), por sua vez, noticia a existência de um movimento representativo daquilo que seria uma quarta e quinta fases metodológicas do processo. No que se refere à quarta, a mesma se apresenta com três desdobramentos, a depender da escola que os originou, mas com um ponto de aproximação comum: todas elas reivindicam a pretensão de superar o instrumentalismo, isso sem dizer do consenso segundo o qual “não há como interpretar/aplicar o Processo civil brasileiro sem que esteja em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil”. (JOBIM, 2018, p. 155). De acordo com Jobim (2018), a quarta fase abriga as seguintes vertentes: o *formalismo-valorativo*, o *neoprocessualismo* e o *neoinstitucionalismo*. O formalismo-valorativo surge na Escola de Processo da Universidade do Rio Grande do Sul, cujo ponto de partida é a tese de doutoramento defendida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, junto à Universidade de São Paulo e que é definida “como sendo aquela que aloca o processo para o centro da teoria geral, equacionando de maneira adequada direito e processo e processo e Constituição”, destacando-se ainda o fato de que “no âmbito acadêmico, em especial no Rio Grande do Sul, já existem autores que defendem que o formalismo valorativo já é consagrado como uma nova fase metodológica do processo civil brasileiro, fase agarrada em um processo que não destoe de seu compromisso com os direitos fundamentais e com o Estado Constitucional de direito”. (JOBIM, 2018, p. 156). Quanto ao *neoprocessualismo*, Jobim (2018) destaca que “é uma fase metodológica pensada, entre outros, por Fredie Didier Jr, na qual se defende um processo civil voltado para o processo descrito na Constituição Federal de 1988, com a revisão de suas categorias processuais. No que se refere à terceira vertente, denominada *neoinstitucionalismo*, surge na Escola Mineira de Processo e, como aponta Jobim (2018), com forte influência da teoria discursiva habermasiana, também se propõe harmonizar o processo com a Constituição, da mesma forma que as duas anteriores, sendo que, “aliado a isso, a fase neoconstitucionalista aponta ser o processo uma conquista da cidadania que a fundamenta por meio dos princípios e institutos com o marco teórico da teoria discursiva em seu bojo” (JOBIM, 2018, p. 159-16-), dito de outro modo: o *neoinstitucionalismo* privilegia a participação dos destinatários finais da norma (representados no processo pelas partes) na construção do provimento final. Por fim, Jobim (2018) ainda noticia, embora em caráter meramente especulativo, a existência daquela que seria a quinta fase metodológica do processo, denominado *pragmatismo processual* e que tem como base a tese de doutorado de Vicente de Paula Ataíde Junior, apresentada e defendida junto Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Em sua tese, defendida ainda no ano de 2013, portanto anterior ao CPC de 2015, Ataíde Junior (2013), tendo como referencial teórico o pragmatismo filosófico norte-americano, fala da emergência de um novo estágio metodológico do processo civil brasileiro capaz de superar o paradigma racionalista. Para Ataíde Junior, o pragmatismo processual também faz uma revisão das fases metodológicas anteriores (praxista, autonomista, instrumentalista e *neoprocessualista*). De acordo com o autor, a crise pelo qual passa o direito processual é metodológica, que precisa ser explicitamente reconhecida, o que também fica na dependência do reconhecimento do esgotamento do instrumentalismo e da insuficiência do *neoprocessualismo*. Para Ataíde Junior (2013), “o quinto estágio metodológico do direito processual – constituído a partir do pragmatismo – vem somar forças à ruptura metodológica com o paradigma racionalista”. E acrescenta: “certamente despertará resistências, sem as quais não representaria uma mudança de paradigma”. (ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 46). Jobim (2018), na obra já referenciada, sem resposta definitiva, procura saber qual seria a atual fase metodológica do direito processual no Brasil e se o Código de Processo Civil de 2015 leva em conta as fases metodológicas existentes e suas respectivas escolas. Procurando responder suas próprias indagações, no primeiro caso, Jobim (2018), deixa claro que, a rigor, de forma bem delimitada – ou consolidada, acrescente-se – só existem mesmo as três grandes fases clássicas: o praxismo, o *processualismo* e o instrumentalismo. Quanto à quarta fase, o autor, nas entrelinhas, deixa entender que não há bem assim uma nova fase com contornos bem definidos. De concreto mesmo, haveria apenas um esforço de autoafirmação, talvez dificultado pela sua dispersão, afinal se desdobra em três vertentes, ainda que movidas por um ponto comum: a ruptura, com o instrumentalismo. Quanto ao CPC de 2015, Jobim (2018), reverberando as palavras do Ministro Luiz Fux, presidente da Comissão de Juristas que auxiliou na elaboração do anteprojeto, destaca que o novo Código de Processo Civil não incorpora apenas uma orientação científica, do que se intui que ele é o resultado de um conjunto delas. E é nesse contexto que se insere o processo jurisdicional democrático defendido nesta tese, com destaque para os capítulos terceiro e quarto. Não se trata de uma fase metodológica do processo, mas sim uma forma de manifestação daquela que pode ser tida como a quarta fase, em especial a *neoprocessualista* e *institucionalista*, à vista, respectivamente, da revisão e ressignificação de alguns conceitos, a exemplo do conceito de processo como procedimento em contraditório, também igualmente ressignificado e também por privilegiar a participação das partes, fazendo do processo uma relação mais horizontalizada, na qual os destinatários do provimento final têm direito de influir efetivamente na sua construção. É que muito embora não se possa afirmar que o processo jurisdicional democrático se constitui em uma fase metodológica do processo, não é exagero dizer que ele inverte a lógica instrumentalista do processo, de cuja crise resulta. Nesse contexto, o processo não pode mais ser lido como

Em termos de estrutura geral, a tese é sumariada da seguinte forma: 1) Introdução; 2) Prólogo; 3) Capítulo 1; 4) Capítulo 2; 5) Capítulo 3; 6) Capítulo 4; 7) Epílogo; 8) Conclusões.

Sobre o prólogo, é oportuno que se diga que, como a pesquisa é quase toda ela atravessada por uma leitura hermenêutica e fenomenológica, imediatamente após esta introdução, a tese se abre com o Prólogo, onde já se antecipa todas as questões que serão discutidas adiante.

Por essa razão, o Prólogo se constitui numa espécie de “abre alas”, o *São João Batista* da tese, funcionando como uma *crônica anunciada* da pesquisa, onde, por meio de um conjunto de reflexões – que funcionam como elementos de pré-compreensão do estado da arte das decisões judiciais no Brasil – anuncia o que vem em seguida: o desenvolvimento da pesquisa em três grandes seções e a partir de três pilares (perspectivas filosófica, histórica e jurídica) que estruturam a fundamentação das decisões judiciais e que se constituem em condição de possibilidade para que ela seja considerada fundamentada.

Do que se percebe adiante, o Prólogo começa com um diagnóstico precoce do estado da arte das decisões judiciais no Brasil. Em seguida, como a questão dos paradigmas é um tema que atravessa toda a pesquisa, como sugere o título da tese, se fez uma exploração conceitual do sentido da expressão *paradigma*, do significado de uma revolução científica e de uma mudança de paradigma. Por fim, dentro daquela ideia de que por trás de uma decisão judicial há sempre um paradigma, um *vetor de racionalidade*, finaliza-se com o estabelecimento da relação entre decisão judicial e paradigma.

instrumento da jurisdição, que também não pode mais ser concebida como um poder solitário do juiz e nem este ocupa mais a posição de único protagonista. O procedimento, como será demonstrado no subitem 6.2.2 e seguintes, deixa de ser a forma de sua exteriorização, o seu aspecto visível, o caminho a ser seguido, numa evidente constatação de que a relação entre processo e procedimento se inverte. O resultado disso é que o processo passa a ser espécie do gênero, que é o procedimento. A par disso, o processo é estruturado numa perspectiva coparticipativa e policêntrica, o que não significa dizer que o juiz deixa de ser o reitor do processo, apenas não assume mais uma posição de centralidade, que é dividida entre todos os sujeitos, daí se falar em policentralidade, também chamada de horizontalidade, para se opor à ideia de verticalização e centralização na pessoa do juiz. Outro resultado é o de que entre os sujeitos do processo haverá uma relação de interdependência e não de submissão das partes ao juiz ou do juiz às partes, que têm o direito de influir efetivamente no desenvolvimento e no resultado do processo, cenário em que o contraditório deixa de ser uma mera formalidade para ser exercido de forma substancial e a decisão judicial para ser válida e legítima tem que ser devidamente fundamentada, como prova de que o juiz ouviu e considerou todos os argumentos invocados pelas partes. Pensado numa perspectiva constitucional e democrática, o processo jurisdicional democrático, que articula e concilia os dois modelos anteriores (autonomista e instrumentalista) reflete o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal, o Estado Democrático de Direito. É nesse sentido, portanto, que a ideia de processo jurisdicional democrático é trabalhada na presente pesquisa, que sustenta o entendimento no sentido de que o CPC de 2015 incorpora o modelo de processo jurisdicional democrático, na medida em que: *a)* adota o contraditório no sentido forte; *b)* adota a concepção policentrista da relação jurídica processual (sistema processual não mais centrado na figura do juiz, mas distribuído horizontalmente entre os sujeitos do processo); *c)* adota a ideia da coparticipação no processo que, ao final, resulta em decisão compartilhada; *d)* a incorporação da exigência (de matriz dworkiniana) da coerência, integridade e estabilidade da jurisprudência; *e)* exige um rigoroso detalhamento na fundamentação das decisões judiciais (§1º, art. 489).

Descortinada a ideia geral da tese, passou-se então a desenvolvê-la nos três capítulos que se seguem, sendo que em cada um deles se trabalha com uma das dimensões paradigmáticas. Para esse desafio, foi utilizada uma metodologia que consiste, basicamente, em trabalhar com dois momentos distintos e representativos de uma passagem, de uma transição de um paradigma para outro no que se refere ao modo de se conceber a fundamentação das decisões judiciais.

No primeiro capítulo, será abordada a dimensão filosófica da fundamentação das decisões judiciais, cujo objetivo será demonstrar a passagem (mudança de paradigma) do paradigma da subjetividade, próprio da filosofia da consciência caracterizada pela imposição da vontade do sujeito sobre o objeto, para o paradigma da intersubjetividade, no qual a relação sujeito-sujeito é mediada pela linguagem, que assume a condição de protagonista.

No segundo capítulo, que aborda a dimensão histórica, o objetivo será descrever como se deu a passagem de uma decisão judicial que se justifica e se legitima, tão somente por ser um ato proveniente de uma autoridade, para uma ideia de responsabilidade e prestação de contas, cenário que, em harmonia com o modelo de Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário e suas decisões se justificam e se legitimam de forma atuacional, através de uma *accountability* judicial.

Por fim, o terceiro capítulo terá como objeto a dimensão jurídica, representativa do triunfo do direito sobre a vontade de poder. Nele, o objetivo consistirá em demonstrar a passagem, no âmbito do Poder Judiciário, de um discurso da justiça privado para um discurso público, ou seja, de um direito de viés privatístico para um modelo público, constitucionalizado e democrático de direito, no qual as convicções pessoais, a vontade do intérprete, ou qualquer outro argumento estranho ao mundo jurídico, não possa se impor no momento da decisão judicial, devendo o juiz se guiar por critérios estritamente jurídicos, celebrando assim o primado do direito.

Erguidas e consolidadas as três colunas da tese, surge então o quarto capítulo que reivindica a pretensão de se constituir na tese da tese. Nele, as dimensões voltam a se encontrar e, como resultado desse cruzamento, surgem três hipóteses (ou resultados) como respostas ao problema da pesquisa e como contribuição pessoal do pesquisador com características de originalidade. É por assim dizer, a musculatura da tese, como que a revestir o esqueleto dos três capítulos anteriores.

Nesse sentido, se nos três capítulos iniciais o foco foi direcionado para a abordagem em sequência de cada uma das dimensões que, ao longo da história do direito, influenciaram na construção do sentido da fundamentação das decisões judiciais, ao quarto capítulo

destinou-se a apresentação dos resultados propositivos da pesquisa, em resposta ao problema formulado e que, no meio acadêmico, se tornou comum se chamar de a “tese da tese”.

Prosseguindo, foi pensando na ideia de reforçar a necessidade de se estabelecer o controle hermenêutico das decisões judiciais que surge o último capítulo da tese, o Epílogo, que se encontra metaforizado na expressão “*uma volta a mais no parafuso*”.

É que, tendo toda a pesquisa sido desenvolvido na perspectiva contrária à resistência ao dever de fundamentar e da necessidade de seu enfrentamento, o Epílogo tem o propósito de, a título de reforço, reafirmar a necessidade do combate às posturas fundadas em paradigmas filosóficos superados e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, como se fosse um aperto a mais, e de volta ao começo, se reforça a ideia trabalhada no primeiro capítulo, no sentido de que as condições de possibilidades para a superação da resistência ao dever de fundamentar podem ser oferecidas pela hermenêutica filosófica e, particularmente, pela Crítica Hermenêutica do Direito, isto pela razão de que as referidas teorias, além de trabalhar com os teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, também têm o diferencial de trabalhar com os *dois lados do discurso*, com a dupla estrutura da linguagem.

E é justamente por conta dessa característica especial, a de trabalhar com a dobra de linguagem, que é possível identificar e dizer se, em dada decisão judicial, a fundamentação é meramente analítica, para cumprir um protocolo, ou se trata de uma fundamentação substancial.

A par disso, embora não guarde relação direta com o problema de pesquisa, no Epílogo será apresentada mais uma contribuição pessoal, essa diretamente dirigida à Teoria da Decisão Judicial, do Prof. Streck.

Nessa contribuição, se propõe, na verdade se trata de uma sugestão, uma base normativa para a Teoria da Decisão Judicial do Prof. Streck. Trata-se do *microsistema processual da fundamentação das decisões judiciais*, estruturada em dois planos, um constitucional e outro infraconstitucional.

No plano constitucional, integrariam essa base o artigo 93, inciso IX, que seria o seu centro de gravidade; o artigo 1º, que estabelece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, e o artigo 5º, incisos LIV e LV do artigo 5º, que asseguram as garantias do devido processo legal e do contraditório.

Embora o artigo 1º da CF não se trate de uma norma processual, sua inclusão tem uma justificativa bem simples: é somente no contexto de um modelo de um Estado Constitucional, que se pode falar em processo jurisdicional democrático, responsabilidade política dos juízes,

dever de fundamentação das decisões judiciais, accountability judicial e controle da interpretação e aplicação judicial do direito.

No plano da legislação infraconstitucional, a base normativa do microssistema da fundamentação das decisões judiciais seria integrada pelo artigo 1º, do CPC de 2015, que prescreve que a legislação processual civil será interpretada de acordo com as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal; pelas normas fundamentais dos artigos 7º, 9º e 10, que consagram o processo jurisdicional democrático e incorporam o contraditório efetivo e a vedação da decisão surpresa e pelo artigo 11, na medida em que se trata da reprodução, no CPC de 2015, do inciso IX do artigo 93, da Constituição Federal.

Em seguida, fazendo o fechamento do microssistema, o § 1º do artigo 489, também do CPC, que estabelece a fundamentação detalhada.

Por fim, sem se vincular diretamente a qualquer dos outros comandos normativos já referenciados, mas como se gravitasse em torno do sistema (já fechado), tal como num movimento de translação, e de sorte a permitir uma visão panorâmica de seu conjunto, vem a lume o artigo 926, também do CPC, que, no que se refere às decisões judiciais, incorpora a ideia de coerência e integridade do direito.

Esta é, portanto, a ideia básica a título de contribuição para a construção de uma teoria da decisão judicial no Brasil. O microssistema processual da fundamentação proposto se constituiria na base normativa para a formação de uma teoria da decisão judicial, nos termos da configuração proposta pelo Prof. Streck, com o objetivo *não de proibir o juiz de interpretar* e sim estabelecer, como padrões mínimos a serem observados, o necessário controle das decisões judiciais, de sorte a preservar a autonomia, a integridade e a coerência do direito.

Por fim, ao final do epílogo seguem as conclusões da pesquisa.

Outra questão que merece destaque é o referencial teórico utilizado. Como a tese foi estruturada em três seções, ainda que intercambiáveis, por meio das quais, cada um dos três capítulos iniciais tratou de uma dimensão paradigmática da fundamentação, o espectro referencial foi o mais amplo possível, muito embora tenha havido, em maior ou menor grau, a predominância de um ou de determinados autores.

Nesse sentido, no prólogo, no primeiro e no quarto capítulos, um pouco menos no terceiro, de um modo geral, por filiação e em decorrência do método de abordagem, bem como do viés marcadamente hermenêutico da pesquisa, os principais autores foram, sobretudo, Streck (2014a), por conta da Crítica Hermenêutica do Direito, Stein (1996) e Gadamer (2013), por conta dos aportes da hermenêutica filosófica e, por aproximação,

Dworkin (2007), em face da sua concepção do conceito interpretativo e do primado do direito, assim como Garapon (1996), no ponto em que examina a relação entre juízes e democracia.

A par disso, transitando em torno do núcleo central da pesquisa (fundamentação das decisões judiciais) e de modo a identificar o lugar da fala, um tema sempre virá à tona e perpassará todo o trabalho: a questão dos paradigmas e das revoluções científicas, que será trabalhado a partir dos aportes teóricos de Kuhn (2017) e Morin (2011) e, de novo, Stein (2004).

No capítulo terceiro, diante de seu conteúdo predominantemente de teoria crítica do direito, sobretudo no âmbito do direito processual, destacam-se, dentre outros, os juristas Gomes Filho (2013) e Gonçalves (2012), que também ressurgem no quarto capítulo.

Por fim, em face do resgate histórico da fundamentação das decisões judiciais proporcionado no capítulo dois, destacam-se Santos (2011), Taruffo (2015), Tucci (1987) e Villar (1995) como os mais referenciados, dentre outros autores.

A presente pesquisa utilizará o método fenomenológico, isto é, o hermenêutico-linguístico (fenomenológico-hermenêutico), tal como desenvolvido no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS, tendo como referenciais básicos as obras *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, de Streck, considerada por muitos como o livro que operou uma verdadeira reviravolta na área.

Compreendida como “interpretação ou hermenêutica universal”, a fenomenologia é uma metodologia que promove uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, caracterizada, sobretudo, pela tentativa de superar as insuficiências constatadas pela matriz analítica voltada a compreender o direito centrado-se, exclusivamente, na norma.

Nesse sentido, o método fenomenológico questiona o método tradicional, caracterizado por uma ideia de certeza (de resultado), que se antecipa. Na proposta adotada, o sujeito (pesquisador) e o objeto (pesquisado) se acham inseridos no contexto da investigação, aberta a possibilidades. Além disso, tal opção encontra afinidade com a orientação metodológica que permeia os estudos realizados na linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, na qual este projeto se desenvolve.

Acrescente-se que o método escolhido se trata do único que favorece demonstrar que o modelo de conhecimento próprio do paradigma sujeito-objeto (matriz analítico-normativista) foi suplantado por um novo viés interpretativo, marcado pela invasão da filosofia pela linguagem e ao qual o direito não pode ficar imune. Como diz Streck (2014a), “a

fenomenologia hermenêutica permite superar o esquema sujeito-objeto, que tem tornado, historicamente, o pensamento jurídico refém dos paradigmas da objetividade aristotélico-tomista e da subjetividade”.

Ainda de acordo com Streck (2014a), o círculo hermenêutico atravessa a relação sujeito-objeto pela via da antecipação de sentido, o que impede o objetivismo e o subjetivismo, peculiares ao pensamento metafísico, com a compreensão (*Verstehen*) ocorrendo no interior desse “círculo vicioso hermenêutico”. A ênfase passa para a compreensão, pois o compreender não mais resulta de um ato pelo qual o sujeito submete o objeto, mas, diferentemente, a compreensão decorre de uma relação intersubjetiva.

Tal horizonte compreensivo é o que se mostra, pois, adequado para a discussão do tema objeto desta pesquisa.

Ao lado do método de abordagem explicitado, opta-se, como método de procedimento, pelo *monográfico*, uma vez que se objetiva a realização de um estudo direcionado a uma temática bem delimitada e específica, o que proporciona mais segurança à elaboração da pesquisa. Por fim, no que diz respeito à técnica de pesquisa utilizada, optou-se, neste particular, pela bibliográfica, com utilização da doutrina especializada na temática, da legislação pertinente e jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Para finalizar esta introdução, algumas palavras finais: a se considerar o tema na forma como se encontra delimitado, a justificativa, a problematização e os objetivos gerais e específicos, bem como o referencial teórico da pesquisa, intui-se que, do ponto de vista metodológico, a tese tem na teoria do direito – não obstante as incursões sobre a filosofia do direito e sobre a dogmática jurídica – a sua natureza, a sua razão de ser, cujo tema central é a teoria da decisão judicial – sem contemplar um estudo empírico ou sociológico, registre-se, dado que esse não foi objetivo proposto –, porque voltada para pensar a interpretação e a aplicação judicial do direito na perspectiva da fundamentação das decisões judicial, para cujo fim adotou-se como método de abordagem o fenomenológico-hermenêutico, como explicitado acima.

Feito esse registro para efeitos metodológicos, dá-se aqui por concluída a introdução, seguindo-se, adiante, o desenvolvimento da pesquisa.

2 PRÓLOGO: REFLEXÕES INICIAIS ACERCA DO ESTADO DA ARTE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL

Em meio a tantas reflexões acerca do papel dos juízes e da necessidade de se estabelecer um controle das decisões judiciais, há um fato que, não fosse pela ciência política e, um pouco menos, pela história do direito, raramente é lembrado: o destino conferido aos juízes pela concepção mais radical do ideário iluminista¹¹.

De fato, consta que, na França revolucionária, de acordo com o projeto inicial de Emmanuel Joseph Sieyès, não haveria espaço para o juiz: os poderes constituídos do Estado se resumiriam ao Executivo e ao Legislativo. O juiz estava fora da República. Pelo menos, essa era a ideia inicial.

A História testemunha que a ideia original não vingou. Por isso, nunca se saberá, ao certo, se, acaso a proposição do abade tivesse obtido êxito, se haveria, hoje, pelo menos na tradição ocidental, juízes e um Poder Judiciário com a configuração que se conhece: a terceira força dentre os poderes constitucionais constituídos e que, com o direito que emerge no pós-guerra e o movimento de deslocamento de tensão dos Poderes Executivos e Legislativos, passa a assumir, praticamente, a condição de protagonista na concretização das promessas que os demais não conseguiram realizar e que, em muitos casos, no limite, acaba por substituí-los.

A reflexão não é de todo despcienda. Quem hoje vê como incogitável a ideia do juiz como mero pronunciador da letra da lei e proibido de interpretar – concretizada no Código de Napoleão de 1804 –, não pode desprezar o fato de que o destino cogitado para o juiz na França revolucionária se assemelhou ao do poeta concebido por Platão na sua *República*¹². Nesse cenário, não haveria juízes e, talvez Montesquieu, movido pela desconfiança que os revolucionários tinham com a magistratura, dado os estreitos laços que mantinha com o Velho Regime, não devesse se esforçar tanto em neutralizá-los ao formular a teoria da separação de poderes. Nesse sentido, se comparado com a perspectiva que não se confirmou, o fato do barão ter minimizado o papel do juiz já foi, certamente, uma vitória¹³.

¹¹ O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, como se verá adiante, advoga uma espécie de ideal iluminista às avessas, se comparado com o papel inicial que o Iluminismo reservara aos juízes.

¹² O abade Sieyès pretendeu fazer com o juiz o que Platão já tinha feito na Grécia Antiga com o poeta: expulsá-lo da República, propósito que também não se concretizou, felizmente. Caso contrário, o mundo seria muito mais sem graça.

¹³ De fato, formalmente, talvez graças a Montesquieu (2000), que é tido como o maior sistematizador da teoria da separação dos poderes, o juiz não foi excluído da República. Sua presença foi mantida, embora deixe claro que, quanto mais determinado Estado se aproxima da forma de uma República, mais “rígida será a forma de julgar”, pois nas Repúblicas, “é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei”. (MONTESQUIEU, 2000, p. 87). Não obstante, mesmo admitindo que “há, em cada Estado, três espécies de

A não existência de uma resposta correta para esse dilema, contudo, não impede que se tenha como certo, convicção essa que se chega com um simples olhar para o passado, antes da aurora do Estado, o seguinte enunciado: sem juiz não haveria Estado moderno.

A propósito, Rigoux lembra que Montesquieu concebeu o princípio da separação dos poderes inspirado no exemplo da monarquia inglesa – que fez do Legislativo o mais poderosos deles –, visto que a ideia era minimizar a função judicial, muito embora ele estivesse “indubitavelmente mal informado sobre a função quase legislativa que os juízes ingleses exercem através da *common law*”. (RIGUAX, 1997, p. 35-36).

Nesse cenário, como anota Caenegem, a lei era o que o legislador dizia que era, cabendo aos juízes um papel meramente coadjuvante: atuariam como porta-vozes, por meio dos quais a lei se expressaria, e o Legislador pronunciava sua fala. Afinal, “em todas as sentenças, o Juiz é obrigado a referir o artigo do Código ou da lei, ou do decreto real, sob o qual é fundamentada a sentença: ele é somente a *bouche de la loi*”. (CAENEGEM, 2007, p. 40).

Com efeito, no capítulo VI, do Livro XI, da segunda parte de *O Espírito das Leis*, Montesquieu (2000) deixa claro o papel do juiz, ao afirmar que “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos rigorosa demais. Mas os juízes da Nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 2000, p. 175), o que vai ser radicalizado em um dos éditos de Napoleão ao se manifestar contra os comentários ao seu Código, e segundo o qual a nenhum juiz deveria ser permitido interpretar a lei. (CAENEGEM, 2007, p. 40).

De fato, Bobbio (1995, p. 66-67) lembra que a ideia era a de que, com o surgimento das grandes codificações, fruto da cultura racionalista, o direito ali estabelecido se tornaria simples, claro e acessível a todos. Um direito simples e unitário, em oposição à multiplicidade das leis, era o que precisavam os franceses. Daí a ideia das codificações e de um legislador universal, para pôr fim às divergências e à irracionalidade na aplicação das leis. A ideia do direito unitário e simples foi um dos principais argumentos para a instauração dos júris populares compostos de simples cidadãos, ficando fora a figura dos juízes togados. Emmanuel Joseph Siéyès foi um de seus maiores instigantes defensores. Em favor da instituição, sustentava que, quando a codificação entrasse em vigor, o procedimento judiciário se resumiria a um *juízo de fato*, com o fim de assegurar que fatos previstos na lei fossem analisados. O direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* (a saber, a determinação jurídica

poderes” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166), Montesquieu afirma que “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo”. (MONTESQUIEU, 2000, p 172).

a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria qualquer dificuldade, justo porque a variedade de questões de direito que costumeiramente eram submetidas a um juízo técnico “eram exclusivamente fruto da multiplicidade e da complicação irracional das leis”. (BOBBIO, 1995, p. 67).

A repulsa à figura do juiz, quem sabe o medo, era de tal ordem e grandeza que, como anota Rodriguez (2015), o simples ato de interpretar o direito era tido como usurpação do Poder Legislativo, uma vez que, destaca o autor, na proposta mais radical do ideário iluminista, a codificação significava a supressão do especialista em direito e do mediador jurídico, uma vez que o Código Civil, verdadeiro santuário, deveria ter voz própria, falar por si mesmo. Neste sentido, os iluministas tinham plena convicção de que a construção do código era “tão racional, simples e clara que qualquer cidadão poderia abri-lo e, imediatamente, resolver qualquer caso concreto”. (RODRIGUEZ, 2015, p. 131). Nesse cenário, todo o poder político deveria estar concentrado no Parlamento, a casa dos legítimos representantes do povo, em razão do que “o mero ato de interpretar o direito, nessa ordem de razões, significaria usurpar o poder do legislador e frustrar a realização do direito”. (RODRIGUEZ, 2015, p. 131).

Como se sabe, neste particular, Sieyès não triunfou e se os Estados modernos, nos termos de suas constituições, passam a ser constituídos por três poderes independentes e harmônicos entre si, isso é resultado do fato de que o juiz não foi expulso da República, pois como lembra Rodriguez (2015), o projeto de Sieyès “nunca foi aprovado e os juristas responsáveis pela elaboração do Código Civil não partilhavam desta visão idealizada da aplicação” (RODRIGUEZ, 2015, p. 131), muito embora o Código de Napoleão¹⁴ o tenha proibido de interpretar.

De acordo com Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 41), um dos postulados (de viés político) da revolução intelectual (Iluminismo) foi a separação dos poderes estatais. Para intelectuais como Montesquieu, era fundamental estabelecer e manter a separação dos poderes

¹⁴ Curioso é que não obstante o Código de Napoleão ter sido considerado um verdadeiro santuário em matéria de codificação, o primeiro grande código, pelo menos em se tratando de extensão, pois continha 17 mil artigos, foi o Prussiano, datado de 1794, portanto, 10 anos antes do congênere mais famoso, e que tinha um pouco mais de dois mil artigos. A existência do Código Prussiano de 1794, por outro lado, explica o motivo pelo qual o Código Civil alemão surge somente em 1906, quase cem anos depois do Código de Napoleão. Tal circunstância, muito provavelmente, se explica pelo fato de que a unificação da Alemanha ocorreu de maneira tardia se comparada com outros países da Europa, como a França e a Itália. Outra curiosidade é que se dizia que o Código de Napoleão era tão claro, perfeito e direto que dispensava até mesmo os advogados para sua interpretação. Foi imaginado como um tipo de livro popular, tanto quanto a Bíblia, que devia ser colocado ao seu lado ou até mesmo em seu lugar. Daí se dizer que era um verdadeiro *santuário*. A propósito, para Soares (2000, p. 55), é o gosto pela regra geral abstrata e geral presente na família romano-germânica dos direitos que pode explicar a redação de monumentos legislativos como os códigos.

e, em particular, “distinguir e separar claramente o legislativo e o executivo de um lado, e o judiciário de outro”, pois o objetivo era “prevenir a intromissão do judiciário – elaboração das leis e sua aplicação – reservadas aos outros dois poderes”. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 41). Esta preocupação não havia em relação ao Poder Judiciário nos EUA, nem antes e nem depois da Revolução Americana, pois o que se deu naquele país foi o sistema de “freios e contrapesos”. Ou seja, no contexto estadunidense não havia uma preocupação em isolar o Judiciário, porquanto tem origem numa doutrina filosófica diferente daquela que produziu uma rigorosa separação dos poderes no mundo da *civil law*, o que pode ser compreendido a partir de uma análise histórica.

De fato, na França, dizem Merryman e Pérez-Perdomo (2009), diferentemente do que ocorreu na Inglaterra e nos EUA, a aristocracia judicial foi um dos alvos da Revolução Francesa, “não apenas em razão de sua tendência em se identificar com a aristocracia rural, mas também porque os juízes falhavam em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito”. Isso sem dizer, também, que “os juízes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários de administração”, razão pela qual Montesquieu desenvolveu a teoria de que a única maneira segura de prevenir esse tipo de abuso seria, inicialmente, separar os poderes e, em seguida, “regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo”.¹⁵ (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 41).

Como se sabe, a origem da rígida separação dos poderes como resultado das ideias revolucionárias está relacionada com o temor de um governo de juízes por conta do histórico de suas atuações no período anterior à Revolução Francesa, tratando-se, inclusive, de um fator determinante na formatação da tradição jurídica continental, a *civil law*.

Com efeito, se vista a questão a partir de uma perspectiva histórica, a defesa sem concessões da separação dos poderes decorria da vinculação dos juízes com o antigo regime antes da Revolução Francesa, razão pela qual alguns autores defendiam a ideia de que se deveria negar aos juízes até mesmo o poder de interpretar a legislação. Não havia espaço para

¹⁵ Merryman e Pérez-Perdomo lembram que o status social e os cargos públicos eram distribuídos com base na propriedade da terra, o que era incompatível com as novas ideias da revolução. Até mesmo outras aristocracias funcionavam dessa forma, embora não baseadas exatamente na propriedade da terra, como era o caso do sistema judicial francês, cujos cargos eram considerados como propriedades e poderiam ser comprados, vendidos ou trocados. “Os juízes eram um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia fundiária contra os camponeses, os trabalhadores urbanos e a classe média, além de se opor à centralização do poder governamental em Paris. Quando a revolução chegou, aristocracia foi derrubada, e com ela a aristocracia de toga”. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 40-41).

a discricionabilidade judicial no exercício da jurisdição. Por isso, os códigos deveriam ser completos, claros e coerentes. A insistência na total separação dos poderes fez do juiz apenas a boca da lei, no sentido de que não havia a necessidade do exercício de qualquer atividade interpretativa; bastava-lhe apenas pronunciar o que estava contido na lei. A rigor, o juiz era proibido mesmo de interpretar.

De fato, por força do dogma da rígida separação dos poderes, a função judicial foi extremamente restringida, proibindo-se o juiz de criar lei, direta ou indiretamente. Daí a razão pela qual o instituto do *stare decisis*, que surgiu e se desenvolveu na tradição anglo-saxã, ter sido rejeitado na tradição continental. E, como destacado acima, essa desconfiança para com o Poder Judiciário e seus membros conduziu ao extremo de se proibir ao juiz de interpretar uma legislação que apresentasse alguma lacuna ou omissão, fosse conflituosa ou obscura¹⁶.

Disso decorre que, nessa perspectiva, a decisão judicial não passa de processo dedutivo, fruto de um silogismo formal, em que a lei surge como a premissa maior, e os fatos, como a premissa menor. Neste cenário, ao juiz cabe um papel reduzidíssimo e meramente burocrático, como se fosse apenas o operador de uma máquina, cuja construção fora de responsabilidade do Poder Legislativo, fazendo com que a função judicial ficasse reduzida a uma atividade meramente mecânica.

Esse perfil do juiz da *civil law*, contudo, vai mudar um pouco, como apontam Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 63-68), com o surgimento das constituições rígidas e com a instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis em alguns países da *civil law*. A par disso, em outros países, como meio ainda de controlar os juízes, algumas Cortes Constitucionais foram estabelecidas sem que nelas integrasse o Poder Judiciário¹⁷. E isso se deve ao fato de que conferir a um órgão o poder de fazer o controle de constitucionalidade das leis equivale, em certa medida, a legislar, a produzir o direito, a exercer o processo legislativo, o que é conhecido com o nome de função contramajoritária. Destaca-se que, em alguns países da América Latina, como é exemplo o Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido por uma corte, a mais alta, que integra o Poder Judiciário.

No entanto, Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 68) apontam que a imagem tradicional do juiz da *civil law* mudou, porquanto vive-se uma tendência em direção a um aumento de seu poder e de seu raio de ação. Em alguns países, um juiz de primeiro grau,

¹⁶ A solução encontrada foram os métodos de integração da norma (analogia, princípios gerais etc.), tudo como uma demonstração de desconfiança do juiz.

¹⁷ Isso, evidentemente, não ocorre no Brasil, em que o STF é o órgão de cúpula do Judiciário. Ainda assim, é de se observar que sua composição não é somente de juízes de carreira. Qualquer pessoa que atenda os critérios, seja ele advogado, membro do judiciário ou do ministério público, pode ser juiz do Supremo.

como no Brasil, pode rejeitar a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional, circunstância em que as Cortes Constitucionais gozam de um prestígio comparado ao da Suprema Corte dos EUA.

Todas essas mudanças, ou tendências de mudança, contudo, não afastam a concepção tradicional e enraizada de que, na *civil law*, o papel dos juízes é mais restrito e modesto, se comparado ao papel dos juízes na *common law*, muito embora, nos últimos tempos, como aqui, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o papel do juiz vem crescendo de maneira tal que já se fala em República de Juízes ou de *lei dos juízes* – de tanto ativismo judicial¹⁸, que, em boa parte das vezes, se confunde com arbitrariedade, num verdadeiro sintoma de hipertrofia desse poder.

Streck (2017b, p. 217) afirma que, nos dias de hoje, não há lugar para o *donos da lei*, nem para o *escravo da lei*, modelos de juiz que são bem representados pelo personagem Ângelo, de *Medida por medida*, de Shakespeare. Na peça, um juiz *boca-da-lei* (Ângelo I), representando assim o extremo objetivismo filosófico, se transforma em senhor dos sentidos (Ângelo II), indo assim ao “completo subjetivismo”. (STRECK, 2015a, p. 232).

Streck (2017a) destaca que, desde o século XIX, o que pressupõe como superada a primeira fase do positivismo jurídico (o exegético ou legalista), “o drama do jurista vem sendo a procura da superação dos diversos positivismos que se formaram no decorrer de décadas” e daquilo que é comum entre eles, a discricionariedade, que, mesmo sendo negada por determinados segmentos do positivismo, “ao fim e ao cabo a decisão fica desprotegida e o juiz acaba por lançar mão de juízos morais (para dizer o mínimo)”. (STRECK, 2017a, p. 63).

Tudo que se faz hoje em matéria de teoria do direito – e que tem na decisão judicial a questão central – é achar o caminho do meio, uma espécie de ponto arquimediano que

¹⁸ Destacando para o fato de que judicialização da política e ativismo são fenômenos distintos e que é uma tarefa complexa estabelecer os limites entre um e outro, Streck (2017c) afirma que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o Direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado” (STRECK, 2017c, p. 653, nota de rodapé 155). Tassinari (2013), por sua vez, embora reconheça as dificuldades quanto a uma definição, apresenta uma concepção sintetizada do ativismo judicial “como configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”. (TASSINARI, 2013, p. 36). Para Tassinari (2013), alguns pressupostos devem ser considerados para os fins de se compreender a diferença entre ativismo e judicialização da política no Brasil: “*Primeiro*, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; *segundo*, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; *terceiro*, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fosse o mesmo fenômeno; e *quarto*, a judicialização da política é um ‘*fenômeno contingencial*’, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura dos juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais”. (TASSINARI, 2013, p. 36-37).

equilibre as duas posições extremas. Modernamente, isso vem sendo chamado¹⁹ de teoria do controle da fundamentação das decisões judiciais, atendendo também pelo nome de racionalidade das decisões judiciais, teoria da decisão judicial, dentre outras denominações.

De acordo com Riguax (1997), nas sociedades nas quais os que têm conhecimento fazem as leis para os menos dotados, os juízes funcionam como uma espécie de intermediários que ocupam uma posição estratégica com o objetivo de regular os desencontros entre o vocabulário dos especialistas e a linguagem do dia a dia, o que gera um efeito circular, nos dois sentidos. Para o autor “por mais esotérica que possa parecer a linguagem dos profissionais do direito, qualquer juiz, obrigado a justificar sua decisão através de uma motivação circunstanciada, é empurrado no sentido vulgar das palavras ou das regras da experiência, ou seja, no sentido comum”. (RIGUAX, 1997, p. 07). E quando isso ocorre, finaliza Riguax, é assim que se descobre “que o direito, por vezes, obriga os seus próprios especialistas a traduzirem numa linguagem corrente o vocabulário que construiu apenas destinado aos iniciados”. (RIGUAX, 1997, p. 07).

Por sua vez, a decisão judicial carrega em torno de si algo parecido com a própria função do Poder Judiciário. Não deixa, pois, de ser um ato de intermediação entre dois sujeitos eventualmente envolvidos em um conflito de interesses. Sendo um ato de intermediação, o discurso que o traduz tem que guardar determinada distância. Por essa razão, o discurso do juiz não pode ser privado, mas, sim, público, compartilhado.

De sua parte, Stolleis (2007, p. 21) afirma que “o juiz é o último recurso pelo qual se orientam todas as coisas”, e isso já era assim desde a antiga Babilônia, assim como no antigo Egito e entre os judeus. Segue-se que, diante dos conflitos que ocorrerem inexoravelmente, pois apenas nas utopias é que se criam sociedades imunes aos conflitos, a tendência natural é de se recorrer a “uma instância, uma pessoa ou a uma instituição dotada da autoridade suprema, localizada “acima das partes” e que seja capaz de resolver uma disputa por meio de sabedoria e conhecimento/estudos jurídicos”. (STOLLEIS, 2007, p. 21).

Rorty (2007) diz que “todos os seres humanos carregam um conjunto de palavras que empregam para justificar seus atos, suas crenças ou convicções e sua vida”. Para ele, são com as palavras que se narra a história da vida das pessoas. A essas palavras ele dá o nome de “vocabulário final” de uma pessoa. (RORTY, 2007, p. 133). Para Rorty (2007, p. 17), “o vocabulário” – expressão que pode ser substituída por *linguagem* – “da justiça é necessariamente público e compartilhado”.

¹⁹ Ver, por todos, Streck (2013, p. 322-348).

E como decidem os juízes no Brasil? Qual o discurso utilizado? Trata-se de uma linguagem (ou vocabulário, como prefere Rorty) pública ou privada? Diante uma lei produzida democraticamente, e numa escala ascendente, qual o grau de liberdade que o juiz tem para poder ignorá-la, torcer o seu sentido, ultrapassar os seus limites semânticos? Enfim, pode um juiz julgar *praeter legem* (além da lei) ou *contra legem* (contra a lei)? Noutra perspectiva, pode o juiz, para decidir, lançar mão de seu senso pessoal de justiça, de suas convicções pessoais, de argumentos morais, políticos e, no limite, criar sua própria lei e até mesmo decidir os casos que lhe chegam à mão pela sorte dos dados?

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que defende o papel de *vanguarda iluminista* para o STF, como adiante se demonstrará, em suas conferências, ao falar de decisão judicial, costuma contar a história de um juiz americano que ficou conhecido pelo modo inusitado com que julgava os casos que lhe eram submetidos, pois os decidia jogando uma moeda. Se desse *cara*, julgava num sentido, se *coroa*, julgava noutro sentido. Passados alguns anos, e depois de receber várias reclamações, o Corregedor do Tribunal foi até ao juiz e determinou que ele parasse de decidir jogando moedas. Obediente, em cumprimento da determinação, o magistrado passou a decidir, supostamente, a partir das convicções formadas e fundamentadas nos fatos, no direito e na prova produzida nos autos. Tempos depois, o Corregedor retorna ao gabinete do juiz e pede a ele que, imediatamente, volte a decidir jogando moedas, único modo de se garantir um acerto de pelo menos 50% nas decisões.

Essa história contada pelo ministro Barroso, se não for uma adaptação, é assemelhada a outra bem mais antiga e ficcional, do século XVI, e que é contada por François Rabelais, escritor francês, no terceiro livro da pentalogia de romances denominada de *O Bom Pantagruel*, que, dentre outros personagens, traz a história de um juiz fictício chamado Bridoye, e que também adotava um expediente exótico na hora de julgar os casos que lhe chegavam à mão: decidia pela sorte dos dados.

De fato, como narra Rabelais (2006, p. 30), o juiz Bridoye instaura, instrui os processos, ouve as partes, adota todos os procedimentos previstos em obediência ao devido processo legal, com uma diferença: na hora de decidir, joga a sorte e o destino das partes nos dados. O curioso é que, por quarenta anos seguidos, assim decidiu sem jamais ter errado, a não ser na última sentença, que foi impugnada. Com isso, o modo de julgar de Bridoye se tornou público e ele mesmo foi a julgamento. A explicação para o alto grau de acerto de Bridoye dava-se, em verdade, pela Providência Divina, que se manifestava através dos dados jogados por Bridoye, ungido para essa função por ser puro e bom. Nesse sentido, Deus

manifestava sua vontade, mas Bridoye fazia justiça ao acaso quando jogava seus dados, ou seja, ele era apenas o instrumento de justiça de Deus. Como explicar então o único erro divino? Em verdade, Deus não errara no último julgamento, Bridoye é que, em face da idade e com os olhos cansados, interpretou mal os sinais dos dados, como conta Rabelais²⁰.

Além desses dois, existem outros modelos de juízes que não decidem, jogam dados ou fazem escolhas. Alguns são oferecidos pela ficção literária, outros bem reais. E não seria exagero dizer que alguns juízes, ao contrário de Bridoye, dispensam qualquer tipo de intermediação, não exatamente porque afastam a atuação da Providência Divina, mas porque a incorporam diretamente como se deuses fossem.

Na peça *O círculo de giz caucasiano*, de Berthold Brecht, há um juiz chamado Azdak. Ele usa o Código, portanto a lei, para arejar o traseiro, conferindo às palavras o sentido que bem entende. Quem já leu *Medida por Medida*, famosa peça de Shakespeare, teve oportunidade de verificar que o personagem Ângelo, como lembrado nas palavras de Streck, encarna a figura de dois juízes: o primeiro aplica rigorosamente a letra da lei; o segundo é um juiz que julga de acordo com as suas convicções pessoais ou sua vontade²¹. O primeiro, que

²⁰ Há um episódio do juiz Bridoye contado por Rabelais (2006) que bem demonstra a complexidade do ato de julgar, sobretudo quando diante de um caso ambíguo. Trata-se de um episódio que relembra a maldição dos Átridas, mais especificamente *Eumênides*, de Ésquilo, e que a tradutora Élide Valarini Oliver, na introdução, resume da seguinte forma: “O assunto é tão complexo que Rabelais o deixa irresolvido, não sem antes ter ilustrado o tema acima com a estória da Mulher de Esmirna que, ao saber que seu marido e segundo filho, Eefegê, haviam matado seu primeiro filho, Abecê, numa armadilha, mata a ambos e confessa o crime. Se a sorte tivesse sido decidida pelos dados, teria acertado, diz Pantagruel, pois, ao absolvê-la, levaria em consideração a dor pela perda do filho, embora tivesse a mulher feito justiça com as próprias mãos; ao condená-la, teria também acertado, pois afinal matara o marido e o filho por vingança. Essa história também invoca a possibilidade de que, na interseção e na continuidade de seus atos, todos os humanos têm algo a pagar e a dever e, assim sendo, seja como forem julgados, sejam quais forem os resultados, estarão sempre bem julgados”. (OLIVER, 2006, p. 31). Todavia, em modernos sistemas de direito, como o brasileiro ou o norte-americano, não se pode dar-se ao luxo de jogar dados, de decidir ao acaso, conforme a ocasião ou a vontade do julgador, assim ou assado. E no fundo, quando o juiz diz que o seu senso de justiça não permite isto ou aquilo, em verdade ele faz uma aposta: a de que o seu sentimento é o correto. Contudo, não há nenhuma garantia de que seja o entendimento padrão de uma comunidade ou que possa ser universal no sentido de se opor a qualquer tipo de situação. Isso porque ele pode esbarrar no colega ao lado, que pode nutrir um sentimento de justiça diverso. É dizer: justificar um voto como base no sentimento pessoal de justiça equivale a apostar na sorte, a jogar dados. É que, em situações tais, o que está em jogo é a preservação da autonomia e da integridade do direito. Daí a razão pela qual em casos de maior complexidade há que se exigir do julgador uma interpretação mais apurada do caso, e que leve em conta argumentos jurídicos, de princípios, no pressuposto de que eles integram dado sistema normativo. Atento a essa diretriz, é alta a probabilidade de se encontrar, trilhando o melhor caminho, a resposta correta, sem depender do acaso ou de um jogo de dados. Afinal de contas, numa certa medida, até mesmo Deus errou quando Bridoye interpretou equivocadamente o resultado dos dados.

²¹ A peça se passa nos anos 1600. O personagem Cláudio é pego em flagrante praticando fornicção, tipificado como crime. Vai preso e é condenado à morte. Mas ele tem uma irmã chamada Isabela, bela não só no nome, e pede que ela interceda por ele junto a Ângelo. Isabela então tenta persuadir a Ângelo para suavizar a pena de Cláudio, mas Ângelo, irredutível, diz que Cláudio violou a lei e deve pagar por isso. Diz que foi a lei – e não ele – que o condenou à morte, e que faria isso, inclusive, se tratasse de um parente seu, irmão, filho, pai ou mãe. Esse é o Ângelo I, um juiz escravo da lei. No dia seguinte, Isabela retorna e insiste no pedido. E enquanto ela falava, Ângelo se dá conta de que se trata de uma bela mulher. E, então, de repente, se transforma. Diz que

ficou conhecido como *Ângelo I*, condena o jovem Cláudio à morte por um crime banal, dizendo que a lei o condenara, e não ele. Trata-se do juiz escravo da lei. O segundo, epitetado de *Ângelo II*, absolve o réu em troca de favores sexuais de Isabela, a bela irmã de Cláudio. Trata-se do juiz senhor da lei.

Todos eles são ficcionais, inclusive o mencionado pelo Ministro Barroso, e a literatura está repleta de exemplos de modelos de juízes que, ao invés de decidir com base em argumentos jurídicos, lançam mão de juízos morais, jogam dados ou fazem escolhas pessoais, conferindo às palavras o sentido que bem entendem, ultrapassando, inclusive, sem qualquer cerimônia, seus limites semânticos. Afinal, estão convencidos de que existem várias respostas corretas, e que o juiz tem o poder de agir com total liberdade.

Ledo engano, contudo, quem imagina que isso ocorre somente no plano da ficção, uma vez que, hoje em dia, se faz cada vez mais presente o famoso enunciado de Oscar Wilde, segundo o qual “*a vida imita a arte muito mais do que a arte imita a vida*”.

Exemplo bem recente disso é o caso do juiz, na esteira de outro colega seu, que impediu o autor da ação de adentrar à sala de audiência porque usava chinelos, um tipo de calçado incompatível com a dignidade do Poder Judiciário²². Em outra situação, de acordo com notícia veiculada no jornal eletrônico *Jota* (2017)²³, o juiz se negou a iniciar a audiência porque o advogado de uma das partes estava sem gravata. A justificar sua decisão, o juiz ainda pediu que o advogado não se melindrasse porque não era ele o juiz quem assim determinava, mas sim a lei, de quem ele era (sic) um escravo.

Em verdade, nos casos em referência, invocar a lei não passou de um alibi do juiz para encobrir o exercício incontrolado de sua vontade (de poder), puro argumento de autoridade, dado que não existe lei que obrigue o advogado usar gravata em audiência, muito menos que proíba o cidadão, que bate às portas do Judiciário, de entrar numa sala de audiência usando

Cláudio seria poupado, desde que Isabela atendesse aos seus desejos sexuais. Então, de escravo da lei, ele se transforma em senhor da lei, e dono dos sentidos das palavras. Esse é o *Ângelo II*.

²² Na ata, o juiz lavrou o seguinte: “O Juízo deixa registrado que não irá realizar esta audiência, tendo em vista que o reclamante compareceu em Juízo trajando chinelo de dedos, calçado incompatível com a dignidade do Poder Judiciário”. A ata foi reproduzida no portal *Migalhas Quentes* sob o título “Juiz suspende audiência por causa de chinelo”, publicado em 25.06.2007 (JUIZ..., 2007a). Anos mais tarde, como notícia o jornal eletrônico *Conjur*, a União foi condenada a pagar ao trabalhador a importância de R\$10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, decisão proferida pela juíza Marize Cecília Winkler, da 2ª Vara Federal de Cascavel (PR). A decisão foi noticiada verificar em (UNIÃO..., 2011). A União interpôs recurso de apelação para o TRF da 4ª Região, que confirmou a decisão de primeiro grau e levou a AGU a mover ação regressiva contra o juiz do trabalho Bento Luiz Moreira que, em decisão proferida pelo juiz da 1ª Vara Federal de Paranaguá (PR), foi condenado a ressarcir a União no valor de R\$12.000,00. É o que notícia em 09.03.2017 o portal Uol Notícia. (JUIZ..., 2017b).

²³ Muniz (2017).

chinelos, ao argumento de que tal ato violaria a dignidade do Poder Judiciário, instituição que existe, veja-se que ironia, justamente para servi-lo.

Recentemente, mais duas decisões judiciais chamaram atenção do mundo jurídico em razão dos fundamentos invocados por seus prolores. A primeira, noticiada no *Consultor Jurídico* (2017)²⁴ foi proferida pelo juiz da 1ª Vara Cível de Jundiaí/SP, que proibiu exibição de peça de teatro na qual Jesus Cristo é representado por um transexual. Conforme transcrições de trechos da sentença, entendeu o magistrado, dentre outras coisas, que não se tratava de um ato de censura, pois objetivava apenas impedir um ato desrespeitoso e de extremo mau gosto, casos em que a liberdade de expressão não poderia ser tolerada. Embora tente dizer o contrário, sobretudo quando tenta disfarçar as razões de decidir movidas por um fundo religioso, da leitura da decisão se percebe que a formação do convencimento do juiz foi determinada por fatores e influências externas ao direito, tais como emoções, estados mentais subjetivos e sentimento religioso. Isso sem dizer que o magistrado ainda fez às vezes de um crítico de arte ao dizer que a peça tinha um “baixíssimo nível intelectual”, e tudo isso de forma antecipada, sem vê-la, porquanto proibiu sua exibição. Certamente, esse não é o papel que lhe reservou a Constituição Federal. Veja-se:

Desse cenário extrai-se, portanto, que a tutela de urgência almejada comporta deferimento, uma vez que, muito embora o Brasil seja um Estado Laico, não é menos verdadeiro o fato de se obstar que figuras religiosas e até mesmo sagradas sejam expostas ao ridículo, além de ser uma peça de indiscutível mau gosto e desrespeitosa ao extremo, inclusive.

De fato, não se olvide da crença religiosa em nosso Estado, que tem JESUS CRISTO como o filho de DEUS, e em se permitindo uma peça em que este HOMEM SAGRADO seja encenado como um travesti, a toda evidência, caracteriza-se ofensa a um sem número de pessoas.

Não se trata aqui de imposição a uma crença e nem tampouco a uma religiosidade. Cuida-se na verdade de impedir um ato desrespeitoso e de extremo mau gosto, que certamente maculará o sentimento do cidadão comum, avesso a esse estado de coisa.

[...]

Não se olvida a liberdade de expressão, em referência no caso específico, a arte, mas o que não pode ser tolerado é o desrespeito a uma crença, a uma religião, enfim, a uma figura venerada no mundo inteiro. Nessa esteira, levando-se em conta que a liberdade de expressão não se confunde com agressão e falta de respeito e, malgrado a inexistência da censura prévia, não se pode admitir a exibição de uma peça com um baixíssimo nível intelectual que chega até mesmo a invadir a existência do senso comum, que deve sempre permear por toda a sociedade.

Do exposto, considerando-se que as circunstâncias jurídicas alegadas na inicial corroboram o fato de ser a peça em epígrafe atentatória à dignidade da fé cristã, na qual JESUS CRISTO não é uma imagem e muito menos um

²⁴ Rodas (2017).

objeto de adoração apenas, mas sim O FILHO DE DEUS, ACOLHO as razões explanadas pela parte autora e assim o faço com o fito de proibir a ré de apresentar a peça ‘O EVANGELHO SEGUNDO JESUS, RAINHA DO CÉU’, prevista para o dia de hoje (15 de setembro de 2017), e também em nenhuma outra data, sob pena do pagamento da multa diária que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais), sem prejuízo da tipificação do crime de desobediência, que acarretará ao (a) responsável a consequência de se ver processado criminalmente.²⁵

Em outra decisão que causou polêmica e indignação, um juiz de direito da 14ª Vara do Tribunal do Distrito Federal concedeu liminar para, contrariando uma Resolução do Conselho Federal de Psicologia, permitir o tratamento de homossexualidade como doença²⁶. Na referida decisão, muito embora, num primeiro momento, o magistrado concorde com o posicionamento da Organização Mundial de Saúde, cujos termos estabelecem que “a homossexualidade constitui uma variação natural da sexualidade humana, não podendo ser, portanto, considerada como condição patológica”, além de registrar que a Resolução do Conselho de Psicologia não ofende os princípios constitucionais, entendeu que “alguns de seus dispositivos, quando e se mal interpretados, podem levar à equivocada hermenêutica no sentido de se considerar vedado ao psicólogo realizar qualquer estudo ou atendimento relacionado à orientação ou à reorientação sexual”. Prosseguindo, o magistrado diz que, “a fim de interpretar a citada regra em conformidade com a Constituição, a melhor hermenêutica a ser conferida àquela resolução deve ser aquela no sentido de não privar o psicólogo de estudar ou não atender àqueles que, voluntariamente, venham em busca de orientação acerca de sua sexualidade, sem qualquer forma de censura, preconceito ou discriminação”. E com esses fundamentos, o meritíssimo defere a liminar para determinar que o Conselho Federal de Psicologia se abstenha de interpretar a indigitada resolução (sic) “de modo a impedir os psicólogos de promoverem estudos ou atendimento profissional, de forma reservada, pertinente a (re)orientação sexual, garantindo-lhes assim a plena liberdade científica acerca da matéria, sem censura ou necessidade de licença prévia por parte do C.F.P., em razão do disposto no artigo 5, IX da Constituição de 1988”²⁷.

Todas essas posturas esquecem, contudo, que há uma questão anterior: decidir não é escolher, como, insistentemente, vem dizendo Lenio Streck²⁸, não é apostar no acaso, muito menos invocar razões e critérios pessoais, morais ou religiosos, dentre outros que se ressentem de fundo jurídico. Numa sociedade democrática, o juiz deve conformar-se à ordem

²⁵ Íntegra da decisão. (SÃO PAULO, 2017a).

²⁶ Bassette (2017).

²⁷ Íntegra da decisão. (SÃO PAULO, 2017b).

²⁸ Veja-se, por todas, a seguinte obra: *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

jurídica produzida democraticamente, justificando e fundamentando a sua decisão a partir de razões e elementos de caráter jurídico. Nesse sentido, nenhum dos modelos de juízes mencionados, ficcionais ou reais, correspondem ao modelo de juiz que julga determinado caso justificando sua decisão na norma estabelecida no art. 93, IX, da Constituição Federal, que diz que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Uma decisão judicial não pode ser o resultado do que o juiz pensa, de suas crenças ou de suas convicções pessoais, políticas ou religiosas, e nem o direito pode ser reduzido ao que ele diz que é pelo simples fato de se tratar de um ser único e de capacidade cognitiva privilegiada, e que não encontra nada a ele comparável. E não pode ser assim porque, como lembra Streck (2016), “ele não é o superego da sociedade nem corretor do parlamento”.

Para Streck (2017b, p. 86), a linguagem privada²⁹ não pode estabelecer os sentidos do mundo, o que somente pode ser feito pela linguagem pública. Esta é a grande contribuição da viragem linguística, juntamente com a aproximação da segunda filosofia de Wittgenstein (*Investigações Filosóficas*) com a hermenêutica. Disso resulta que existem estruturas prévias de compreensão³⁰, que são anteriores ao conhecimento, o que significa dizer que “o sentido não estará na consciência (de si pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo”. (STRECK, 2017b, p. 86).

²⁹ Nesse sentido, pode-se dizer que os julgados trazidos à análise são o resultado não de um processo comunicativo entre sujeitos (linguagem pública), mas sim de uma linguagem privada, na medida em que o diálogo estabelecido se deu somente com a consciência de cada juiz, baseado nos seus sentimentos e crenças pessoais, em especial o senso de justiça.

³⁰ Para Heidegger (2013), a interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar e nem será isenta de pressuposições. Nesse sentido, toda interpretação (de algo como algo) envolve uma estrutura prévia constituída de três momentos (posição prévia, visão prévia e concepção prévia). “Essa [interpretação] sempre se funda numa *posição prévia*. Ao apropriar-se da compreensão, a interpretação se move em sendo compreensivamente para uma totalidade conjuntural já compreendida. A apropriação do compreendido, embora ainda velado, sempre cumpre o desvelamento guiada por uma visão que fixa o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretado. A interpretação funda-se sempre numa *visão prévia*, que ‘recorta’ o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarada numa ‘visão previdente’ (*vorsichtig*) torna-se conceito através da interpretação. A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele mesmo, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa *concepção prévia*”. (HEIDEGGER, 2013, p. 211). Na nota explicativa 54 da edição de *Ser e tempo*, utilizada nesta pesquisa, colhe-se o seguinte, acerca das estruturas prévias da compreensão: “A análise da estrutura da interpretação revela uma integração de três momentos fundamentais. Tanto os momentos integrantes como a unidade de integração, ao possibilitarem a interpretação, a precedem. O primeiro momento indica que a interpretação já tem uma posição, que possibilita o horizonte das articulações. Ser e tempo exprime esse momento com o termo *Vorhabe*, traduzido por posição prévia. O segundo momento designa a perspectiva em que se encara e vê o conjunto das articulações. Ser e tempo diz *Vorsicht*, que foi literalmente traduzido por visão prévia. O terceiro momento consiste numa apreensão desse conjunto de posições e visões prévias, expresso por *Vorgriff*, traduzido como concepção prévia”. (HEIDEGGER, 2013, p. 575).

Não obstante o salto alcançado com a viragem linguística, Streck reconhece que, no campo do direito, tais questões ainda se encontram difusas³¹ em um misto de objetivismo e subjetivismo, o que faz com que a doutrina, por vezes, se limite em afirmar que a tarefa do intérprete se resume em se fixar na literalidade da lei ou, quando não, em sentido totalmente contrário, em deixar de aplicá-la, “por meio de institutos que apostam na subjetividade do juiz como critério último de decisão, como se não existisse qualquer constrangimento externo”. (STRECK, 2017b, p. 87).

Para Streck (2017b), em plena era de viragem ontológico-linguística não é possível que se passem “despercebidas as diversas doutrinas jurídicas que simplesmente reduzem a complexa questão do “ato de julgar” a uma escolha individual da consciência do intérprete, como se esse ato interpretativo decorresse de um simples “ato de vontade” do julgador”. (STRECK, 2017b, p. 87). Na sua avaliação, semelhante pensamento, para além de estar fundado no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, no qual o mundo se resumiria em um produto de uma razão solipsista ou de uma vontade que não encontra limites, “possibilita que o intérprete escolha os resultados de sua interpretação e, posteriormente, busque algum fundamento (na legalidade ou até mesmo fora dela) para justificar sua escolha realizada arbitrariamente”. (STRECK, 2017b, p. 87).

Streck, contudo, não está sozinho no que pode ser chamado de a cruzada em busca do controle das decisões judiciais e que, em verdade, se constitui na teoria da decisão judicial que ele vem desenvolvendo há pelos menos duas décadas.

Nessa mesma trilha, mais recentemente, caminha Grau (2016a) que, como doutrinador, é outro jurista preocupado com o discurso dos juízes, aos quais “incumbe a apuração da coerência, ou não, do texto de cada lei em relação à Constituição, decidindo no sentido de afirmar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Nada mais”. Para ele, “assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribui” (GRAU, 2016a, p. 21-23), sendo que, por força disso, se faz necessário afirmar, em alto e bom som, que os juízes devem aplicar o *direito* e não fazer *justiça*.

Grau (2016a) reforça seu entendimento dizendo que as faculdades de Direito são lugares destinados a ensinar *direito* e não *justiça*, que é assunto para a religião, a filosofia e a história, em razão do que “juízes decidem (= devem decidir) não *subjetivamente*, de acordo com o seu senso de justiça, mas aplicando o direito (A Constituição e as leis)”. (GRAU, 2016a, p. 21-23).

³¹ Em verdade, como será demonstrado mais adiante, o direito tem sido refratário ao giro ontológico-linguístico.

Em razão disso, continua Grau (2016a), o intérprete judicial se encontra vinculado à objetividade do direito e não ao seu senso de justiça, vontade pessoal, muito menos ao que grita a multidão enfurecida nas ruas, mas sim ao direito. Nesse contexto, “o juiz é necessário porque cada caso é um caso: *interpretar é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente efetivo, no plano dessa singularidade, o universal*”. (GRAU, 2016a, p. 22, grifos do autor).

Para Grau, o juiz, tal como qualquer outro profissional³², no exercício da jurisdição, deve cumprir seu papel, jogar o jogo do juiz, assim como “o garçom *joga*, cumpre o papel de garçom do café. É o que dele se espera. Que cumpra essa cerimônia de gestos próprios de um garçom”, de tal modo que ele passa “a ser uma representação para os outros, um modo de ser que não é ele mesmo, mas somente o ser do garçom do café”. (GRAU, 2016a, p. 23). Com o juiz ocorre o mesmo. Quando cumpre este papel, passa a ser uma representação para os outros, de tal modo que ele deixa de ser ele mesmo (como pessoa), para ser somente juiz.

Nesse cenário, o juiz pode ser tudo (pai, professor, consumidor, religioso, torcedor de um time de futebol), no sentido de que não é e nem pode ser juiz vinte quatro horas por dia ininterruptamente, ressaltando-se, contudo, vai dizer Grau (2016a, p. 23), que, enquanto estiver exercendo a função jurisdicional, deve representar unicamente o papel de juiz, nos estritos limites da Constituição e da legalidade e não aquilo que ele é ou pensa que é, quando cumpre outros papéis, a exemplos dos mencionados acima.

Nesse sentido, somente quando não estiver representando o papel de juiz, ele pode apresentar diversos papéis (pai, consumidor, músico etc.)³³. É aí, então, que tais valores podem prevalecer, e nunca no exercício do papel de juiz, hipótese em que se submete somente à Constituição e por ela é determinado. (GRAU, 2016a, p. 23).

Grau, por outro lado, demonstra preocupação com a transgressão do sistema jurídico. Para ele, embora juízes e tribunais possam pensar livremente, “o juiz ou tribunal que decida

³² Ele faz alusão ao papel do garçom, referindo-se ao filósofo existencialista francês Jean-Paul Sartre.

³³ Talvez esse seja um dos maiores desafios dos juízes, mormente os brasileiros. Colocar-se na posição de juiz enquanto exerce a jurisdição, e não se colocar na posição de juiz enquanto fora da jurisdição. Até parece que não aprenderam a lição de Kantorowicz (1998), em *Os dois corpos do rei*. O juiz, tal como o rei, tem dois corpos, um natural (o dele como pessoa ou cidadão comum) e um místico (como juiz). Na condição de cidadão comum, ele deve, por exemplo, entrar na fila do banco e aguardar atendimento como qualquer outro, sem exigir tratamento privilegiado ao argumento de que é uma autoridade, porque essa foi deixada atrás das cancelas do fórum. Por outro lado, como juiz, ele não pode se colocar no lugar do pai que teve o filho assassinado e quer vingança à base da lei taliônica, pois essa é a sua concepção pessoal de justiça. Nesse momento, ele (o juiz) está sujeito ao sistema de autocontenção de suas crenças ou visões pessoais, sofre restrições que o impedem de adotar postura idêntica à do pai, porque o que se exige dele é respeito à lei e à Constituição de seu país. Esse o preço a ser pago por se optar por viver em uma sociedade democrática.

qualquer caso, ainda que mediante a necessária transgressão de algum texto normativo, não o faz louvando-se em seus valores ou como se fora o legislador. Seus pensamentos são livres apenas no quadro e no espaço da totalidade que o direito positivo compõe”. (GRAU, 2016a, p. 140).

É por isso que Grau (2016a) diz que hoje tem medo dos juízes³⁴, temor e preocupação essa que ele reforça em artigo publicado em jornal de circulação nacional. O título (*Juízes que fazem as próprias leis*)³⁵ é bem sugestivo, embora contraste, como será abordado à frente, com o próprio posicionamento de Grau ao tempo em que ocupou a cadeira de ministro do Supremo, que hoje critica.

No artigo, Grau (2016b) começa por lembrar uma conquista que remonta ao surgimento do Estado moderno, que é o fato de a Constituição brasileira, no artigo 2º, a par de nominar os Poderes constituídos, garantir a independência e harmonia entre eles, “o que supõe que cada um dos Três Poderes se limite a exercer as funções que lhe cabem. Daí que o Judiciário não pode legislar. Essa é uma prerrogativa do Legislativo”, o que, segundo ele, não é observada. Para ele, os juízes de primeira instância, e mais que estes, os tribunais, vêm seguidamente se apropriando da função do legislador, de forma alarmante atualmente.

Para Grau (2016b), se vive um Estado de Direito com submissão, porém, a um Estado de Juízes, no qual se revela como estarecedora “a absurda apropriação, pelo Judiciário, do poder de fazer leis e alterá-las”. É claro, acrescenta o jurista, que não se nega que “os juízes devem ser independentes, mas – em uma democracia – hão de ser submissos às leis, garantindo sua aplicação”. (GRAU, 2016b). Contudo, lembra que a Constituição impõe aos juízes o dever de declarar a eventual inconstitucionalidade da lei, “mas a substituição dos preceitos declarados inconstitucionais por outros incumbe exclusivamente ao Legislativo”. (GRAU, 2016b).

Prosseguindo, Grau (2016b) afirma que o avanço e a apropriação, pelos juízes, da função de legislar ficam mais evidentes quando examinadas as decisões que o Supremo Tribunal Federal vem proferindo no sentido de descriminalizar o aborto.

Para Grau, as hipóteses de descriminalização do aborto, ou seja, quando a prática não é punida, se reduzem àquelas previstas no artigo 128 do Código Penal: quando praticado por médico, e desde que não se encontre outro meio de salvar a vida da gestante; quando for o

³⁴ Para Grau, o Poder Judiciário, hoje, coloca em risco “o que tínhamos, o que nos assistia – o direito moderno, a objetividade da lei”. (GRAU, 2016a, p. 140).

³⁵ Grau (2016b).

resultado de estupro, hipótese em que o aborto deverá ser precedido de consentimento da gestante ou do seu representante legal, quando incapaz.

Fora dessas hipóteses, é crime, é o que diz a lei, diz ele, “com todas as letras”. (GRAU, 2016b). Num resgate histórico do tratamento dado ao tema pelo STF, Grau lembra que “em abril de 2012, o STF declarou, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é criminoso”, decisão que pode ser lida do seguinte modo: “embora a lei estipule que o aborto de anencéfalo é crime, nós (o STF) achamos e decidimos que não é!” (GRAU, 2016b).

Não satisfeito, mais recentemente, continua o ex-ministro, o Supremo Tribunal Federal avançou com sua longa mão e, sob a alegação de que “a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gravidez viola os direitos fundamentais da mulher, descriminalizou-o também. Em outros termos, a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação deixa de ser crime!”. (GRAU, 2016b).

Classificando a decisão do Supremo de “horrorosa”, prosseguindo, Grau afirma que ela “consubstancia uma agressão à Constituição, pois ele (o STF) se arroga poder de legislar. Na ADPF 54 acrescentou mais uma hipótese ao artigo 128 do Código Penal – o aborto de anencéfalo – e agora outra mais, a do aborto praticado nos três primeiros meses de gestação”, e conclui para dizer que, “desgraçadamente, hoje em dia, juízes sem preconceitos, sem saberem o que é o Direito, fazem suas próprias leis”. (GRAU, 2016b).

Curioso é que Grau, como doutrinador, diverge do juiz que foi quando membro da Suprema Corte brasileira. Isso fica claro nas razões de seu voto nos autos da Reclamação 4.335-5/AC³⁶, um caso paradigmático de discricionariedade e de decisão ainda presa ao paradigma da subjetividade e que não guarda qualquer sintonia com o pensamento que expressava em uma de suas obras capitais³⁷. Antes de vestir a toga, na decisão judicial, não havia lugar para a discricionariedade, linha de entendimento essa, ao que parece, que ressurge, convenientemente ou não, após sua aposentadoria. (GRAU, 1998).

De fato, como anota Nascimento (2015, p. 160), no voto proferido na Reclamação 4.335-5/AC, Grau pretendeu reduzir o papel do Senado Federal ao propor simplesmente a substituição da atual redação do art. 52, X, da Constituição Federal por outra na qual a competência daquela Casa ficaria reduzida ao papel de apenas dar publicidade às decisões

³⁶ A Reclamação n. 4.335-5/AC tinha como objeto a interpretação do art. 52, X, da Constituição da República, o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF e a mutação constitucional, seu sentido e limites.

³⁷ Grau (1998).

proferidas pelo STF nos casos de controle difuso de constitucionalidade, porquanto referidas decisões já nasceriam com força *erga omnes* e com efeitos *ex tunc*.

Reproduzindo parte do voto de Eros Grau – que, a exemplo do que ocorre com Ângelo em *Medida por Medida*, bem poderia ser chamado de *Eros Grau II*, em contraponto ao *Eros Grau I*, de antes e de depois do exercício do cargo de juiz da Suprema Corte brasileira –, Nascimento (2015) aponta aquilo que denomina como ponto extremo da discricionariedade, que é atingido quando, após sustentar que em decorrência de se encontrar obsoleta a redação do artigo 52, X, da Constituição, Grau diz que, doravante, deveria se compreender que a competência do Senado Federal se limitaria a dar publicidade às decisões do STF em sede de controle difuso. Nesse momento, diz Nascimento (2015, p. 160), Eros Grau, dizendo-se sabedor que a doutrina irá se insurgir contra sua linha de argumentação, antecipa a defesa da mesma dizendo que os ministros do Supremo não estavam naquela casa para seguir os passos da doutrina e sim para produzir (o que equivale a criar, portanto) o direito e reproduzir o ordenamento.

De acordo com o que anotou Nascimento (2015), para Grau, enquanto ministro do Supremo Tribunal Federal, a doutrina é quem deve trilhar o mesmo caminho da Suprema Corte e, como que a título de se justificar, conclui dizendo que o discurso da doutrina é sobre o direito (como se fosse um discurso de segundo nível ou distinto) e, enquanto tal, deve ser caudatário do discurso dos juízes do Supremo, que fazem um discurso do direito, razão pela qual, ela sim, a doutrina, é quem deverá seguir o Supremo e não o contrário³⁸.

Como lembra Nascimento (2015, p. 161), “trata-se, a toda evidência, de um posicionamento diametralmente oposto ao do defendido pelo outrora doutrinador, que entendia que o intérprete não podia criar nem recriar o direito e, muito menos, agir de forma discricionária”.

Aparentemente, a irresignação do ressurgido *Eros Grau I*, quando cita como exemplo privilegiado a questão do aborto, tem endereço certo: o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que vem defendendo uma postura vanguardista do Supremo Tribunal Federal, deixando claro que a Corte Suprema deve exercer o mesmo papel que o Iluminismo exerceu para a renovação do direito na Europa durante o século XVIII – embora os contextos históricos que deram origem ao movimento iluminista não guardem relação, sob

³⁸ Brasil (2007).

qualquer perspectiva (histórica, cultural, social, política ou jurídica), com o atual cenário brasileiro³⁹.

A propósito do Iluminismo, fazendo-se aqui um pequeno recorte histórico, Caenegren (2000, p. 161-162) vai dizer que a renovação do direito na Europa, ocorrida por volta da metade do século XVIII, tem que ser vista no contexto do Iluminismo, “um amplo movimento europeu que assumiu uma atitude crítica diante das ideias e da sociedade do *ancien régime* em geral”, crítica essa que se concentrou, basicamente, em quatro pontos: na desigualdade diante da lei, o que era mantido pelos sistemas políticos estatais e significava conferir privilégios fiscais à nobreza e ao clero, agravado pelo acesso limitado aos cargos públicos; em segundo lugar, nas limitações às pessoas, dado que a servidão ainda existia, e à propriedade, sobre a qual imperavam as restrições feudais e corporativistas que refreavam a atividade econômica, por força de que *liberdade* e *igualdade* exsurgiram como exigências essenciais, tanto nos programas dos *déspotas esclarecidos* quanto na Revolução Francesa. A terceira crítica tinha como foco “as intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa e a exclusão da participação popular (em particular a do ‘Terceiro Estado’) nos assuntos políticos”. Finalmente, a quarta e última crítica foi dirigida ao prestígio da Igreja e à intolerância religiosa, tidas por muitos como um resquício de um passado obsoleto. Para Caenegren (2000, p. 162), “a esperança – no espírito do Iluminismo – era que a lógica e a ciência formassem um novo fundamento de um aprendizado seguro para toda a Europa civilizada”.

Diz ele:

Em resumo: o velho mundo passou por uma renovação radical, guiada pelos princípios da razão humana e pelo objetivo de alcançar a felicidade do homem. A realização desse objetivo parecia requerer agora que o fardo dos séculos precedentes fosse rejeitado. Aplicado ao direito, esse programa significava que a proliferação de normas jurídicas deveria ser drasticamente reduzida, que o desenvolvimento gradual do direito deveria ser substituído por um plano de reforma e por uma abordagem sistemática, e, por fim, que não se deveria emprestar autoridade absoluta nem aos valores tradicionais, como o direito romano, nem aos juristas e juízes eruditos, que se proclamavam ‘oráculos’ do direito. Os velhos costumes e os livros autorizados deveriam ser substituídos por um direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo princípio diretor fosse a razão. Esse novo direito deveria estar isento de qualquer obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e certo, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo. Para alcançar esse objetivo, era preciso preencher duas condições. A primeira era material: a criação de um novo sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes; a segunda era forma:

³⁹ Como assevera Torrano (2015a), a ideia de um papel iluminista do Supremo, dentre outras coisas, “debilita o valor moral das formas jurídicas e a lógica do planejamento democrático sob o governo de uma Constituição genuinamente boa”.

uma nova técnica deveria ser desenvolvida para assegurar a aplicação na prática do novo direito. A primeira condição foi preenchida pelo direito natural, a segunda pela legislação, em particular pelos códigos nacionais introduzidos em todo o continente europeu. (CAENEGEN, 2000, p. 163-164).

Estabelecido o recorte do contexto histórico do surgimento do movimento ideológico, político e cultural que eclodiu na Europa do Século XVIII, e agora trazendo a questão para a realidade brasileira, há que se perguntar, com Torrano (2015a): é possível atribuir uma função “iluminista” ao Supremo Tribunal Federal?

Torrano (2015a) indaga ainda se, no Brasil, se faz indispensável que um dos poderes estatais constituídos assumam o papel de iluminista, e se a população brasileira necessita de uma cúpula formada por onze juizes com a atribuição de “empurrar, de cima para baixo, a sociedade civil para uma determinada direção ética considerada indispensável à evolução de consciência”. (TORRANO, 2015a).

O Ministro Luís Roberto Barroso entende que sim, e reivindica o papel de iluminista para o Supremo Tribunal Federal, com um detalhe: visto em uma determinada perspectiva, sua proposta tem um sentido inverso ao originariamente previsto no Iluminismo, mormente no projeto de Emmanuel Joseph Sieyès, como já pontuado.

Se ali a ideia inicial, no contexto da renovação do direito, era, no limite, a extinção da figura do juiz – que, ao final, foi preservada, embora com uma atuação meramente simbólica, relembre-se –, para o Ministro Barroso, na sua cruzada iluminista, o Poder Judiciário, à frente dele o STF, deve exercer o papel de protagonista, empurrando, se preciso, a história.

De fato, de modo a justificar as posturas ativistas adotadas no Supremo, o Ministro Barroso, em aula inaugural na Universidade Federal de Minas Gerais, conforme publicação no portal *Migalhas Quentes*⁴⁰, em 23 de março de 2017, declarou que a história, algumas vezes, anda devagar, noutras, rápido, sendo difícil prever quando ocorrerá um caso ou outro. Para ele, isso não tem importância alguma, pois, segundo Barroso, o papel do STF é o de “empurrar a história” a serviço da causa da humanidade.

Ainda de acordo com a publicação, para o referido Ministro, as Supremas Cortes, especialmente o STF, desenvolvem três grandes papéis: o *contramajoritário*, quando invalida leis e atos normativos, tanto do Executivo como do Legislativo (como no caso da declaração de inconstitucionalidade da lei); o *representativo*, quando atende demandas sociais que deveriam ser satisfeitas através de políticas públicas a serem executadas diretamente pelo Executivo, ou mediante edição de lei pelo Legislativo (neste último caso, como exemplo, a

⁴⁰ Barroso (2017a).

regulamentação do direito de greve no serviço público diante da omissão legislativa). Por fim, e essa, de longe, é a que provoca maior polêmica, o papel *iluminista*, que ocorre quando a Suprema Corte promove certos avanços sociais, mesmo contra o sentimento majoritário. Em outras palavras, contra a lei, como é o caso das uniões homoafetivas, podendo-se, ainda, acrescentar a descriminalização do aborto⁴¹.

Em outro momento, mais precisamente em posfácio (*A Razão sem Voto*⁴²) em livro até então inédito, e posteriormente publicado com o título *A razão e o voto: Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso*, organizado pelos Professores Vieira e Gleizer (2017), o Ministro põe em destaque o papel iluminista do Supremo:

Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Conforme registrado no texto, situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo. (BARROSO, 2017b).

⁴¹ Streck, em sua coluna publicada na revista eletrônica *Conjur*, em 29 de dezembro de 2016, denominada *Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o direito em 2016*, aponta, como mera amostragem, as seguintes: as decisões judiciais que determinaram o bloqueio do aplicativo WhatsApp; a decisão do juiz Sergio Moro de divulgar interceptação telefônica de conversa entre a então presidente da República e um ex-presidente; a decisão do STF que relativizou a presunção da inocência contra expresso texto de lei e da Constituição; a *medida excepcional* do Poder Judiciário fluminense que autorizou a polícia a fazer buscas e apreensões coletivas em favela no Rio de Janeiro contra expresso texto legal e constitucional; decisões que mesmo após a vigência do novo CPC, o STJ – guardião da legalidade – continua entendendo que nada mudou acerca do dever de fundamentação, como se o artigo 489, parágrafo 1º, com todos seus incisos, fosse *letra morta*, o que ficou claro no trecho da fundamentação dos Embargos de Declaração no MS 21.315-DF, no qual consta que *o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão*; a decisão do STF na ADPF 347, assumindo a tese do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que não serviu para nada; a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que anulou o julgamento dos 73 policiais condenados pelo massacre do Carandiru, com destaque para o voto do relator, desembargador Ivo Sartori, baseado exclusivamente na sua consciência; a decisão do juiz Sergio Moro que autorizou a condução coercitiva do ex-presidente Lula, a partir da qual essa medida tem sido autorizada de forma irregular pelo Judiciário; decisões onde o Judiciário legisla, como no caso da decisão do ministro Barroso em HC que afirmou – com base na ponderação alexiana – não ser crime a interrupção da gestação até o terceiro mês; decisão do TRF-4 que afirmou que a operação *lava-jato* não precisaria respeitar as regras de casos comuns por ser uma situação excepcional; a decisão liminar do ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança 34.530, determinando o retorno do Projeto de Lei da Câmara n. 80/2016, em tramitação no Senado Federal, à Casa de Origem, sob fundamentos que intervêm perigosamente no processo legislativo; por fim, a decisão liminar do ministro Marco Aurélio que determinou o afastamento do senador Renan Calheiros da Presidência do Senado.

⁴² Barroso (2017b).

Ainda sobre o mesmo tema, em um terceiro momento, segundo a revista jurídica eletrônica *Jota* (2016)⁴³, o Ministro Barroso declarou que, no mundo contemporâneo, a função do juiz sofreu alteração significativa diante de uma sociedade mais complexa, que dificulta o papel do legislador. Magistrados e tribunais têm sua atuação potencializada porque, para muitos problemas, a subjetividade é que vai produzir solução para casos concretos.

Na trilha dessa linha de entendimento, ainda de acordo com a mesma publicação, o Ministro Barroso declarou que “não importa se as pessoas não gostam do aumento da subjetividade na atuação do Poder judiciário. Ela é inevitável. Há uma nova realidade que expande esse papel do Judiciário” (2016).

Torrano (2015a, 2016b), em pelo menos duas oportunidades, discorda da possibilidade de se atribuir um papel iluminista ao Supremo, e vê, por duas razões, algo de autoritário na proposta de Barroso, como deixa claro em artigo publicado no *Consultor Jurídico*⁴⁴:

De acordo com Torrano (2016b), uma das conquistas morais da existência de um sistema diferenciado e com pretensões autoritativas, como é do “direito”, tem relação direta com as formas jurídicas impostas aos poderes constituídos. Nesse contexto, Torrano (2016b) vai dizer que são os atributos formais do sistema de direito que irão colocar os agentes públicos “diante de uma lista de restrições às suas vontades pessoais, como também repousam sobre a ideia de que sujeitos de direito são, necessariamente, agentes moralmente autônomos capazes de interagir com a existência de regras gerais e abstratas e com os processos comunicativos que delas derivam”. (TORRANO, 2016b).

Para Torrano, a segunda razão reside no fato de que a teoria democrática faz com que todos se curvem diante de um fato social empiricamente descritível: “desde o mais humilde vendedor de pipocas até o mais gabaritado pós-doutor em filosofia, os cidadãos de uma sociedade como a brasileira, ao argumentarem de boa-fé, discordam entre si sobre quais são os rumos políticos e éticos adequados para o futuro comunitário”. (TORRANO, 2016b).

Como se pode perceber, Torrano vê nisso tudo um problema, pois, uma vez dada a largada ao processo de *vanguarda iluminista*, não haveria mais espaço, mínimo que seja, “para a noção democrática de respeito às formas do direito”, tanto no que se refere à competência constitucional para realização de grandes inovações legislativas, assim como em relação à necessária submissão a instrumentos de contenção, pois nesse caso, seria o próprio STF que reivindicaria a prerrogativa de “delimitar a extensão de sua própria autoridade, sem

⁴³ STF... (2016).

⁴⁴ Torrano (2016b).

se sujeitar a nenhum limite externo (nem mesmo os limites do texto constitucional)”. (TORRANO, 2016b).

Para Torrano (2016b), a se considerar que o pensamento do ministro Barroso deva ser seguido à risca, estaremos diante de um único critério para “determinar se um caso pode ou não servir como ‘mola moral’ da sociedade: o juízo individual, seletivo e *interna corporis* de ‘cautela, parcimônia e autocontenção’, feito por *ele mesmo* ou, no limite, pelo colegiado da instituição jurídica que integra — o Supremo Tribunal Federal”. (TORRANO, 2016b, grifos do autor).

Adverte, por outro lado, Torrano (2016b) que se a pretensão do ministro Barroso for levada realmente a sério, a tendência do cenário é piorar, visto que não há elementos minimamente suficientes de previsibilidade para definir o conteúdo material da vaga expressão “progresso moral”, visto que diferentes magistrados, com diferentes pontos de vista e concepções pessoais de justiça, ao argumento de dar um empurrãozinho na sociedade em direção aos avanços civilizatórios, poderão facilmente manipular a expressão, conferindo-lhe o sentido que entender conveniente, gerando, assim, consequências as mais diversas possíveis e conflitantes entre si, espectro esse que pode variar “desde o moralmente próspero reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar até a perigosa violação de direitos e garantias fundamentais em casos penais permeados por forte clamor público de punição”. (TORRANO, 2016b)⁴⁵.

Tratando do mesmo tema em outro artigo mais elaborado, Torrano (2015a) sustenta que a tese da *vanguarda iluminista* está assentada em crenças e abstrações no mínimo problemáticas, com as quais não se pode concordar, mormente quando, pelo menos em duas delas, parte-se do pressuposto de que os ministros do Supremo seriam dotados de uma capacidade cognitiva privilegiada que não encontra parêntese na experiência mundana. Por essa razão, os atos visando a “empurrar a história” estariam, pura e simplesmente, legitimados.

Lembra ainda Torrano (2016b) que a ideia da “vanguarda iluminista” tem assento em crenças problemáticas, num primeiro momento pelo fato de se supor que o STF seria composto apenas, ou pelo menos na sua maioria, “por indivíduos cuja erudição, conhecimento de fatos relevantes e maturidade ética legitimam a tomada de uma postura ativa de educação cívica”. (TORRANO, 2015a). A segunda crença reside na presunção de “superioridade absoluta do conhecimento especial [...] adquirido por magistrados nas faculdades de direito

⁴⁵ A discussão em torno da prisão logo após a confirmação da condenação em segunda instância, e não somente após o trânsito em julgado, contrariando, portanto, expressa previsão constitucional, é um exemplo típico nesse sentido.

em detrimento do conhecimento mundano [...] difundido na experiência de milhões de indivíduos e canalizados pela participação política em grandes assembleias de representantes do povo”. (TORRANO, 2015a). Por fim, num terceiro aspecto, se “presume que o mundo é um ambiente geralmente receptivo às vontades de mudanças “cima-baixo” de uma cúpula estatal centralizada”. (TORRANO, 2015a).

Para Torrano (2015a) não há como concordar com as abstrações nas quais se sustenta a tese da vanguarda iluminista, justamente pelo fato de que, ao desenvolver um estudo sobre o ativismo judicial – e, há de se convir, o que a proposta iluminista pretende, ao fim e ao cabo, é justificar uma postura ativista⁴⁶ –, deve-se realizar exatamente aquilo que o Ministro Barroso não se propõe a fazer, à medida que, dentre outras coisas, não leva a sério o fato de que os juízes estão “sujeitos às mesmas limitações gerais proporcionadas pela constituição neurobiológica do homem”, e “limitados pela realidade externa a seus estados mentais subjetivos”. (TORRANO, 2015a).

O que Torrano (2015a) pretende dizer é que os juízes não são diferentes de seus semelhantes mortais e, como tais, são dotados de certas características, como racionalidade, capacidade cognitiva, altruísmo e força de vontade limitadas. Além disso, as decisões judiciais, assim como toda decisão humana, estão sujeitas a “sentimentos arraigados e a desejos ocasionais e inconstantes, fatores que podem variar dentro de um espectro que vai desde uma noite mal dormida ou refeição malfeita até vaidade, egocentrismo, traumas, convicções familiares, vontade de fama, razões prudenciais, etc”. (TORRANO, 2015a).

Porém, como adverte Torrano (2015a) em nota de rodapé no artigo, uma coisa é admitir que decisões judiciais, porque feitas por seres humanos, estão sujeitas a alguns desvios cognitivos e a influências externas e inevitáveis – o que incluí aí uma preferência pessoal consciente ou não, como até mesmo o café da manhã –, outra bem diferente é dizer (i) que decisões judiciais devem tão somente refletir emoções e reações ocasionalmente vivenciadas pelo magistrado e (ii) que seria impossível e indesejável uma teoria normativa da decisão judicial que possa impor limites ao ato de decidir.

E é nisso que reside a primeira crítica de Torrano (2015a) à tese iluminista:

⁴⁶ Até mesmo porque, como já disse o ministro Barroso (2015), embora pertençam à mesma família, visto que primos, judicialização e ativismo não se confundem: a judicialização “é um fato que decorre de fatores mundiais, potencializados no Brasil por uma constitucionalização abrangente”, ao passo que o ativismo, cujo oposto é a autocontenção, diferentemente, é uma *atitude*, uma vez que “trata-se de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ele está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros Poderes”. (BARROSO, 2016).

Minha primeira crítica, portanto, dirige-se às omissões do método de abordagem de BARROSO e à fragilidade das crenças de que parte sua análise do ativismo judicial. Ao simplesmente ignorar limites e potencialidades humanas e mundanas, a tese da ‘vanguarda iluminista’ sugerida por BARROSO liga-se mais a uma vontade utópica de transformação da sociedade e do estatuto moral do homem por intermédio de ações estatais ‘cima-baixo’ do que à cautela teórica de propor medidas compatíveis com as limitações estabelecidas, de forma incontornável, pelos fatos mundanos. Autores que examinam a desejabilidade do ativismo judicial sem antes colocarem sob escrutínio questões subjacentes como os limites e potencialidades ínsitas à condição humana e à realidade externa não realizam um genuíno raciocínio, e sim um mero rearranjo de seus próprios preconceitos e ideologias.

Em uma das várias oportunidades em que defendeu o papel iluminista do Supremo Tribunal Federal, o ministro Barroso, uma vez questionado sobre quem definiria quais seriam os casos submetidos ao STF em que a razão iluminista deveria prevalecer sobre os preconceitos das massas, respondeu que “essa é uma competência a ser desempenhada com grande cautela, parcimônia e autocontenção”. Essa resposta foi dada em uma conferência na *New York University*, na qual se discutia o papel das cortes constitucionais no mundo contemporâneo, como noticiou o jornal eletrônico *Conjur*⁴⁷.

De acordo com a reportagem da redação do portal jurídico eletrônico, o Ministro deu como exemplo ilustrativo de uma atuação iluminista a decisão da Suprema Corte americana, ao abolir a segregação racial nas escolas públicas, assim como a decisão da Corte Constitucional da África do Sul, que aboliu a pena de morte, acrescentando, ainda, que, no Brasil, se insere como exemplo a decisão do Supremo sobre uniões homoafetivas, como já dito em outra oportunidade⁴⁸.

Pelo visto, o ministro Barroso aposta no privilégio cognitivo iluminado dos ministros que compõem a mais elevada corte do Poder Judiciário brasileiro. O problema é saber como e de que forma essa pretensa autocontenção será exercida. Numa palavra, a questão é saber quem vigiará o vigilante, pois a possibilidade de se irromper em autoritarismo deixa de ser um mero risco para ser quase uma evidência, pois, como vai dizer Torrano, “uma vez iniciado o processo contingente de “vanguarda iluminista”, não há mínimo espaço para a noção democrática de *freios e contrapesos*: O Poder Estatal – no caso, o STF –, iniciou-se na prerrogativa de delimitar a extensão de sua própria autoridade, sem se

⁴⁷ Papeis... (2015).

⁴⁸ Como se demonstrará adiante, Torrano (2015a), no artigo *Contra a ‘função iluminista’ do Supremo Tribunal Federal*, vai criticar o exemplo dado no caso brasileiro, porque Barroso lança mão de falsas simetrias para estabelecer comparações entre as decisões da Suprema Corte dos EUA, da África do Sul e do Brasil.

sujeitar a *nenhum limite externo* (nem mesmo os limites do texto constitucional)”. (TORRANO, 2015a).

Segundo Torrano (2015a), o viés marcadamente subjetivo da *vanguarda iluminista* se encontra devidamente evidenciado em um trecho de uma palestra realizada no Instituto Fernando Henrique Cardoso, conforme noticiado pelo portal jurídico eletrônico *Migalhas Quentes*, na qual, de igual modo, como que repetindo um mantra, o ministro Barroso, dando como exemplo de Iluminismo do Judiciário, cita o caso da gestação de fetos anencefálicos.

Com efeito, Barroso (2015), de modo a justificar a decisão do STF, declarou que apesar da grande reação da sociedade brasileira à interrupção da gestação em geral, “violava a dignidade da mulher obrigá-la a manter até o fim uma gestação inviável”. (BARROSO, 2015). Para o ministro, a rigor, a decisão proferida no caso da interrupção da gestão de fetos anencefálicos não se constituiu extamente em um exemplo típico de vangaurda iluminista, o que poderia ter ocorrido se o tribunal “tivesse acolhido a tese que eu insisti: pode interromper a gestação em nome do direito fundamental da mulher à liberdade reprodutiva. Este teria sido o verdadeiro avanço. Mas o Tribunal não estava preparado para ir tão longe”. (BARROSO, 2015).

A julgar pela postura do Ministro Barroso, pode-se afirmar que nem todos percebem ou admitem que os sentidos devem ser compartilhados. Há quem ache que os sentidos possam e devam ser privados, defendendo, inclusive – de modo a atender uma finalidade utilitarista –, a necessidade de se dar um empurrãozinho na história. E ainda há uma agravante: o risco, sempre presente, do ideário iluminista proposto viralizar, no sentido de se espriar por todos os membros do Poder Judiciário, como adverte Torrano (2015a), ao dizer que, sem qualquer tipo de controle, a “vanguarda iluminista” proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso instiga o Supremo Tribunal Federal, podendo arrastar com ele todo o Poder Judiciário “a arrogar para si, de tempos em tempos, um papel de fiscal da moralidade pública, selecionando casos paradigmáticos que podem servir como ‘impulso moral’ da sociedade na direção do ‘progresso’”, pois ela pressupõe “uma visão ampliativa das capacidades humanas e restritiva das limitações externas a seus estados mentais subjetivos”, depositando, via de consequência, “extrema confiança nos Ministros atuais e futuros”. (TORRANO, 2015a).

Mas não é só. Há outra questão não abordada por Torrano e que pode vir a reboque do fenômeno do arrastamento por ele lembrado. Como já visto, o espírito iluminista que se abateu sobre o STF se assenta em alguns pressupostos, dentre eles o de apostar em estados mentais subjetivos, na capacidade cognitiva privilegiada e no papel de guardião da moral dos ministros que compõem a Suprema Corte. E tem como objetivo dar um empurrão na história,

entendendo-se que se trata de um avanço, em direção ao progresso. Não leva em conta, contudo, em caso de se confirmar o alerta de Torrano (o arrastamento do fenômeno por todos os segmentos do Judiciário, afinal, por que somente os juízes do supremo teriam uma capacidade intelectual descomunal?), o risco de alguns efeitos não desejados – algo como efeitos colaterais ou indigestos – e que podem implicar não um progresso, mas, sim, um retrocesso que pode levar de volta a sociedade à Idade Média.

Sim, porque se tudo deságua no mesmo lugar, se o *locus* é a consciência do sujeito intérprete e aplicador do direito, uma vez depositada a confiança indistintamente a todos os juízes, o arrastamento não tem como efeito imediato a garantia de que todos seguirão numa mesma direção, a do progresso, como pretende o Ministro Barroso. É que, uma vez estourada a boiada, se é que é possível semelhante comparação, as consequências virão depois: difícil é controlá-la. Numa palavra: a sociedade pode ser empurrada tanto para um avanço civilizatório como para o retrocesso, calhando o exemplo, dentre outros, da decisão judicial, cujo prolator, fazendo às vezes de crítico de arte, proibiu a exibição de uma peça teatral ao argumento de que a mesma era de extremo “mau gosto”.

Aliás, dependendo da perspectiva que se olhe, não há nem mesmo garantia de que o próprio Supremo Tribunal Federal caminhe numa mesma direção, mesmo porque o ativismo pode ocorrer tanto a bombordo quanto a estibordo. Há até mesmo um exemplo histórico, sempre lembrado por Streck: em nome do ativismo judicial a Suprema Corte americana adotou tanto posturas progressistas como conservadoras.

Perceba-se, então, que a proposta de “vanguarda iluminista” do ministro Barroso para o STF, e o modo como decide a maioria dos juízes no Brasil, são tal como a figura de Janus: uma moeda de dupla face, uma espécie de variação sobre o mesmo tema e que pode ser resumida na expressão atribuída ao ministro: a subjetividade é inevitável.

Dentro de todo esse cenário, é o momento de aqui se indagar: seria a subjetividade, que é uma das manifestações da discricionariedade, uma fatalidade, inexorável? Não há como se sujeitar esses estados mentais subjetivos a algum tipo de limitação?

Para Streck (2017a), Barroso não está sozinho quando diz que a subjetividade é inevitável, mas, sim, na companhia de Kelsen e de Hart, ainda que, para este, se trate de uma discricionariedade moderada, ao se dar o preenchimento da chamada textura aberta. Também na de Alexy e sua ponderação, pois ponderar implica uma escolha⁴⁹ “entre dois princípios a ser resolvido pelo arbítrio do julgador”. (STRECK, 2017a, p. 58).

⁴⁹ A bem da verdade, registre-se, esta é a leitura brasileira da teoria de Robert Alexy, bem resumida na expressão acima, de Lenio Streck. Oportuno também esclarecer que Kelsen não incorpora nenhum elemento moral no

Neste sentido, quando se diz que o intérprete atribui sentido ao texto, isso, segundo o jusfilósofo brasileiro, “nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária, como se texto e norma estivessem separados e, portanto, tivessem ‘existência autônoma’”. (STRECK, 2017a, p. 58).

A propósito, Streck (2017a, p. 60) afirma que, no Brasil, o Ministro Luís Roberto Barroso “pode ser considerado o protagonista de uma incorporação que fragiliza sobretudo a autonomia do Direito, tornando a própria lei e até mesmo a Constituição reféns de discursos corretivos à base de elementos morais, políticos e econômicos, com ênfase na primeira forma”.

E por que Barroso age assim, a ponto de dizer que o Supremo tem o papel de, num lampejo iluminista, empurrar a história? De acordo com Streck, isso ocorre porque o Ministro simboliza um traço forte da dogmática jurídica brasileira, próximo daquilo que pode ser denominado como “elemento decisionístico presente na teoria kelseniana”. (STRECK, 2017a, p. 60).

Nesse sentido, seria possível dizer que a atuação do juiz kelseniano se aproxima da do juiz Barroso, à medida que “ambos concordam em relação ao modo como os juízes julgam – eles consideram que juiz pratica ato de vontade (ou de valor) –, mas discordam na pergunta pelo que é o Direito”. (STRECK, 2017a, p. 60).

Prosseguindo, Streck afirma que, “para Kelsen, o Direito, enquanto ciência, não incorpora nenhum elemento moral; já para Barroso e os neoconstitucionalistas argumentativistas brasileiros, o Direito incorpora, sim, elementos morais”. (STRECK, 2017a, p. 60).

É isso o que vem acontecendo com a aplicação judicial do direito no Brasil, em que, na maioria das vezes⁵⁰, prevalece mais a linguagem privada do que a pública. Muitas vezes, o direito é corrigido por argumentos morais e políticos, quando, em verdade, a decisão judicial deveria ser obedecer a critérios jurídicos, como adverte Streck (2016a) em sua coluna *Senso*

direito, enquanto ciência pura, tanto que, para preservar sua construção teórica, ele fez uma cisão entre ciência do direito e direito. Disso resultou que, para Kelsen, o conceito de interpretação será dividido em dois: interpretação como ato de vontade (razão prática) e interpretação como ato de conhecimento (razão teórica). Nessa última não há lugar para a moral. Na primeira, Kelsen admite que a subjetividade do intérprete é incontrolável, o que, ao fim e ao cabo, implica a criação judicial do próprio direito, desde que dentro da moldura da norma, espaço no qual o juiz poderia se movimentar livremente e, como tal, incorpora elementos morais na sua interpretação. No subitem 5.3.1.1, quando se tratará do problema da discricionariedade judicial em Kelsen, esse tema será retomado. Por outro lado, oportuno registrar também que, como sustenta Streck (2017a), na perspectiva do ministro Barroso e dos adeptos do neoconstitucionalismo brasileiro, o direito incorpora sim elementos morais. Sua proposta de um suposto papel iluminista para o Supremo Tribunal Federal é um exemplo típico disso.

⁵⁰ Para esta e outras situações semelhantes, ver nota de rodapé explicativa nº 5.

Incomum, do *Conjur*⁵¹. Ao responder à indagação que ele próprio formula acerca do que seria o direito, começa dizendo que “quando cada juiz decide que o Direito é do jeito que ele pensa que é”, um bom conceito de Direito é o de que, “*numa democracia, o sistema democrático deve oferecer um critério acerca dos sentidos da lei que sejam publicamente acessíveis, para que, de posse deles, possamos cobrar padrões sociais que sejam vinculantes a todos, sem distinção de raça, cor, sexo, poder etc*”. (STRECK, 2016a, grifos do autor).

Para Streck (2016a), isso significa dizer que deve existir um padrão decisório, que ele denomina de decisão por princípio. O ato de *decidir por decidir* não deve existir, segundo o jurista gaúcho. Ao reverso, deve ser combatido, afirmando-se a necessidade de um Judiciário com um mínimo de racionalidade e a necessidade de que os sentidos da lei não devam ser secretos, razão pela qual as decisões devem ser coerentes e íntegras, no sentido de que juízes e tribunais obriguem-se a seguir um padrão constitucionalmente correto, que deve ser espriado perante todos os órgãos do Judiciário, vinculando, assim, todos os juízes. Afinal de contas, o grande inimigo da coerência e da integridade é o ato de decidir que lança mão de argumentos morais ou de cunho subjetivo. Não se quer, com isso, defender a ideia de um direito isento da moral, mas que a filtre, e que não que seja por ela filtrado, querendo, dizer, com isso, “que não é a apreciação moral do juiz ou tribunal que deve corrigir ou torcer o conteúdo mínimo da lei”. (STRECK, 2016a).

De fato, os sintomas do hábito de torcer, minimizar a importância do comando legal e até mesmo ir contra ele estão presentes em duas decisões do próprio ministro Luís Roberto Barroso e que, particularmente, fazem tábula rasa da necessidade de se detalhar as condições em que uma decisão judicial se considera fundamentada, tal como estabelecido no art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, de acordo com o inciso V do parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC, “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Todavia, nem bem passado mais de um ano de vigência do CPC de 2015, que já virou um frangalho, segundo Streck (2016b)⁵², uma vez que, não raro, já surgem decisões que

⁵¹ Streck (2016a).

⁵² A afirmação de Streck consta do artigo publicado na coluna *Senso Incomum*, do *Consultor Jurídico*, em 22.12.2016, denominado *O ano da submissão final do Direito: só a vergonha nos libertará*. (STRECK, 2016b).

ignoram solenemente o indigitado inciso. O exemplo vem de cima, como se constata das decisões abaixo, uma dentre tantas, da lavra do ministro Barroso:

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO – Relator
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.068.044 (987)
 ORIGEM: 71006323737 - TURMA RECURSAL DE JUIZADOS
 ESPECIAIS ESTADUAIS
 PROCED.: RIO GRANDE DO SUL
 RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO
 RECTE. (S): INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO
 GRANDE DO SUL - IPERGS
 PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO
 GRANDE DO SUL
 RECDO. (A/S): JANETE CABRAL CECIN
 ADV.(A/S): JO O RODRIGO DA LUZ (97583/RS)
 ADV.(A/S): MARCELA PACHECO TALLEYRAND FERREIRA (91973/
 RS)
 DECISÃO:
 Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento ao recurso
 extraordinário.
 A decisão agravada está correta e alinhada aos precedentes firmados por esta
 Corte.
 Diante do exposto, com base no art. 932, IV VIII, c/c o art.1.042,§ 5º, do
 CPC/2015 e no art.21, § 1º, do RI/STF, nego provimento ao recurso. Nos
 termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da
 verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85,
 §§ 2º e 3º, do CPC/2015.
 Publique-se.
 Brasília, 28 de agosto de 2017⁵³.

Em outra decisão, dessa vez de um juiz de primeiro grau, o magistrado, ao argumento de evitar tautologia, simplesmente copiou e colou uma sentença de um colega a título de fundamentação: “Para evitar a tautologia, adoto o seguinte da sentença do processo nº 001.110.03175865, da 11ª Vara da Fazenda Pública, Juiz Maurício Alves Duarte, julgado em 21 de setembro de 2011, senão vejamos [...]”⁵⁴.

A referida sentença, por óbvio, foi anulada por ausência de fundamentação pela turma recursal, de cujo voto consta o seguinte trecho:

No caso dos autos, em concreto, contudo, a sentença copia, transcreve e reproduz integral e totalmente uma outra sentença estranha à causa, adotando-a como razões de decidir. O magistrado ‘sentenciante’, respeitadamente, não entregou às partes a tutela judicial perseguida, pois se limitou a copiar totalmente outra decisão que não é sua e não se ajustava com perfeição ao caso telado, não obstante, adotou como julgamento. Na prática, apenas duas linhas foram incorporadas, justamente aquela que diz

⁵³ Brasil (2017).

⁵⁴ A íntegra da sentença. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

que a ação é improcedente. De resto, a sentença é cópia de outra decisão de outro processo⁵⁵.

Aliás, quando o assunto é o Código de Processo Civil de 2015, para que se tenha uma ideia da dimensão do problema, basta dizer que, desde sua aprovação definitiva – e até o início da entrada em vigor –, o que inclui o período em que passou aguardando a sanção presidencial e o de vacância, passou a ser alvo de resistência quanto à sua aplicação, processo que se estende até hoje, depois de passados mais de três anos de sua vigência.

De fato, mesmo antes de o atual CPC entrar em vigor⁵⁶, de forma antecipada, surgiram as mais variadas resistências à sua estrita observância, desde a pregação pura e simples da não aplicação à ampliação do prazo de vacância. Como já afirmado, um dos principais alvos da resistência antecipada veio a ser o dispositivo que detalha a fundamentação das decisões judiciais. Antes mesmo da sanção presidencial, vozes autorizadas defenderam a necessidade de vetá-lo. Como a referida pretensão resultou frustrada, novos ataques foram engendrados, com o argumento de que o mencionado dispositivo legal não se aplica aos processos submetidos à Justiça do Trabalho⁵⁷ e nem aos Juizados Especiais⁵⁸, sem dizer daquele que lhe atribui a pecha de inconstitucionalidade.

⁵⁵ A íntegra do acórdão. (RIO GRANDE DO SUL, 2017). E veja-se que não obstante anule a sentença por ausência de fundamentação, as razões do voto se assentam em fundamentos que não deixam de ser uma mostra de que as decisões judiciais ainda estão presas à filosofia da consciência. É o que se constata do seguinte trecho: “O desiderato, então, é ouvir o Juiz da causa, nominado como Juiz Natural, a respeito do conflito de interesse materializado nos autos, o que *ele pensa*, o que colheu da instrução probatória e o que *ele sente em torno do litígio*. Espera-se, então, uma decisão do juiz da causa, *justamente por isso sentença advém do latim, que significa sentire, isto é, o sentimento do juiz sobre o litígio*”. (Grifos nossos).

⁵⁶ O prazo de vacância, nos termos do artigo 1.045, da Lei 13.105/2015, foi de um ano a contar de sua publicação, que ocorreu em 17.03.2015.

⁵⁷ Nos termos do art. 15 do CPC, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Em matéria de fundamentação das decisões judiciais, a CLT, no artigo 832, de forma singela, diz apenas “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”. Que fundamentação é essa, ou em que ela consiste, a CLT não diz. Assim como não dizia o CPC de 1973. Decerto que não poderá ser qualquer fundamentação, caso contrário, a garantia constitucional do art. 93, IX, não estaria sendo rigorosamente observada, tampouco haveria necessidade de detalhamento. Disso resulta que uma decisão só será considerada devidamente fundamentada se atendidas as exigências do art. 489, § 1º do CPC, condição de possibilidade para que o intérprete possa compreender o compreendido, ou seja, o que ocorre na prática quando ele puder estabelecer uma conexão direta entre a decisão judicial nos termos do referido dispositivo legal e o comando constitucional do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Numa última palavra: quando a decisão puder ser confirmada na própria Constituição. Esse mesmo processo de produção de sentido não ocorre quando se estabelece a relação entre o artigo 832 da CLT e o artigo 93, IX, da Constituição, dada a sua singeleza e omissão, daí porque o dispositivo legal do novel processo civil deverá ser aplicado subsidiária e supletivamente no processo trabalhista, questão que será retomada no quarto capítulo, subitem 6.2.3.3, adiante.

⁵⁸ Durante seminário intitulado “O Poder Judiciário e o novo CPC”, realizado no período de 26 a 28 de agosto de 2015, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-ENFAM aprovou 62 enunciados que, teoricamente, servirão pra orientar a magistratura nacional na aplicação do Código de Processo Civil, de 2015 antes mesmo de sua entrada em vigor. Dentre eles, consta o Enunciado 47, cujo teor é o seguinte: “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados judiciais”.

O presente estudo, como será demonstrado nos capítulos seguintes, especialmente no capítulo 4, no qual o tema da resistência será retomado e aprofundado, pretende investigar a origem e as razões das objeções ao dever de fundamentar as decisões judiciais, ciente de que a superação das resistências pressupõe o enfrentamento dos desafios e a defesa da plena aplicação da fundamentação judicial detalhada estabelecida no CPC de 2015, que contribui para conferir força normativa e máxima eficácia à norma constitucional prevista no art. 93, IX.

No desenvolvimento deste estudo, será demonstrado que essa postura é compreensível se analisada na perspectiva de um modelo de juiz, assim como de sua decisão, ainda preso aos paradigmas da metafísica moderna (que pressupõe o ato judicial como produto de um sujeito iluminado, que só deve obediência à sua própria consciência). Por outro lado, é incompreensível, se analisada a questão à luz do giro ontológico-linguístico⁵⁹ pelo qual passou a filosofia, sem dizer do modelo de Estado Democrático de Direito. Não se justifica, pois, o fato do direito, em especial no que diz respeito à interpretação judicial, se manter refratário a essa mudança de paradigma, mesmo diante do atual Código de Processo Civil. Enfim, as resistências ao dever de fundamentar, no fundo, são uma questão de paradigma. É por isso que elas podem ser compreendidas ou não. Isso vai depender do paradigma filosófico adotado como perspectiva.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 incorpora a ideia do Processo Jurisdicional Democrático, o que pressupõe um contraditório qualificado, do qual é corolário o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais. Isso, no mínimo, é uma questão de democracia, pois somente a partir de uma fundamentação completa e satisfatória

⁵⁹ Trata-se de um fenômeno ocorrido na filosofia e que tem a ver com o papel que a linguagem ocupou e ocupa na tradição filosófica ocidental. Por giro ontológico linguístico deve ser entendido o ponto culminante de um movimento no qual a filosofia será invadida pela linguagem, sendo que a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se coloca entre o sujeito e objeto (um instrumento, um veículo). De coadjuvante passa a assumir a papel de protagonista, isto é, a condição para que seja possível a produção do sentido de algo, questão central da filosofia, a ponto de reivindicar a pretensão de ser “a filosofia primeira”. (OLIVEIRA, 2006, p. 13). Diz-se que se trata de um *giro* (ou viragem, reviravolta) porque a reflexão sobre a linguagem sofre um deslocamento radical de uma posição para outra diametralmente oposta. Esse movimento, como anota Oliveira (2006), começa na Grécia antiga, provavelmente no ano de 388 a. C. com *Crátilo*, um escrito de Platão (2012), e se estende até o século XX, quando se dá a virada da filosofia na direção da linguagem. Para esse deslocamento, contribuíram, dentre outros, o segundo Wittgenstein (reviravolta pragmática), Heidegger (para quem não há nada que o homem faça sem a mediação da linguagem) até sua consumação final com Gadamer, a partir de quando a linguagem passa a ser tanto o meio quanto o objeto de experiência hermenêutica, constituindo-se na base ontológica para a experiência hermenêutica, uma vez que ela é o meio e o objeto da compreensão simultaneamente. (SCHIMIDT, 2012). Noutro modo de dizer: tanto se expressa pela linguagem o processo da compreensão como o seu próprio objeto, igualmente linguístico. É esse sentido que pode ser entendido o famoso adágio gadameriano: “Ser que pode ser compreendido é linguagem”. Por fim, diz-se também que a viragem linguística é *ontológica* porque, como anota Oliveira, “a nova ontologia é uma ontologia da linguagem, da linguagem das coisas, que quer ser ouvida assim como as coisas vêm à palavra” (OLIVEIRA, 2006, p. 248), movimento que começa em Heidegger (2012) com sua hermenêutica da facticidade e completa seu ciclo em Gadamer (2013), para quem a linguagem é a luz do próprio ser, é o que permite conhecer o ser das coisas.

de suas decisões é que os juízes se legitimam perante a sociedade – sem dizer que a fundamentação suficiente demonstra que as partes foram ouvidas e influenciaram na construção da decisão judicial, que deve ser um ato participado, e não enclausurado.

Esses, pois, são os contornos delimitadores do estudo que se pretende desenvolver. É contra esse estado da arte que se insurgirá a pesquisa, centrada na defesa de que o estrito cumprimento do dever de fundamentação é uma questão de democracia. É essa compreensão a que parcela da magistratura é refratária, sendo contra a aplicação do art. 489, § 1º do CPC porque ainda não se deu conta disso, o que somente ocorrerá na medida em que o juiz, no ato de julgar, se afaste ou, no mínimo, suspenda os pré-juízos inautênticos, herdados da tradição⁶⁰.

Trata-se ao fim e ao cabo, de cumprir a lei ou, como sugere Torrano (2015b) no sugestivo título de seu livro, é uma questão de “democracia e respeito à lei”. E, como Streck vem incansavelmente repetindo⁶¹, existem somente seis hipóteses pelas quais o Judiciário, em tese, pode deixar de aplicar a lei. Não se fazendo presente nenhuma delas, em conjunto ou isoladamente, a obrigação do juiz é aplicar a lei, seja ela boa ou não. “Se a lei não é ‘boa’ – ou seja, se a lei não ‘bate’ com o que o juiz pensa –, ele deve mudar de profissão. Ele não é o superego da sociedade nem corretor do parlamento”. (STRECK, 2016a).

Em verdade, tudo indica que não se trata de uma cisma apenas com o CPC, quando se fala em matéria de resistência ao cumprimento da lei. De um modo geral, como lembrou Grau (2016a), os juízes estão fazendo suas próprias leis. E a proposta do ministro Barroso, que confere ao STF o papel de “vanguarda iluminista”, pode ser compreendida dentro desse contexto. Para a história acontecer, em determinadas circunstâncias, ela precisaria de um empurrão. Nem que isso, no limite, venha a representar um ato criacional, como se juízes fossem deuses ou, no mínimo, iluministas, pois privilegiados cognitivamente.

⁶⁰ Com o iluminismo, e a partir de Descartes, se apostou no método e numa simples operação subjetiva para se alcançar a verdade. Tudo que não fosse pautado pela razão não tinha valor algum, tendo o conhecimento racional primazia sobre qualquer outro, inclusive sobre os herdados pela tradição. Nesse sentido, a compreensão seria inteiramente desprovida de compreensões pré-existentes (pré-juízos). A cruzada do iluminismo fundava-se na ideia de que somente se pode reconhecer como verdadeiro aquilo que foi fundado na razão com base em uma primeira certeza, princípio esse que leva o iluminismo a desprezar todo o conhecimento fundado na tradição e na autoridade. (GRONDIN, 2012). Gadamer (2013) será o responsável pelo resgate da tradição, bem como dos pré-juízos e da autoridade e para esse fim vai sustentar que não há como apreender uma realidade fora do tempo e do espaço em que se vive, enfim, fora da tradição em que os sujeitos estão envolvidos (numa ideia de contexto, de historicidade). O ato de interpretação nunca está desligado do passado, pois é a tradição que nos oferece a estrutura prévia da compreensão, que é o primeiro passo para a compreensão. Nesse sentido, admitir a tradição na interpretação é reconhecer que não se pode viver, pensar, compreender como um ser isolado, uma vez que a interpretação está baseada em um mundo comum compartilhado, ou seja, na tradição, em decorrência do que a compreensão acontecerá na mediação entre o presente e o passado.

⁶¹ Por todas as obras, veja-se: Streck (2013).

Muito se tem dito, sendo Streck o mais significativo corifeu, que as decisões judiciais hoje no Brasil oscilam entre objetivismos e subjetivismos. Em boa parte das vezes, as duas posturas podem ser encontradas ao mesmo tempo, numa espécie de mixagem. Isso sem dizer que, noutras situações, determinadas posturas objetivistas não passam de álibis encobridores da uma postura subjetivista. Como exemplos, cite-se o caso dos dois juízes do Trabalho, que suspenderam a realização de uma audiência. O primeiro, porque um trabalhador, autor da ação, portava chinelos deixando à mostra os dedos dos pés. O segundo, porque o advogado de uma das partes não estava usando gravata. Os argumentos invocados foram os mais bizarros possíveis. No primeiro caso, a decisão fundamentou-se na proteção da dignidade do Poder Judiciário, que estaria sendo supostamente violada pelas sandálias franciscanas do trabalhador. No segundo caso, o juiz se justificou dizendo que era escravo da lei, no caso, a lei que ele próprio criou, dado que não se tem notícia de lei que obrigue um advogado a usar gravata numa audiência. No fundo, o que pretendiam mesmo os magistrados era fazer valer a convicção pessoal do sentido de dignidade do Judiciário e do traje adequado a ser usado por um advogado em audiência.

É possível também que a resposta seja oferecida pela psicanálise: talvez porque ainda não se recuperaram do trauma de terem sido escravos da lei, hoje os juízes querem ser os donos; querem uma lei para chamar de sua. Tratando-se ou não de uma questão relacionada com a psicanálise, uma coisa é certa: o fato é que as decisões, no fundo, expressam a filiação a alguma espécie de paradigma, que Stein (2004) vai chamar de *standard* de racionalidade.

Tudo seria então uma questão de paradigmas. Somente refletindo a partir de uma perspectiva paradigmática é que se pode fazer um raio-x de um dos temas que mais angustia a teoria do direito no Brasil: sua aplicação judicial. Sem essa reflexão, não será possível obter o diagnóstico mais preciso possível do estado de natureza hermenêutico da interpretação judicial do direito brasileiro.

Numa palavra final, pra encerrar essa parte e, em certa medida, antecipando um dos resultados da pesquisa, tal como consta do capítulo 4: as resistências ao atual Código de Processo Civil – não somente a ele, mas à própria lei e à Constituição, de um modo geral –, sobretudo, aquelas contrárias ou que contribuem para a fragilização da eficácia do artigo 489, § 1º, somente podem ser compreendidas à luz de determinados paradigmas filosóficos. É o que se demonstrará a seguir.

2.1 Decisão Judicial e Paradigmas

No mundo da vida, seria possível fugir dos paradigmas filosóficos? Streck (2017a, p. 165) diz que não. Dizendo de outro modo: seria a filosofia uma condição de possibilidade para se estar no mundo, ou ela deve ser vista apenas como um mero ornamento, um artigo de perfumaria? Trazendo a questão para o âmbito jurídico e *no* direito, pode-se dizer que a “filosofia é condição de possibilidade” para se falar sobre o direito, como sustenta Streck. Quer ele dizer, com isso, que os avanços da filosofia não podem ser ignorados pela filosofia do direito. (STRECK, 2017a, p. 195).

É o que defende Streck (2017b) quando, ao parafrasear Ernildo Stein, afirma que “a filosofia não pode ser utilizada ornamentalmente, como uma capa de sentido com o simples objetivo de conferir elegância e legitimidade ao texto”. Para Streck, a filosofia é um *standard* de racionalidade para a filosofia do direito e fazer filosofia *no* direito⁶² “significa admitir que os problemas colocados pela filosofia sobre o mundo em geral também têm repercussões sobre o direito, não sendo possível aceitar que um paradigma filosófico superado ‘valha’ no direito, embora seja amplamente refutado fora dele”. (STRECK, 2017b, p. 191-192).

Para Streck, “temos que aceitar que certas questões filosóficas têm repercussão no direito, e que não é possível fazer direito ou filosofia do direito ignorando esses problemas. Isso se chama ‘falar a partir de paradigmas filosóficos’”⁶³, e fazer filosofia *no* direito é algo profundo e sofisticado. Ainda, “sem apelar ou nos sustentarmos na noção de paradigma, não conseguimos fazer uma adequada crítica aos problemas contemporâneos da teoria do direito”. (STRECK, 2017b, p. 192).

Enfim, o que Streck sustenta é que uma teoria de direito que se pretende crítica “não pode estar alienada do papel da filosofia na interpretação/compreensão do mundo”, querendo, à evidência, dizer com isso que “o papel da filosofia no direito é muito mais abrangente – é paradigmático”, de fundo mesmo. (STRECK, 2017b, p. 195).

E finaliza afirmando que “não há nada de estranho pensar o mundo, donde o direito é apenas uma parte, a partir de certos paradigmas filosóficos”, pois são eles que sustentam os discursos, inclusive o jurídico. Daí porque “dar-se conta disso é fundamental para qualquer filosofia do direito”. (STRECK, 2017b, p. 196).

⁶² A expressão “filosofia no direito” é atribuída a Streck (2017b, p. 191), que sustenta que, para fazer filosofia *do* direito, é preciso primeiro que se reconheça a influência da filosofia *no* direito.

⁶³ Adiante, investigar-se-á o sentido de *paradigma*.

Noutro modo de dizer, quando um juiz julga, subjacente a esse ato, nas entrelinhas, reside uma base filosófica. É nessa raia que ele se movimenta, pois, como sugere Streck (2017b), não haveria uma justificativa racional para o direito blindar-se em relação aos paradigmas, razão pela qual qualquer análise das posturas decisionistas de juízes e tribunais fica prejudicada se o observador não considerar o que está por trás delas (que pode ser tanto o sujeito da modernidade movido pelos seus estados mentais subjetivos ou um sujeito assujeitado pelo objeto, que acredita na essencialidade das coisas, tal como na metafísica clássica).

Nessa linha de raciocínio, Streck (2017b), utilizando como exemplo o *livre convencimento* e a *livre apreciação da prova*, sob a forma de indagação, conclui não ser possível a qualquer crítico do direito ou ao próprio juiz continuar na defesa das duas categorias jurídicas, sem estabelecer qualquer relação com os paradigmas filosóficos, visto que toda a questão se resume em saber se, afinal, o direito pode ser ou não trabalhado longe da filosofia.

A par disso, Streck (2017b) lembra que muito se tem criticado a dogmática jurídica e o estado da arte da teoria do direito, o que se tem feito de vários modos, da mesma forma que muitas obras se dedicam a criticar as teses de Robert Alexy e, muito mais, o positivismo jurídico. Mas há um problema: raras são aquelas que atacam aquilo que, no seu entender, seria o verdadeiro problema: a “questão dos paradigmas filosóficos” (STRECK, 2017b, p. 57), “porque” – segundo ele – “o problema é sempre filosófico. É de paradigma”. (STRECK, 2017b, p. 79).

A questão é de enquadramento ou não. Posturas decisionistas ou voluntaristas devem ser enquadradas filosoficamente, no sentido de se saber se pertencem a este ou àquele paradigma.

Eis, portanto, o que Streck (2017b) sustenta de forma conclusiva: uma teoria crítica do direito não pode ignorar os paradigmas filosóficos. Não se pode fazer teoria ou crítica ao direito sem os paradigmas. Afinal, o direito não estaria blindado em relação aos paradigmas, questão que assume foros de maior importância e gravidade, acrescenta-se, quando o assunto é a aplicação judicial do direito.

Mas o que é isto, um paradigma? Quando e como se dá a descoberta de um novo paradigma? Qual a importância dos paradigmas filosóficos? É do que se tratará em seguida.

2.2 Questão Prévia: o significado de um paradigma

Se alguém perguntasse qual foi o paradigma jurídico predominante no final do século XVIII, certamente a resposta seria: positivismo jurídico. Mas como é possível se chegar à semelhante conclusão? Para responder a essa pergunta, existe uma questão anterior que precisa igualmente ser respondida: o que é um paradigma?

De acordo com Morin (2011), o sentido do termo, na sua origem grega, em Platão, oscilou entre a ideia de exemplificação de modelo ou de regra, ao passo que, para Aristóteles⁶⁴, “o paradigma é o argumento que, baseado em um exemplo, destina-se a ser generalizado”. (MORIN, 2011, p. 262).

Segundo Morin, a palavra paradigma, que antes estava ligada a um sentido especializado em linguagem estrutural, “adquiriu um sentido de vulgata, bastante afastado do da linguística estrutural, no vocabulário das ideias e debates científicos anglo-saxões”, de tal forma que hoje tanto pode designar um princípio, uma regra geral ou um modelo, assim como “o conjunto de representações, crenças, ideais que se ilustram de maneira exemplar ou que ilustram casos exemplares”. (MORIN, 2011, p. 262-263).

Morin anota que se atribui a Kuhn (2017), autor de *A estrutura das revoluções científicas* (2017), a importância decisiva que se conferiu à noção de paradigma, obra em que se retomou, de maneira muito particular, ressalta, “a ideia de que o conhecimento científico não é pura e simples acumulação de saberes e que o modo de conceber, formular e organizar as teorias científicas era comandado e controlado por postulados ou pressupostos ocultos”. (MORIN, 2011, p. 263). Segundo ele, a originalidade de Kuhn consistiu em detectar, “sob os pressupostos ou postulados, um fundo coletivo de evidências escondidas e imperativas⁶⁵, que

⁶⁴No ensaio introdutório à edição de 50 anos da primeira publicação de *A estrutura das revoluções científicas*, de (2017) Kuhn e Hacking (2017, p. 22) anota que “a palavra grega *parádeigma* desempenhou uma parte importante na teoria do argumento de Aristóteles, especialmente na *Retórica*. Esse livro aborda o argumento prático entre duas partes, um orador e uma audiência, que compartilham de um grande número de crenças que dificilmente precisam de explicações. Nas tradições inglesas, o ancestral de nossa palavra *paradigma* é usualmente vertido pelo vocábulo *exemplo*, mas Aristóteles aludia a algo que se parece mais ao termo *exemplar*, isto é, o melhor e o mais instrutivo exemplo. Ele pensava que havia dois tipos básicos de argumentos. Uma espécie de argumento é essencialmente dedutiva, mas com muitas premissas subjacentes. A outra era essencialmente analógica”. (HACKING, 2017, p. 22).

⁶⁵Nesse sentido, não seria temerário dizer, apenas a título de exemplo, que quando o juiz, numa decisão, diz que decide conforme sua consciência ou seu senso pessoal de justiça, o que se esconde por trás desse enunciado e tem caráter imperativo é a vontade de poder assujeitadora do objeto de estudo, numa palavra: ele está falando a partir do paradigma da subjetividade ou da metafísica moderna, ainda que não se dê conta disso. Nisso, não há nenhum mal em si. A postura guarda coerência com o paradigma no qual ele se movimenta. A questão é saber se em plena era de pós-modernidade, e sob o pálio de outro paradigma (o da intersubjetividade), ainda se pode apostar na consciência do juiz, sob argumento de ou no pressuposto de que o julgador é um ser privilegiado e único se comparados com outros mortais. Para além disso, é preciso analisar quais as consequências dessa aposta para a autonomia do direito.

denominou de paradigmas, e em sustentar que as grandes transformações nas histórias das ciências eram constituídas por revoluções paradigmáticas”. (MORIN, 2011, p. 263).

O pensador francês destaca também uma diferença em relação ao sentido de paradigma entre a primeira e a segunda edição de *A estrutura das revoluções científicas*. Segundo ele, na primeira edição, “o paradigma será constituído pelas ‘descobertas científicas universalmente reconhecidas, as quais, durante algum tempo, fornecem a um grupo de pesquisadores problemas padrão e soluções’”; já na segunda edição, ocorre um deslocamento, quando, então, “o paradigma adquire um sentido sociologizado e torna-se ‘o conjunto das crenças, dos valores reconhecidos e das técnicas comuns aos membros de um determinado grupo’” (MORIN, 2011, p. 263), vendo nisso um problema.

De acordo com Morin, “Kuhn deu ao termo “paradigma” um sentido ao mesmo tempo forte e vago. Forte, pois o paradigma tem valor radical de orientação metodológica, de esquemas fundamentais de papel central, detendo assim um poder dominador sobre as teorias”. (MORIN, 2011, p. 263). Todavia, lembra Morin (2011) que, diante da vagueza, oscilante entre diversos sentidos, após o efeito de várias críticas a respeito da imprecisão do termo *paradigma*, “Kuhn, depois de ter tentado localizá-lo ou baseá-lo socioculturalmente, parece ter-se decidido abandoná-lo”. (MORIN, 2011, p. 263).

De fato, o próprio Kuhn no posfácio da edição de 1969, que é reproduzido na edição que comemora os 50 anos de *A estrutura das revoluções científicas*, reconheceu que perdeu o controle do sentido da expressão paradigma, deixando isso claro em dois momentos distintos, o primeiro logo no início, quando admite que “muitas das dificuldades-chave do meu texto original agrupam-se em torno do conceito de paradigma” (KUHN, 2017, p. 280), e o segundo quando vai dizer que “o paradigma, enquanto exemplo compartilhado, é o aspecto central daquilo que atualmente me parece ser o elemento mais novo e menos compreendido deste livro”. (KUHN, 2017, p. 296).

No ensaio introdutório da edição comemorativa de cinquenta anos da primeira publicação, Hacking (2017, p. 22) lembra que, na mesma página do posfácio em que admite os mal-entendidos em torno da expressão paradigma, Kuhn “sugere o termo *exemplo* como um substituto de paradigma”, isso sem dizer que, em ensaio anterior ao pós-escrito de 1969, sete anos após a primeira edição⁶⁶, “admitiu ter ‘perdido o controle do vocábulo’” a ponto de tê-lo abandonado no correr da vida, fato que não impede a ideia de restaurá-lo à concepção

⁶⁶ A primeira publicação ocorreu em 1962.

original, depois de cinquenta anos de publicação da obra e de muita poeira assentada. (HACKING, 2017, p. 22).

Com efeito, Hacking (2017, p. 22), destaca que logo após a publicação do livro, os leitores se queixaram da variedade de significados conferida à expressão, tanto que foram encontrados pelo menos 21 (vinte e um) sentidos diferentes atribuídos ao termo por Kuhn, o que fez com que ele, em um ensaio acerca do tema, distinguisse o que denominou de dois empregos básicos do termo paradigma, um no sentido “global” e outro no sentido “local”, este a opção original, muito embora, mais tarde, Kuhn tenha desistido de tentar resgatar o seu sentido original.

Hacking (2017, p. 23) acredita que no ano de 1974, quando Kuhn se desiluiu da possibilidade de resgatar o sentido original da expressão, a impossibilidade de recapturar a palavra *paradigma* para o seu uso original possa ter sido verdadeira, o que não ocorre nos dias de hoje, no quinquagésimo aniversário da obra. Para Hacking (2017), atualmente é plenamente possível retornar ao uso pretendido no ano (1962) de sua publicação original.

Essa parece ser a mesma percepção de Morin (2011) quando diz que as críticas acerca da insuficiência e da imprecisão da noção de paradigma em Kuhn não podem ser vistas apenas como uma inconsistência no pensamento kuhniano, mas, também, talvez o mais relevante, acrescente-se, como a dificuldade de se refletir sobre o significado da expressão paradigma, que, num primeiro momento, pode se revelar obscurecido, mas que, depois, cede e se desvanece quando “se mergulhar no caráter primeiro, fundador, nuclear”. Para ele, “trata-se de uma noção que não sabemos nem realmente isolar, nem conectar verdadeiramente com a linguagem, com a lógica, com o espírito humano, com a cultura [...]”. (MORIN, 2011, p. 263).

Não obstante, Morin (2011) propõe uma formulação para o sentido de paradigma ao afirmar que um determinado paradigma contém, se considerados todos os discursos que se realizam sob seu comando, “os conceitos fundamentais ou as categorias-mestras de inteligibilidade, ao mesmo tempo que o tipo de relações lógicas de atração/repulsão (conjunção, disjunção, implicação ou outras) entres esses conceitos e categorias”. (MORIN, 2011, p. 265).

Disso decorre, conclui Morin (2011) – e aqui se chama atenção para o fato de que, sem maiores dificuldades, pode-se estabelecer uma aproximação com o que ocorre no direito, mormente com o modo de agir do seu principal intérprete, o juiz – , que “os indivíduos conhecem, pensam e agem conforme os paradigmas neles inscritos culturalmente. Os sistemas de ideias são radicalmente organizados em virtude dos paradigmas”. (MORIN, 2011, p. 265). Nesse sentido, um estudo sistematizado no direito, que tenha como tema a racionalidade das

decisões judiciais, pode identificar nelas e nas posturas dos intérpretes judiciais os paradigmas filosóficos a que se encontram vinculados, ainda que não se deem conta disso. Afinal, ao fim e ao cabo, tudo é, como diz Streck, uma questão de paradigma.

Objetivando quebrar analiticamente a definição de paradigma, Morin (2011, p. 265, grifos do autor) prossegue:

Essa definição de paradigma caracteriza-se ao mesmo tempo por ser semântica, lógica e ideo-lógica. Semanticamente, o paradigma determina a inteligibilidade e dá sentido. Logicamente, determina as operações lógicas centrais. Ideo logicamente, é o princípio primeiro de associação, eliminação, seleção, que determina as condições de organização das ideias. É em virtude desse triplo sentido⁶⁷ generativo e organizacional que o paradigma orienta, governa, controla a organização dos raciocínios individuais e dos sistemas de ideias que lhe obedecem.

Acerca da função desempenhada pelo paradigma, Morin (2011) vai falar do papel subterrâneo e soberano que exerce o paradigma em toda teoria, doutrina ou ideologia. De acordo com Morin (2011, p. 268), o paradigma “é o princípio da coesão/coerência do núcleo que estabelece os conceitos intrínsecos do sistema de ideias, hierarquiza-os, dispõem-nos em constelação, fornece-lhes a articulação lógica, determina a relação do sistema com o mundo exterior (seleção/rejeição das ideias, dos dados etc)”.

Nesse contexto, o paradigma cumpre a função de produzir a verdade de um determinado sistema de conhecimento e legitima as regras que garantem a demonstração ou a verdade de uma proposição⁶⁸. Em resumo, diz Morin (2011, p. 268), “o paradigma institui as relações primordiais que constituem os axiomas, determinam os conceitos, comandam os discursos e/ou as teorias. Organiza a organização e gera a geração ou regeneração”.

Por fim, sobre a possibilidade, como se registrou acima através do exemplo do juiz e do ato de julgar, de o indivíduo se mover dentro de um paradigma ainda que não tenha plena consciência desse fato, e sobre a possibilidade de o paradigma agir sobre o indivíduo tanto de forma inconsciente como supraconsciente, Morin (2011) destaca o que ele chama de aspecto inconsciente do paradigma, mas que irriga o pensamento consciente, controlando-o e, nesse

⁶⁷ Dos três sentidos de paradigma propostos por Morin, talvez aquele que, no direito, levando-se em conta a sua aplicação judicial, oferece mais resistência em matéria de mudança de paradigma é o ideológico, que chega até mesmo a exercer uma influência sobre os demais, arriscando-se dizer que ele é central e nuclear. Nesse sentido, é possível dizer que quanto maior o apego a um paradigma no sentido ideológico, maior a dificuldade de sua superação ou mudança.

⁶⁸ Nas duas metafísicas tradicionais, a clássica e a moderna, ambas caracterizadas por serem reféns da busca de um fundamento último, e que deram origem a dois paradigmas filosóficos com pressupostos e bases diferentes, pode-se identificar a essência e a consciência como os seus dois grandes fundamentos, respectivamente.

sentido, vem a ser também supraconsciente. “É aqui que se pode utilizar o termo *Arche*, que significa, ao mesmo tempo, o Anterior e o Fundador, o Subterrâneo e o Soberano, o Subconsciente e o Supraconsciente. O paradigma tem realmente essas características e foi muito sugestivamente que Foucault nomeou “arqueologia” a ciência da *episteme*”. (MORIN, 2011, p. 268).

Por outro lado, quando Morin (2011), após a formulação da definição de paradigma, vai falar de seus traços característicos e de seu exame, impossível não fazer uma aproximação com o estado da arte do direito no Brasil. De fato, Morin (2011) enumera 12 (doze) traços característicos do paradigma. Mas, aqui, serão destacados somente aqueles acerca dos quais se pode estabelecer uma relação direta com o direito e sua aplicação judicial.

Nesse sentido, o primeiro a ser destacado, mas que na ordem de Morin ocupa a posição de número 3 (três) é o traço característico, que diz que o paradigma é dotado de um princípio, que Morin (2011, p. 269) chama de “princípio de exclusão”, o que significa dizer que ele “exclui não apenas os dados, enunciados e ideias divergentes, mas também os problemas que não reconhece”.

Trazendo para o direito, para se ter uma ideia de como esse traço característico se faz presente na práxis jurídica, pegue-se o exemplo do “livre convencimento” ou do “livre convencimento motivado”, que, ao tempo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, tinha previsão legal.

Como é de conhecimento geral, o “livre convencimento” foi expurgado da legislação processual civil atual (CPC de 2015), tendo Streck, a partir de incansáveis constrangimentos epistemológicos, contribuído de forma decisiva para sua expulsão. Ocorre que vezes autorizadas ainda insistem na ideia de que o “livre convencimento” não foi extinto. Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que a resistência à aplicação do CPC é compreensível se levado em conta o princípio da exclusão de que um paradigma dispõe. Nesse sentido, quem o professa, rejeita e exclui a ideia contrária que sustenta, por exemplo, a extinção do livre convencimento após a entrada em vigor do CPC de 2015.

A segunda característica que aqui interessa, e que corresponde ao quarto traço característico apontado por Morin (2011, p. 270), decorre diretamente do princípio da exclusão. Consiste na afirmação de que “o paradigma cega, pois o que exclui passa a não existir”, e invoca como exemplo o paradigma estruturalista. Conforme esse paradigma, o sujeito e o *devoir* não têm qualquer realidade. Do mesmo modo, ao se fazer um comparativo no âmbito da aplicação judicial do direito, pode-se dizer que um juiz que se movimenta no

paradigma da subjetividade, ao decidir, não enxerga, porque exclui o paradigma da intersubjetividade.

Outra característica de destaque é a sua invisibilidade. De acordo com Morin (2011, p. 270), o paradigma “é invisível por natureza, porque é sempre virtual; o paradigma nunca é formulado como tal; só existe nas suas manifestações” e “só se pode falar dele a partir de suas atualizações, as quais, como diz o sentido do termo grego, o *exemplificam*: ele só aparece através dos seus exemplos”. No que se refere à prática comum na aplicação judicial do direito, pode-se dizer que, quando o juiz decide com base na “verdade real” dos fatos ou oscila entre descobrir a vontade da lei ou a do legislador, não se enxerga nessa decisão o paradigma da metafísica clássica, mas ele nela se manifesta pela metodologia aplicativa que sustenta este ato de julgar.

Decorrente diretamente da invisibilidade do paradigma, outro traço característico é a sua invulnerabilidade, embora ele possua um *calcanhar de Aquiles*, vai dizer Morin (2011), porquanto, em qualquer sociedade ou grupo de pessoas, “há indivíduos desviantes, anônimos em relação ao paradigma reinante”, sem dizer que, “além disso, e sobretudo, por raras que sejam, existem revoluções de pensamento, isto é, revoluções paradigmáticas”. (MORIN, 2011, p. 270). No direito, em matéria de aplicação judicial, por exemplo, durante muito tempo foi possível perceber os influxos do paradigma da metafísica clássica (objetivista) até que ele foi substituído pelo paradigma da subjetividade (metafísica moderna), que, embora superado em outras áreas de conhecimento pelo paradigma da intersubjetividade, não conseguiu imprimir os influxos necessários de modo a produzir uma verdadeira mudança de paradigma no direito. É como se o *calcanhar de Aquiles* de sua invulnerabilidade nunca tivesse vindo à tona, daí a dificuldade de ruptura.

Prosseguindo na descrição das características, Morin (2011, p. 270) aponta a incompreensão e a antinomia como traços marcantes, “isto é, entre pensamentos, discursos, sistemas de ideias comandados por paradigmas diferentes”. Enfim, há entre eles uma incomunicabilidade, como ocorre, a título de exemplo, entre os paradigmas objetivista e o subjetivista, cujo maior traço distintivo reside no fato de que no primeiro o sujeito é assujeitado pelo objeto, ao passo que, no segundo, é o sujeito quem assujeita o objeto.

Morin (2011) aponta também como característica a relação de interdependência entre o paradigma e os discursos e sistemas de regra, como se estivessem recursivamente ligados, “é”, diz ele expressamente, “como a arcada que mantém unido o conjunto de peças da abóboda, mas que é mantido pelo conjunto de peças que mantém. Sustenta, em suma, o que o sustenta”. E adverte: “é o esgotamento da confirmação e a irrupção não reprimida de dados ou

argumentos contradizendo as suas leis que criam as condições prévias para uma revolução paradigmática”. (MORIN, 2011, p. 271).

No que interessa, em matéria de teoria e filosofia do direito, no Brasil, as condições prévias para uma ruptura total com os paradigmas filosóficos da metafísica clássica e da metafísica moderna não irromperam. O fato das decisões judiciais no Brasil continuarem a oscilar entre objetivismo e subjetivismo só demonstra que esses modelos ainda não se esgotaram.

Diz ainda Morin (2011) que outra grande característica do paradigma é o poder de determinar, por meio de suas teorias e ideologias, uma mentalidade, uma visão de mundo, “por isso, uma mudança de paradigma ramifica-se pelo conjunto do nosso universo”, transforma o nosso mundo, pois “um grande paradigma comanda a visão da ciência, da filosofia, da razão, da política, da decisão, da moral [...]”. (MORIN, 2011, p. 272). Por essa razão mesmo é que não se compreende o motivo pela qual a filosofia *no* direito, para usar a expressão de Streck, encontra tanta resistência, a menos que seja pelo fato de que, também lembrado pelo referido autor, o problema (a questão dos paradigmas) não tenha sido devidamente enfrentado, talvez porque, como afirma Morin (2011, p. 272), naquilo que ele aponta como última característica, “invisível e invulnerável, um paradigma não pode ser atacado, contestado, arruinado diretamente”. Morin (2011, p. 272) ainda acrescenta:

É preciso que apareçam frestas, fissuras, erosões, corrosões no edifício das concepções e teorias subentendidas, visto que as restaurações e reformas secundárias fracassam; é preciso, enfim, que surjam novas teses ou hipóteses não mais obedecendo a esse paradigma e, depois, multiplicação das verificações e confirmação das novas teses onde fracassaram as antigas; é preciso, em suma, um vaivém corrosivo/crítico entre dados, observações, experiências nos núcleos teóricos, para que, então, possa acontecer o desabamento do edifício minado, arrastando, na sua queda, o paradigma cuja morte poderá, como a sua vida, manter-se invisível⁶⁹.

Diante do estado da arte da interpretação e da aplicação judicial do direito no Brasil, não se pode dizer que não tenham surgido frestas, fissuras ou corrosões no paradigma reinante, ao que parece, o da subjetividade, ou que não existam teses ou hipóteses insurgentes. Embora insuficientes para provocar fortes abalos sísmicos no edifício e nas estruturas que sustentam o paradigma da subjetividade – como são exemplos os constrangimentos

⁶⁹ Dizendo de outro modo: é preciso que o paradigma que resiste sofra, cotidianamente, abalos (constrangimentos epistemológicos). É o que vem defendendo Streck (2017a). E como se verá no Epílogo desta pesquisa, subitem 7.1.2, o papel de constranger é reservado à doutrina, que deve utilizar o constrangimento epistemológico como ferramenta visando a superação da resistência ao dever de fundamentar. E superar essa resistência implica a superação de um paradigma.

epistemológicos realizados pelas teorias do direito pós-positivistas, dentre elas a hermenêutica filosófica e a Crítica Hermenêutica do Direito –, o fato é que tais insurgências não deixam de representar algumas fissuras que, com a insistência, podem minar pouco a pouco as resistências até que um dia se dê a mudança de paradigma. Não é temerário dizer que esse esforço já produziu efeitos concretos na dogmática jurídica, tendo-se como exemplo mais próximo a aprovação, promulgação e entrada em vigor da Lei 13.105, de 16.03.2015, que instituiu um código de processo civil com novos fundamentos. Nesse sentido, pode-se dizer que as estruturas do paradigma da subjetividade foram fissuradas pela incorporação do processo jurisdicional democrático, pela adoção do contraditório em sentido forte, cujo pavimento final será resultante de um *a priori* compartilhado (intersubjetivo, portanto) e pela exigência de uma fundamentação detalhada.

2.3 A Tríplice Dimensão Significativa Paradigmática do Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais

Afirmar a existência de uma dimensão significativa paradigmática (que se associa ao dever de fundamentar as decisões judiciais) decorre da necessidade de justificar esta obrigação imposta aos juízes (que ganhou força constitucional depois do advento da Constituição Democrática). Ou seja, a hipótese de que os julgamentos judiciais devam ser fundamentados já existe há muito tempo no direito brasileiro. Contudo, sua prática, ao longo dos tempos, vem se mostrando deficitária, ou melhor, não cumprida de forma efetiva. Isso ocorre porque a mera previsão desta obrigação aos juízes não é suficiente para que ela seja satisfeita. Dessa forma, ao propor a identificação de uma dimensão significativa paradigmática, este estudo aponta para o elo existente entre o não cumprimento deste dever com o modo como ele é concebido (como é justificada sua existência). Em outras palavras, isso implica afirmar que a concepção, isto é, o sentido que é dado ao dever de fundamentar as decisões judiciais é atravessada por paradigmas, o que pode ser observado a partir de um tríplice desdobramento: histórico, filosófico e jurídico. Esses paradigmas influem na construção de sentido que é dado a esta obrigação (daí a noção de dimensão significativa). O modo como ela é concebida (ou como é justificada sua existência) está relacionado ao grau de sua satisfação. Nesta tese, é possível identificar pelo menos dois principais momentos paradigmáticos que determinam a construção desta dimensão significativa paradigmática: sob o fio da história, a transição da legitimidade do Judiciário fundada na autoridade para uma ideia de responsabilidade (de prestação de contas); na perspectiva filosófica, a passagem da

filosofia da consciência para a intersubjetividade; no âmbito jurídico, a transposição de um modelo privatista para a publicização, constitucionalização e democratização do Direito. A conjugação dos elementos que compõem este tríplice desdobramento, em sua síntese, é o que dá sentido ao dever de fundamentar as decisões judiciais, que, nesta pesquisa, aparece sob dois modelos (que surgem a partir de dois modos paradigmáticos de dar sentido ao dever de fundamentar as decisões judiciais). A compreensão disso tudo (e a assunção deste pressuposto) impacta na tese de um modo singular, pois a concepção do dever de fundamentar as decisões judiciais (que, por sua vez, surge a partir de uma dimensão significativa paradigmática) determina o modo como é recepcionado o art. 489 do CPC de 2015, naquilo que ficou conhecido como fundamentação detalhada.

Dessas dimensões tratarão os capítulos seguintes.

3 DIMENSÃO FILOSÓFICA: A FILOSOFIA COMO STANDARD DE RACIONALIDADE – O QUE ESTÁ POR TRÁS DAS DECISÕES JUDICIAIS

Muito se fala que a ideia de paradigma foi concebida por Kuhn pensando nas ciências exatas, não se aplicando às ciências sociais e do espírito, em relação às quais não se poderia falar em paradigmas. É certo que o próprio Kuhn (2017), no posfácio escrito em 1979, como já foi dito, admite que *paradigma* foi o tema menos compreendido no seu livro, tanto que adquiriu vida própria e sobre ele perdeu totalmente o controle. Mas daí se dizer que não há que se falar de paradigmas fora das ciências duras não parece ser correto, tanto que Morin (2011) admite de forma expressa sua existência quando, ao tratar das revoluções paradigmáticas, afirma que, no domínio social, elas exigem uma concentração maior de esforços.

A propósito, Hacking (2017), no ensaio introdutório já referido e escrito para o quinquagésimo aniversário da edição de *A Estrutura das Revoluções Científicas*, revela uma curiosidade ao lembrar que, durante os anos de 1930, filósofos do Círculo de Viena, “como Moritz Schlick e Otto Neurath, estavam utilizando à vontade o termo alemão em seus escritos filosóficos”. (HACKING, 2017, p. 27).

Hacking (2017) esclarece que foi depois do amadurecimento da obra seminal de Kuhn que alguns filósofos analíticos ingleses fizeram uso da expressão *paradigma*, o que acabou por promovê-la, graças, em parte, destaca Hacking (2017), ao fato de Ludwig Wittgenstein, também filósofo do Círculo de Viena, ter feito largo uso da expressão em suas preleções na Universidade de Cambridge, nos anos 1930, cujas aulas “foram obsessivamente discutidas por todos os que caíram sob o encanto de sua fala” (HACKING, 2017, p. 26), acrescentando ainda que a palavra aparece novamente inúmeras vezes na obra representativa da segunda fase de sua filosofia (*Investigações Filosóficas*).

Para Streck (2014, p. 142), “as posições teóricas que assumimos refletem, muita vezes, apenas a superfície de um processo compreensivo muito mais complexo”, não sendo raros os casos em que essas posições revelam “um conjunto de elementos que conformam o *modo* de se organizar o pensamento e de determinação do processo de conhecimento que rege uma determinada época” (STRECK, 2014, p. 142), tratando-se de uma dimensão profunda e organizadora de uma racionalidade que “não pode ser acessada através dos instrumentos teóricos desenvolvidos por uma ciência qualquer”. (STRECK, 2014, p. 142). Por isso mesmo ela é filosófica e, para acessá-la, se faz necessário o envolvimento com aquilo que ele chama

de “processo catártico, de *des-construção* da história da filosofia”. (STRECK, 2014, p. 142, grifo do autor).

No caso do direito, pontua Streck (2014), é muito comum encontrar teorias cujos postulados epistemológicos, se vistos mais de perto, representam a consequência da projeção de um modo de organização filosófica do pensamento predominante no interior de determinado período da história. Para Streck (2014), “esse fator ordenador, que condiciona o enquadramento do conhecimento em uma determinada época” tem um nome, que ele, com Ernildo Stein (2004), denomina de “*paradigmas filosóficos*”. (STRECK, 2014, p. 142-143).

De fato, Stein (2004), para quem é impossível adotar uma posição filosófica antes de conhecer a história da filosofia e nem se escolhe um autor sem que de algum modo tenha dele uma pré-compreensão, diz que “os elementos identificadores de uma posição filosófica descrevem um paradigma filosófico” (STEIN, 2004, p. 124), que têm a função de um princípio organizador e como tal pode ser considerado como “um vetor de racionalidade científica, isto é, como um princípio com o qual se pode examinar aquilo que é implicitamente carregado pelo discurso científico”. A isso ele chama de “standard de racionalidade” (STEIN, 2004, p. 127), que, por sua vez, “se constitui como aquele núcleo de determinadas filosofias que se apresentam com pretensões de algum tipo de transcendentalidade que poderá constituir a estrutura mínima do conhecimento e da experiência”. (STEIN, 2004, p. 152).

Stein (2004) admite que nem todos os filósofos conseguem elaborar uma posição filosófica. Em relação a esses, não há que se falar em paradigma filosófico, pois sua filosofia não passa de mera ornamentação, razão pela qual deve ser feita uma clara distinção entre as diversas filosofias, sendo que somente aquelas que são realmente merecedoras desse nome é que apresentam um “standard de racionalidade que termina sendo próprio de um verdadeiro paradigma filosófico” (STEIN, 2004, p. 127), que é o que vai definir qualquer posição filosófica.

E qual seria o impacto dos paradigmas filosóficos para a ciência de um modo geral e, mais precisamente, para o direito? Noutro modo de dizer: é possível estabelecer uma relação entre filosofia e ciência e, em última análise, entre filosofia e direito? Sendo mais preciso: é possível afirmar que por trás de uma decisão judicial se encontra um paradigma filosófico que define uma posição filosófica? Enfim, antecipando uma questão que será abordada mais à frente, qual seria o *standard de racionalidade* que está por trás de uma decisão judicial que lança mão de juízos morais ao invés de juízos de direito ou argumentos jurídicos? É possível dizer que ela se movimenta dentro de um paradigma filosófico que lhe dá sustentação e, nesse sentido, e somente nesse, a referida postura é compreensível?

A resposta, quem oferece é o próprio Stein (2004) ao dizer que naturalmente não podemos exigir que filósofos sejam cientistas sem antes fazer filosofia, assim como não é possível pressupor que cientistas façam filosofia para somente depois fazer ciência. É que, diz Stein, “os dois campos de conhecimentos se separam do ponto de vista da própria questão do conhecimento” Nesse sentido, “os cientistas buscam a solução de problemas e os filósofos se ocupam com os problemas da solução”. (STEIN, 2004, p. 128).

Prosseguindo, Stein (2004) acrescenta que, nos dias atuais, há paradigmas filosóficos que podem, com seus standards de racionalidade, auxiliar a pensar a filosofia no conhecimento científico, mas “a escolha definitiva do paradigma, entretanto, dependerá de motivações”⁷⁰, sendo que este, o problema das motivações, “talvez constitua o maior enigma da atividade filosófica”. (STEIN, 2004, p. 128).

Tratando especificamente da relação entre filosofia e direito, bem como dos elementos básicos para a aplicação da filosofia no direito, Stein (2004, p. 134) lembra que “o papel do filósofo, no campo científico, não consiste, primeiro, no exercício de orientação, mas assume o lugar de standard de racionalidade”. Para o filósofo gaúcho, é preciso entender que não se trata de filosofia da ciência (ou do direito), mas sim de estudar a presença da filosofia no conhecimento científico, especificamente, no direito. Isso faz uma grande diferença, como também vem sustentando Streck (2014). Pois, como Stein (2004, p. 134) mesmo afirma, “a ciência busca a solução dos problemas e a Filosofia se ocupa com os problemas da solução”, acrescentando, ainda, que da possibilidade de se enredar esses dois aspectos do conhecimento humano (científico e filosófico), “depende a clareza com que definimos o papel da Filosofia na Ciência e o sentido que a Filosofia pode encontrar no estudo da Ciência para determinar melhor a sua função”. (STEIN, 2004, p. 134).

Prosseguindo, Stein (2004, p. 134-135) vai dizer que:

Podemos, assim, determinar mais claramente o comportamento de ambas as esferas do saber quando se trata de aproximá-las. E isso acontece basicamente na definição do standard de racionalidade específico que a Filosofia desenvolve a partir de seu paradigma e de seu método. Isso, entretanto, também irá definir o uso que a Ciência fará da Filosofia: se ela representa apenas uma função cosmética, uma função de orientação ou se é efetivamente reconhecida como uma dimensão de racionalidade da qual a Ciência necessita quando pensa no seu exercício e em seus pressupostos.

⁷⁰ Nesse sentido, quando um juiz profere uma decisão motivado menos pelas formas e conteúdos jurídicos e mais por suas escolhas e preferência pessoais, juízos morais e, de um modo geral, sofre influência de seus estados mentais subjetivos, necessariamente ele optará, e talvez nem se dê conta disso, pelo paradigma da subjetividade.

Tomando como exemplo o caso das ciências jurídicas, Stein (2004, p. 135-136) vai dizer que “a presença da Filosofia no Direito deve, primeiro, dar consciência a ele de que no debate jurídico, na teoria e na Filosofia do direito, se confundem a solução de problemas e os problemas de solução”. Para ele, é possível que no mundo do direito o campo de resolução dos novos problemas que possam surgir seja definido “pelo recurso a modelos estabelecidos e pelo exame da história e evolução das respostas e das razões apresentadas na história do Direito”. (STEIN, 2004, p. 136).

Doutra parte, o filósofo gaúcho adverte que sem a presença da filosofia, “na qual se definem as questões do paradigma e dos métodos pelo standard de racionalidade, o Direito se dilui num simples superfatualismo, numa sucessão de respostas historicistas ou numa analiticidade esterilizadora”. (STEIN, 2004, p. 136).

Stein (2004, p. 136) acrescenta que “não podemos negar que há paradigmas que recebem sua conformidade na imanência do exercício do Direito e que, a partir deles, se define uma matriz de racionalidade, um modo de argumentar, um método, uma teoria da racionalidade e uma teoria da verdade”.

De acordo com Stein (2004), qualquer campo teórico do direito pode esperar respostas de um standard de racionalidade filosófico, o que pressupõe uma vinculação direta entre esse campo teórico e o paradigma que lhe dá sustentação, tanto no que se refere ao método como na argumentação, cujo estilo e forma de fundamentação e de justificação irão receber formatos de acordo com os standards de racionalidade. Deixa claro, por outro lado, que todas essas questões não podem, porém, ser compreendidas “como a constituição de alguns campos argumentativos organizados para excluir outros. Trata-se simplesmente da organização da presença da Filosofia no Direito a partir de estilos filosóficos de racionalidade que terminam sendo os vetores de toda argumentação”. (STEIN, 2004, p. 137).

Com efeito, no campo teórico da decisão judicial, exemplo típico vem a ser os recorrentes modelos de juiz representados por *Ângelo I* e *Ângelo II*, de *Medida por Medida*, de Shakespeare. O primeiro, como já visto, é um legítimo representante do juiz *escravo da lei*, ao passo que o segundo representa o juiz *dono da lei*. Cada um está vinculado a um standard de racionalidade. O primeiro, à metafísica clássica, e o segundo, à metafísica moderna e a seus respectivos paradigmas filosóficos: objetivista e subjetivista. Isso não impede que, em dado momento, não se encontre um modelo de juiz que reúna sobre si os efeitos dos dois paradigmas⁷¹, dado que nem sempre um paradigma exclui o outro, pois, como já dito, no

⁷¹ É aquilo que Streck (2014) vai chamar de “cruzamentos fundacionais”, representado pelo dilema do confronto entre posições objetivistas e subjetivistas e que são encontradas em determinadas decisões judiciais.

Brasil é possível encontrar decisões que traduzem um verdadeiro *mix* teórico desses dois grandes paradigmas filosóficos, mesmo porque, como lembra Stein (2004), as mudanças de paradigma, para as quais chama atenção por se tratar de uma questão extremamente importante, sejam elas decorrentes de envelhecimento ou porque obsoletas, não resultam na extinção das ideias produzidas no seu contexto, que “ficam como camadas históricas e podem, muitas vezes, ser usadas no contexto dos novos paradigmas”. (STEIN, 2004, p. 138).

Sustenta ainda Stein (2004) que geralmente se pensa que basta fazer o confronto de argumentos ou invocar premissas para defender os paradigmas em conflitos. Para ele, isso é um equívoco, visto que, mais que isso, “é preciso um olhar mais no fundo da questão e descobrir qual é o standard de racionalidade que está por trás da argumentação e das premissas”. (STEIN, 2004, p. 138).

A partir dessa linha de raciocínio é possível, sim, dizer que, por trás de uma decisão judicial (dado que a filosofia pode e deve sim provocar efeitos no direito, e não há justificativa racional para que se esteja imune a esses influxos) sempre haverá um paradigma filosófico que a sustente, ainda que o juiz que a prolate nem sempre se dê conta disso, pois como diz Stein (2000, p. 281) “é possível assumir uma posição filosófica própria sem saber o que é uma *posição filosófica como tal*”.

Para Streck (2014), são os paradigmas filosóficos que comandam a interpretação e, por que não dizer, a aplicação do direito pelos juízes. E na perspectiva hermenêutica, o problema representando pelo objetivismo e subjetivismo, assim como a oscilação e o confronto entre eles, se explica pelo fato de que tais posturas (objetivistas e/ou subjetivistas) estão diretamente ligadas aos paradigmas filosóficos da filosofia clássica (também conhecido como realismo filosófico) e ao da filosofia da consciência, ainda que atuem de forma subterrânea. Pois, como disse Stein (2000), é possível que o intérprete adote uma posição filosófica sem que tenha consciência disso, mas que acaba por condicionar a interpretação oficial do direito em determinada época e por um determinado grupo de teóricos.

Para que isso ocorra há, contudo, uma questão anterior que, com base em Heidegger, é lembrada por Stein (2004) e que está relacionada diretamente com a evolução histórica da filosofia, com a predominância de paradigmas em determinadas épocas (com rupturas e sucessões). É o que ele, com Heidegger, denomina como sendo os “princípios epocais” que se sucederam ao longo da história da filosofia e que assumem o significado de “uma sucessão de modos de compreensão do ser e de explicação do ente, no interior da história da metafísica. (STEIN, 2004, p. 139).

A história da metafísica, portanto, representa a sucessão de princípios a partir dos quais se determina a relação com os entes e, daí, todas as relações com a manifestação na Cultura, na Arte, na Linguagem, na Psicologia, na Antropologia, no Direito e em todas as ciências. Desse modo, o princípio epocal é um elemento essencial que assinala cada época da metafísica e deixa sua marca em cada uma de suas manifestações. Heidegger enumera um conjunto de princípios epocais nos quais o ser é definido a partir de um ente. Assim temos, por exemplo, a *ideia* em Platão, a *substância* em Aristóteles, o *ipsun* em Tomás de Aquino, o *cogito* em Descartes, o *eu penso* em Kant, o *saber absoluto* em Hegel, e a *vontade de poder* em Nietzsche. Cada uma dessas concepções de ser da metafísica termina marcando uma época. Por isso se fala em princípios epocais cujos traços aparecem, no fundo, em cada forma de cultura. (STEIN, 2004, p. 140-141, grifos do autor).

Prosseguindo, Stein afirma que a vigência de um princípio epocal representa a época em que predominou determinado paradigma filosófico e os métodos com ele compatíveis. Disso resulta dizer que “nós nascemos no contexto de princípios epocais, mas é possível, no interior deles, escolher paradigmas e métodos aos quais aderir com o trabalho filosófico”. (STEIN, 2004, p. 142).

Sobre a predominância e a sucessão dos princípios epocais, ou mudanças de paradigmas, Stein (2004) deixa claro o lugar em que cada um se movimenta. Nesse sentido, pontua que quando se fala em filosofia da subjetividade, “estamos nos movimentando no interior de um princípio epocal como uma determinação paradigmática da modernidade”. (STEIN, 2004, p. 142). Por outro lado, quando se fala em fenomenologia e suas vertentes (fenomenologia transcendental e fenomenologia hermenêutica), já rompemos com o princípio epocal anterior e então vigente. Depois da filosofia da subjetividade, diz Stein (2004), o paradigma vai mudar, pois entramos em um novo modo de fazer filosofia. No caso da hermenêutica como vertente da fenomenologia, é o fato de ela trabalhar com os teoremas do círculo hermenêutico e a diferença ontológica que irá definir sua posição filosófica “a partir de onde se faz a introdução dos princípios epocais, desde uma nova compreensão do ser”. (STEIN, 2004, p. 142).

Dentro dessa linha de raciocínio, pode-se dizer que pelo menos dois dos principais princípios epocais (a *substância*, de Aristóteles e o *cogito* de Descartes, em conjunto com o *eu penso*, de Kant) foram responsáveis por legar dois grandes paradigmas filosóficos, que Streck classifica da seguinte forma:

a) O da *filosofia clássica*, também nomeado como realismo filosófico, em que o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos ‘objetos’ ou daquilo que é ‘dado’ ao conhecimento (daí que Sellars e seus seguidores passarão a nomear uma tal postura como ‘mito do dado’). Nesse

aspecto, o tipo de atividade interpretativa que terá lugar no contexto desse paradigma será *objetivista*, porque presa ao objeto conhecido, ou, ainda, objeto cognoscível;

b) O da *filosofia da consciência*, que coloca como fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a subjetividade que conhece as coisas. Nesse âmbito, o conhecimento não é ‘dado’. Aqui, o conhecimento é ‘construído’ por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos. Daí que, nesse contexto, teremos um tipo de interpretação que podemos nomear como *subjetivista*. Em resumo: tendo em conta os paradigmas filosóficos que dirigem a interpretação, é possível dizer que *objetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido; ao passo que *subjetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência, no interior da qual o intérprete é o dono dos sentidos. (STRECK, 2014, p. 143-144, grifos do autor).

Nesse sentido, de forma conclusiva, pode-se dizer que, por trás de uma decisão judicial, haverá sempre um standard de racionalidade, um paradigma filosófico no qual ela se movimenta e se sustenta e que, dependendo da postura do intérprete e aplicador do direito (objetivista, subjetivista), poderão ser identificados como paradigmas da metafísica clássica e da metafísica moderna (filosofia da consciência).

Referidos paradigmas, aos quais se soma um terceiro (paradigma da *intersubjetividade*) e que reivindica a pretensão de superá-los, como de fato ocorreu na filosofia, estão ligados por um ponto comum: são o resultado de uma sucessão de princípios epocais.

De fato, como lembra Nascimento (2015, p. 114), ao longo da sua história, a filosofia “experimentou pelo menos três grandes paradigmas, dois deles representados pelo esquema sujeito-objeto, também denominado paradigma representacional”, ora apostando no sujeito, ora no objeto. Daí porque respondem, cada um, pelos nomes de paradigma da objetividade e de paradigma da subjetividade. Tais paradigmas se impuseram durante muito tempo, tendo o segundo, com a modernidade, superado o primeiro. Quanto ao terceiro, conhecido como paradigma da intersubjetividade, Nascimento (2015) chama atenção para o fato de tratar-se do paradigma que rompe, no sentido de superar, como os dois primeiros e com o esquema representativo (sujeito-objeto), mas que, pelo menos no direito, ainda não foi totalmente consolidado, dado que “enfrenta profundas resistências, sobretudo na dogmática jurídica tupiniquim”. (NASCIMENTO, 2015, p. 115). Tais paradigmas, com destaque para o significado, predominância e superação de cada um, serão o objeto de reflexão dos itens seguintes.

3.1 A Metafísica Clássica e o Paradigma Objetivista⁷²

Para Oliveira (1977), por se tratar a filosofia de uma atividade humana, também participa de uma condição que lhe é fundamental: a historicidade. É por isso que suas perguntas, embora digam respeito à realidade, irão emergir de contextos históricos específicos, significando dizer com isso que elas carregam o peso do mundo histórico a que pertencem. Assim, conclui Oliveira, não é por outra razão que uma velha questão que surge com a própria filosofia irá assumir a condição de centralidade até então não imaginada no acontecer histórico: “trata-se da questão da fundamentação, que é a resposta da filosofia a nossa epocalidade relativista e cética”. (OLIVEIRA, 1977, p. 17).

De acordo com Oliveira (1977), quem melhor irá sistematizar essa problemática será Aristóteles, a quem se atribui o ato de situar o problema da fundamentação dentro de sua busca voltada para determinar um saber último, pressuposto de todos os outros saberes e

⁷² De acordo com Stein (2006), o termo objetivação e suas derivações (objetificação, objetivar, objetificante, objetivante, objetificar) foi ampla e diversificadamente empregado na filosofia do século XX, daí a necessidade de se ter clareza no seu uso, muito embora quando de seu emprego o que há de comum é algum aspecto referente ao sujeito e ao objeto. “O termo objetivação tem uma longa história na filosofia e, por isso mesmo, o seu uso diversificado acabou produzindo importantes polêmicas entre filósofos e mesmo entre paradigmas filosóficos”. (STEIN, 2006, p.189). Ou seja, para o filósofo gaúcho, há vários contextos para o uso do termo objetificação, que tem um sentido em Hegel e outro em Heidegger, em relação ao qual se moverá esse subitem e que está ligado diretamente à compreensão do ser. Como anota Stein, Heidegger, ao usar o termo objetivação, “pretende introduzir um outro aspecto que, em geral, vem encoberto pela objetivação” (STEIN, 2006, p. 191), mas ele, de modo algum, vai dizer que o pensamento objetificador, seja na ciência ou no cotidiano, é prescindível. “O problema começa quando não percebemos que, com a atitude de objetivar ou objetificar, estamos apenas permitindo que apareça um aspecto da nossa relação com as coisas, com os eventos e com as pessoas. É nesse sentido que a objetivação ou a objetificação passam a ser objeto de crítica”. (STEIN, 2006, p. 191). Rorty (2002), por sua vez, diz que há duas maneiras fundamentais de os seres humanos conferirem sentido às suas vidas. A primeira se estabelece através da narração da história da contribuição desse modo de ser do homem com a sua comunidade, hipótese em que se faz presente o desejo por solidariedade. Por outro lado, “o segundo modo constrói-se a partir da descrição de si mesmos como estando em relação imediata com a realidade não-humana” (RORTY, 2002, p. 37), hipótese em que se concretiza o desejo por objetividade. Para Rorty, “a tradição da cultura ocidental, centrada na noção de busca pela verdade, a tradição que corre desde os filósofos gregos e atravessa o Iluminismo, é o exemplo mais claro da tentativa de encontrar um sentido para a existência a partir do abandono da solidariedade em direção à objetividade. A ideia de verdade como algo que persuade por sua própria causa, não por ser boa para nós, ou para uma comunidade real ou imaginária, é o tema central dessa tradição”. (RORTY, 2002, p. 37-38). Por sua vez, Marmor (2004) em ensaio (*Três conceitos de objetividade*) produzido a respeito do conceito de objetividade, diz que existem, pelo menos, três deles: o primeiro, no sentido semântico; o segundo, no sentido metafísico; o terceiro, no sentido lógico. Para Marmor, no sentido metafísico, que é o que interessa aqui, objetividade é uma questão de verdade metafísica. Daí que falar em objetividade em termos metafísicos “é uma questão a respeito do mundo, não a respeito do significado dos enunciados”. (MARMOR, 2004, p. 269). “A objetividade no sentido metafísico realmente implica verdade, e de maneira um tanto especial. Grosso modo, implica que há uma verdade material que consiste no fato de que há um objeto com propriedades que correspondem à sua descrição pelo enunciado em questão. [...] A definição de objetividade metafísica parece implicar dois pressupostos: primeiro, que os enunciados que pode ser metafisicamente objetivos só podem ser do tipo *descritivo*. Devem ser enunciados que supõem descrever objetos no mundo, e são objetivos se, e apenas se, existirem objetos do tipo a que se refere a descrição. Segundo, como indicado pela última frase, a objetividade metafísica parece supor a teoria da correspondência da verdade (pelo menos no que diz respeito ao tipo de enunciados sobre os quais se é objetivista)”. (MARMOR, 2004, p. 274-275).

conhecimento. É o que ele vai chamar de a *ciência primeira*, que não irá perguntar nem pelo singular, muito menos pela essência em si, “mas pergunta por aquilo que é comum a todas as coisas e por isto captável em todas elas, isto é, pergunta pela *essencialidade*”. (OLIVEIRA, 1997, p. 20).

Essencialidade é, de fato, a pedra de toque daquilo que o pensamento ocidental clássico, a partir dos gregos, transmitiu e que ficou conhecida como metafísica clássica e pode ser expressa no seguinte enunciado: há uma verdade absoluta que independe do conhecimento do sujeito, ou seja, ela já estaria dada, bastava tão somente descobri-la.

É que se no século XX a linguagem se tornou uma questão central da filosofia a ponto de passar a reivindicar a condição de ser a “filosofia primeira”. Como anota Oliveira (2006, p. 13), no passado, o pensamento ocidental do tempo dos antigos filósofos gregos perguntava pela “essência da causalidade ou pelo conteúdo do conceito ‘causalidade’”. Somente muito tempo depois, com a reviravolta linguística, é que se passou a perguntar pelo “uso da palavra causalidade”. (OLIVEIRA, 2006, p. 12).

Tudo, no entanto, tem início com Platão. É a partir dele que no pensamento grego se começa tecer a ideia de que a verdade não se produz, é dada e, no máximo, tinha que ser descoberta. Em relação às palavras com as quais se nomeavam as coisas, mais especificamente sobre a linguagem, passou a prevalecer o entendimento de que entre as palavras e as coisas por elas nomeadas havia uma relação de correspondência, também chamada isomorfismo, sendo as palavras o espelho das coisas. Noutro modo de dizer: havia uma estrita correspondência entre a estrutura gramatical e a estrutura ontológica, entre a língua e o ser. Daí se dizer que a filosofia daqueles tempos memoriais era tida como o espelho da natureza, pois o intelecto refletia (era igual) a natureza.

Com registra Oliveira (2006), para Platão, as palavras não imitam exatamente o som das coisas, uma vez que elas apresentam a própria essência, o próprio ser das coisas, no sentido de que não se trata de uma imitação do som ou da forma das coisas, mas de seu próprio ser (das coisas). Nesse sentido, “uma palavra é justa, certa, na medida em que traz a coisa à apresentação, isto é, na medida em que é apresentação da coisa”. (OLIVEIRA, 2006, p. 19).

De acordo com Oliveira (2006), tal reflexão representa o ponto mais alto do pensamento objetivista. Pois, para Platão, assim como para todo o pensamento grego, mas, sobretudo, a partir dele, “as coisas possuem qualidades objetivas, relações e diferenças em si mesmas. Quando lidamos com as coisas, temos de nos orientar de acordo com essa natureza das coisas”. (OLIVEIRA, 2006, p. 19). Daí o papel secundário da linguagem para a tradição

objetivista, como anota o autor, ao dizer que, no cenário objetivista, “a linguagem só pode ser comunicação se seus participantes usam as palavras no mesmo sentido e as normas de uso permanecem praticamente constantes”. (OLIVEIRA, 2006, p. 21).

Nesse sentido, diz Oliveira (2006) que “o grande limite do convencionalismo e o afastamento da arbitrariedade consiste na exigência do isomorfismo entre linguagem e ser” (OLIVEIRA, 2006, p. 21), razão pela qual a linguagem para o paradigma objetivista tem que ser apropriada ao ser, ou seja, corresponder e se adequar a ele, como num espelhamento, daí a ideia de isoformismo no paradigma essencialista. Linguagem como expressão ou apresentação do ser, “e, por isso, não pode ser estabelecida arbitrariamente”⁷³, pois “assim como o carpinteiro precisa de arte para construir sua mesa, é necessária uma arte especial para a produção de nomes certos. O paradigma da certeza é o conhecimento das essências, isto é, das ideias imutáveis, dos seres exemplares”. (OLIVEIRA, 2006, p. 21).

No que se refere ao papel secundário da linguagem, Platão vai mais além quando diz que, como os nomes podem ser verdadeiros ou falsos, é possível conhecer as coisas sem eles, sendo esta, no dizer de Oliveira (2006, p. 22), a tese fundamental não só de Platão como de toda a filosofia do Ocidente, com a qual pretende “mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade (*alétheia ton onton*) e que o real só é conhecido verdadeiramente em si (*aneu ton onomaton*) sem palavras, isto é, sem a *mediação linguística*”. Disso decorre que “a linguagem é reduzida a puro instrumento e o conhecimento do real se faz independentemente dela”. (OLIVEIRA, 2006, p. 22, grifos do autor). Noutro modo de dizer, o acesso direto às coisas é realizado sem o uso da linguagem, que, por essa razão mesma, não é “constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma *função designativa*: designar com sons o intelectualmente percebido sem ela”. (OLIVEIRA, 2006, p. 22, grifos do autor).

Em síntese: a tese fundamental de Platão reside na distinção radical entre pensamento e linguagem, que não passaria de uma expressão secundária, de um instrumento do pensamento. Daí a razão de ser da expressão “há uma verdade absoluta, que independe do conhecimento do sujeito”, pois, como pontua Oliveira (2006), isso se refere a um período em que a filosofia da linguagem é marcada por um viés fundamentalmente objetivista, porquanto o significado é concebido como algo que independe da linguagem ou do sujeito.

Se tudo começa em Platão, é com Aristóteles que o pensamento objetivista irá atingir o seu ponto culminante. Com efeito, de acordo com Oliveira (2006, p. 25, grifos do autor),

⁷³ Questões metodológicas à parte, sobretudo a que diz respeito à busca de um fundamento último que caracterizou a metafísica clássica, assim como a moderna, o fato é que a preocupação em se estabelecer limites à arbitrariedade no momento de se dar nome (conferir sentido) às coisas vem desde Platão.

“pode-se dizer que realiza, em sua obra, por um lado, uma *recapitulação* de toda a problemática tratada pela tradição e, por outro, faz um *balanço crítico* dela”.

Aristóteles, em suas reflexões, “parte do rompimento da ligação imediata entre palavra e coisa (*logos e ón*) e tenta elaborar uma teoria da significação em que, por um lado, afirma-se a distância entre linguagem e ser e, por outro, tematiza-se a relação entre ambos”. (OLIVEIRA, 2006, p. 26).

Entrementes, diferentemente de Platão, seu discípulo, vai dizer que “apesar da distância entre linguagem e ser, não há para nós mortais acesso imediato ao ser sem, portanto, a mediação linguística”. (OLIVEIRA, 2006, p. 28). De igual modo, para Aristóteles não há que se falar em isomorfismo. Noutra modo de dizer: a linguagem não é o espelho da natureza, não é imagem e nem reprodução real. Não existe uma relação de estrita correspondência, muito menos uma função designativa como pretendia Platão, mas, sim, de significação por convenção.

De todo modo, a questão da essencialidade vai se fazer presente em Aristóteles, embora por pressupostos diversos de Platão, seu mestre.

Para Aristóteles, a linguagem não é instrumento da revelação do real, muito embora não se preocupe com isso, como revela Oliveira, quando diz que, “para a comunicação ser possível, é necessário pressupor um *fundamento objetivo*”, sendo que “essa unidade objetiva que fundamenta a unidade da significação das palavras recebe em Aristóteles o nome de *essência (ousia)* ou *aquilo que é (tó ti esti)*”. Nesse cenário, “*a permanência da essência é pressuposta como fundamento da unidade de sentido*: é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido”. (OLIVEIRA, 2006, p. 31, grifos do autor).

Como anota Nascimento (2015, p. 116), “nesse paradigma, o sujeito, na relação sujeito-objeto, é assujeitado pelo objeto”, o que significa dizer que, “para as posturas objetivistas, a linguagem funciona somente como meio de expressão, mero instrumento de designação de um objeto ideal que, em si, já possui uma essência”.

Streck (2014), por sua vez, na mesma linha de Oliveira (2006), também sustenta que, no fundo, a filosofia de Aristóteles não deixa de ser uma releitura de Platão, na medida em que confere à linguagem um papel secundário e objetivava o estudo do ser das coisas (a essência), pois nele, “a linguagem não manifesta, mas significa as coisas”. Nessa circunstância, a função da palavra é apenas simbólica e a relação que se estabelece entre linguagem e objeto não será estabelecida por semelhança ou por imitação, mas tão somente por significação, daí a necessidade de as coisas terem um nome. “A questão está na adequatio, é dizer, na conformidade entre a linguagem e o ser. Pressupõe uma ontologia. Ou seja,

Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência”. (STRECK, 2014, p. 184).

Como lembra Nascimento (2015), o primeiro paradigma filosófico (objetivista ou essencialista) de que se tem conhecimento na filosofia tem origem no pensamento dos antigos filósofos gregos (a metafísica clássica). Ele atravessou a Idade Média, sendo recepcionado por Tomás de Aquino, passando a ser chamado de filosofia aristotélico-tomista. Somente no século XVIII, por influência do Iluminismo, foi superado, quando, numa verdadeira reviravolta, foi substituído por um novo paradigma, o da filosofia da consciência, de caráter subjetivista, que veio a ser inaugurado pelo *cogito ergo sun*, de Descartes.

Nascimento (2015) destaca que o paradigma objetivista-essencialista vai ser rompido com o *cogito, ergo sun*, de Descartes, e as investigações filosóficas de Kant. No contexto de um novo paradigma, a linguagem continuará sem papel substancial, exercendo uma função apenas instrumental, mas o paradigma essencialista será rompido, uma vez que entra em cena o subjetivismo da metafísica moderna. Consequência disso é que o sujeito, até então assujeitado pelo objeto, passa a ser assujeitador e senhor de todos os sentidos e significados, daí a razão de ser da expressão “há um sujeito que conhece o objeto”. “É, pois, com Kant que se dará a virada da subjetividade. Enquanto na metafísica clássica o *fundamentum absolutum inconcussum veritatis* pode ser encontrada na “essência” do objeto, na metafísica moderna ele estará na “consciência” do sujeito pensante em si mesmo”. (NASCIMENTO, 2015, p. 117-118, grifos do autor).

Como síntese, pode-se dizer que a metafísica clássica buscou um fundamento último (*fundamentum absolutum inconcussum veritatis*) na essência, cujo paradigma veio a ser superado, como se verá adiante, com a metafísica moderna ou filosofia da consciência e seu paradigma subjetivista, que, por sua vez, tem na consciência do sujeito o seu fundamento último.

3.2 A Metafísica Moderna e o Paradigma Subjetivista

De acordo com Rorty (2007, p. 25), “há cerca de duzentos anos, a ideia de que a verdade era produzida, e não descoberta, começou a tomar conta do imaginário europeu. É o que se pode chamar de a aurora da filosofia da consciência, porque, de fato, ela é datada.

Como dirá Oliveira (1997), a questão da fundamentação (*fundamentum absolutum inconcussum veritatis*) na modernidade “é repostada a partir da problemática levantada pelo novo tipo de saber, que emergiu no Ocidente, o da *ciência*”. (OLIVEIRA, 1997, p. 24).

Como horizonte de fundo se põe a afirmação da razão humana em sua autonomia, autodeterminação: tratava-se de articular uma racionalidade liberta das injunções da autoridade e isto vai se efetivar na medida em que a ciência é essencialmente um saber metódico, isto é, um saber que determina seu caminho a partir unicamente de si mesmo, um saber, cuja validade depende exclusivamente de regras estabelecidas e não mais de tradições e instituições a ele estranhas. A ciência é o procedimento de autodeterminação da razão humana em sua autonomia plena. Este é o interesse comum que subjaz aos caminhos diferentes das duas tradições de fundamentação nesta época: o racionalismo e o empirismo. É este interesse de base que explica a mesma problemática de fundo e a direção da resposta a ambas as tradições: o que se procura, acima de tudo, é um *fundamento evidente* do conhecimento das coisas, isto é, o conhecimento de uma consciência inteiramente liberada da sociedade e da história, para dar à ciência um fundamento inabalável (*fundamentum inconcussum* na expressão de Descartes), um ponto arquimédico, absolutamente seguro como ponto de partida e de legitimação de todo o seu procedimento. (OLIVEIRA, 1997, p. 24-25, grifos do autor).

Como registra Nascimento (2015), na metafísica moderna, que vai atender pelo nome de filosofia da consciência, há uma reviravolta na medida em que o sentido irá se deslocar radicalmente das coisas (objeto) para a mente de um sujeito que atribui a si mesmo um acesso privilegiado à verdade.

Para esse fim, dois filósofos irão exercer um papel fundamental: Descartes, que vai inaugurar um novo paradigma, sendo a sentença “penso, logo existo” o ponto de partida da ruptura. Com isso, ocorre a passagem do paradigma objetificador para o subjetivismo, de tal sorte que os papéis irão se inverter em decorrência do que o sujeito, que no paradigma anterior era assujeitado pelo objeto, cuja verdade (essência) estava nele e só precisava ser descoberta, vai se tornar assujeitador por imposição da consciência do sujeito pensante.

Como dirá Luiz (2013), dá-se o primado da razão, por meio da qual as coisas só existem porque pensadas por um sujeito que, diferentemente do modelo superado, usa a racionalidade, que, além de ocupar o lugar da verdade, vai se constituir em ponto de referência e de partida para qualquer tipo de conhecimento.

Se Descartes inaugura um novo modo de pensar, é Kant quem vai radicalizar ao impor uma reviravolta, como registra Nascimento (2015) ao dizer que

[...] enquanto na metafísica clássica se buscava desesperadamente a essência, que só podia ser encontrada nas coisas, na moderna inverte-se o polo da relação sujeito-objeto e, a partir de então, procura-se o sentido no próprio sujeito, cuja ‘consciência’ é o fundamento último da verdade. (NASCIMENTO, 2015, p. 119).

De acordo com Nascimento (2014), é nesse momento que aporta o sujeito da modernidade, aquele que cria o próprio objeto de conhecimento. Nesse sentido, prossegue o

autor, quando se diz que ocorreu um giro de 180 graus é porque o sujeito não mais será orientado pelo objeto, não se fala mais em adequação do sujeito ao objeto. A coisa muda e o objeto é que se submeterá ao sujeito e por ele será determinado, “com a agravante de que como tudo se realiza no plano da mente ou, para usar uma expressão *streckniana*, da “consciência-de-si-do-pensamento pensante”, a facticidade, a tradição e a experiência são esquecidos, encobertas”. (NASCIMENTO, 2015, p. 119). Consequência disso é que se aprofundará ainda mais “a cisão entre razão teórica e razão prática, operação iniciada na metafísica clássica no momento em que, para buscar a essência das coisas, escondeu-se o ser”. (NASCIMENTO, 2015, p. 119).

Para Luiz (2013), foi a metafísica de Kant que levou a filosofia ao ápice da subjetividade, na medida em que “a forma a priori da razão, ou seja, aquela estrutura prévia existente no sujeito, ainda que vazia de conteúdo, transforma em objeto quaisquer dados ao homem”. (LUIZ, 2013, p. 33). Para o autor, a filosofia transcendental de Kant representa o máximo da subjetividade. Em contraponto à filosofia clássica que buscava o sentido das coisas, no suposto de que nelas havia uma essência, na metafísica moderna, que tem em Kant o seu maior representante, busca-se o sentido no sujeito. (LUIZ, 2013, p. 34).

O que se afirma em Luiz (2013) está representado no trecho abaixo, que faz parte do prefácio que o próprio Kant elaborou para a segunda edição do livro *Crítica à Razão Pura*, e que bem demonstra o primado do sujeito sobre o objeto:

Até agora se supôs que todo o nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos; porém, todas as tentativas de mediante conceitos estabelecer algo *a priori* sobre os mesmos, através do que ampliaria o nosso conhecimento fracassaram sob esta pressuposição. Por isso tente-se ver uma vez se não progredimos melhor nas tarefas da Metafísica admitindo que os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento, o que concorda melhor com a requerida possibilidade de um conhecimento a priori que deve estabelecer algo sobre os mesmos antes de nos serem dados. (KANT, 1983, p. 12).

De igual modo, aqui:

Com respeito aos objetos, na medida em que apenas pensados pela razão, e isto necessariamente, sem porém (pelo menos do modo como a razão os pensa) poderem de maneira alguma ser dados na experiência, as tentativas de pensá-los (pois tem que ser possível pensá-los) constituirão mais tarde uma esplêndida pedra-de-toque daquilo que tomamos como o método transformado da maneira de pensar, a saber, que das coisas conhecemos *a priori* só o que nós colocamos nelas. (KANT, 1983, p. 13).

Como já pontuado, um dos pontos de aproximação entre as duas metafísicas (clássica e moderna) consiste na busca de um fundamento último, a essência na primeira e a consciência na segunda, tendo sido Kant o primeiro filósofo a centrar na subjetividade o princípio fundante, último e absoluto, como se pudesse escapar do problema do regresso infinito que já tinha sido apontado por Aristóteles. Como dirá Oliveira (1997, p. 29-30), “uma objeção que se tornou famosa na tradição do pensamento pós-kantiano é sua irreflexividade, ou seja, não só que a demonstração transcendental de Kant depende de pressupostos não demonstrados, mas que não nos fornece demonstração alguma de seu próprio procedimento”.

A propósito, Luiz (2013), que também aponta essa falha no pensar transcendental de Kant, vai dizer que uma das conquistas obtidas com o giro linguístico-ontológico provocado pela invasão da filosofia pela linguagem consiste na demonstração de que “não há um fundamento último para se fundar o conhecimento. Trata-se do paradoxo do fundamento sem fundo, que leva ao existencial”. (LUIZ, 2013, p. 34).

Para Luiz (2013), o projeto kantiano falhou ao esvaziar o conteúdo do ser, velando-o afastando-o da temporalidade, que é a própria condição de possibilidade do ser. De acordo com Luiz (2013, p. 34), Kant esqueceu que “a impossibilidade de definição do ser, seja pela finitude da própria representação ou pelo fato de ele acontecer apenas em si mesmo, antes de dispensar a questão de seu sentido, a impõe”.

Rorty (2007), por sua vez, dirá que tanto Kant como Hegel não repudiaram totalmente, e com isso fizeram concessões, a ideia de que a verdade era algo dado à espera de ser descoberto, sendo, ao contrário disso, um produto criado pelo homem, visto que a verdade não pode existir independentemente da mente humana.

De acordo com Rorty (2007), os dois filósofos ficaram a meio caminho, visto que, embora se dispusessem a ver como fabricado o mundo da ciência empírica, considerando a matéria como algo construído pela mente, persistiram na ideia de “ver a mente, o espírito, as profundezas do eu como dotados de uma natureza intrínseca – uma natureza que se poderia conhecer por uma espécie de superciência não empírica, chamada filosofia”. (RORTY, 2007, p. 27). Isso para ele significava dizer que apenas metade da verdade, no caso a metade científica interior, era, de fato, produzida, uma vez que “a verdade superior, a verdade sobre a mente, seara da filosofia, ainda era uma questão de descoberta, não de criação”. (RORTY, 2007, p. 27).

Todas essas questões, contudo, irão ser superadas quando a linguagem passa a se tornar a questão central da filosofia, quando então o acesso privilegiado à verdade deixa de ser um atributo do sujeito.

É nesse cenário (de primado da linguagem e não mais do sujeito, muito menos do objeto) que o paradigma da subjetividade sofrerá um abalo e será superado com a chamada reviravolta linguística como decorrência do movimento filosófico no século XX, caracterizado pela invasão da filosofia pela linguagem. No primeiro momento, essa reviravolta vai provocar efeitos nas dimensões sintáticas e semânticas da linguagem para, em seguida, radicalizar com a virada pragmática, quando então a linguagem, de terceira coisa que se coloca entre o sujeito e objeto, irá ocupar uma posição de vanguarda.

Isso, segundo a dicção de Streck (2017c) vai provocar um verdadeiro deslocamento: “os sentidos passaram a estar na linguagem, a partir da ruptura com a filosofia da consciência, produzida pela invasão da filosofia pela linguagem”. (STRECK, 2017c, p. 380). O resultado disso é que se inaugura um novo e terceiro paradigma da filosofia, que retira de cena o paradigma da subjetividade. No lugar deste, exsurge o paradigma da intersubjetividade, que é o vetor de racionalidade da filosofia da linguagem que não ficará mais relegada a um papel de coadjuvante, mas de protagonista, constituindo-se, assim, em condição de possibilidade, agora não mais somente para fins de interpretação de texto, mas também para a própria condição humana, bem como de sua existência.

Noutro modo de dizer: ocorrerá mais uma reviravolta. Se Kant promoveu a sua ao colocar a consciência do sujeito pensante no centro das discussões filosóficas, a reviravolta linguística, por sua vez, promoverá um novo deslocamento ao fazer a passagem da verdade centrada na consciência de um sujeito isolado para uma análise da forma de linguagem, que leva em conta o processo de comunicação. Isso ocorrerá de tal modo que, a partir de então, a verdade não será mais o produto de uma consciência de um sujeito que acha que tem privilégio cognitivo e, por essa razão mesma, alcança a verdade independentemente da comunidade a que ele pertence.

Como dirá Nascimento (2015), o resultado disso tudo será a superação do esquema sujeito-objeto, que irá dar lugar à relação sujeito-sujeito, com o que se inaugura o paradigma da intersubjetividade, “dentro do qual, como não há espaço para o sujeito solipsista, elimina-se-lhe a possibilidade de atribuição de sentidos, produção de conhecimento ou decisões egoístas. Dá-se, então, a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem”. (NASCIMENTO, 2015, p. 120-121).

É dessa reviravolta, bem como do paradigma a ela correspondente, que se tratará em seguida.

3.3 A Filosofia da Linguagem e o Paradigma da Intersubjetividade: reviravolta linguístico-pragmática

Em *Sobre fundamentação*, Oliveira (1997, p. 44) vai dizer que “a problemática da fundamentação sofreu um deslocamento, quando ela começou a ser trabalhada no contexto da busca de legitimação do conhecimento das ciências empíricas modernas”. Isso se deu não somente como decorrência da mudança do campo de referência, mas, sobretudo, porque agora o que está em jogo é a forma de racionalidade diferente daquela que foi pretendida pela tradição filosófica, porquanto “não se trata mais da racionalidade do que é conhecido, mas da racionalidade dos próprios procedimentos do conhecer, que combinam a dimensão teórica com a dimensão experimental”. (OLIVEIRA, 1997, p. 44).

Nesse sentido, vai dizer Oliveira (1997, p. 44),

[...] racional não é, como entre os antigos, o ser das coisas, ou, como entre os modernos, o constituído pela subjetividade transcendental ou a ordem das coisas produzidas pelo processo de formação do espírito, mas a solução exitosa de problemas, que torna possível nosso intervir no mundo dos fenômenos.

Isso, porém, não é tudo. E como dirá Oliveira, não se trata somente de abandonar o caráter especulativo e metafísico da filosofia, por força do qual as sentenças filosóficas têm que se ser submetidas a critérios de verificação empírica, afinal, “a verdadeira filosofia é dita científica na medida em que se orienta na racionalidade procedurística das ciências, aliás não há outra saída para ela na sociedade que se cientificou”. (OLIVEIRA, 1997, p. 46).

Para Oliveira (1997), outro fator, que será decisivo, contribuiu para esse movimento de deslocamento da problemática da fundamentação: “a consciência de que se está num momento de reviravolta do pensamento filosófico enquanto tal, ou seja, na reviravolta linguística” (OLIVEIRA, 1997, p. 46), que, num primeiro momento, reduzirá a crítica da linguagem a suas duas primeiras dimensões (sintática e semântica). Nesse momento, se tem consciência de que somente se pode falar em ciência quando as observações são articuladas linguisticamente. É nisto que consistirá a reviravolta do pensamento filosófico: “na ‘viragem na direção da linguagem’, que se vê, assim, vinculada à questão maior da busca dos fundamentos do conhecimento científico. O problema da fundamentação se liga agora à questão do sentido das sentenças” (OLIVEIRA, 1997, p. 47), e não mais à essência das coisas, muito menos à consciência do sujeito pensante, acrescente-se.

Mas, a radicalização da reviravolta linguística somente ocorrerá com a virada pragmática, que se constituirá no seu segundo e mais decisivo momento, como dirá Oliveira. “Todo este processo reflexivo desembocou numa última reviravolta, que será decisiva para a questão da fundamentação, para o enfrentamento do ceticismo contemporâneo e a mudança de paradigma na filosofia: a reviravolta pragmática do pensar”. (OLIVEIRA, 1997, p. 51).

Com efeito, Oliveira (1997) identifica na virada pragmática, o terceiro momento de uma revolução copernicana iniciada com Kant, ao colocar a consciência numa posição de centralidade em matéria de considerações filosóficas, e que, por sua vez, sofrerá os efeitos da segunda ruptura (reviravolta linguística), momento quando se fará a passagem do plano da consciência da filosofia transcendental para a análise da forma da linguagem nos níveis da sintaxe e da semântica, até que, por fim, essa mesma viragem linguística vai ser aprofundada radicalmente pela viragem pragmática, na medida em que esta vai levar em consideração uma de suas dimensões até então esquecida: a dimensão da linguagem como prática social. Essa ruptura que irá permitir o surgimento de um paradigma com a pretensão de substituir os dois anteriores: o paradigma da intersubjetividade.

E aqui, o filósofo cujo pensamento será decisivo na ruptura de paradigmas será Wittgenstein, sobretudo o segundo, como registra Oliveira (1997, p. 52, grifos do autor):

O pensamento do segundo Wittgenstein vai ser decisivo nesta reviravolta, uma vez que ele busca uma ótica nova, em relação a toda tradição do pensamento ocidental, de consideração da linguagem humana. Qual é então, este novo ponto de vista? Qual o fundamento da linguagem? Simplesmente seu próprio *uso*, isto é, o fundamento não é algo fora e exterior à linguagem concreta, mas é a própria *práxis* do uso da linguagem. [...] Com isto Wittgenstein quer dizer que, acima de tudo, a linguagem humana é a capacidade de estabelecer uma interação com um outro sujeito, portanto, um processo de socialização, ou seja, um processo de internalização de normas e papéis. Para compreender, então, a significação de uma expressão linguística, é necessário recorrer a seu uso e às normas e práticas sociais que subjazem a seu uso. [...] Para além desta *práxis*, de uma forma de vida não tem sentido pretender ir nem através de uma explicação e muito menos através de uma fundamentação: o único possível é a *constatação* de um jogo fático de linguagem. A filosofia se torna, assim, uma descrição dos usos fáticos de linguagem, que ela não pode tocar, o que significa dizer que desaparece a própria problemática da fundamentação.

Perceba-se o grande salto representado pela viragem pragmática: sendo o produto da *práxis* social, da interação entre diferentes sujeitos, a linguagem não pode mais ser pensada ou explicada como produto de um sujeito solitário, mas sim como a soma dos esforços de vários sujeitos envolvidos na comunicação, tratando-se, portanto, de uma mediação indispensável no processo intersubjetivo de compreensão. Recorrendo à literatura para explicar esse fenômeno,

poderia ser dito que nenhum outro poema seria digno de representá-lo do que o *Tecendo a manhã*, de Melo Neto⁷⁴ quando diz que “um galo sozinho não tece uma manhã, ele precisará sempre de outros galos”. Trata-se de um veemente repto ao subjetivismo e em favor de uma comunidade de sujeitos.

Com efeito, de acordo com Oliveira (1997), a mudança de paradigma vai ocorrer quando o horizonte, “a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem não é o do sujeito isolado, ou da consciência do indivíduo, que é o ponto de referência de toda a filosofia moderna da subjetividade, mas a comunidade de sujeitos em interação”. (OLIVEIRA, 1997, p. 53).

Oliveira (1997) afirma também que, no novo paradigma, a linguagem enquanto prática é sempre uma prática realizada de acordo com regras estabelecidas, esclarecendo ainda que essas regras não são convenções arbitrárias, mas são originadas historicamente a partir do uso das comunidades linguísticas; são, portanto, costumes que chegam a tornar-se fatos sociais reguladores, ou seja, instituições⁷⁵. (OLIVEIRA, 1997, p. 53).

Quando se fala que a linguagem veio a se tornar uma questão central da filosofia no século XX, há uma falsa impressão de que o seu surgimento é recente, o que não é verdade, pois, como registra Oliveira (2006, p. 21), a origem da filosofia no Ocidente se deu mesmo foi como uma reflexão sobre linguagem.

De fato, como anota Oliveira, a discussão sobre linguagem já estava presente em *Crátilo*, de Platão (2012), considerado, como ele próprio afirma, “o escrito mais tardio que a Tradição nos legou em nossa cultura ocidental como reflexão sobre a linguagem ou, para usar uma expressão de hoje, como crítica da linguagem”. (OLIVEIRA, 2006, p. 18). Na referida obra, que é uma das chaves para a compreensão do pensamento objetivista, se dá uma disputa entre duas posições antagônicas: o naturalismo, defendido por Crátilo ao sustentar que cada

⁷⁴ *Tecendo a manhã*: Um galo sozinho não tece uma manhã:/ ele precisará sempre de outros galos./ De um que apanhe esse grito que ele/ e o lance a outro; de um outro galo/ que apanhe o grito de um galo antes/ e o lance a outro; e de outros galos/ que com muitos outros galos se cruzem/ os fios de sol de seus gritos de galo,/ para que a manhã, desde uma teia tênue,/ se vá tecendo, entre todos os galos./ E se encorpando em tela, entre todos,/ se erguendo tenda, onde entrem todos,/ se entretendendo para todos, no toldo/ (a manhã) que plana livre de armação./ A manhã, toldo de um tecido tão aéreo/ que, tecido, se eleva por si: luz balão”. Ver em: MELO NETO, 2008, p. 219).

⁷⁵ Esse é um dos grandes desafios em matéria de aplicação judicial do direito no Brasil, o de fazer com que juízes percebam que a decisão judicial deve espelhar o resultado de práticas compartilhadas pela comunidade. No âmbito desse estudo, por exemplo, um dos objetivos é fazer crer que o dever de fundamentar nos termos estabelecidos no artigo 489 do CPC é um dever geral de todos os juízes, independentemente do segmento a que pertençam, porque se trata de uma regra que não foi estabelecida arbitrariamente, mas sim como o resultado de uma comunhão de interesses de determinada comunidade e em atenção a um documento que constitui toda a sociedade: a Constituição Federal, daí porque as resistências à sua aplicação somente se explicam se posicionadas a partir de um horizonte onde a linguagem ainda é pensada a partir de um sujeito isolado ou da consciência desse indivíduo.

coisa tem nome por natureza; e o convencionalismo, posição defendida pelo sofista Hermógenes, segundo a qual o significado de uma coisa decorre de uma convenção e do uso da linguagem.

Se ela durante muito tempo exerceu um papel apenas secundário, de terceira coisa entre o sujeito e o objeto, é porque durante séculos ficou encoberta pela ideia da essência das coisas ou pela consciência do sujeito pensante. De todo modo, ela atravessa toda a história da filosofia, sendo, portanto, remota a sua origem, pois já era objeto de discussão na Grécia Antiga.

Como já registrado nos subitens anteriores, quando se tratou dos dois primeiros paradigmas, a questão da fundamentação, mais especificamente, a busca por um fundamento último, e que obstasse qualquer tentativa de regressão ao infinito, sempre foi objeto de problematização no pensamento ocidental desde os gregos. No primeiro momento, com o pensamento objetificador clássico, a fundamentação última estava na essência das coisas. No segundo momento, uma vez superado o pensamento essencialista, a fundamentação passou a se confundir com a própria consciência do sujeito pensante. Isso, contudo, vai mudar, como já se demonstrou, a partir do momento em que a linguagem passa a ser a questão central na filosofia.

Oliveira (2006) chama atenção para o fato que essa guinada filosófica em direção à linguagem não significa apenas “a descoberta de um novo campo da realidade a ser trabalhado filosoficamente, mas, antes de tudo, uma virada da própria filosofia, que vem a significar uma mudança na maneira de entender a própria filosofia e na forma de seu procedimento”. (OLIVEIRA, 2006, p. 12).

Nesse sentido, Oliveira (2006) diz que se num primeiro momento esta virada significou um novo modo de articular as palavras, fazendo diferente do que se fazia no passado, não se perguntando mais pela essência das coisas ou da sua causalidade, mas, sim, pelo uso da palavra *causalidade*; mais adiante se verificou que se tratava de uma reviravolta linguística, mais precisamente, de um novo paradigma filosófico, disso resultando que a linguagem deixa de ser objeto de reflexão filosófica para se constituir, ainda que a questão seja controversa⁷⁶, “na esfera dos fundamentos’ de todo pensar, e a filosofia da linguagem

⁷⁶ Para alguns pensadores, como registra Oliveira (2006, p. 12) em nota de rodapé, na reviravolta linguística não há que se falar em fundamentação, mas sim em sua negação, dado que se contrário fosse, seriam repetidos os mesmos erros das metafísicas anteriores (clássica e moderna), que sempre buscaram o *fundamentum absolutum inconcussum*, diferentemente do giro linguístico-ontológico, que não acredita em fundamento último para se fundar o conhecimento.

passa a poder levantar a pretensão de ser a ‘filosofia primeira’ à altura do nível de consciência crítica de nossos dias”. (OLIVEIRA, 2006, p. 12-13).

Para Oliveira (2006), isso vai importar numa mudança radical, porque não se perguntará mais pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, tal como ocorreu na metafísica moderna, mas “pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo” (OLIVEIRA, 2006, p. 13), o que vai implicar uma verdadeira radicalização da crítica do conhecimento tal como foi articulada nos últimos séculos. Surge, assim, uma questão anterior: antes de se perguntar pela verdade dos juízos válidos, se perguntará pelo sentido, linguisticamente articulado, “o que significa dizer que é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer previamente a questão da linguagem” (OLIVEIRA, 2006, p. 13), na medida em que não existe mundo que não seja exprimível pela linguagem, e o processo de reflexividade que iniciou com a pergunta transcendental da filosofia moderna atualmente se converteu na linguagem como espaço de expressividade do mundo. Nesse sentido:

A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística. É nesse sentido que K. O. Apel vai dizer que a Filosofia Primeira não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das coisas ou dos bens (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas a reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem). A superação da ingenuidade da metafísica clássica implica, hoje, a tematização não só da mediação consciencial, como se fez na filosófica transcendental da modernidade enquanto filosofia da consciência, mas também a mediação linguística (OLIVEIRA, 2006, p. 13-14).

Pelo que foi exposto até aqui, o pensamento filosófico ocidental experimentou três grandes momentos em termos de reflexões filosóficas, dando origem a três tipos de filosofia: a metafísica clássica, a filosofia moderna (ou metafísica moderna), sendo que em ambas a fundamentação vai ser uma problemática sempre presente, até o surgimento da filosofia da linguagem, em que a preocupação com a fundamentação última vai desaparecer. Todos os três modos de pensar deram também origem aos paradigmas que lhes são correspondentes: objetivista, da subjetividade e, por fim, da intersubjetividade, este inaugurado com a viragem linguística, que, ao que tudo indica, é um caminho sem volta, embora seus influxos ainda não

produzam efeitos em algumas áreas do conhecimento, mormente no direito, como adiante será demonstrado.

Essa é a questão central: descobriu-se que não há mundo sem linguagem, pois se trata de uma ação humana comunicativa entre pessoas, que não deixa espaço para subjetividade e nem para objetificação. No lugar das duas posturas metafísicas representativas dos paradigmas anteriores (essencialista e da subjetividade), surge o paradigma da intersubjetividade. E, com isso, o grande questionamento que se coloca é saber que tipo de influxos esse paradigma promoveu nas diversas áreas de conhecimento, especialmente no direito. É do que se tratará em seguida.

3.4 Os Paradigmas Da filosofia e seus Influxos no Direito: aportes gerais

No ensaio introdutório que fez para a edição comemorativa dos 50 anos da primeira edição de *A estrutura das revoluções científicas*, de Kuhn (2017), Hacking (2017, p. 29) diz que “a ciência normal é caracterizada por um paradigma, que legitima quebra-cabeças e problemas sobre os quais a comunidade trabalha”. Sustenta ainda que “tudo vai bem até que os métodos legitimados pelo paradigma não conseguem enfrentar o aglomerado de anomalias; daí resultam e persistem crises até que uma nova realização redirecione a pesquisa e sirva como um novo paradigma”. (HACKING, 2017 p. 29). Numa palavra, o que ocorre é o que ele chama de deslocamento de paradigma. Malgrado o exemplo dado leve em conta as ciências da natureza, nas ciências sociais e do espírito, especialmente na filosofia, esse mesmo processo foi experimentado pelo menos duas vezes: quando houve o deslocamento do paradigma objetivista para o paradigma da subjetividade e quando este sofreu idêntico deslocamento, dando lugar ao paradigma da intersubjetividade.

Para Kuhn (2017, p. 177), consideram-se revoluções científicas “aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”. E por que razão se pode chamar de revolução uma mudança de paradigma?

Quem responde é Morin (2011) ao dizer que uma mudança de paradigma revoluciona, pois

[...] uma revolução que afeta um grande paradigma modifica os *nuclei* organizadores da sociedade, da civilização, da cultura e da noosfera. Trata-se de uma transformação do modo de pensar, do mundo do pensamento e do mundo pensado. Mudar de paradigma significa, ao mesmo tempo, mudar de crença, de ser e de universo. (MORIN, 2011, p. 288).

Kuhn (2017, p. 178) também vai dizer que “as revoluções científicas precisam parecer revolucionárias somente para aqueles cujos paradigmas sejam afetados por ela”, o que não vai ocorrer com os observadores externos, pois estes enxergarão apenas “etapas normais de um processo de desenvolvimento”. Talvez isso explique um pouco o fato de o paradigma da intersubjetividade não ter produzido os efeitos esperados na filosofia do direito. Noutro modo de dizer: as posturas subjetivistas, objetivistas ou a reunião de ambas, no campo das práxis jurídica, não se sentiram ameaçadas pelo paradigma da intersubjetividade. Numa palavra: elas ainda resistem.

Retomando à pergunta formulada no subitem 2.1: é possível fugir dos paradigmas filosóficos? Quando um juiz decide, pode-se dizer que, por trás da decisão judicial, existe um paradigma que a sustenta? Dizendo de outro modo: ele se movimenta dentro de um paradigma filosófico ou isso é irrelevante para o direito, no sentido de que ele não sofre os influxos dos paradigmas filosóficos, diferentemente do que ocorre com outras áreas de conhecimento? A essa indagação pode-se oferecer uma resposta afirmativa para dizer que, por trás das decisões judiciais, existem sim paradigmas dentro dos quais elas se movimentam, nem que seja um só.

Ao resumir os tipos de interpretação de acordo com o paradigma filosófico, Streck (2014) vai afirmar que, tendo em vista os paradigmas filosóficos que orientam a interpretação, “é possível dizer que *objetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido”. (STRECK, 2014, p. 144). Por outro lado, “subjetivista é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência, no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos”. (STRECK, 2014, p. 144). Para os propósitos deste estudo, há que se indagar, então, se é possível identificar nas decisões judiciais no Brasil alguma dessas posturas ou a mistura de ambas.

De acordo com Streck (2014), a forma como o direito vem sendo aplicado no Brasil revela a presença de um curioso sincretismo⁷⁷, que ele vai chamar de “cruzamentos fundacionais”, no sentido de que “no direito o paradigma objetivista, da filosofia clássica, encontra-se por vezes associado ao paradigma subjetivista, da filosofia da consciência”. (STRECK, 2014, p. 145).

⁷⁷ Em verdade, a reunião de posturas subjetivas e objetivas nas decisões judiciais, a convivência de dois paradigmas aparentemente antagônicos, é perfeitamente possível como demonstra Morin (2011, p. 273) quando diz que “podemos diferenciar os paradigmas conforme a esfera da compreensão ou de extensão e o campo onde atuam; e podemos pensar, como Maruyama (1974, p. 138), que vários paradigmas podem coexistir (belicosa ou pacificamente) em uma mesma cultura”.

Resultado disso é que, segundo Streck (2014), a mudança de paradigma representada pela passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem não teve a recepção⁷⁸ que se esperava no campo da filosofia do direito e da hermenêutica no dia a dia das práticas judiciárias e doutrinárias no Brasil.

Na avaliação de Streck (2017c, p. 472), é notório que no Brasil “há, ainda, uma resistência à viragem hermenêutico-ontológica, instrumentalizada em uma dogmática jurídica (que continua) refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito na quadra da história” e não há como esconder a evidência de que, no campo da interpretação e aplicação judicial do direito, a invasão da filosofia pela linguagem ainda não aconteceu. Para Streck (2017c), a interpretação judicial ainda é feita a partir da hermenêutica jurídica clássica, “vista como pura técnica (ou técnica pura) de interpretação (*Auslegung*), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido”. De acordo com Streck (2017c, p. 472-473, grifos do autor), esse modo-de-ser “encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, *objetificando-o na linguagem e impedido que se dê na sua originalidade, enfim, na sua concreta facticidade e historicidade*”.

No mesmo sentido, Luiz (2013), quando diz que o exercício da jurisdição no Brasil ainda se encontra atrelado aos paradigmas filosóficos objetivista e da subjetividade, dado que ainda não houve a recepção do giro linguístico. Nascimento (2015), por sua vez, dirá que na medida em que a invasão da filosofia pela linguagem produziu reflexos nos mais variados ramos de conhecimento, não parece racional e nem compreensível a ideia de que o direito se mantenha à margem desses influxos, totalmente refratário ao salto produzido pela viragem linguístico-pragmática. Um dos exemplos mais emblemáticos desse diagnóstico é a resistência que a dogmática jurídica vem opondo à aplicação de algumas regras do Código de Processo Civil de 2015, particularmente ao dever de fundamentar, ainda que apenas analiticamente, as decisões judiciais.

Mas será que essa postura não é compreensível? Noutra modo de dizer, tudo isso não seria uma questão de paradigma? E se é uma questão de paradigma, o que impede o deslocamento de um dos paradigmas da metafísica (clássica e moderna, mas, sobretudo, desta) para o da intersubjetividade?

⁷⁸ Essa questão será aprofundada no subitem seguinte.

Essas questões fazem parte da problematização desta pesquisa, que tem como um dos objetivos investigar em que medida, por exemplo, a resistência ao dever de fundamentação analítica e ao CPC, de um modo geral, está vinculada a um tipo de paradigma filosófico.

No segundo volume de *Sistema e Estrutura do Direito*, Losano (2010, p. 143) afirma que “quando a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende mais das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz, a qual segue vias não necessariamente racionais”. Trata-se, segundo Losano (2010), da passagem do formalismo para o antiformalismo, o que autorizou o juiz a se desvincular das amarras da lei, sendo livre para decidir conforme o seu convencimento, que bem podia não coincidir com as razões do legislador. Nesse cenário, “a relação entre o legislador e o juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse legislador”. (LOSANO, 2010, p. 143).

Talvez nenhum outro enunciado expresse tão bem os influxos na filosofia do direito da passagem da metafísica clássica para a metafísica moderna, bem como a substituição do paradigma objetivista pelo subjetivista, numa palavra: o império do subjetivismo que, como disse o Ministro Luís Roberto Barroso ao justificar a subjetividade da atuação do Poder Judiciário, é inevitável⁷⁹.

De como e porque essa passagem se deu já ficou mais que demonstrado ao longo dos subitens anteriores. Mas há uma questão que vem ocupando o imaginário de muitos teóricos do direito e que é objeto de insistentes reflexões: as razões pelas quais o paradigma da subjetividade ainda resiste, sobretudo, na filosofia do direito, e seus reflexos na dogmática jurídica.

3.4.1 Da Singela Recepção da Viragem Linguística no Direito em Matéria de Interpretação

Judicial: o subjetivismo resiste

Aqui, o presente tópico tem o objetivo de demonstrar como a reviravolta linguístico-pragmática ocorrida na filosofia contemporânea⁸⁰, e que produziu efeitos significativos em outros ramos de conhecimento, no direito ainda é objeto de resistência, numa prova de que o segundo momento da filosofia (momento do sujeito) ainda não foi superado quando o tema é interpretação e aplicação judicial do direito. A abordagem se inicia a partir das indagações que se seguem.

⁷⁹ STF... (2016).

⁸⁰ A expressão é tomada do título do livro de Oliveira (1996).

Seria a filosofia da consciência, muito mais que a metafísica clássica, o paradigma que sustenta a maior parte das decisões judiciais no Brasil? Em que contexto histórico elas se situam? Não se trata de um paradigma ultrapassado? Indagando de outro modo: por que razão o giro ontológico-linguístico não foi recepcionado no direito? As resistências, ora manifestas ora veladas, dos juízes ao dever de fundamentar adequadamente – e nos termos da Constituição Federal – uma decisão judicial, podem ser tidas como manifestações dessa não recepção? Por que boa parte dos juízes ainda insiste na adoção de uma linguagem privada incompatível com o paradigma da intersubjetividade? Indagações como essas povoam o imaginário dos estudiosos do assunto.

Como já se afirmou, Streck é um dos juristas que há cerca de, aproximadamente, duas décadas ou mais, vem se dedicando a essas reflexões e não esconde sua perplexidade diante do estado de natureza hermenêutico em que se encontra mergulhada a aplicação judicial do direito no Brasil. Essa perplexidade está bem evidenciada na indagação adiante, bem como no raciocínio especulativo que a ela se segue: “se o juiz não está obrigado pelo direito e está autorizado a fazer raciocínios práticos a partir da moral, etc., por qual razão ele não estaria sob o pálio da filosofia da consciência ou de qualquer tese subjetivista?”. (STRECK, 2017a, p. 49).

Nem mesmo o direito produzido no paradigma do modelo democrático, como ocorre no Brasil, foi capaz de superar as resistências vindas de um paradigma filosófico (da subjetividade), forjado há mais de trezentos anos e que rejeita qualquer tipo de linguagem pública, como bem deixa claro Streck (2017a, p. 91), ao afirmar que “subjetivismo é pensar que nada vindo de fora (de si) pode impor limites ao intérprete”.

Nesse sentido, a Constituição e as leis, de um modo geral, que são as coisas que vêm de fora, portanto, produzidas democraticamente e por meio de uma ação comunicativa que vincula os membros de uma comunidade, enfrentam dificuldades em vincular juízes e suas decisões judiciais. Não é raro surgir um juiz que não fique tentado a distorcer o sentido da lei produzida democraticamente (isso quando não produz a sua própria).

Ocorre que, para Streck (2017), o que a comunidade jurídica não percebe é que “quando vamos ao Judiciário, buscamos uma resposta daquilo que está do lado de fora do juiz, e não do que está dentro”. (STRECK, 2017a, p. 91).

De acordo com Streck (2017a, p. 107),

[...] o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele ‘assujeita’ o mundo conforme o seu ponto de vista interior.

Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo.

Para Streck, um bom modo de se compreender a problemática do solipsismo é ler o segundo Wittgenstein, que, com *Investigações Filosóficas* (1999), vai superar a tese central de sua primeira fase, também conhecida como fase isomórfica exposta no *Tractatus Logico-Philosophicus* (2002) e que pode ser resumida no famoso enunciado “*os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo*”. É que, como ressabido, na sua segunda fase, Wittgenstein “introduz a pragmática da linguagem em sua filosofia, concluindo acertadamente que não é possível haver uma linguagem de um indivíduo solitário⁸¹, mas que esta consiste em uma prática intersubjetiva, manifestando-se sempre em um ambiente socioprático”. (STRECK, 2017b, p. 108).

Em outro modo de dizer, para Streck (2017b), ao decidir conforme a consciência, o juiz, de forma perigosa, ingressa no campo da linguagem privada, que é a morada do solipsismo e contra a qual o segundo Wittgenstein se opôs veementemente.

É por estar na contramão desse entendimento que Streck (2017a) recomenda, como uma forma de antídoto, a leitura e a releitura do segundo Wittgenstein, pois com ele se aprendeu que não há uma linguagem privada, muito embora a maioria dos juízes brasileiros ainda não tenha se dado conta dessa realidade, sobretudo, quando se trata de decidir, que não se confunde com escolher, como diz Streck, no sentido de que decidir não é um ato de vontade do qual ele pode dispor livremente escolhendo o modo, como e quando irá praticá-lo. Isso é escolha. Diferentemente, decidir decorre de uma obrigação à qual o juiz se encontra estritamente vinculado e, como tal, tem que ser devidamente justificada a partir de critérios objetivos definidos pela comunidade. Numa palavra: a sociedade não conferiu ao juiz o poder de escolha, mas o de decidir.

⁸¹ A propósito, nesse sentido, Oliveira (1997), ao afirmar que ao introduzir o conceito de jogo de linguagem, Wittgenstein não somente faz uma crítica radical à concepção tradicional até então em vigor, como dá os primeiros passos em direção de uma nova concepção da linguagem, na exata medida em que explicita o caráter prático, intersubjetivo e histórico da linguagem humana. “A linguagem passa a ser entendida, em primeiro lugar, como ação humana: a linguagem e o *dado último* enquanto é uma ação fática, prática. Precisamente enquanto práxis interativa, ela não pode ser explicada como produto de um sujeito solitário, mas como ação social, mediação necessária no processo intersubjetivo de compreensão, o que Wittgenstein procura mostrar em sua polêmica contra a possibilidade de uma linguagem privada”. (OLIVEIRA, 1997, p. 53). É que, como diz Oliveira, a rejeição por parte de Wittgenstein a uma linguagem privada parte do pressuposto de que, nesta condição, ela só pode ser entendida pelo sujeito que a exterioriza, dado que ela é uma expressão de vivências anteriores, às quais somente ele tem acesso. Se fosse possível, nessa altura, fazer uma comparação, dir-se-ia que uma decisão judicial na qual o juiz prolator invoca argumentos de natureza pessoal que somente ele tem conhecimento ou acesso é um exemplo típico do uso de uma linguagem privada num discurso que deve ser público.

De fato, fazendo-se aqui um recorte para o fim de se compreender melhor essa importante viragem na filosofia, a Ludwig Wittgenstein se atribui uma filosofia dividida em duas etapas. De comum entre elas o tema e a mesma problemática: a linguagem e o pensamento. As aproximações, contudo, param aí. É que tanto se distanciam uma da outra que se pode afirmar, sem receio, que uma, no caso a segunda, não é continuidade da outra (a primeira), e sim ruptura.

Com efeito, Oliveira (2006) destaca que, embora a problemática fundamental permaneça a mesma, a perspectiva com que ela é tratada muda de forma radical na segunda fase do pensamento wittgensteiniano, “de tal modo que não se pode considerar esta fase como um desenvolvimento linear da primeira”. (OLIVEIRA, 2006, p. 117).

Como se sabe, o primeiro Wittgenstein, o da figuração, aceita a concepção instrumentalista da linguagem que vem da metafísica clássica⁸², por força da qual, conferindo-lhe um caráter meramente secundário, de forma reducionista, atribui à linguagem uma função apenas designativa, no que ficou conhecido como a teoria objetivista da linguagem. Mas, como lembra Oliveira (2006), embora o Wittgenstein de primeira hora não negue o caráter designativo da linguagem, se rebela fortemente contra o exagero da tradição – que sempre pressupôs uma isomorfia entre realidade e linguagem, com a qual Wittgenstein concordava no *Tractatus Logico-Philosophicus* – “de ver na designação a principal e até mesmo a única função da linguagem”, ponto de vista este em relação ao qual Wittgenstein dizia que para ele era nisso que consistia a limitação da filosofia ocidental da linguagem. (OLIVEIRA, 2006, p. 119-120).

É que, conforme anota Oliveira (2006), a tradição do pensamento ocidental sempre pressupôs uma isomorfia entre realidade e linguagem. Isso porque essa era a convicção, somente por haver uma essência comum a um determinado tipo de objeto é que as palavras podiam designá-los, e, via de consequência, essa mesma palavra poderia se aplicar a diferentes objetos, pois a palavra não designa uma coisa individual, mas, precisamente, o comum a um conjunto de coisas individuais. É por isso que se diz que, “para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem”. (OLIVEIRA, 2006, p. 120).

⁸² Essa concepção é atribuída a Aristóteles, que, como já visto no subitem 2.3, acima, embora atribuindo à linguagem a reduzida função de meramente designar as coisas – que, em si, já tinham uma essência, daí se dizer que era por terem as coisas uma essência que as palavras tinham sentido –, admitia o caráter mediador da linguagem, sem a qual não se podia ter acesso ao ser, o que representa um avanço em relação ao seu antecessor, o filósofo Platão, para quem o acesso direto às coisas se dava sem o uso da linguagem, como também se registrou no mesmo subitem.

Lembra, contudo, Oliveira (2006) que o Wittgenstein do *Tractatus* apanha a concepção da tradição, mas imprimi-lhe um diferencial, visto que a reformula, agregando-lhe o que ficou conhecido com a teoria da afiguração, conforme registro abaixo:

A última forma dessa teoria no Ocidente é, exatamente, a teoria da afiguração como correspondência estrutural entre frase e estado de coisas, respectivamente, fatos, elaborada no *Tractatus*. A frase representa, por semelhança estrutural, o estado de coisas por ela referido. A teoria do *Tractatus* significa, assim, uma reformulação da teoria tradicional da semelhança entre linguagem e mundo. Já que a linguagem não passa de um reflexo, de uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. A essência da linguagem depende, assim, em última análise, da estrutura ontológica do real. Existe um mundo em si que nos é dado independentemente da linguagem, mas que a linguagem tem a função de exprimir. (OLIVEIRA, 2006, p. 121).

Nesse sentido, como anota Streck (2014), citando Oliveira, o Wittgenstein da primeira fase “trabalha com uma concepção *instrumentalista-designativa-objetivista* da linguagem, deixando-se guiar pelo ideal de uma linguagem perfeita, capaz de reproduzir com absoluta exatidão a estrutura ontológica do mundo”, numa palavra: linguagem como espelho da natureza. (STRECK, 2014, p. 244, grifo do autor).

De acordo ainda com Oliveira, para o Wittgenstein de *Tractatus*, “em última análise, o conhecimento e sua comunicação linguística são realidades inteiramente privadas, essencialmente individuais e só secundariamente comunicativas, interpessoais”. (STRECK, 2006, p. 124).

Exemplo emblemático desse entendimento são as proposições de nº 5.6 e 5.62, de Wittgenstein, no *Tractatus Logico-Philosophicus*, respectivamente: “Os limites de minha linguagem significam os limites do meu mundo” e “Esta observação é a chave para a decisão do problema de saber até que ponto é que o Solipsismo é verdadeiro. O que o Solipsismo *quer dizer* é correcto mas não se pode *dizer*: revela-se a si próprio. Que o mundo é o *meu* mundo revela-se no facto de os limites da linguagem (da linguagem que apenas eu compreendo) significarem os limites do *meu* mundo”. (WITTGENSTEIN, 2002, p. 114-115).

Por outro lado, a segunda fase da filosofia de Wittgenstein, que, de acordo com Oliveira (2006, p. 125), ao lado de Heidegger, pode ser citado como um dos grandes críticos da filosofia da subjetividade, é marcada por um contundente ataque à concepção individualista do conhecimento e da linguagem – e ao próprio Wittgenstein do *Tractatus*, acrescente-se. Nesse sentido, diferente da teoria da figuração (ou isomórfica) presente na obra inaugural de sua filosofia, em *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein vai dizer que não existe

“um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela” (OLIVEIRA, 2006, p. 127), pois nunca vamos ter o mundo em si, senão por meio da linguagem.

Noutro modo de dizer, com Oliveira (1996, p. 128), “a linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado, é, antes, condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal”.

Percebe-se então que o mérito do segundo Wittgenstein não é somente o de superar o primeiro, mas também a própria teoria objetivista da linguagem, forjada pela tradição do pensamento clássico, e, por que não dizer, da metafísica moderna que aposta no subjetivismo, na medida em que ele promove uma ruptura com a linguagem privada, própria do sujeito solipsista, consciente de si mesmo.

Por essa razão, pode-se dizer com Streck (2017b) que é sob o pálio do paradigma da intersubjetividade que se vive hoje, em razão do que, quando o assunto é aplicação judicial do direito, não há lugar nem pra o ‘dono da lei’, nem para o ‘escravo da lei’, como ele próprio diz.

Todavia, não obstante toda a conquista representada pelo giro ontológico-linguístico ocorrido na filosofia da linguagem, no direito essa conquista ainda não produziu grandes resultados. Ainda se vive sob o pálio dos paradigmas filosóficos da metafísica clássica e, sobretudo, da metafísica moderna ou, dizendo de outro modo, vive-se aquilo que Streck (2014) chama de “sincretismo”.

Talvez uma das dificuldades de superação dos paradigmas da metafísica clássica ou da metafísica moderna pelo paradigma da intersubjetividade no campo do direito esteja no fato de que esse último se ocupa de dois alvos, pois, no Brasil, repita-se, em matéria de direito, vive-se um misto de objetivismo e subjetivismo. E quando o objeto de superação se divide em dois ou se duplica, o embate se torna mais complexo e difícil.

O que se pretende dizer é que, embora posturas objetivistas, em grande parte das vezes, tenham o objetivo tão somente de esconder a postura subjetivista, funcionando como um alibi despistador, nenhum dos dois paradigmas anteriores (metafísica clássica e moderna) são considerados soberanos, no sentido de que se impõem sem qualquer tipo de restrição, em que pese a manifestação do paradigma da subjetividade seja muito mais evidente.

Dizendo de outro modo: a revolução de paradigma não foi total ainda, não nos sítios do direito, pois se mudar de paradigma, como disse Morin (2011, p. 288), “significa ao mesmo tempo mudar de crença, de ser e de universo”, isso ainda não aconteceu para o direito em relação ao modo como os juízes decidem.

Com efeito, Morin (2011), para quem a revolução copernicana⁸³ é exemplar como revolução paradigmática, vai dizer que, assim como toda revolução, “uma revolução paradigmática ataca enormes evidências, lesa enormes interesses, suscita enormes resistências”. (MORIN, 2011, p. 289).

Para o pensador francês, as teorias abraçadas por determinado paradigma são comparáveis aos cães de guarda, que atacam furiosamente tudo aquilo que pode ameaçar o dono⁸⁴. De todas as teorias que podem ser suscitadas por um paradigma, “a resistência ao paradigma é a mais teimosa de todas, pois se confunde, para os que lhe estão submetidos, com a evidência lógica e empírica”. (MORIN, 2011, p. 289). Nesse sentido, “todas as teorias, ideias ou opiniões incompatíveis com o paradigma aparecem, evidentemente, como contrárias à lógica, imbecis, delirantes, absurdas”. (MORIN, 2011, p. 289).

Essa questão será abordada nos capítulos seguintes (terceiro e quarto, sobretudo), mas, para o momento, pode-se antecipar algo, para dizer que, à luz do que pontua Morin, se confrontadas tais afirmações com o que ocorre no campo do direito, mormente no âmbito da aplicação judicial do direito, não é temerário concluir que as resistências ao CPC de 2015, especialmente ao dever de fundamentar as decisões judiciais nos termos do parágrafo 1º do artigo 489, são na verdade um modo de defesa do paradigma da subjetividade e uma resistência ao paradigma da intersubjetividade. Daí se poder dizer que as resistências, dependendo do ponto de vista do observador, são ao mesmo tempo compreensíveis e incompreensíveis.

Com efeito, como lembra Morin (2011, p. 290, grifos nossos), “a revolução paradigmática ameaça não apenas conceitos, ideias e teorias, mas também o estatuto, o prestígio, a carreira de todos os que vivem material e psicologicamente da crença estabelecida”.⁸⁵

⁸³ Morin anota que romper com o sistema geocêntrico do mundo estabelecido há milhares de anos não foi nada fácil: “Houve, naturalmente, enormes dificuldades e resistências, não apenas religiosas, mas, também, intelectuais. Era necessário perder o centro absoluto de referência, aceitar o desmoronamento do foco antropocêntrico, instalar-se em um satélite, mudar de universo e poder viver um novo universo”. (MORIN, 2011, p. 288-289).

⁸⁴ A se estabelecer uma relação com o direito e seus principais paradigmas, e tomando o positivismo jurídico como um deles, é possível afirmar que a discricionariedade, uma das principais características do positivismo jurídico, cumpre, na defesa desse paradigma, o papel de cão de guarda.

⁸⁵ Curioso que, nos últimos tempos, surgiu um fenômeno para lá de interessante em matéria de teoria do direito no Brasil. A referência é à aliança estratégica estabelecida entre a hermenêutica e o positivismo exclusivo, uma das teorias positivistas pós-hartianas contemporâneas (além do positivismo inclusivo e o normativo). E o mote da aliança foi somente um: o combate à discricionariedade judicial. Embora cada uma continue a defender com denodo as suas crenças, em nome do combate à discricionariedade judicial, principal característica do positivismo e, por que não dizer, o maior representante do paradigma da subjetividade, essa aliança foi estabelecida. Os corifeus das duas correntes são, respectivamente, Streck e Torrano, que acerca do tema produziram alguns artigos, a exemplo dos que se encontram em Streck (2016) e Torrano (2016a). Fruto dessa parceria foi o II Colóquio de Crítica Hermenêutica do Direito: às voltas com o positivismo jurídico

Como uma revolução paradigmática representa uma ameaça ao status quo, nada mais natural que os ameaçados resistam a ela. E isso explica porque o novo, antes de se firmar, vai enfrentar todo o tipo de resistência, como censuras, interdições e até mesmo o ódio. Ao traçar o caminho a ser enfrentado por uma ideia nova (novo paradigma), Morin (2011) destaca que antes de se estabelecer em um primeiro nicho, ela será submetida a desvios e sofrerá rejeição “*antes de poder fortalecer-se, tornar-se uma tendência reconhecida e, finalmente, triunfar como ortodoxia intocável*”. (MORIN, 2011, p. 290, grifos nossos).

Não é, pois, de causar tanta perplexidade o fato de o paradigma da intersubjetividade não ter ainda produzido efeitos práticos e duradouros na filosofia e na teoria do direito, especialmente no Brasil, pois não é nada fácil emergir uma ruptura paradigmática, que ainda tem que enfrentar outro elemento fundamental: o tempo.

De fato, no que diz respeito à revolução copernicana, a título de exemplo, Morin (2011, p. 290) destaca que ela levou mais de um século para se consolidar, considerando o ponto de partida em Copérnico (1473-1543), passando por Kepler (1571-1630) até chegar em Galileu (1564-1642). Diz ainda que a revolução heliocêntrica só veio a triunfar graças à agitação cultural, histórica e social provocada pelo nascimento do mundo moderno. E acrescenta também um dado histórico pouco divulgado, o de que “já no século II a.C., Aristarco de Samos fora levado a pensar que a terra não era imóvel e girava em torno do sol”. (MORIN, 2011, p. 290). Isso não passou de uma hipótese solitária, visto que foram necessárias agitações, sobressaltos e turbilhões históricos provocados pelo surgimento dos tempos modernos, de que são exemplos o desenvolvimento das cidades, bem como do comércio, capitalismo, burguesia e do Estado nacional, assim como o florescimento simultâneo e correlativo do Renascimento, “isto é, ao mesmo tempo o despertar do espírito problemático e a reinterpretação do mundo físico, o desenvolvimento das técnicas de observação, para que emergisse a revolução paradigmática”. (MORIN, 2011, p. 290-291).

Para Morin (2011), todo esse contexto ajuda a compreender porque, quando um paradigma se encontra enraizado numa determinada realidade sócio-cultural, as condições para o seu desaparecimento e a consequente substituição por outro “necessitam das grandes transformações sociais, culturais, as quais só podem acontecer com ajuda de uma transformação paradigmática”. (MORIN, 2011, p. 291).

Sobre as condições de possibilidades para que a ruptura aconteça, Morin (2011) afirma que uma revolução paradigmática para acontecer depende de condições históricas, sociais e culturais, mas também de uma mudança na própria consciência. Para o pensador francês, “a saída é logicamente impossível e a lógica só pode encerrar-nos em um círculo vicioso: é preciso mudar as condições socioculturais para mudar a consciência⁸⁶, mas é necessário mudar a consciência para modificar as condições socioculturais”. (MORIN, 2011, p. 293-294).

E quando o tema é a mudança de paradigma no campo social, sentencia:

No domínio social, a revolução de um grande paradigma poder ser precedida ou acompanhada de crises, tormentas, abalos; mas o princípio que comanda as regras da organização social se transforma em profundidade de maneira ao mesmo tempo invisível e subterrânea, *e essa revolução pode ser tão profunda a ponto de só ser percebida e admitida bem mais tarde. Vemos e sentimos tempestades de superfície, não os abalos submarinos*. Enfim, falta ao espírito de um indivíduo o tempo e o distanciamento para perceber a revolução em curso. Os grandes paradigmas têm uma vida multissecular e sua agonia pode demorar um século. (MORIN, 2011, p. 291, grifos nossos).

Nessa perspectiva, a julgar pelo fato de que o paradigma da subjetividade foi inaugurado no século XVII com o *cogito ergo sum*, de Descartes, o quinto século do reinado do paradigma cartesiano já bate à porta. Resta saber agora se o século XXI é o da sua agonia. Há evidências disso, pelo menos no que interessa ao direito.

A rigor, diante das resistências ainda firmes, nada indica que ele esteja agonizando, talvez pelo fato de que a revolução ocorrida na filosofia da linguagem, representada pelo giro linguístico, a prevalência da linguagem pública sobre a privada de que fala o segundo Wittgenstein, enfim, o paradigma da intersubjetividade estaria ainda apenas na superfície (do direito), pois, como diz Streck, “séculos de filosofia da consciência proporcionaram esse estado de coisas em que o campo jurídico é um dos últimos redutos do sujeito moderno”. (STRECK, 2017b, p. 211).

⁸⁶ Talvez no Brasil o problema não seja exatamente a existência de um círculo vicioso, no sentido de que a consciência (estados mentais subjetivos) esteja à espera das mudanças das condições socioculturais, que, por sua vez, estão à espera da mudança daquela. Que há problemas estruturais que agudizam as condições socioculturais não há dúvida. Mas não se pode perder de vista que aqui existe uma Constituição “genuinamente boa”, no dizer de Torrano (2015a) que, bem ou mal, reflete a diversidade e a pluralidade de sociedade brasileira. Trata-se apenas de cumpri-la, ou seja, talvez a questão seja tão somente de mudança de consciência, pura e simples.

3.4.2 A Hermenêutica (Filosófica) como Blindagem contra Posturas Subjetivistas e sua Representação no Brasil: A Crítica Hermenêutica do Direito⁸⁷

Se uma das preocupações das teorias contemporâneas do direito é o combate à discricionariedade judicial⁸⁸, tida, na lição de Streck, como uma das principais características do positivismo jurídico, ainda que versões mais recentes, a rigor, não se enquadrem nesse perfil. Se, de um modo geral, o positivismo jurídico e suas várias faces, assim como as teorias argumentativistas, não ofereçam meios eficazes – porque não se preocupam ou porque se rendem ao inexorável – voltados para o controle das decisões judiciais, a quem caberia exercer esse papel? Poderia a hermenêutica filosófica protagonizá-lo no sentido de dizer que é a única vocacionada para fazer esse controle, estabelecendo limites ao modo de como decidem os juízes no Brasil, sobretudo quando eles lançam mão de uma linguagem privada? Por outra: dado que o giro linguístico inaugurado com Wittgenstein não foi suficientemente recepcionado no direito, pode-se apostar na hermenêutica no sentido de que ela, como quer Streck, exerce a função de antídoto contra a discricionariedade judicial nas suas mais diversificadas versões?

Streck (2016) – por entender que sempre se fala de algum lugar, costuma dizer que, quando o assunto é hermenêutica – procura situá-la no interior dos paradigmas filosóficos, considerando como tais os dois anteriores decorrentes das duas metafísicas (clássica e moderna) e de um terceiro, em que a hermenêutica *fala*, e que resulta do giro ontológico-linguístico proporcionado por Heidegger, Gadamer e, em menor grau, por Wittgenstein, dada a importância que ele confere à linguagem pública.

Nesse sentido, de acordo com Streck (2017b), “a hermenêutica não aceita o objetivismo e nem o subjetivismo filosóficos”, ao contrário, se insurge contra as duas grandes metafísicas (a clássica e a moderna), isso graças ao giro ontológico-linguístico. Streck (2017b) lembra que na hermenêutica o acesso às coisas do mundo é linguístico, sendo

⁸⁷ De acordo com o próprio autor da teoria, Streck, “em largas linhas, a CHD caracteriza-se pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objetivo privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão jurídica. É por isso que a CHD pode também ser interpretada como uma teoria da decisão”. (STRECK, 2017C, p. 33). Por sua vez, de acordo com Tassinari (2017), a Crítica Hermenêutica do Direito é um movimento criado por Streck, por meio do qual o jusfilósofo “busca reconhecer a importância das transformações filosóficas para uma adequada e crítica concepção do fenômeno jurídico, mas, ao mesmo tempo, revela os equívocos existentes em propostas que meramente buscam se apropriar dos elementos da Filosofia sem uma adequada contextualização às particularidades do sistema jurídico” (TASSINARI, 2017, p. 145), o que significa dizer, ainda de acordo com Tassinari (2017), que a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria de direito construída “sob os aportes paradigmáticos da Filosofia; não uma proposta que busca em critérios filosóficos a solução para os problemas jurídicos”. (TASSINARI, 2017, p. 145).

⁸⁸ Sobre o conceito de discricionariedade judicial, veja-se o subitem 5.2.2. Discricionariedade – o que é isto?

impossível imaginar um acesso que não o seja. Diferentemente da metafísica moderna “que buscava transformar a verdade correspondencial em certeza de si do pensamento pensante [...], a fenomenologia, que é o berço da Crítica Hermenêutica do Direito, sustenta que toda teoria se sustenta na experiência das coisas mesmas”. (STRECK, 2017b, p. 115).

Como já dito, uma das principais características do positivismo é a discricionariedade. Na verdade, como diz Streck (2017a, p. 39), “positivismo jurídico é sinônimo de discricionariedade e está ligado ao subjetivismo (portanto, esquema sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo”. E o que vem a ser discricionariedade? Segundo Streck (2017a), discricionariedade, que não se confunde com a discricionariedade do ato administrativo, “refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar uma solução adequada para o caso que lhe foi apresentado em julgamento”. Em síntese, “o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no Direito da comunidade política”. (STRECK, 2017a, p. 55). Em outras palavras: “o poder discricionário, em síntese, é uma ‘autorização’ para o juiz atuar como ‘legislador intersticial’. E isso não é democrático, no plano de qualquer teoria contemporânea”. (STRECK, 2017a, p. 61).

Para Streck (2017a, p. 88), a hermenêutica jurídica pensada a partir do giro ontológico linguístico “busca encontrar um caminho no Direito que coloque para além da essência e consciência”. Com Stein, Streck (2017b) vai dizer que, se a ideia for encontrar uma cadeira filosófica que se coloca entre os dois grandes paradigmas metafísicos (objetivista e subjetivista), necessariamente há que se recorrer a Heidegger, a Gadamer e, por que não dizer, ao segundo Wittgenstein (por certo, quanto a este último, por inaugurar o giro linguístico).

Para o jusfilósofo, o que não se pode, muito menos se deve, é pensar o direito caminhando ao largo da filosofia, por uma razão bem simples: sem filosofia não há mundo e, via de consequência, não há direito. E, com base em Stein (1996), destaca o papel privilegiado da fenomenologia hermenêutica que, como tal, “se apresentou como essa cadeira que se assentava entre o objetivismo que sustentava o formalismo e o subjetivismo que sustentava o velho empirismo ou as posturas voluntaristas que, já no início do século XX, apostavam em uma espécie de ‘livremo-nos do juiz boca da lei’”. (STRECK, 2017b, p. 104).

A propósito, Stein (1996) lembra que, antes da hermenêutica filosófica, a filosofia sempre se dividiu entre duas alternativas em matéria de fundamentação: “ou existe um fundamento empírico da verdade ou então existe um fundamento último da verdade” (STEIN, 1996, p. 45), no sentido de que, se uma vez se constata que não é possível estabelecer empiricamente a verdade de determinada proposição, a saída é invocar uma verdade absoluta

e, nesse sentido, a proposição é verdadeira porque existe um fundamento último. Em síntese, trata-se, como bem disse Oliveira (1996), de um interesse comum (a busca da fundamentação), procurado por caminhos diferentes e que está por trás de duas tradições: o racionalismo e o empirismo.

A hermenêutica, contudo, se afasta desse dualismo, pois, como diz Stein (1996, p. 45), se trata de uma “incômoda verdade que se assenta entre as duas cadeiras, quer dizer, não é uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem”. Para Stein, a hermenêutica rompe como o sentido comum teórico que diz que “é racional a verdade que se pode provar empiricamente e que é racional a verdade que se pode provar através de um fundamento último, absoluto”. (STEIN, 1996, p. 45). Assim, “basta dizer que o empírico é racional, porque concorda com os objetos e que o absoluto é racional, então as proposições são racionais”. (STEIN, 1996, p. 45).

Na percepção de Stein (1996), a hermenêutica rompe com tudo isso na medida em que vai “estabelecer a racionalidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado empiricamente, nem através de um fundamento último, essa é a tarefa da hermenêutica” (STEIN, 1996, p. 45) e que está compreendida dentro da concepção da hermenêutica filosófica. Nesse sentido, conclui Stein (1996, p. 45) dizendo que “a hermenêutica filosófica se coloca numa terceira posição”, pois não trabalha com o empírico como fundamento tampoco com o puramente lógico-tautológico como fundamento, “mas com aquilo que se dá na fluidez da própria história, da própria cultura”.

No Brasil, esse papel vai ser exercido pela Crítica Hermenêutica do Direito, de Streck, que, partindo dos aportes filosóficos oferecidos pela fenomenologia hermenêutica, vai mais além para criar uma teoria jurídica da decisão judicial, para a qual Heidegger e Gadamer funcionam como vetores de racionalidade. Por meio desses autores, ele irá desenvolver uma teoria do direito que permitirá enxergar a realidade jurídica com outros olhos. (STRECK, 2017b).

De fato, de acordo com Tassinari (2017), objetivando viabilizar um diálogo entre Direito e Filosofia, Streck criou um movimento por ele denominado de Crítica Hermenêutica do Direito, a partir da qual se reconhece a importância dos paradigmas filosóficos, de sorte a possibilitar “uma adequada e crítica concepção do fenômeno jurídico, mas, ao mesmo tempo, revela os equívocos existentes em propostas que meramente buscam se apropriar dos elementos da Filosofia em uma adequada contextualização às particularidades do sistema jurídico”. (TASSINARI, 2017, p. 145). Trata-se, portanto, de uma proposta diferenciada, uma vez que “a partir de pressupostos filosóficos, sua teoria não apenas possibilita visualizar, com

base nisso, a existência de problemas jurídicos, como, por exemplo, a assimilação e os incentivos dados ao elemento discricionário na construção da decisão judicial”. (TASSINARI, 2017, p. 146).

Assim, a reflexão filosófica presente na obra de Streck, dentre outros temas, impulsiona o conhecimento jurídico em direção a uma pergunta fundamental: como decidir? Com isso, verifica-se que a intenção filosófica – que é crítico-reflexiva – possibilita o despertar para novos dilemas jurídicos, que, por sua vez, exigirão soluções que devem ser elaboradas a partir dos caminhos construídos pela teoria do direito (não por uma ‘aplicação imediata’ dos conceitos fundamentais da Filosofia). (TASSINARI, 2017, p. 146).

É nesse sentido que a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck representa uma blindagem contra as posturas discricionárias e ativistas. Conforme o entendimento de Tassinari (2017, p. 146-150), uma de suas marcas registradas “é o enfrentamento do protagonismo de juízes e tribunais”, para cujo desafio Streck propõe uma teoria da decisão judicial estruturada a partir de quatro elementos centrais, que, em síntese, são os seguintes: um novo modo de conceber o ato interpretativo, possibilitado pelos aportes da Filosofia, compreendida como standard de racionalidade; a responsabilidade política dos juízes, inspirada na teoria do direito de Ronald Dworkin, da qual decorre o dever de fundamentar as decisões judiciais, também previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, embora não resida ali a sua causa primeira⁸⁹, e para cujo cumprimento a compreensão da diferença entre decisão e escolha é de fundamental importância; por fim, o quarto e último elemento estruturante da teoria da decisão judicial de Streck parte da ideia de que não se trata de uma fundamentação qualquer, mas, sim, daquilo que ele passou a chamar de “respostas constitucionalmente adequadas”. (TASSINARI, 2017, p. 150).

Com efeito, de acordo com o próprio Streck, “em largas linhas, a CHD caracteriza-se pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objeto privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão jurídica. É por isso que a CHD pode também ser interpretada como uma teoria da decisão”. (STRECK, 2017c, p. 33).

A propósito, algumas objeções lançadas sobre a Crítica Hermenêutica do Direito, dentre elas, as de que *i*): a hermenêutica filosófica, por si só, não seria capaz de estabelecer

⁸⁹ Em nota de rodapé explicativa, Tassinari (2017, p. 149) justifica a utilização para a expressão “secundária” ao dizer que primeiro o dever de fundamentar decorre da responsabilidade política dos juízes para somente depois se justificar (como origem ou causa) na Constituição Federal, art. 93, IX: “a expressão de forma secundária é utilizada no sentido de que o dever de fundamentação da decisão judicial, antes de tudo, decorre da responsabilidade política dos juízes perante uma sociedade democrática”.

limites definitivos à decisão judicial, atendendo, portanto, ao princípio democrático, além de se tratar de uma metodologia insuficiente para uma teoria da decisão, circunstância que não dispensaria uma complementação da argumentação jurídica; *ii*) a hermenêutica filosófica desprezaria todas demais teorias do direito concorrentes, além de, genericamente e sem levar em conta as versões contemporâneas, expressar a ideia de que as diversas facetas do positivismo jurídico se enquadram na filosofia da consciência.

Streck (2017b), respondendo a cada uma das indagações diz, em relação à primeira, que “a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria jurídica desenvolvida a partir da tradição hermenêutica continental (Heidegger-Gadamer), com a agregação da teoria integracionista ou interpretativa de Dworkin” (2017b, p. 122), fazendo, desse caldo cultural, uma verdadeira antropofagia voltada para a solução de problemas concretos, a partir da perspectiva de que qualquer teoria jurídica deve ter a preocupação com a resolução dos problemas concretos. Isso não significa dizer que se trata de uma teoria jurídica insuperável e nem que tenha a pretensão de estabelecer limites definitivos à decisão, sob pena de incorrer numa contradição interna, porque semelhante afirmação seria até mesmo antihermenêutica⁹⁰.

Quanto ao desdobramento da primeira indagação, Streck (2017b) diz que, particularmente, a Crítica Hermenêutica do Direito por ele elaborada dá um salto além da hermenêutica, porque possui uma teoria da decisão. Nela apresenta uma criteriologia destinada a estabelecer limites à liberdade do juiz decidir. De todo modo, assumindo a defesa da hermenêutica filosófica, lembra que não se trata de um método e que, por diversas vezes, já disse que hermenêutica e argumentação jurídica se complementam, são realidades interdependentes que não se excluem, com um diferencial: a primeira leva em conta a dobra da linguagem (“como hermenêutico” e “como apofântico”)⁹¹, o que a distingue das teorias discursivas (analíticas e argumentativistas), que se contentam apenas com o primeiro nível da linguagem. Como diz Streck, para quem as teorias positivistas não se preocupam ou não

⁹⁰ A propósito, Stein (1996, p. 46) vai dizer que “somos incapazes de, no universo hermenêutico, expor todos os pressupostos ou, de certo modo, chegar ao elemento último, não ultrapassável ou, como dizem os franceses, ao *ponto indepassável*”.

⁹¹ Como dirá Stein, com base em Heidegger, existem dois modos distintos de compreender: aquele do nível do discurso falado, ou seja, o compreender de uma proposição, e o compreender que lhe é anterior, “que é já sempre saber como se está no mundo, se dá conta do jeito que se deve ter para existir, sobreviver”, não se tratando de um jeito qualquer, mas de algo que se antecipa. Como ele afirma, “é a posse prévia do sentido, quer dizer, uma espécie de projeto no qual se dá o sentido”. Podemos imaginar que existe um *logos* que se bifurca: o *logos* da compreensão da linguagem, que comunica, e o *logos* no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem. Heidegger depois irá chamar esse primeiro *logos* de compreensão, de uma proposição, de *logos apofântico*, o *logos* que se manifesta na linguagem. E o outro *logos*, aquele que se dá *praticamente* no compreender, como um modo de compreender, o que irá chamar de *logos hermenêutico*. Esses dois elementos, o *logos apofântico* e o *logos hermenêutico* irão constituir a distinção que dará material para que se possa depois falar numa hermenêutica filosófica. (STEIN, 1996, p. 27).

possuem uma teoria da decisão, “de que adianta eu racionalizar o discurso a partir de um standard de racionalidade de segundo nível, meramente explicativo? É como imaginar que o jurista deve contentar-se em cobrar do juiz a fundamentação do que disse, sem se preocupar com o que o juiz pensa”. (STRECK, 2017b, p. 142-143).

Prosseguindo, acerca da suposta exclusão, pela Hermenêutica, das teorias concorrentes, Streck (2017b) dirá que em momento algum manifesta qualquer tipo de desprezo, apenas cobra coerência, além de ter dificuldade em entender como determinadas correntes trabalham o direito longe da filosofia, dado que, para ele (Streck), não é possível fazer teoria ou crítica no direito sem levar em conta os paradigmas filosóficos, como se estivesse blindado, por isso ele vai dizer, dentre outras coisas, que é impossível se fazer uma crítica ao processo civil sem lançar mão da crítica ao subjetivismo do esquema sujeito-objeto, da mesma forma que não se pode continuar defendendo o livre convencimento do juiz sem relacionar essa postura e essas questões com os paradigmas filosóficos a elas vinculados, tratando-se esta de uma questão central. (STRECK, 2017b, p. 125).

Por oportuno, registre-se que o núcleo temático do presente trabalho tem relação direta com o terceiro elemento estruturante da teoria da decisão judicial de Streck, na medida em que o foco do trabalho é o dever de fundamentação das decisões judiciais estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição Federal, e que, no plano infraconstitucional, ganhou novo fôlego com a disposição inscrita no § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015. Essa previsão legislativa assume a função de densificar a garantia constitucional do dever de fundamentar as decisões judiciais, fazendo assim o fechamento dessa obrigação como sistema (dogmática constitucional e infraconstitucional), porquanto a fundamentação detalhada, tal como ali estabelecida, adere e se conecta ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, de tal modo, e em elevado grau, que, na produção do sentido do dever de fundamentar, um não pode ser compreendido sem o outro. Assim, compõem entre si um verdadeiro círculo virtuoso, sem dizer que se constituem como uma ferramenta limitativa das posturas subjetivistas, além de conferir força normativa à Constituição Federal. Como vai dizer Tassinari (2017, p. 150):

[...] com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade judicial é radicalmente superada, representando uma ruptura com posturas solipsistas, que fragilizam a força normativa constitucional do texto constitucional. Ganha espaço, portanto, o papel dos princípios como fechamento interpretativo e o respeito à história institucional do direito (seu DNA, diria Streck). Com a tese da resposta correta (que não é a única, nem a melhor, mas a resposta adequada ao caso), também inspirada no posicionamento de Dworkin, há a segunda ruptura com a tradição: a superação das posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito. Tal

posicionamento revela-se como âmago do constitucionalismo democrático, sendo indispensável para a legitimidade da jurisdição.

A par disso, como ficou claro na introdução, este trabalho é desenvolvido com inspiração na Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, que incorpora os aportes teóricos da hermenêutica filosófica e enxerga o fato jurídico como um fenômeno hermenêutico que pressupõe um espaço intersubjetivo de significados. Ou seja, os discursos deverão ser públicos e compartilhados, tratando-se a decisão judicial de um exemplo privilegiado. Daí a obrigatoriedade no cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais.

4 DIMENSÃO HISTÓRICA: O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E SEU SIGNIFICADO AO LONGO DA HISTÓRIA

O presente capítulo objetiva demonstrar como se deu, ao longo da história, a transição da legitimação do Poder Judiciário, fundada na autoridade, para a ideia de legitimação atuacional, de reponsabilidade e da necessidade de prestação contas, enfim, da passagem do juiz que só presta conta à sua consciência para o juiz da *accountability judicial*. Nesse cenário, a concepção de legitimidade da decisão judicial que antes era baseada exclusivamente no argumento de autoridade, como ato de vontade, próprio de um modelo de juiz que somente presta contas à sua consciência, cede lugar à legitimação pela fundamentação das decisões judiciais.

4.1 Aportes Iniciais

Garapon (1996, p. 44) nos lembra que hoje todo e qualquer assunto pode ser questionado diante do Poder Judiciário. Nada escapa ao controle da lente do juiz. Tudo, de algum modo, poder ser jurisdicisável e qualquer indivíduo, eventualmente, pode responder por algo perante um juiz. Não se trata apenas de um fenômeno jurídico. Para além disso, a ampliação do espaço do judiciário tem significado político. E é um fenômeno datado: tem origem entre o fim da primeira e o início da segunda metade do século XX. Todavia, a aceleração, de forma vertiginosa, da expansão vai ocorrer no final do mesmo século.

É o que Garapon (1996, p. 43-47) chama de *viragem judiciária*. Uma mudança de cena da democracia caracterizada pela inversão de posições e de papéis, fato comum em razão dos deslocamentos permanentes a que estão condenados os sistemas democráticos. Qual a consequência direta disso? O Poder Judiciário, até então instituído, passa a ser instituidor, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, em que, “de uma posição secundária, passa, subitamente, para o primeiro plano”. Adverte, contudo, que não se trata de “de uma transferência de soberania para o juiz, mas, antes de mais, de uma transformação da democracia”. É nesse contexto, que assoma a figura do Poder Judiciário como o guardião das promessas não cumpridas, cenário em que “o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça”. (GARAPON, 1996, p. 36).

Para o autor francês, quando se trata de um modelo de Estado Providente há o pressuposto de que ele é todo-poderoso, a tudo suporta e pode, inclusive preencher as lacunas que, eventualmente, possam surgir, reparando ou substituindo o que for necessário. O

problema ocorre quando as falhas começam a ser mais frequentes. É nesse momento que se dá o processo de migração, de deslocamento. É quando a esperança muda de lugar e passa para o sistema de justiça, para quem se direciona toda sorte de expectativa, por se imaginar que ali se consagrará a ação política que o Executivo não foi capaz de dar conta.

De acordo com Garapon (1996, p. 45), nessa hipótese, “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afecta as instituições políticas clássicas, devido ao desinteresse e à perda do espírito público”, sendo que é dessa forma que o juiz, como um árbitro imparcial, irá compensar o deficit democrático do Poder Judiciário: “através de uma decisão política doravante destinada à gestão e proporciona à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos”. (GARAPON, 1996, p. 45). No seu modo de entender, é neste cenário que o juiz será chamado a salvar uma democracia na qual os poderes legislativo e executivo se mostram enfraquecidos, visto que somente preocupados com o curto prazo, com medidas paliativas, agravado pelo receio de exposição ao olhar da opinião pública e da mídia, em razão do que fazem o possível para governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e cada vez mais exigentes, isso sem dizer que, embora voltados para a sua própria vida particular, estão sempre à espera que o político lhes dê algo cada vez mais distante, uma moral, um projecto duradouro. Para Garapon (1996), isso faz parte do jogo e do desenvolvimento das sociedades democráticas, razão pela qual entende que “na evolução deste imaginário democrático que é preciso procurar as raízes profundas da ascensão do juiz”. (GARAPON, 1996, p. 46).

Contudo, a ascensão do Judiciário, para a qual o descrédito e a perda da centralidade da lei têm sua parcela de contribuição, não veio sozinha e nem ficou imune aos efeitos colaterais. Com ela, até mesmo por arrastamento, vieram os riscos. A tentação populista foi um deles, como observa Garapon (1996, p. 51) ao dizer que “a justiça não se pode substituir ao político sem correr o risco de abrir o caminho para a tirania das minorias, ou até para uma espécie de crise de identidade. Resumindo, um mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto a escassez de direito”.

Para o mencionado autor, “o activismo jurisdicional, nos sistemas burocráticos, revelou um novo risco, o de uma desagregação da justiça. A magistratura acaba por assemelhar-se não tanto a um poder instituído, mas antes a uma soma de individualidades” (GARAPON, 1996, p. 64), um perigo que não é novo. Com apoio em F. Gorphe, Garapon (1996, p. 74) lembra que D’Aguessseau já alertava contra “o magistrado que só quer depender de sua razão e que se submete, sem refletir, à incerteza e ao capricho de seu temperamento. Como a ciência deixou de ser a regra comum dos julgamentos, cada um estipula a sua regra,

e, se é permitido dizê-lo, uma justiça, de acordo com o carácter do seu espírito”. Numa palavra, para lembrar Eros Grau (2016a; 2016b) mencionado no prólogo: os juízes fazem suas próprias leis.

Embora Garapon não o diga explicitamente, seu enunciado pode ser reduzido a uma única palavra: discricionariedade. Essa chave, para Streck (2017a, p. 53), “trata-se da principal característica do positivismo jurídico, aparecendo mais explicitamente no contexto da ‘descoberta’ da indeterminação do Direito”, o que vai ocorrer “quando a razão é superada pela vontade, isto é, a relação entre a lei e a sentença assume um aspecto completamente diverso”. Ou, no dizer de Losano (2010, p. 143), citado por Streck, “a decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”.

Para Streck (2017a, p. 53), entre todas as formas de positivismo jurídico que vieram depois de Kelsen, há entre elas um elemento comum. Consiste no fato de que, no momento de proferir a decisão judicial, sempre haverá um espaço não preenchido pela razão e que será necessariamente colmatado pela vontade discricionária.

Nesse sentido, a discricionariedade, segundo Streck (2017a, p. 54), pode ser compreendida “como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras”. Diz mais: trata-se de “uma ‘autorização para o juiz atuar como ‘legislador intersticial’”, o que não seria nem um pouco democrático. (STRECK, 2017a, p. 61). Adverte ainda o autor para o risco de que as chamadas zonas de incerteza sejam fruto de uma construção ideológica do juiz que, por vontade própria, poderá aumentá-las e, via de consequência, os limites da própria discricionariedade.

Em síntese, para o jurista, a questão da discricionariedade significa duas coisas: “a) primeiro, um modo de superar o modelo de Direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no Capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito)”. (STRECK, 2017a, p. 58).

De igual modo, ao afirmar que, por força da ascensão do Poder Judiciário e da inversão de lugares e dos papéis, nada escapa à jurisdição, Garapon (1996) diz, embora não o faça expressamente, que o aumento do espaço do Judiciário, com a consequente redução do Legislativo, é resultado da adoção do modelo de Estado Constitucional e do direito que emerge com as Constituições europeias, a partir da segunda metade do século XX. O juiz, diz o autor supracitado, torna-se assim “o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política”, muito embora soe como prejudicial ao próprio Judiciário o

ato de canalizar, irrefletidamente, todas as frustrações modernas, assim como acreditar, entusiástica e ingenuamente, na sua onipotência. (GARAPON, 1996, p. 24).

Contudo, como bem pontuou o jurista francês, consistem a ascensão e o protagonismo judiciais em um modo de deslocamento, fenômeno que é próprio da democracia, o que não significa transferência ou abdicação de parte da soberania em favor do juiz, mas sim uma nova cena da democracia, uma transformação, caso contrário o próprio princípio democrático estaria ameaçado.

Exatamente por isso é que, nesse cenário, há um preço a ser pago pelo aumento do espaço do juiz na democracia. Disso resulta a necessidade de se fazer o controle hermenêutico das decisões judiciais. Noutro modo de dizer, trata-se de obrigar o juiz a justificar suas decisões judiciais de forma completa, satisfatória e eficaz.

O dever de fundamentar é resultado natural do modelo estatal adotado: o Estado Democrático de Direito. Isso sem dizer do próprio direito que emerge após o final do segundo grande conflito bélico mundial. Tal fenômeno, para usar uma expressão de Garapon, se não fez da lei um instrumento caduco, a levou ao descrédito. É a conclusão que se extrai, quando se leva em conta o sonho com o qual iluministas e revolucionários franceses aspiraram para a lei: uma panaceia jurídica para todos os males da sociedade. Essa é a questão.

Como já se registrou no Prólogo deste estudo, o dever de *fundamentar as decisões judiciais* sempre foi atravessado por paradigmas, que se desdobram em três perspectivas distintas: filosófica, histórica e jurídica.

Sobre a primeira dessas dimensões, foi feita uma leitura no capítulo anterior. Cuida este da perspectiva histórica e seus efeitos na construção de sentido que é dado à garantia/dever de fundamentar as decisões judiciais, pois, como afirma Santos (2011), a questão das origens da obrigação de fundamentar deve ser entendida como uma verdadeira espinha dorsal do problema. Entender, portanto, o processo histórico em que se forjou a obrigação de fundamentar é uma questão essencial para a compreensão de seu sentido⁹². É, pois, uma questão paradigmática.

Com efeito, essa perspectiva não passou despercebida de Santos (2011) para quem “la motivación judicial em Occidente obedece a um largo processo de sedimentação histórica de

⁹² “Por eelo, la cuestión de los Orígenes há de entenderse como la medula espinal que vertebrata toda la tesis, constituyendo un tema esencial para el avance em la comprensión de la fundamentación judicial”. (SANTOS, 2011, p. 35).

um conglomerado constituído por elementos diversos de carácter doctrinal, legislativo y jurisprudencial”.⁹³ (SANTOS, 2011, p. 33).

Ao tratar das considerações iniciais acerca desse fenômeno de dupla face, na medida em que a fundamentação das decisões judiciais é uma garantia e também um dever, Santos (2011) sustenta que não há como se reivindicar o conforto de excluir de seu estudo a perspectiva histórica, dado que “como bien señala el profesor Taruffo, siempre que admitamos sin reservas que se entiende poço de las normas si no se sabe de donde provienen, resulta lógico admitir también que conocer El Derecho procesal significa, prima facie, conocer la história del Derecho”. (SANTOS, 2011, p. 33).

De fato, Santos (2011) vai dizer que não há como ignorar que a evolução da garantia de fundamentação das decisões judiciais, no tempo, é fruto de um longo processo histórico sob o ponto de vista legislativo, doutrinário e jurisprudencial, o que, em certa medida, confirma uma das contribuições pessoais desta pesquisa⁹⁴: a fundamentação das decisões judiciais é atravessada por paradigmas sob a perspectiva de três dimensões: filosófica, histórica e jurídica, o que leva à conclusão de que a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma.

Dizer que uma de suas dimensões paradigmática é histórica equivale a admitir que a fundamentação das decisões judiciais tem sentido histórico e isso passa pela compreensão do fenômeno tido como a síntese de toda sua trajetória: a passagem da decisão judicial que se legitima pelo simples fato de ser um ato de autoridade para a decisão judicial que se legitima, quando se justifica, no sentido de prestação de contas de um ato.

Trata-se, por outro lado, de um longo e complexo processo, como adiante será demonstrado. Por essa razão mesmo é que David (2002), quando lembra que a consolidação da obrigação de motivar os julgamentos, no sentido de aceitação e observação, é recente, deixa claro que durante muito tempo “concordou-se em ver nos julgamentos um exercício de autoridade, que não tinha que ser justificado”. (DAVID, 2002, p. 157).

De acordo com o historiador do direito, “a prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradualmente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França e em 1879 na Alemanha foi imposta aos juízes uma obrigação geral de motivar as decisões” (DAVID, 2002, p. 157), a partir de quando passou a se constituir numa forma de blindagem contras as decisões arbitrárias.

⁹³ Numa tradução livre: “A motivação judicial no Ocidente obedece a um longo processo de sedimentação histórica de um conglomerado constituído por elementos diversos de caráter doutrinário, legislativo e jurisprudencial”.

⁹⁴ A ser demonstrado no capítulo 4.

Ainda na perspectiva de David (2002), o princípio segundo o qual os julgamentos devem ser fundamentados está totalmente consagrado nos dias atuais e surge “aos olhos dos homens do nosso tempo como uma garantia contra as decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito”. (DAVID, 2002, p. 157).

Aqui, sob o fio da história, tratar-se-á basicamente daquilo que foi mencionado por René David: a transição da legitimidade do Judiciário (que tem na decisão judicial o ato mais relevante, no sentido de coroamento), fundada na autoridade, para uma ideia de responsabilidade, ou seja, de prestação de contas perante o indivíduo, em particular, e junto à sociedade organizada, de um modo geral. Trata-se, portanto, de dois polos extremos. Entre eles, vários caminhos, muito deles tortuosos, inflexões, avanços e recuos.

O que se pretende aqui compor não é exatamente uma arqueologia rigorosa (do passado ao presente) do dever de fundamentar as decisões judiciais e seu significado ao longo da história. Não haverá rigor cronológico e sim aproximações sobre algumas passagens julgadas interessantes e importantes para a compreensão daquele que é tido como o mais importante ato da função jurisdicional que, não é exagero dizer, se confunde com o próprio Poder Judiciário: a decisão judicial.

A abordagem, por assim dizer, dentre outras incursões, cuidará de um breviário do dever de fundamentação das decisões judiciais, no qual serão pontuadas as principais passagens, entre marchas e contramarchas, mas sem a pretensão de esgotar a matéria ou cobrir todos os períodos históricos de forma linear e ascendente.

No que interessa, o objetivo é, como ideia geral, traçar um mapeamento que se estende do tempo mais remotamente possível, em que uma decisão judicial se impunha tão somente, por se tratar de um ato de autoridade, ao tempo no qual a decisão judicial se legitima quando se justifica no direito produzido pela sociedade. Nesse caso, a justificação decorre do dever de prestação de contas, por parte do agente estatal (juiz), em homenagem ao princípio democrático e como resposta a um direito-garantia do cidadão.

No entremeio dos dois polos extremos, serão destacados vários momentos históricos, que contribuíram para a afirmação ou para o desprestígio da obrigação de fundamentar, dentre eles: *i)* aquele em que ao juiz não era imposta nenhuma obrigação de fundamentar; *ii)* o da recomendação e da proibição de fundamentar; *iii)* o da fundamentação esporádica e sem qualquer relação com o dever de fundamentar; e *iv)* o do ato de decidir apenas como reprodução do conteúdo já existente na lei.

Com efeito, o fenômeno jurídico da fundamentação das decisões judiciais experimentou várias fases ao longo da história do direito, marcada por profundas fragmentações que impediram a continuidade de uma sequência lógica e ascendente. Tais fases atravessam toda a história do fenômeno e elas vão falar de inexistência, de desnecessidade, de presença, desaparecimento e ressurgimento pontuais até que, numa mudança de paradigma, como corolário das ideias iluministas e da revolução francesa, firmasse de modo definitivo, a partir do século XVIII, consolida-se no século XIX e, espalhando-se, atinge o seu ponto máximo de excelência, na segunda metade do século XX, com o advento das Constituições normativas na Europa, fruto de um novo direito que emerge, após o final do segundo conflito bélico mundial. E, como se demonstrará à frente, se a evolução do fenômeno é não linear, nem sempre ascendente, mas sim fragmentada, a causa deve ser atribuída às contingências políticas, culturais e ideológicas.

Nesse sentido, Mourão e Lima (2016) registram que a fundamentação das decisões judiciais recebeu tratamentos diversos ao longo da história, submetida que foi a toda sorte de variações, a depender da menor ou maior necessidade de controle das decisões judiciais e da origem da fonte do poder decisório. À luz dessas premissas, houve um tempo, dizem os autores, em que se a decisão judicial era tida “como mera manifestação de poder da autoridade que a profere, a motivação não só é desnecessária, mas mesmo desestimulada justamente para preservar a autoridade, evitando o conhecimento de alguma falha”. (MOURÃO; LIMA, 2016, p. 439).

Com efeito, como registra Lucca (2015, p. 89), a evolução histórica do dever de fundamentar as decisões judiciais se deu de forma completamente disforme, no sentido de que não obedeceu a determinado padrão ou a uma logística própria, dado que surgia e desaparecia dos ordenamentos jurídicos europeus “de acordo com as vicissitudes e as necessidades de cada época”. Exemplo esclarecedor, nesse sentido, tem-se no período do absolutismo que, num primeiro momento, “causou a derrocada da motivação⁹⁵ ao privilegiar o misticismo da atividade ‘estatal’ mediante o sigilo das razões das decisões”, enquanto que, em outro momento, “resgatou a sua obrigatoriedade para garantir a supremacia do poder do soberano pelo controle da efetiva aplicação do direito dele emanado”. (LUCCA, 2015, p. 89).

De fato, não há um fio condutor comum em torno do qual surgiu e se desenvolveu a obrigação de fundamentar. Sequer há uma unanimidade até mesmo no que se refere ao seu marco zero do ponto de vista normativo.

⁹⁵ O autor utiliza a expressão motivação no lugar de fundamentação, conforme justifica à fl. 30.

Santos (2011), por exemplo, diz que, em torno da obrigação legal de justificar as decisões judiciais, sobretudo as sentenças, desenvolveu-se uma discussão acerca do momento em que passou a ser prevista normativamente⁹⁶. Lembra ainda o autor que existem poucos trabalhos dedicados a descrever o histórico do problema, destacando, contudo, que, dentre os escassos estudos, existe tese dominante sustentando que a expressa previsão legal do dever de fundamentar as decisões judiciais surge somente por ocasião do movimento de codificação processual ao longo do século XIX⁹⁷.

Por sua vez, Taruffo (2006) registra que a difusão e, em grande parte dos casos, a origem do princípio da obrigação de fundamentar as decisões judiciais nos ordenamentos processuais da Europa Continental, é um fenômeno datado: tem origem na segunda metade do século XVIII. Trata-se, contudo, de uma data aproximada que não vale para todos os ordenamentos jurídicos. Além disso, dada a variedade dos sistemas processuais nacionais, sequer pode ser considerado como um fenômeno único que tem lugar na Europa, razão pela qual, na perspectiva histórica e política, também não tem somente uma única explicação.

Se trata, por otra parte, de una ubicación solamente aproximativa, dado que no vale para todos los ordenamentos; además, no podemos siquiera considerar que se trata de un mismo fenómeno que tiene lugar a nivel europeo. Debido a la variedad de soluciones que tiene en los sistemas procesales particulares; ni tampoco podemos ofrecer una explicación unitaria del mismo en el plano histórico-político, debido a la diferencia en los fines que los diversos legisladores persiguieron al imponerle a los jueces civiles la obligación de motivar sus decisiones. (TARUFFO 2006, p. 302).

Taruffo (2006) registra também que a instituição, no plano das ordens jurídicas, da obrigação de fundamentar as decisões judiciais não coincide, historicamente, com as práticas de motivação das decisões judiciais. Lembra que, embora a origem da instituição do dever de fundamentar tenha surgido na segunda metade do século XVIII, na tradição da Europa Continental (*Civil law*), são inúmeros os exemplos de práticas generalizadas de fundamentação das decisões judiciais muito antes que viesse a se tornar obrigatória por expressa imposição legal, isso sem dizer do exemplo dos ordenamentos jurídicos da *Common*

⁹⁶ “En torno a la obligación legal de motivar las resoluciones judiciales, fundamentalmente las sentencias, se há desarrollado una cuestion em cuanto a los orígenes o momento fundacional de este deber normativo”. (SANTOS, 2011, p.34).

⁹⁷ “Existen pocos trabajos em cuanto al seguimiento histórico de la obligación de motivar resoluciones judiciales. Sin embargo, entre los escasos estudios sobre el tema se aprecia una tesis dominante que advierte el surgimiento normativo de la fundamentación de resoluciones judiciales em la época de la codificación procesal durante el siglo XIX”. (SANTOS, 2011, p. 34- 35).

law, “em los que la práctica relativamente generalizada de la motivación convive con la ausencia de una obligación impuesta al juez”. (TARUFFO, 2006, p. 302).

Como exemplo disso, o jurista cita casos de sentenças proferidas na Alemanha e na Itália, estas nas Regiões da Longobardia, consideradas devidamente motivadas, até mesmo para os padrões modernos, e na Província de Pisa, ainda no século XII, “em que, a veces, encontramos una motivación que va más allá del rígido formalismo que se há consolidado em la práctica. (TARUFFO, 2006, p. 302).

Em conclusão, Taruffo (2006) destaca que tais exemplos não são suficientes para demonstrar a existência de uma prática generalizada de justificação das decisões, isto porque, de fato, o que predominava até o século XVII era a prática de se proferir decisões judiciais sem motivação. Nesse passo, os exemplos que menciona servem mais para demonstrar que “los acontecimientos históricos relativos a la motivación como elemento de la practica judicial no inician, y no coinciden com los de obligación de motivar; de hecho, representan um campo autónomo, digno de um estudio específica que hasta ahora, por otra parte, apenas se há iniciado. (TARUFFO, 2006, p. 303).

Se acaso é certo que a evolução histórica do dever de fundamentação das decisões judiciais não se dá de forma uniforme, se oscila ou se, em escala, não pode ser representada, por uma reta ascendente, do mesmo modo, na companhia de Gomes Filho (2013), é razoável dizer que, em matéria de evolução, é possível estabelecer uma relação direta entre a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais e o surgimento, assim como o desenvolvimento, do Estado moderno e do Poder Judiciário.

De igual modo, a configuração do que hoje se conhece como dever de fundamentar é resultado direto das relações estabelecidas entre os indivíduos e a autoridade (juiz), além de estar vinculada ao modo como se estrutura o processo em determinado momento histórico-cultural do Ocidente e ao tipo de responsabilidade do juiz perante a sociedade, ao longo da história do direito. Nas palavras de Gomes Filho (2013, p. 44), “justamente por isso é difícil identificar uma linha evolutiva uniforme, pois em cada ordenamento, e segundo os particulares contextos políticos⁹⁸, aquela mesma exigência assumiu características diferenciadas”.

⁹⁸ A propósito, essa questão, como se verá adiante (subitem 4.2.6) foi bem percebida por Taruffo (2006, p. 305) quando afirma que a matriz do dever de fundamentar as decisões judiciais é muito mais política e ideológica do que jurídica e filosófica: “La matriz de la que surge la afirmación generalizada de la obrigatoriedad de la motivación es, por tanto, ideológica e política, más que jurídica o filosófica, incluso cuando es indiscutible que las condiciones culturales creadas por la instrucción em general, y por la ilustración francesa em particular, representan sus presupuestos necesarios”. Isso, em parte, explica também porque é diferenciado o tratamento dado à matéria na *Common Law*, onde nunca se estabeleceu a obrigatoriedade de fundamentar, embora se trate de uma prática comum, quando comparado com a tradição da *Civil Law*.

4.1.1 Historicamente, Juiz já Foi Deus?

É muito comum no meio jurídico, nos fóruns e tribunais, sobretudo, se ouvir pelos corredores ou nas cancelas que os juízes pensam que são deuses ou agem como se fossem, como se seus poderes não encontrassem limites e, por essa razão, pudessem impô-los a tudo e a todos, sem qualquer tipo de justificativa, pois, afinal de conta, se trata de um ato de autoridade e isso não se discute. Normalmente, quando isso acontece, trata-se de uma canalização de uma insatisfação relativa a um atendimento insatisfatório ou como uma reação à prática de ato considerado arbitrário. O presente tópico tem o propósito de investigar esse que pode ser chamado de estado da arte onipotente dos poderes dos juízes a partir de suas mais remotas origens.

Para entender como tudo começou, é necessário um recuo mais prolongado no tempo. Para esse fim, relembre-se aqui Garapon (1996), quando diz que a ascensão e o protagonismo do juiz, no limite, o transformaram numa espécie de último guardião das promessas não cumpridas. Para Garapon (1996), a canalização irrefletida das tensões para o Judiciário se trata de um deslocamento, fenômeno próprio da democracia, muito embora sujeito a produzir efeitos nem sempre desejáveis e até mesmo prejudiciais para o próprio Poder Judiciário. Acreditar, ingenuamente, mas com entusiasmo, numa espécie de onipotência seria um deles. Numa palavra: pode levar o juiz a acreditar seriamente que é mesmo Deus, convicção que, por ser equivalente a um senso comum teórico, ganhou, inclusive, foros de popularidade.

No meio médico, por exemplo, se tornou comum ouvir que os médicos pensam que são deuses. Ao ouvir afirmações como essas, normalmente associada a uma contrariedade resultante de um mau atendimento, mal sabem os médicos – e por isso nem precisariam ficar tão agastados ou mais onipotentes com isso – o que se passa nos corredores dos fóruns. Ali, é comum se ouvir dizer que médicos pensam que são deuses, mas os juízes têm certeza de que o são. Outro comentário equivalente, mas que beira o gracejo, é normalmente pronunciado por advogados, quando dizem que o mundo se divide em dois tipos de juízes. De um lado, os que acreditam que são deuses; de outro, aqueles que têm certeza de que são deuses, sim.

Como ilustração desse estado da arte, talvez não exista exemplo mais emblemático do que a revelação de uma juíza do trabalho expressa outrora, numa sentença, ao enfrentar prejudicial de prescrição bienal, levantada pela parte ré numa ação trabalhista. Antes do veredito final⁹⁹ em relação à arguição de prescrição, que foi acolhida, a magistrada, cravou um

⁹⁹ Essa decisão lembra aquela proferida por um juiz, mas no campo da ficção. A referência é ao micro conto, de autoria de Nascimento (2015), intitulado “O ponderador” e que diz o seguinte: “A tartaruga australiana do

singular e onipotente *obiter dictum*: fez questão de registrar, que o juiz é um ser absoluto incomparavelmente superior a qualquer outro vivente na face da terra.

Embora, em seguida, tenha se retratado¹⁰⁰ diante da repercussão do caso, é pertinente aqui a transcrição do referido trecho, reproduzido no Conjur¹⁰¹:

A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia.

Assim como Deus tem poder sobre os homens, inclusive o de julgá-los, mesmo depois de mortos, os juízes também têm a função e o poder de julgá-los, mas trata-se de poder terreno, que não os transforma num ser onipotente ou divino, ainda que, alguns, quando não jogam dados, brinquem de ser Deus. A questão não é nova, vem de longe.

De fato, no princípio, os humanos eram julgados somente pelos deuses. Posteriormente, essa prerrogativa foi transferida aos homens. O problema reside nessa passagem. Alguns homens, diga-se assim, os primeiros juízes, não se dando por satisfeitos com o exercício da prerrogativa de julgar outros homens, quiseram mais. Como representantes de Deus aqui na terra, se arvoraram em querer incorporar o próprio poder divino.

Não deveriam, mas ainda hoje há quem pense assim. Acreditam ou têm a certeza de que são deuses, como é o caso da juíza do Tribunal Regional do Trabalho do Estado da Paraíba, antes do arrependimento tardio.

Não muito distante, há também o caso da agente de trânsito que foi condenada a pagar uma indenização por danos morais a um juiz exatamente por dizer que ele não era Deus¹⁰². Curioso é que uma vez incorporado esse sentimento, ele acompanha o juiz até mesmo quando ele não está no exercício da jurisdição. Na época, o caso ganhou as páginas dos grandes jornais. A repercussão foi tamanha que o ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do

promotor enquadrado em vários tipos. O meritíssimo ficou na dúvida entre condução coercitiva, prisão preventiva ou temporária. Jogou as cartas e deu que era caso de preventiva, que foi decretada. Ele, recolhido. Nem bem viu o sol nascer quadrado, sua advogada, decotada, debruçou-se sobre a mesa do excelentíssimo, perdido entre papéis (ainda havia celulose em abundância), jogos de paciência e metas a cumprir. Com a lupa numa mão e a caneta noutra, fez-lhe ver que na letra da lei havia uma brecha. Lisonjeado com as medidas, o meritíssimo ponderou uma, ponderou duas, ponderou três vezes e, ao final, vomitou meia dúzia de latim antes do decreto de soltura". (NASCIMENTO, 2015, p. 127).

¹⁰⁰ Coutinho (2007).

¹⁰¹ Raposo e Manfrin (2007).

¹⁰² (AQUINO, 2014).

STF, ao comentá-lo, por ocasião de uma solenidade na cidade de Florianópolis, chegou a afirmar, como para afastar mal-entendidos, que “nenhum magistrado é Deus, eles são homens comuns e devem respeitar a Constituição”¹⁰³.

Mas como isso tudo aconteceu? Como se chegou a esse estado de coisa, a ponto de um juiz acreditar ou ter a certeza de que é Deus? Talvez porque, a exemplo dos médicos, os juízes têm o poder de decidir sobre a vida das pessoas. Essa pode ser uma das respostas para a questão.

A par disso, a explicação também pode estar associada à origem de como tudo começou, cujas raízes se estendem ao tempo das formas mais primitivas de se fazer justiça, como anota Perelman (2004) ao dizer que durante muitos séculos se perpetuou um sistema de justiça primitiva condicionada por uma “escrupulosa conformidade a fórmulas sacras – tratava-se da santificação de um costume ancestral ou de fórmulas reveladas pelos porta-vozes de uma divindade”. (PERELMAN, 2004, p. 15). Nesse cenário, lembra o filósofo belga, embora polonês de nascimento, que, de igual modo, por vários séculos prevaleceu a ideia de que para se provar um fato, se devia recorrer às ordálias, assim como aos juízes de Deus, por força do que somente aquelas pessoas cuja causa fosse justa deveriam sair vencedores, o que somente vem a demonstrar que, à época, o justo, para o direito, confundia-se com o piedoso e o sagrado. (PERELMAN, 2004, p. 15).

Muito antes da laicização do direito, quando este era considerado como uma expressão divina¹⁰⁴, as decisões judiciais, tal como as divinas, não se discutiam. Simplesmente se impunham com base na força de sua autoridade e no poder do agente, no caso, os deuses. Era assim no direito primitivo. Talvez seja por isso que, ainda hoje, mesmo de forma pontual, exista juiz que age como se fosse Deus. Algo parecido com que ocorre com o vetusto adágio: “decisão judicial não se discute, se cumpre”. Se é que a decisão vem de Deus, não há outra saída senão obedecer, caso contrário, seria o mesmo que provocar a ira divina. E não poderia ser diferente. Sendo divino, não há o que se discutir. Impõe-se como simples ato de autoridade (divina).

Fernandes (2005, p. 4) registra que “os julgamentos de que se tem notícia na Bíblia representavam uma espécie de revelação ou era fruto da sabedoria de inspiração divina, como a sentença proferida por Salomão, no caso das duas mulheres que disputavam a maternidade

¹⁰³ A notícia pode ser vista aqui. (OLIVEIRA, 2014).

¹⁰⁴ Como consta do velho testamento, Moisés, no Monte Sinai, recebeu das mãos de Deus os dez mandamentos, a principal lei do povo hebreu. O mesmo teria ocorrido com a legislação mesopotâmica (Código de Hamurabi), datada de cerca de dois mil anos antes de Cristo. Segundo consta, ela teria sido entregue ao rei Hamurabi pelas mãos do próprio deus Sol (Shamash).

da mesma criança”. Ainda de acordo com o autor, foi com o cristianismo, sobretudo o disseminado pelo Apóstolo Paulo, que “os julgamentos divinos, fundamentados na fé religiosa, deram lugar à busca de ‘julgamentos justos’, realizados por juízes conscientes de seu dever”. (FERNANDES, 2005, p. 6).

Para o referido autor, foi justamente a humanização do papel do juiz, em boa parte “propiciada pela difusão da doutrina cristã, que, de um lado, retirou os entraves à exteriorização dos raciocínios judiciais (não mais a expressão do juízo divino), e, de outro, criou a consciência favorável à justificação das decisões”. (FERNANDES, 2005, p. 6).

Ainda assim, como destaca Perelman (2004), muitos séculos depois da era cristã, “a prova dos fatos e mesmo a prova da justiça de uma causa era fornecida pelas ordálias, consideradas o julgamento de Deus”. (PERELMAN, 2004, p. 350).

Por outro lado, como já afirmado, a evolução histórica do dever de fundamentar as decisões judiciais não observou uma racionalidade, não se deu de forma linear e nem se pode falar em uma curva ascendente, uma vez que caracterizada por marchas e contramarchas.

Por essa razão, ainda que pontualmente, há registros de justificação das decisões judiciais, mesmo durante o direito primitivo, a começar com os gregos, dentre outras diversas experiências.

É disso que se tratará em seguida: o resgate histórico do caminho percorrido pela fundamentação das decisões judiciais a partir de suas origens mais remotas.

4.2 Genealogia: da fragmentação à consolidação – um longo caminho entre marchas e contramarchas

Aqui o objetivo será de descrever¹⁰⁵, cronologicamente, a partir da origem mais remota, o longo caminho percorrido pelo dever de fundamentação das decisões judiciais. Numa palavra: de como surgiu, como se desenvolveu e como se consolidou.

4.2.1 A Experiência Grega: a origem

De acordo com Kelly (2010), se a Grécia ocupa um lugar especial na história da civilização não se deve simplesmente ao fato de que a grande maioria das obras literárias e das artes visuais alcançou níveis tão elevados que hoje são tidas como clássicas, no sentido de

¹⁰⁵ Isso mesmo, como um dos objetivos é o de fazer um resgate histórico do surgimento e evolução da fundamentação das decisões judiciais, grande parte do capítulo tem o viés descritivo.

que se constituem em padrões permanentes de excelência. Para o autor, isso se deve também ao fato de que “os gregos foram o primeiro povo – o primeiro, pelo menos, do qual a Europa guarda alguma consciência – em que o pensamento e o debate refletido se tornaram hábitos dos homens educados”. (KELLY, 2010, p. 1).

Particularmente, no que se refere ao direito, sem desprezar o fato de que civilizações bem mais antigas, como a da Mesopotâmia, em algum momento, tenham refletido sobre a função da lei, o autor supracitado entende que foi somente “entre os gregos que a discussão objetiva da relação do homem com a lei e a justiça tornou-se uma atividade da mente educada e foi registrada em obras literárias que, desde então, têm sido parte de uma tradição europeia mais ou menos contínua”. (KELLY, 2010, p. 2).

De fato, já se disse – e é verdade – que aqui deste lado ocidental, além de cristãos, todos são um pouco gregos. Quando o assunto é direito, fala-se muito de uma tradição romano-canônica, origem remota de um direito quase asséptico, mas com um profundo déficit antropológico. Quase que se esquece, todavia, que foram os gregos que legaram a ideia de razão, de justiça, democracia¹⁰⁶, dentre outros valores universais. Nesse sentido, os gregos são o ponto de partida.

Além de filosofia, política, democracia e o lúdico, transmitidos com o teatro e com a poesia, o que mais os gregos legaram? O direito e sua invenção, certamente. O primeiro tribunal e o primeiro julgamento da história movido por critérios racionais e que pôs fim ao sistema vingativo, o mais antigo modo de se fazer justiça. A origem das discussões entre direito e moral é apenas um exemplo, dentre tantos, no mais das vezes encobertos pela vinculação à tradição romano-canônica. Epopeias e tragédias estarão sempre presentes no imaginário das pessoas e são objetos de reflexão para pensar o direito, a filosofia e a psicanálise, registre-se. Enfim, que a gênese e as bases para as questões relacionadas com interpretação e aplicação do direito deitam suas raízes na península grega, é algo que parece fora de dúvida.

É claro que, como assevera Kelly (2010), em matéria de história do direito grego, não se encontrará um catálogo de produção no qual são reunidos todos os textos jurídicos, mesmo porque, diferentemente dos romanos, “os gregos, tão férteis em tantas áreas do intelecto, nunca produziram uma ciência jurídica prática”. (KELLY, 2010, p. 6). É que, em verdade, grande parte do que se sabe do direito grego foi transmitido pelas obras literárias, como as

¹⁰⁶ Democracia é o solo fértil do direito, sem ela não há direito possível, como nos regimes totalitários.

epopeias de Homero e com as grandes tragédias gregas de autores como Sófocles, Ésquilo e Eurípedes.

Por meio dessas obras foram passadas lições que ainda hoje produzem ressonâncias e que foram entregues de uma forma privilegiada, através do lúdico. Se Shakespeare, como afirma Streck (2015a, p. 231-232), em peças como *Medida por Medida* e *O mercador de Veneza*, antecipa questões que serão discutidas somente dois séculos depois, tal contribuição, numa certa medida, é mais um ponto, vértice ou não, na curva de uma parábola cuja base está em *Antígona*, *Oresteia* e *Medeia*, dentre outras obras literárias.

É claro que seria demasiado leviano afirmar que a contribuição dos gregos para o surgimento da fundamentação das decisões judiciais foi definitiva, mesmo porque sequer dispunham de um tratado do direito grego ou de um conjunto de leis sistematizadas, a exemplo do que ocorreu com os romanos mais tarde, mas nem por isso pode ser desprezada.

Com efeito, como vai dizer Neves (2015, p. 260), a obra dos três grandes dramaturgos gregos¹⁰⁷ revela a conquista da civilização, um desenvolvimento extraordinário que resultou na incorporação de valores como a democracia, a análise de culpa, o julgamento com oportunidade de defesa, a busca pela justiça.

De acordo com o magistério de Neves (2015), foram os helenos que transmitiram o *dna* da civilização ocidental, para ele um legado de valor extraordinário e que se constituiu no alicerce para a construção do ordenamento jurídico do ocidente, cujos exemplos estão nas epopeias e nas tragédias gregas. Nesse sentido, para Neves (2015, p. 260) “Prometeu acorrentado é uma franca denúncia à tirania. Na *Oresteia*, firma-se a necessidade de ampla defesa. *Antígona*, por sua vez, representa a luta pelos ideais, pela justiça, em hino à legítima rebeldia”.

No dizer de Neves (2015), foi através do teatro grego, sobretudo através das tragédias, que os valores que se conhece hoje foram incorporados à nossa cultura, sendo que a partir de então “construiu-se uma teoria do direito, estabelecendo-se as bases para um ordenamento jurídico. Esses dramaturgos, por consequência, inventaram o direito”. (NEVES, 2015, p. 260-261, grifos do autor).

De acordo com Neves (2015), foram os gregos do século V a. C os responsáveis por estabelecer as bases para o direito tal como se conhece atualmente, “assentadas sobre grandes

¹⁰⁷ Ésquilo, Eurípedes e Sófocles. De se esclarecer, insista-se, que não há como esquecer que a contribuição dos gregos se deu mais de forma figurativa, através da dramaturgia e não por meio de um corpo unificado de leis, de que se ressentia a Grécia antiga, diferentemente do que ocorreu com os romanos.

valores, tais como o respeito à dignidade humana, o direito de defesa, a apreciação da responsabilidade e o julgamento racional”. (NEVES, 2015, p. 261).

Nesse sentido, Garapon (1997) já apontava que a narrativa do nascimento do processo se encontra em *Oresteia*, tragédia grega de autoria de Ésquilo que, ao perceber as instituições judiciárias ameaçadas, resolveu escrever a trilogia como forma de defesa da justiça. De acordo com o autor, em *Eumênides*, a terceira peça da trilogia, “Ésquilo encena o nascimento do processo moderno, isto é, a passagem do discurso mágico-religioso para o debate democrático” (GARAPON, 1997, p. 194), dado que até então o pré-Direito não conhecia outro discurso que não fosse a fórmula ritual dos juramentos, por meio dos quais se sentenciava através da forma religiosa. Contudo, a partir de então, esses rituais de juramentos cedem lugar à discussão “que permite que a razão exponha os seus argumentos, dando assim ao juiz a oportunidade de formar uma opinião depois de ter ouvido os prós e os contras”. (GARAPON, 1997, p. 195). É, no dizer do autor, “o triunfo do diálogo” (GARAPON, 1997, p. 195), o que não deixa de representar uma espécie de antecipação, em mais de vinte séculos, da ideia, tal como concebido hoje, do processo jurisdicional democrático, que tem na relação dialógica e na intersubjetividade mediada pela linguagem uma das principais características.

Bem verdade, repita-se, para que não haja mal-entendidos: não foram os gregos que legaram ao mundo a ideia de um conjunto de leis reunidas num livro tão sagrado que a orientação era que fosse guardado ao lado da Bíblia, e que tem no Código de Napoleão o exemplo mais acabado. Isso não significa dizer, entretanto, que os helenos não tenham sua cota de participação no surgimento do direito, ainda que de forma indireta.

É que, como já registrado, no princípio, o direito nasce da religião, as leis têm origem divina, assim acreditavam as antigas civilizações, mas serão os gregos os grandes responsáveis pela ruptura desse paradigma.

Comparato (2013, p. 21) anota que no século V a. C., tanto na Ásia, como na Grécia, durante o chamado *século de Péricles*, nasce a filosofia e, com ela, pela primeira vez na História, se dá a substituição do saber mitológico da tradição pela razão, quando o indivíduo se atreve a fazer uma crítica racional da realidade. É nesse mesmo século que, em Atenas, surgem, a um só tempo, a tragédia e a democracia, numa sincronia que não foi fruto do acaso.

Na mesma trilha de raciocínio segue Neves (2015), ao dizer que os gregos do século V a. C foram os responsáveis por estabelecer as bases para o direito na forma como se conhece hoje, assentadas sobre grandes valores, como o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito de defesa e o julgamento racional, transmitidos mediante o manejo de uma ferramenta

que não conheceu rival ao seu tempo e que tem na poesia trágica o exemplo mais privilegiado, pois ela é a fonte de inspiração para as primeiras lições de direito: a cultura.

Neves (2015) é quem vai dizer também que “nas obras para dos dramaturgos gregos, conseguimos assistir como se cruzou essa ponte, deixando para trás os aspectos religiosos, para entregar ao homem a legitimidade de construir os ordenamentos jurídicos”. (NEVES, 2015, p. 241-243). E prossegue: “a caminhada segue até que Aristóteles reconhece: ‘A lei é a razão’. A filosofia, assim, mata os deuses. [...] A desmistificação é evidente. Os deuses morrem, e os homens ganham força”. (NEVES, 2015, p. 241-243).

É em razão disso que Neves (2015) vai afirmar que as tragédias gregas, um pouco menos as comédias, todas elas datadas entre os anos 500 e 405 a. C, foram as responsáveis pela “invenção do direito como instituição, guardião dos valores como a justiça e o respeito ao ser humano”. (NEVES, 2015, p. 31). De acordo com o autor, é nesse momento histórico que se dá a separação entre direito e religião. O direito, que ganha autonomia e racionalidade, pode ser encontrado nas referidas obras, tidas como as mais representativas de uma cultura que vai moldar a civilização ocidental, daí a importância dos dramaturgos gregos e suas obras, que tiveram o papel de estabelecer padrões, até hoje válidos, tanto que autores como Dante, Shakespeare e James Joyce, dentre outros, leram os gregos antigos, de onde vem o nosso único modo de pensar, como afirma, diz Neves (2015), o famoso crítico literário Harold Bloom, razão pela qual se pode dizer que foi por meio daquelas das peças do teatro grego que se inventou o direito tal como se conhece hoje.

Por sua vez, utilizando-se do exemplo da tragédia *Antígona*, de Sófocles, Pinto (2008, p. 83) lembra que não causa nenhuma surpresa o fato de que esteja no centro da trama a decisão a ser tomada sobre o ser ou não ser justo, cujo exemplo mais célebre desse dilema é o diálogo sobre justiça protagonizado entre Antígona e Creonte, envolvendo a polêmica acerca do sepultamento de Polinice. Enquanto Antígona sustenta que o que está em jogo é o direito a um sepultamento conforme as leis atemporais, não-escritas e intangíveis ditadas pelos deuses e não pelos homens, Creonte, redarguindo, afirma que, como Polinice atentou contra a cidade, não pode ser sepultado conforme o ritual praticado na *pólis*, para, em seguida, ouvir a tréplica de Antígona, que lembra que mesmo o poder soberano encontra seus limites.

No mesmo sentido, Streck (2015a, p. 229-230), quando diz que desde *Antígona*, de Sófocles, se discute lei e direito, direito e ética, direito e moral, e destaca que foi, nessa tragédia, que Antígona, personagem principal, e que dá o nome à obra, foi capaz de desafiar uma lei que considerava iníqua, com o objetivo de garantir a sepultura de Polinices, seu irmão, morto numa disputa fratricida pelo poder na cidade de Tebas. Para além disso, Streck

lembra que com os gregos se institucionalizou o primeiro tribunal da história com a função de julgar um ato criminoso e estabelecer a punição adequada mediante um devido processo legal, pondo fim à vingança do tipo “olho por olho dente por dente”, que até então imperava, porquanto “na *Oresteia*, celebra-se o elemento civilizador com a instituição, pela mão da deusa Palas Atena, de um corpo de jurados para julgar os crimes de sangue”. (STRECK, 2015a, p. 230).

Certamente que os crimes de sangue não se extinguíram e nem foram os gregos que, pela primeira vez, instituíram a obrigação de fundamentar as decisões judiciais, mas isso não lhes retira, ainda que figurativamente, por meio de suas tragédias, o protagonismo da invenção do modo racional de julgar um crime de sangue, pondo fim ao velho regime da vingança. Essa prerrogativa ninguém tira dos gregos. Trata-se de uma lição transmitida ao mundo contemporâneo e que não deixa de ter um sentido simbólico que não deve ser ignorado, uma vez que serviu de fonte de inspiração, como uma espécie de pontapé inicial, para aquilo que viria com os romanos.

4.2.2 Os Romanos: instinto prático

Como dito antes, com apoio em Kelly (2010), os juristas romanos foram os primeiros a oferecer ao mundo uma ciência jurídica prática, mas a fonte onde vão beber serão os gregos.

De fato, o direito romano aprofunda aquilo que pode ter sido considerado uma iniciação, no direito grego¹⁰⁸: a sua laicização; além do que não se pode perder de vista, como vai dizer Villar (1995, p. 12), que a origem mais remota do processo civil moderno está no direito romano.

A propósito, nesse sentido, Santos (2011) pontua que foi durante a vigência de um dos sistemas de ação do direito romano (*cognitiones extraordinariae*) que se desenvolveu um procedimento a partir do qual se pode comprovar até que ponto é correta a tese que sustenta que o processo civil moderno é tido como herdeiro do sistema processual romano¹⁰⁹.

¹⁰⁸ A propósito da influência do direito grego sobre o direito romano, Caenegem (*Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo: Martins Fontes, 2000) ao tratar do direito romano vai dizer que sua evolução é atribuída ao desaparecimento do Estado romano e à influência crescente dos povos germânicos, fatos que mudaram a face do direito romano, fazendo com que se afastasse do seu modelo clássico. Referida mudança, Caenegem (2000) atribui ao desaparecimento dos seus principais componentes, além de outro agravante: “o Ocidente não permanecia mais em contato com o Oriente grego, que em sua época contribuíra muito para o desenvolvimento do direito romano clássico”. (CAENEGEM, 2000, p. 24).

¹⁰⁹ “Durante a vigência del sistema procesal de las extraordinariae cognitiones se desarrolla um procedimiento cuyos actos principales permiten una idea general del mismo, comprovando hasta qué punto es certa la tesis que proclama a nuestro procedimiento civil como herdeiro de este sistema romano”. (SANTOS, 2011, p. 48).

Com efeito, seria bem difícil imaginar o direito com os contornos que se conhece hoje sem considerar, mesmo que de forma remota, a influência direta do direito romano, pois, como ressalta Santos (2011), boa parte do atual direito tem o caráter essencialmente romano. Para o autor, o direito romano é o cimento sobre o qual “se erige la arquitectura básica del proceso moderno, tanto em sede civil como penal”. (SANTOS, 2011, p. 36).

No mesmo sentido, Conte (2016) vai afirmar que os romanos enxergavam o direito mais sob o aspecto processual do que propriamente pelo viés material, sendo que, bem por isso, se costuma dizer “que o direito romano consubstanciava um sistema de ações”. (CONTE, 2016, p. 37).

Dentro dessa linha de raciocínio, o referido autor vai dizer que “o processo civil romano respirara, sucessivamente, dois grandes períodos: (i) *ordo judiciorum privatorum* e (ii) *cognitio extra ordinem*, com um detalhe: o primeiro “fora guilhotinado em duas fases distintas (*in iure* e *in iudicio*) e cindido em dois procedimentos consecutivos”. (CONTE, 2016, p. 37)¹¹⁰, no caso, o da *legis actiones* e o *per formulam*.

Por sua vez, Abboud (2014), como que repetindo as palavras de Kelly (2010), salienta que o direito romano, diferentemente de outros sistemas da Antiguidade, foi pensado como técnica, por isso tinha cientificidade, o que explica o seu desenvolvimento, permitindo assim uma efetiva separação da religião, pois deixa de ser uma atividade religiosa ou política, para ser eminentemente técnica.

Com efeito, de acordo com Abboud (2014), o direito romano, por suas características, constitui-se no “primeiro modelo preocupado com a sistematização e a racionalização das decisões jurídicas”. (ABBOUD, 2014, p. 274). E avança para dizer que é nele, o direito romano, que, pela primeira vez, se identifica a passagem da decisão judicial como ato de revelação divina para um ato eminentemente técnico. Dizendo de outro modo: da decisão que encontra fundamento tão somente na autoridade que a prolata, para a decisão que encontra justificação na ordem jurídica, como deixa claro no trecho a seguir:

¹¹⁰ Tucci (1987, p.25-34), por sua vez, embora compartilhe do entendimento de que são dois os sistemas de ações – *ordo judiciorum privatorum*, que se divide em dois procedimentos distintos (*legis actiones* e *per formulam*), e o *cognitio extra ordinem* –, divide a história do direito processual romano em três períodos distintos e autônomos: o período das ações da lei, formular e o extraordinário, embora os dois primeiros se resumam nos dois procedimentos do primeiro sistema de ação (*ordo judiciorum privatorum*). Para Tucci (1987, p. 28), o período formular se constitui “na forma mais aperfeiçoada de processo”. Em síntese, embora houvesse dois sistemas de ações, três períodos distintos marcam o direito processual no direito romano. Na mesma linha de Tucci (1987), Santos (2011) adota classificação semelhante ao resumir tudo em três procedimentos distintos: “Así, em el orden jurisdiccional civil se desenvuelven três procedimientos que tanto su géneis como por su naturaleza tienen entidad propia: el procedimiento de las *legis actiones*, el proceso formulario y la cognición extraordinária. (SANTOS, 2011, p. 37).

Desse modo, o direito romano passa a ser concebido como um ordenamento responsável em assegurar a tecnicidade e juridicidade à solução jurídica. Assim, a decisão judicial deixa de ser ato fundado apenas na autoridade política religiosa e passa a se fundamentar no próprio direito, isso porque os juristas romanos evidenciaram que o vínculo entre o direito legislado e a aplicação dele constitui vínculo jurídico que demanda técnica e metodologia para ser concretizado. Ademais, a decisão judicial deixa de ser mero ato de revelação de entidade metafísica (religiosa), passando a ser técnica (daí a jurisprudência ser encarada como tecnologia). Urge ressaltar que, no direito romano, não se concebe mais a decisão pautada tão somente na autoridade; a decisão precisa também estar assentada em argumento técnico/jurídico persuasivo. (ABBOUD, 2014, p. 273-274).

Ao examinar a estrutura da sentença do juiz privado, no processo por fórmulas (segundo o procedimento da ordem dos juízos privados), Aboud (2014) observa que, assim como ocorre com a estrutura da sentença, não existe uma literatura romanística numerosa para o problema específico da existência e da necessidade ou não da fundamentação das decisões judiciais.

Para o autor (2014), a insuficiência de uma literatura específica dificulta a conclusão para o sim ou para o não, quando o assunto é fundamentação das decisões judiciais no direito romano, muito embora seja grande a legião de teóricos que sustentam a inexistência de motivação.

De acordo ainda com Abboud, no processo formular, que era mais comum, como o *iudex privatus* estava preso às duas alternativas distintas (condenar ou absolver), aparentemente pouco lhe restava a fazer senão pronunciar o resultado, em consequência do que “ao juiz formular também não se imporia o dever de apresentar a ‘motivação’ de sua decisão, já que esse dever não decorreria nem da estrutura da fórmula, nem de uma cláusula edital e nem de outra fonte normativa”. (ABBOUD, 2014, p. 274).

No entanto, afirma o mencionado teórico que essa aparente inexistência de obrigatoriedade de fundamentar não implicaria necessariamente a impossibilidade “de apresentação dos motivos da decisão tomada por parte do juiz privado” (ABBOUD, 2014, p. 274), uma vez que, para ele, “não faltariam testemunhos dessa prática de ‘motivação’ – se compreendida essa não no sentido do rigoroso dever imposto aos atuais órgãos judicantes, mas de qualquer (por mínima que seja) ‘justificação’ da sentença (condenatória ou absolutória) – nas fontes romanas”. (ABBOUD, 2014, p. 274).

A questão, contudo, guarda controvérsia, se examinada pelas lentes de outros teóricos.

De fato, Gomes Filho (2013) lembra que o registro da presença ou não da fundamentação das decisões judiciais no direito romano é um tema que encerra muita

discussão entre os historiadores do direito, o que, no geral, resultou em duas correntes distintas: uma composta de historiadores que a negam de forma categórica e outra composta de historiadores que a admitem,

[...] muito embora reconheçam a lacunosidade das fontes ou, então, limitem a sua aplicação ao procedimento da *cognitio extraordinem*, no qual a existência da apelação praticamente obrigava o juiz inferior a fundamentar a sua sentença, para assim possibilitar ao órgão superior o reexame completo da causa. (GOMES FILHO, 2013, p. 44-45)¹¹¹.

No mesmo sentido, Lucca (2015), com base em Alfonso Murillo Villar (1995), vai dizer que “não há consenso entre os historiadores a respeito da existência, ou não, de decisões judiciais motivadas no Direito Romano”. (LUCCA, 2015, p. 90).

Por sua vez, Villar (1995, p. 15), referenciado por Lucca (2015), já afirmava que se há uma causa que explica a controvérsia, essa vem a ser o pouco tratamento doutrinário dado à matéria, circunstância à qual se agrega outro fator: os poucos teóricos que abordaram o tema se preocuparam mais com divagações teóricas do que em recorrer ao direito romano como fonte.

Muy pocos son los autores que, em sus manuales, tratados, o en sus trabajos más específicos de Derecho procesal, abordan el problema de la fundamentación de la sentencia. Aquellos que lo hacen, como puede apreciarse em Savigny, Windschid y em las anotaciones a Arndts, prescinden, em gran medida de las fuentes romanas y elaboran disquisiciones teóricas. A juicio de Chiovenda, em todo processo, sin distinción de tempo y de lugar, se contienen necesariamente dos elementos: uno de naturaliza preparatória o lógico, que consiste em uma seria de observaciones, razonamientos e indagaciones, y outro, um act de voluntad, de natureza final, que es la voluntad misma de la ley em el caso concreto, y que consta formulada por el juez em el dispositivo de su sentencia; el processo romano se caracteriza por la prevalência o sobrevaloración del acto de voluntad¹¹² em comparación com el elemento lógico. (VILLAR, 1995, p. 15).

¹¹¹ Entre os que negam qualquer registro de justificação das decisões judiciais, Gomes Filho (2013) aponta, por todos, Tony Sauvel (*Histoire du jugement motive*, 1955), enquanto que, na segunda corrente, se encontram Cruz e Tucci (1987) e Alfonso Murilo Villar (1995). Quanto a Sauvel, oportuno registrar a crítica feita por Tucci (1987). Nesse sentido, muito embora reconheça que se trata de um dos raros artigos ao se dedicar ao tema, Tucci lembra que a sua abordagem se restringe ao primeiro sistema processual romano (a ordem dos juízos privados), sobre o qual não reside qualquer dúvida acerca da inexistência do dever de fundamentar no direito romano. Contudo, o estudo de Sauvel deixa de fora o segundo sistema, o da cognição extraordinária, e no qual há evidências de fundamentação das decisões judiciais, razão pela qual, em face do seu caráter mais reduzido, as conclusões de Sauvel não correspondem ao histórico do fenômeno no direito processual romano.

¹¹² Recorde-se: aquilo que, muitos séculos depois, Kelsen (1998) vai dizer (decisão judicial como ato de vontade) já era presente no direito romano.

Sustenta ainda Villar (1995, p. 15) que, das poucas informações que foram transmitidas, não há nenhum registro de obrigação para o juiz romano de proferir uma decisão fundamentada, tratando-se, ademais, de um problema que de modo algum se ocuparam os juristas romanos e sobre o qual não existe nada de concreto, em termos de norma jurídica.

Todavia, Villar (1995) afirma que essa escassez de informação acabou por provocar uma espécie de senso comum teórico em decorrência do qual muitas vezes se diz, equivocadamente, que inexistiu o dever de fundamentar as decisões judiciais no direito romano. É que, para ele, há uma limitação temporal nessa crença. E esse limite coincide com o início do período das *cognitiones extraordinárias* do direito processual romano a partir do século IV.

Nesse sentido, para Villar (1995, p. 16), a partir da *cognitio extra ordinem*, que é considerada o terceiro período do direito processual romano, não se pode mais compartilhar a ideia que insiste em negar a existência da obrigação de fundamentar as decisões judiciais no Império romano.

Diferentemente foi o que ocorreu no sistema anterior do direito processual romano (*ordo iudiciorum privatorum*) em seus dois procedimentos (*legis actiones* e *per formulam*) sucessivos.

Villar (1995) registra que, no primeiro dos procedimentos, a sentença “se pronunciaba oralmente y em la presencia de las partes, cariciendo de más datos acerca de otros trámites de este tipo”. (VILLAR, 1995, p. 13). Por outro lado, a forma estabelecida (oral) de se proferir uma sentença vai desaparecer no segundo procedimento (formular) da ordem dos juízos privados, pois “la sentencia del procedimiento formulario non tiene prescrita una forma determinada, ni um modo de proclamación establecido”. (VILLAR, 1995, p. 13).

Contudo, o referido autor (1995) destaca que na medida em que surge e se impõe o segundo sistema de ações (*cognitio extra ordinem*) ou terceiro período da história do direito processual romano (TUCCI, 1987), “aumentan considerablemente las formalidades carácter solemne que han de acompañar a la sentencia; su eficacia muchas veces queda vinculada ao estricto cumplimiento de tales exigencias formales”. (VILLAR, 1995, p. 13).

De todo modo, Villar (1995, p. 14) deixa claro que, no direito processual romano, de uma maneira geral, não se estabelece condições para a validade de uma sentença, o que não significa dizer necessariamente que elas não devam ser claras e precisas, em consequência do fato de que, em nenhum momento, se exige que sejam fundamentadas.

Esse cenário, contudo, vai mudando na medida em que se dá a passagem de um sistema processual para outro¹¹³. Essa passagem é acompanhada pelo desenvolvimento e ampliação do conteúdo da sentença, o que vai conferir ao juiz, gradualmente, o poder maior de manobra na hora de decidir, inferindo-se daí, como contrapartida, a tendência de cada vez mais justificar a solução final estabelecida para o caso concreto que lhe fora submetido.

Esse momento culminante vai ocorrer no terceiro momento do direito processual romano (*cognitiones extraordinárias*)¹¹⁴. Dizendo de outro modo: trata-se da passagem, de forma paulatina, da dispensabilidade para a necessidade de justificação das decisões judiciais, como pontua Villar (1995, p. 14-15):

Em el Derecho romano, com el passo de unos sistemas procesales a otros, se va desarrollando una ampliación del contenido de la sentencia. Este contenido le otorga al juez, paulatinamente, un campo de maniobrabilidad mas amplio em orden a su decisión final, de onde se infiere la necesidad tendente a justificar, cada vez má, a solución que dé ao litígio. Podemos entender, desde el punto de vista del contenido, lo innecesario de motivar una sentencia en el ordo iudiciorum privatorum, pues la labor del iudex es cuasi mecánica, en razón de la propia estructura formal de las legis acciones y de la fórmula. La única obligación para el juez que emana la sentencia es ajustarla en su contenido al programa procesal. Sin embargo, en la cognitio, amén de carecer de instrumentos que le faciliten la labor mecánica, el juez puede elegir más fácilmente el contenido de su sentencia, y esta libertad es la que nos impulsa a creer en la necesidad de un razonamiento o motivación de la misma, como algo que justifique, desde el punto de vista del Derecho y de los hechos, lo que realmente decide el juez; es decir, la posibilidad de variación del contenido de la sentencia impulsa a creer en la necesidad de su motivación como justificación de la decisión.

¹¹³ De fato, Santos (2011, p. 48) destaca que o que vai diferenciar os dois modelos é o fato de que no sistema extraordinário haverá a supressão do procedimento formular e das fases distintas, além do que o assunto é submetido a juízos distintos num mesmo grau de jurisdição. A par disso, no lugar da oralidade, predomina a escrita, um único juiz conhece do caso do princípio ao fim, cuja decisão pode ser impugnada, além de se afirmar a natureza pública do processo, sendo a sentença um verdadeiro ato do poder público e não mais de um particular. De acordo com o autor, o juiz privado da *legis actiones* e do procedimento formular dá lugar a um sujeito integrante do poder público durante o período das *las extraordinariae cognitiones*. Nesse cenário, a sentença não será mais a opinião de um terceiro (árbitro) livremente escolhido pelas partes que consensualmente se obrigam a cumpri-la, daí a razão pela qual não se verificava a necessidade de fundamentação explícita, o que tem sua logicidade, uma vez que o juiz privado fora livremente escolhido pelos conflitantes. No segundo modelo, no entanto, a decisão passa a ser um ato do poder público, com o que se perde o caráter privado do sistema anterior. Além disso, a decisão judicial passa a ser executada por um agente público, cujo ato é submetido a uma instância superior para fins de reexame, mediante provocação da parte interessada, por meio do recurso de apelação, justo porque “la completa desaparición del carácter privado de la justicia abre a posibilidad de acudir a um procedimiento de impugnación, entendido como garantia oferecida por el Estado em contrapartida a la desaparición del sistema privado de resolución de conflictos próprio del viejo ordo iudiciorum privatorum”. (SANTOS, 2011, p. 54).

¹¹⁴ Essa questão deixa bem claro, ainda que mal compreendida, como “proibição de interpretar” e controle hermenêutico das decisões judiciais são categorias jurídicas distintas. Enquanto a primeira foi um fenômeno próprio do século XIX, dentro do contexto da revolução francesa e do surgimento das grandes codificações capazes reduzir o papel do juiz a um mero pronunciador da boca da lei, o segundo guarda uma relação de causalidade com a ampliação do espaço do juiz e a conseqüente redução da lei.

Por fim, o autor supracitado (1995), evocando vários doutrinadores, dentre eles, Molé, Calamandrei, Bethan e Visky, resume a questão da seguinte forma: no período das *las legis actiones*, as decisões judiciais não eram acompanhadas de nenhuma fundamentação, além de reconhecer que o delicado tema não mereceu a devida atenção da doutrina. Do mesmo modo, o referido fenômeno ocorreu no período *formular*, provocado até mesmo pela dinâmica de seu procedimento. Por fim, ainda que houvesse uma prática habitual na explicitação dos motivos da sentença, que muitas vezes se fazia necessária¹¹⁵, não havia qualquer exigência para o juiz fundamentar suas decisões no terceiro (*cognitio extra ordinem*) e último período do direito processual romano.

Perceba-se, então, que o que ocorre no terceiro período do direito processual romano, na fase denominada de *cognitio extra ordinem*, é algo parecido com o que se verificará, vários séculos depois, na Inglaterra: a fundamentação das decisões judiciais surge como uma prática natural, sem qualquer exigência expressa, o que será objeto de análise adiante.

Esse cenário foi percebido por Santos (2011), que também não ignora o fato de que, no direito processual romano, na fase das cognições extraordinárias, não havia qualquer disposição normativa escrita, quanto ao dever de fundamentação, embora a dita garantia não fosse desprezada por juízes e tribunais. E embora sem dizer se houve ou não algum tipo de influência do direito processual romano, o jurista espanhol cita ainda como exemplo privilegiado dessa convivência (inexistência de norma e prática de fundamentar) a prática habitual na *Common Law*, na qual, desde sempre, os juízes fundamentam suas decisões, sem que exista qualquer prescrição normativa.

No mesmo sentido trilha Tucci (1987), ao lembrar que a obrigação de justificar as decisões judiciais deita raízes bem mais distantes dos tempos modernos, identificando-as em uma das fases do direito romano.

De fato, o processualista paulista afirma que, nos dois primeiros períodos do direito processual romano, segundo sua classificação indicada na nota explicativa n. 89, sobretudo no segundo (*Formular*), não havia qualquer determinação para que o magistrado formasse uma ou outra opinião, mas sim uma imposição de comportamento, por força do qual deveria

¹¹⁵ O surgimento do recurso de apelação é que irá provocar uma relação necessária entre fundamentação e impugnação, que somente será possível, se a parte interessada em recorrer tiver conhecimento das razões da decisão judicial, como vai dizer Villar (1995): “Em el sistema procesal romano la idea de la *apelatio* es tardía. Em el *ordo iudicioarum privatorum* no se conoció una auténtica apelación contra la sentencia, entendida ésta como una opinión de um *iudex* o *arbiter privatus*, de donde puede derivar una explicación convincente de la innecesariedad de motivar una sentencia. Esto lo decimos porque motivaciós e impugnación son institutos en cierto modo paralelos, pues si la impugnación es una censura de la sentencia, não sería posible recurrirla cuando no se conozcan las razones en que se fundamenta y justifica”. (VILLAR, 1995, p. 24).

decidir pela condenação ou absolvição¹¹⁶, sem apresentar qualquer motivo que o levara a decidir de um modo ou de outro, razão pela qual, “após examinar, então, os dados disponíveis e convencer-se das razões expendidas por um dos litigantes no intentio da fórmula, o *iudex* pronunciava oralmente a *sententia*, não apresentando qualquer exposição dos motivos que o levaram a decidir de um ou de outro modo”. (TUCCI, 1987, p. 30-31).

Anota também o autor que com a instauração do terceiro período do direito processual romano, denominado Cognição Extraordinária, o sistema processual passa por uma reorganização e um dos seus destaques diz respeito às exigências estabelecidas para a validade e eficácia da sentença, que passou a ser subordinada à observância de determinados requisitos formais, dentre eles “a obrigatoriedade das sentenças cíveis e penais serem proferidas publicamente e na presença das partes”. (TUCCI, 1987, p. 32-33).

Ainda de acordo com Tucci (1987), outras modificações importantes se seguiram, dentre elas a necessidade de as sentenças serem proferidas por escrito, aliada à possibilidade de se interpor recurso contra aquelas tidas como injustas, daí se concluir que, no período em comento, as de decisões eram motivadas¹¹⁷.

Para Tucci (1987, p. 32-33), as referidas modificações, todas elas importantes, e que perduraram até o surgimento da consolidação justiniana, quando acrescidas à possibilidade de se interpor recurso contra os atos considerados injustos, induzem à conclusão de que, apesar da lacunosidade das fontes, as sentenças proferidas na fase da *cognitio extraordinem* eram motivadas.

De igual modo, Conte (2016) se alinha entre os que sustentam que, no primeiro grande sistema de direito processual romano, o da *ordo judiciorum privatorum*, compreendido por dois procedimentos sucessivos (*legis actiones* e *per formulam*), não havia espaço para a fundamentação das decisões judiciais.

Para esse autor (2016), a inexistência de recurso e a parca literatura específica do período, no que se refere ao tema, são duas, dentre outras, das causas que modularam o entendimento da doutrina majoritária, no sentido de que não há dados suficientes para afirmar que, “no procedimento das *legis actiones*, o parecer judicial fosse motivado”. (CONTE, 2106, p. 38). Do mesmo modo, no procedimento formular, “o *iudex* pronunciava a sentença que passou a ser condenatória sempre em pecúnia, mas tal como ocorria no procedimento das

¹¹⁶ Neste sentido, pode-se dizer que as influências do direito romano do período formular ainda hoje se fazem sentir em algumas das mais importantes instituições contemporâneas do direito, a exemplo do tribunal do júri que, a rigor, se limita a condenar ou absolver o réu, abstendo-se de expor os motivos.

¹¹⁷ Para Tucci (1987, p. 33), “a admissão de *appellatio* parcial, visando à reforma de parte do julgamento, é outra prova irrefutável da motivação da sentença no processo romano da época”.

ações da lei, sem indicar os motivos de sua decisão nesse sentido ou naquele outro (*condemnatio* ou *absolutio*)”. (CONTE, 2016, p. 39).

Noutro modo de dizer, de acordo com Conte (2016), diante da impossibilidade de se recorrer de uma decisão e como o *iudex privatus* tinha ampla liberdade na análise dos meios de prova, “não havia necessidade jurídica de expressar sua fundamentação. A inexistência de meios de impugnação estimula a inculcar a ausência de motivação. Aos litigantes era revelado apenas singelo e solitário dispositivo, desnudado dos motivos que o sustentaram”. (CONTE, 2016, p. 38).

Para Conte, a exemplo do que sustentaram Villar (1995) e Tucci (1987), diverso é cenário do segundo grande período (*cognitio extra ordinem*) do sistema do direito processual romano. Trata-se de um modelo de processo que, gradativamente, sucedeu o procedimento formular. Além disso, dotado de características diversas e opostas ao procedimento anterior, destacando-se as seguintes: migração da justiça da esfera privada para a pública; publicização do processo com a conseqüente abolição dos árbitros privados; adoção de um procedimento unitário, ao invés de bifásico (*in iure* e *in iudicio*); e, por fim, previsão de recurso da sentença.

De fato, na perspectiva da fundamentação das decisões judiciais, não há dúvida de que, dentre as modificações no sistema processual romano, a que mais se destaca vem a ser a recorribilidade das sentenças consideradas injustas.

Segundo a leitura de Conte (2016), esse evento histórico, apesar da escassez das fontes, foi de grande importância, na medida em que da simples possibilidade de recurso, associada ao julgamento escrito e público, emergiu naturalmente a exigência de fundamentação das decisões judiciais, por um raciocínio lógico e primário: “a fim de que o *decisum* pudesse ser impugnado, perante o órgão judicante hierarquicamente superior, impunha-se naturalmente ao juiz o dever de motivá-lo, conquanto desse entendimento haja vozes doutrinárias dissonantes¹¹⁸, vale dizer, de que o estudo das fontes conhecidas não consentem encontrar qualquer preceito atinente ao dever de motivar”. (CONTE, 2016, p. 41).

Entretanto, para Conte (2016), o simples fato de o julgamento ser proferido na forma escrita, ao lado da existência da apelação, já se constituía motivo suficiente para compelir o juiz a justificar sua decisão final, de sorte a possibilitar ao órgão *ad quem* o reexame da matéria, isso sem dizer, acrescenta-se, que também permitiria à parte insatisfeita com o

¹¹⁸ Ver nota de rodapé explicativa nº 111

juízo conhecer das razões de decidir e, com isso, invocar argumentos visando a eventual reforma ou nulidade da sentença.

Com efeito, nesse contexto, como assevera Conte (2016), entre apelação e motivação havia uma conexão necessária, uma vez que a impugnação da sentença deveria estar diretamente vinculada aos motivos enunciados pelo juiz ao prolatar a decisão, o que significa dizer que a motivação da decisão judicial se prendia a razões de técnica processual em razão da previsão de existência da impugnação específica ao julgado, no caso a apelação, tudo isso com o objetivo único de possibilitar que o órgão judicial revisor pudesse fazer o reexame completo da causa, o que incluía a possibilidade de apresentação de fatos novos, assim como a produção de novas provas, de modo a possibilitar a aferição da justiça da decisão impugnada, o que passava pela necessária existência de motivação.

É que, em hipóteses que tais, a fundamentação se constituía na “única via para se prospectar na sentença o vício de *error in iudicando*, como quando prolatada em frontal violação ao ordenamento jurídico romano”. (CONTE, 2016, p. 41). A par disso, prossegue Conte (2016), a conclusão no sentido de que a decisão judicial prolatada no período da cognição extraordinária do direito romano era dotada de motivação é reforçada pela lógica da possibilidade de interposição do recurso de apelação parcial objetivando a reforma de apenas parte da decisão. Por fim, conclui Conte (2016, p. 42), “embora inexistisse uma disposição expressa a respeito da exigência de fundamentação, as fontes históricas do direito imperial, em visão sistêmica, encorajam a pensar que, no processo civil romano, o juiz houvesse, como exigência formal, o dever de motivar suas sentenças”.

De fato, como pontua Santos (2011, p. 50), o surgimento da apelação como meio de impugnação das sentenças reforça fortemente a prática de fundamentação, de tal modo que se estabelece uma estreita relação entre os meios de impugnação e a fundamentação das decisões judiciais. É o que sustenta na seguinte passagem:

La apelación estaba, como aún sigue estando, íntimamente unida a los fundamentos de la sentencia, de ahí que el recurso a la apelación se fije forzosamente en éstos. De esta forma, la impugnación de la sentencia y la garantía de motivación de ésta están estrechamente unidas que dan lugar a un raciocinio circular del tipo siguiente: sólo puede apelarse argumentando los motivos que hacen nula o injusta la sentencia de instancia y estos motivos constituyen el *iter* lógico que lleva al fallo. Así pues, la ausencia de los mismos impide la adecuada formulación de la apelación, aunque paradójicamente se la sentencia contiene tan sólo condena o absolución, sin expresar los fundamentos del fallo, la parte agraviada puede invocar toda suerte de motivos tratando que dicha sentencia no sólo sea apelable sino nula. [...] En definitiva, la garantía de la motivación y el recurso de apelación, sobre todo, pero también como vemos el remedio de la nulidad,

mantiene una relación de reciprocidad, que hace muy difícil comprender un recurso de apelación despegado del examen de los motivos que justifican la sentencia de instancia. (SANTOS, 2011, p. 50).

Para finalizar esta parte, e à vista do que foi até aqui exposto, percebe-se que há muitos encontros e desencontros, quando o tema é fundamentação das decisões judiciais no direito romano. De todo modo, parece que a razão está com Santos (2011), quando diz que foi Murillo Villar o autor responsável pelo estudo definitivo em torno do assunto. Em primeiro lugar, por sustentar de forma contundente que é falsa a tese que afirma a ausência de disposições normativas, obrigando a fundamentação das decisões judiciais no direito romano, que pode até verdadeira, desde que se refira ao período da *ordo iudiciarum priavatorum*, mas nunca quando em jogo o da *cognitio extra ordinem*.

Como exemplos disso, Santos (2011) aponta a Constituição dos imperadores Valentiniano, Valente e Graciano, que se constituíram nos primeiros documentos que provam a recepção normativa do dever de fundamentar as decisões judiciais, no final do século IV da era cristã, consagrando, assim, na norma, uma prática judicial costumeira de longa tradição¹¹⁹.

Por fim, resumindo a questão, Santos (2011) vai afirmar que é no período das cognições extraordinárias que se encontram os primeiros traços característicos daquilo que ainda hoje identificam a estrutura de uma sentença, ao tempo em que acrescenta que, particularmente. “la garantía de la motivación de sentencias se iría generalizando durante la época posclásica para terminar imponiéndose em la época justiniana”. (SANTOS, 2011, p. 54).

4.2.3 O Direito Germânico: influência romana e um passo atrás

De acordo com Tucci (1987), com a invasão dos bárbaros e a queda do Império Romano no Ocidente, os conquistadores, inicialmente, mantiveram preservadas suas instituições jurídicas, que não previam e nem exigiam que fossem revelados os motivos de uma decisão judicial. Contudo, “com o passar do tempo, as regras jurídicas dos bárbaros passam a sofrer influência das normas de direito romano que continuaram a reger as controvérsias entre romano-hispânicos” (TUCCI, 1987, p. 35), ressaltando, ainda, que, muito embora tenham os monarcas visigóticos incorporado os “aspectos formais relativos à

¹¹⁹ No original: “Una Constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano, de exégis compleja, constituye el primer testimonio que prueba la recepción normativa del deber de motivar sentencias a finales del siglo IV de la era Cristiana, consagrando normativamente una práctica judicial consuetudinaria de larga tradición”. (SANTOS, 2011, p. 51).

pronúncia da sentença, não se tem notícia de norma específica determinante, de modo exposto, do dever de motivação das decisões judiciais”. (TUCCI, 1987, p. 37).

Ainda de acordo com o autor, “a regra de que o julgado era válido sem fundamentação passou das fontes romanas para o direito medieval”, eis que “a sentença, via de regra, era proferida simplesmente mediante o emprego dos vocábulos *condemno* ou *absolvo*, em primeiro grau de jurisdição, e *confirmo* ou *infirmo*, no juízo *ad quem*”. (TUCCI, 1987, p. 40).

Lucca (2015), por sua vez, na esteira do entendimento de Taruffo (2006), assevera que “muito embora haja registros de sentenças proferidas por juízes longobardos exemplarmente motivadas ainda no século VII, o conteúdo da sentença era, como regra, reduzido ao essencial, quer dizer, ao dispositivo”. (LUCCA, 2015, p. 96).

De fato, com o direito germânico, em matéria de fundamentação das decisões judiciais, vai ocorrer um verdadeiro retrocesso se comparado com a terceira fase do direito romano (*cognitio extra ordinem*).

De igual modo, Gomes Filho (2013, p. 45), anota que a ideia de fundamentação da sentença no direito germânico era totalmente estranha, até mesmo porque, na cultura dos bárbaros, responsáveis pela queda do Império Romano no ocidente, a questão da decisão era confiada mais às forças sobrenaturais do que propriamente ao juiz, a quem cabia tão somente a condução dos mecanismos de produção de prova, como os duelos, os juramentos e as ordálias, e eles não passavam de instrumentos utilizados através dos quais se manifestava a vontade divina na solução dos conflitos humanos. Nesse cenário, a irracionalidade das provas, cujo exemplo mais emblemático talvez seja o das ordálias, afastava não somente qualquer tipo de motivação, mas o próprio raciocínio jurídico que ela deveria expressar.

Conte (2016) reforça esse entendimento ao dizer que a estrutura do direito processual germânico era bem rudimentar, destacando-se, como demonstração desse aspecto, o fato de o costume, que era plural, se constituir na principal fonte do direito e o enfraquecimento da autoridade judiciária, sobretudo pela introdução de um sistema irracional de provas (ordálias e juízos de Deus), além da impossibilidade de recurso contra a decisão judicial.

Com efeito, diante de um contexto no qual não se exigia qualquer enunciação dos motivos que levaram à determinada decisão judicial, como diz Conte (2016, p. 44), “houve enorme retrocesso no direito peninsular e especialmente na temática da motivação da sentença, uma vez que, no período da *cognitio extra ordinem*, entre os romanos, já se havia consolidado o dever de o juiz motivar suas decisões, já então suscetíveis de impugnação”.

Nesse sentido, no direito germânico, o juiz não passava de um mero coletor de provas fornecidas pela interferência divinas, por intermédio das forças sobrenaturais. Nesse cenário,

[...] a irracionalidade das provas judiciárias eclipsava não apenas a motivação, senão também elidia o desenvolvimento do raciocínio jurídico, uma vez que, não raro, o exemplo típico de ordálio consistia no duelo judicial, sob a pressuposição de que Deus daria a vitória a quem tivesse razão. (CONTE, 2016, p. 44).

De fato, como finaliza Conte (2016), nos procedimentos judiciais típicos do período em que prevaleceu o direito germânico no continente europeu, todos eles caracterizados pela presença de experiências probatórias irracionais, não havia propriamente espaço para deliberação por parte do juiz sobre os fundamentos das pretensões articuladas pelos litigantes, razão pela qual “a fundamentação era inconcebível, tanto quanto pular sobre a própria sombra”. (CONTE, 2016, p. 44).

4.2.4 O Direito Canônico: direito comum

Na doutrina brasileira, são raros os autores que tratam do direito canônico com o objeto de estabelecer uma relação com a fundamentação das decisões judiciais. Dentre eles, se destacam Conte (2016), Cruz e Tucci (1987) e Gomes Filho (2013).

Referidos autores tratam do direito canônico no âmbito do direito comum. É o que Conte (2016) vai chamar de sistema jurídico do *utrunque ius*, que é o resultado da confluência de instituições e normas romanas (*ius civile*) e canônicas (*ius canonicum*) que, durante vários séculos, irá reger a vida jurídica na Europa.

Com efeito, anota Tucci (1987, p. 38) que “foi em Bolonha, em meados do século XI, que teve início o estudo do direito romano como objeto de autônoma interpretação e construção científica, ao lado da sistematização das fontes jurídicas canônicas”. De acordo com o autor, inicialmente o *ius civile* e o *ius canonicum* não se comunicavam “devido a concepções políticas peculiares da época ou a proibição do estudo do direito laico imposta aos clérigos em missão pastoral” (TUCCI, 1987, p. 38), cenário que vai mudar com o passar do tempo, pois, como sustenta Tucci, “era inevitável que as duas culturas jurídicas se aproximassem”. (TUCCI, 1987, p. 38).

De acordo com Conte (2016), a consolidação do direito canônico vai ocorrer entre os séculos XIII e XV e se deu diante da necessidade de se compilar os inúmeros decretos editados pelos papas, pois paralelamente ao processo romano-barbárico, cujo viés, como visto, era de retrocesso, a Igreja Católica preservou as instituições do direito romano, sobretudo os institutos construídos durante a fase da *cognitio extra ordinem*, adaptando-as ao processo canônico. É por conta disso que, também como reflexo decorrente da criação das

Universidades, se pode falar, como diz Conte (2016, p. 45), “em processo romano-canônico ou processo comum, cuja aplicação dar-se-ia sempre que o direito do lugar (particular) não disciplinar expressamente determinada matéria”.

Especificamente, no que se refere à fundamentação das decisões judiciais, Tucci (1987) assevera que o que prevalecia era a inexistência de qualquer norma que estabelecesse o dever de fundamentar, mesmo porque, “consoante Calamandrei, a regra de que o julgado era válido sem fundamentação passou das fontes romanas clássicas para o direito medieval”. (TUCCI, 1987, p. 40).

Gomes Filho (2013) registra que foi no direito canônico que, pela primeira vez, se falou em motivação das decisões judiciais, mas, quando o fez, foi para negar sua existência. Trata-se de um exemplo de como uma sentença judicial se justifica e tem validade tão somente por decorrer de um ato de autoridade. O autor se refere ao decreto *Sicub nobis*, de 1199, do Papa Inocêncio III, “em cujo texto se afirmava a validade da sentença não motivada, uma vez que a *autoritas iudiciaria* fazia presumir sempre a ausência de vícios, ainda que de forma indireta, tal referência permite concluir sobre a existência de uma praxe judiciária em que a motivação não era desconhecida”. (GOMES FILHO, 2013, p. 45).

Essa peculiaridade não escapou à atenção de Lucca (2015, p. 99), quando afirma que, no direito canônico, a discussão em torno da fundamentação das decisões judiciais, embora para negá-la, ganhou força a partir do decreto referido por Gomes Filho (2013), ao estabelecer que a validade de uma sentença não poderia ser questionada sob o argumento de falta de motivação, uma vez que a presunção de sua validade, tendo sido proferida por juiz competente, decorria do simples fato de que se tratava de um ato de uma autoridade judicial. Mais que isso, havia até recomendações no sentido de que o juiz, por prudência, para não se expor, não deveria motivar e/ou fundamentar suas decisões¹²⁰, como ressalta Lucca (2015, p. 99):

Justamente porque a sentença não deveria ser obrigatoriamente motivada, prevaleceu o entendimento, tanto entre os civilistas como entre os canonistas, de que o juiz não só não estava obrigado a motivar suas decisões (salvo nas hipóteses legais), como era prudente que não o fizesse (*melius faciet si non exprimat*). A exposição de uma decisão poderia deixar transparecer alguma nulidade ou alguma desconformidade com o direito material, enquanto decisões imotivadas estariam protegidas de impugnação ou invalidação.

¹²⁰ A propósito, como destaca Taruffo (2015), “o princípio uniformemente acolhido é o de que a sentença é válida ainda que não exprima as razões da decisão, sendo oportuno, aliás, que o juiz evite motivar, seja porque o fazendo pode incorrer no *error expressus* que produz nulidade da sentença, seja porque enfraqueceria a autoridade da sentença abrindo a via do recurso”. (TARUFFO, 2015, p. 279, nota de rodapé nº 11).

Por outro lado, Gomes Filho (2013) destaca também o caráter pioneiro do direito canônico no sentido contrário, é dizer: ainda que por razões pragmáticas, estabeleceu pela primeira vez em uma norma a exigência de fundamentação.

Isso ocorreu com o também decreto *Quum medicinalis*, do Papa Inocêncio IV, por meio da qual “foi fixada a obrigatoriedade da redação por escrito e da motivação da sentença de excomunhão, inclusive com o estabelecimento de sanções para o juiz que não atendesse a tais prescrições”. (GOMES FILHO, 2013, p. 45). E diz-se que se trata de uma medida pragmática ou consequencialista na medida em que o objetivo da exigência não guardava nenhuma relação com os motivos pelos quais, tal como ocorre hoje, uma sentença deve ser fundamentada. É que, no caso de sentença de excomunhão, havia uma única finalidade: tratando-se a excomunhão de uma pena, sua imposição era acompanhada das razões da punição para possibilitar ao excomungado, tomando conhecimento do que motivara a sentença, se reabilitar.

De sua parte, Conte (2016) confirma esse entendimento, ao afirmar que, embora a sentença devesse ser escrita e pública, não havia qualquer previsão normativa no que se refere “à necessidade de motivação, salvo no tocante a toda sentença que impusesse a pena de excomunhão, que deveria ser motivada, até mesmo com a imposição de sanções a juiz que desertasse de tal dever”. (CONTE, 2016, p. 45).

Constitui a referida regra de exceção, no dizer de Conte (2016), ao reproduzir as palavras de Taruffo (2006), de uma das mais antigas normas que expressamente prevê a obrigatoriedade de fundamentar as decisões e, nesse sentido, pode ser considerada como precursora. Acrescenta, ainda, Conte (2016), na esteira do que pontua Gomes Filho (2013), que o “objetivo primordial da exigência de motivação, nesse caso, era o de que, conhecendo as razões da punição, o excomungado pudesse corrigir seu padrão de conduta”. (CONTE, 2016, p. 45).

Ressalvada essa hipótese legal de previsão do dever de fundamentação, Conte (2016) lembra que tanto civilistas quanto os canonistas medievais, fora alguns casos excepcionais, mostravam-se rigorosamente contrários à fundamentação das decisões judiciais¹²¹.

¹²¹ Conte (2016, p. 46) destaca que o Código de Direito Canônico de 1917 elevou a fundamentação à condição de elemento essencial da sentença, exigência que continua sendo expressamente prevista no atual Código de Direito Canônico de 1983, que se estende, inclusive, às decisões interlocutórias e aos decretos decisórios, o que se justifica pelo fato de que, além da fundamentação servir de diretriz para fins de uniformização da jurisprudência, revela a função garantística da efetividade da ampla defesa, da imparcialidade do juiz e do devido processo legal. Destaca ainda que a ausência de fundamentação importa em nulidade, autorizando, assim, a propositura de pedido de sua nulidade.

Bem mais que isso, com anotam Mourão e Lima (2016), o direito canônico estabelecia até mesmo que uma decisão não poderia ser impugnada ao argumento de não possuir fundamentação, “justamente por haver a presunção de legitimidade em sendo proferida por autoridade eclesiástica competente. Legitimidade, assim, era mera extensão da autoridade do julgador, não carecendo de qualquer fundamentação ou argumentação”. (MOURÃO; LIMA, 2016, p. 439).

4.2.5 O Direito Medieval: retrocesso

De acordo com Tucci, “a regra de que o julgado era válido sem fundamentação passou das fontes romanas para o direito medieval”, eis que “a sentença, via de regra, era proferida simplesmente mediante o emprego dos vocábulos *condemno* ou *absolvo*, em primeiro grau de jurisdição, e *confirmo* ou *infirmo*, no juízo *ad quem*”. (TUCCI, 1987, p. 40).

Em grande medida, o tratamento dado ao dever de fundamentação das decisões judiciais na idade média é uma continuidade do mesmo fenômeno que teve início no direito romano-canônico, especialmente no que se refere aos registros que apontam, de forma oscilante, para, conforme o caso, a desnecessidade ou para a exigência de justificação das decisões judiciais.

Para esse quadro contribuíram vários fatores, como aponta Lucca (2015), ao registrar a existência de uma generalizada carência de produção do direito entre os séculos VII e XI, fato que levou a doutrina a denominar esse período como “séculos mudos da história do direito”, em razão do que os juízes se transformaram em guardiões dos costumes numa época em que o direito escrito desapareceu.

O mesmo autor lembra que, “a partir do século XI, os glosadores de Bolonha fizeram renascer o Direito Romano pelo estudo de um manuscrito do *Corpus Juris Civilis*” (LUCCA, 2015, p. 98), cuja omissão em matéria de motivação das decisões judiciais era notória¹²², o que, por sua vez, refletiu no pouco interesse dos glosadores em relação ao tema.

De sua parte, em matéria de fundamentação das decisões judiciais, Conte (2016) pontua que, embora os “juízos de Deus” tenham sido abolidos, manteve-se a tortura como meio de obtenção de confissão do réu, o que, na prática, impedia o recurso de apelação. Além

¹²² Picardi (2008), contudo, parece não concordar que se tratava de uma mera omissão. É o que se infere, ao dizer que a proibição ao juiz de interpretar não foi uma invenção iluminista ou dos revolucionários franceses, uma vez que já era presente nas justinianeias. Noutro modo dizer: não é que o *Corpus Juris Civilis* fosse omisso em matéria de motivação. Em verdade, como o juiz já àquela época era proibido de interpretar, não havia que se falar em fundamentação da decisão judicial que, evidentemente, pressupõe, antes disso, uma atividade interpretativa.

disso, foi introduzido, em matéria de prova, o sistema da prova tarifada ou legal, cujo valor probatório previamente estabelecido reduzia qualquer possibilidade de deliberação, por parte do juiz¹²³.

No regime ancião, a majestade da função jurisdicional, como emanção da justiça real, e consistindo juiz num delegatário do monarca medial, assente a ideia de supremacia (antecedente àquela de soberania) derivada de sua concepção teocrática, da unção divina, sedimentou-se o princípio da exclusão da fundamentação das decisões judiciais, porquanto naturalmente estaria isento de prestar contas de seus atos temporais ou de expor publicamente as razões justificativas de exercício terreno de sua autoridade judicante. O rei-juiz, qual *lex animata*, circundado de sacralidade e mistério, inspirado pela divindade, era sacerdote da justiça. A iconografia judicial da realeza estava impregnada de sacralidade, a transportar para o juiz e a sentença uma autoridade desnuda de razões de motivação. (CONTE, 2016, p. 49).

De fato, ainda conforme o autor supracitado, “até o século XVI, nos tribunais europeus, como nos eclesiásticos, predominou, em regra, a ausência de motivação” (CONTE, 2016, p. 50), o que resultou, no direito medievo, na impossibilidade de se averiguar na sentença a existência de qualquer erro *in iudicando*. Para Conte (2016, p. 51), por trás da exclusão do dever de fundamentação, dentre outras razões, pode-se apontar as seguintes: razões de Estado, políticas centralizadoras e o princípio da hierarquia da organização judiciária, acrescentando, ainda, que a diversidade de estratégias do legislador em relação à fundamentação das decisões judiciais pode ser explicada pela heterogeneidade conjuntural de cada Estado.

Contudo, diz Conte (2016), a partir do século XVI, esse cenário vai sofrer alterações em alguns Estados da península itálica e da península ibérica, quando então se passou a impor aos tribunais reais o dever de enunciar os motivos em suas decisões. Acrescenta o autor que, naquele momento da história, o dever de motivar se conectava diretamente com as

¹²³ Esse não parece, contudo, ser o entendimento de Gomes Filho (2013, p. 46) ao afirmar que a partir do século XIII, o que coincide com o fim dos chamados juízos de Deus e, via de consequência, com a introdução de uma racionalidade maior nos julgamentos, “começam a surgir nos registros de decisões judiciais, embora de forma ainda reduzida e longe daquilo que atualmente se pode considerar uma verdadeira fundamentação, as primeiras alusões aos motivos”. Nenhuma consequência, contudo, adviria no caso de ausência da fundamentação que, num certo sentido, podia ser qualificada como “mitigada”. É que, ainda de acordo com Gomes Filho, “essa prática, cuja omissão não era considerada pela *communis opinio* como causa de invalidade da sentença, e também não era recomendada pela doutrina porque dificultava o funcionamento da máquina da justiça, não se destinava ao esclarecimento das partes, nem ao controle da opinião pública, mas atendia basicamente a necessidade de construir um sistema jurídico dotado de alguma certeza, diante da dispersão das fontes normativas; propiciava, assim, de forma ainda incipiente, a formação de um conjunto de precedentes”. (GOMES FILHO, 2013, p. 46). Isso se explica porque, como já registrado, no medievo havia rara produção jurídica e a existente era profundamente pulverizada. A principal fonte do direito no período medieval era o costume, daí o esforço judicial em uniformizar a leitura para conferir maior coerência e sistematicidade ao sistema jurídico.

impugnações e, “como mais tarde transpareceria, na esfera política, com o invulgar aspecto de centralização da atividade jurisdicional, monopolizada, direta ou indiretamente, pelo soberano, que sempre administrava a justiça, ou em cujo nome era administrada”. (CONTE, 2016, p. 50).

De acordo com Conte (2016), dependendo do caso, ora se recomendava a proibição de motivar ora se mostrava conveniente exigir que os juízes explicitassem as razões pelas quais decidiam de um ou outro modo, ainda que não se admitisse qualquer publicidade da motivação, que deveria ficar fora do alcance do público interessado. Para o autor, curioso é o fato de que “tanto a posição de proibição de motivar a sentença, quanto a que impunha o dever de motivá-la, conquanto antagônicas, estavam baseadas nos mesmos argumentos: a satisfação psicológica das partes e considerações acerca da duração do processo”. (CONTE, 2016, p. 51).

Entretanto, registra Conte (2016), quando, conforme o caso, se revelava conveniente exigir dos juízes a justificação de suas decisões, o móvel determinante não era, pode-se dizer assim, nada republicano, porquanto tinha como objetivo primordial a preservação do poder político-estatal, além de ser seletivo, porque direcionada aos extratos sociais mais elevados, justamente aqueles que poderiam vir a se constituir em eventuais oponentes ao poder do soberano. Prova disso, o fato de que a exigência de fundamentação se restringia às causas cíveis e comerciais de grande vulto, “justamente aquelas de interesse das oligarquias, como garantia de suas posições privilegiadas de domínio”. (CONTE, 2016, p. 51).

No mesmo sentido da ideia de julgamentos motivados por conveniência ou por entender oportuno, Lucca (2015), anota que, ainda no século XIII, no Parlamento de Paris, era muito comum haver registros de decisões seguidas de suas razões. Citando Sauvel (1955), afirma que “os julgamentos proferidos pela Corte do Rei, desde o momento em que foram redigidos por escrito e segundo aquilo que os registros nos permitem conhecer, foram julgamentos motivados, certamente não em todos os aspectos, mas sempre que a Corte considerava oportuno”. (LUCCA, 2015, p. 97).¹²⁴

4.2.6 O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais durante o Absolutismo

Ao dizer que a raiz que dá sustentação ao dever de fundamentação não é constituída de elementos jurídicos e filosóficos, mas políticos e ideológicos, Taruffo (2006) o faz com

¹²⁴ Esses registros referidos por Lucca (2015) só reforçam a tese de Taruffo (2006), segundo a qual a matriz do dever de fundamentação é política e ideológica.

absoluta propriedade. E como é próprio das matrizes políticas, estão sempre sujeitas a constantes oscilações que, na maior parte das vezes, não atendem a critérios objetivos ou racionais, mas de conveniência ou razões políticas, visto que são o resultado da correlação de forças, do jogo de poder e até mesmo de interesses inconfessáveis, em dado momento histórico. E isso explica, em boa parte, insista-se, as razões pelas quais a história do surgimento e da evolução do dever de fundamentação, se deu, ao longo do tempo, de forma fragmentada, entre avanços e recuos, antes que se afirmasse definitivamente com os contornos que atualmente se conhece. O tratamento que foi dado ao tema durante o período do absolutismo bem demonstra isso.

Como vai dizer Gomes Filho (2013), é fato incontroverso o de que a incipiente prática de fundamentar as decisões judiciais durante o medievo não seguirá em frente. Ao reverso, irá retroceder, “sendo praticamente certo que, a partir do século XIV, a referência aos motivos deixa de ser encontrada nos registros das cortes de justiça”. (GOMES FILHO, 2013, p. 47). Acrescenta ainda que a razão tem claramente motivação política, dado que “com a paulatina afirmação do poder absoluto dos monarcas, a justiça real passou a se impor sobre as justiças senhoriais”. (GOMES FILHO, 2013, p. 47).

A propósito, sobre o poder absoluto dos monarcas, nunca é demais lembrar que durante o apogeu do absolutismo o rei reunia sobre sua pessoa a soma de todos os poderes¹²⁵. Tinha funções legislativa, executiva e judicial.

A respeito disso, Gomes Filho (2013, p. 47) afirma que o rei também assumia a função legislativa, essa entendida em sentido amplo e era, ao mesmo tempo, a fonte da justiça, destacando ainda que “com a instituição da apelação por falso julgamento a corte superior do rei tornou-se uma jurisdição superior, e nas suas deliberações limitava-se a consignar que o juiz havia *bien jugé*, isentando-se de dar os motivos disso”.

Isso de dizer que no absolutismo o monarca era a “fonte de justiça” pressupõe que, de todas as funções, a de julgar era a mais nobre de todas. E a questão não é nova também. Bem antes do absolutismo, ainda no medievo, o monarca (ou o príncipe) concentrava sobre si todos os poderes. É claro que nesse cenário não se trata de um só monarca ou um só príncipe, mas sim vários deles. É que uma das características da idade média era a de que não havia um poder central e sim poderes descentralizados e que se impunham sobre diferentes domínios regionalizados. Isso porque, como se sabe, é somente com o advento do absolutismo que o poder central será exercido por uma só pessoa.

¹²⁵ De acordo com Picardi (2008, p. 89), “no século XVII o poder soberano, único, indivisível e independente, concentra-se, todavia, nas mãos do rei”.

Contudo, o que se pretende pôr em destaque é o ponto em comum entre os dois cenários (medieval e absolutismo), no que se refere à figura do monarca, ainda que no período do medieval sua figura não deixe de ser romantizada, diferentemente da figura do monarca absoluto do velho regime com o qual, no limite, haverá uma ruptura radical.

Nesse sentido, no medieval, o príncipe, ainda que sem a veemência do monarca absoluto, reunia sobre si todas as funções, sendo que de todas, entretanto, a mais nobre era a de juiz, a ponto de Grossi (2014) destacar que a primeira condição de possibilidade para ser um príncipe era a de ser um juiz, de tal sorte que o detentor do poder era príncipe, por ser juiz.

Grossi (2014, p. 160-161), vai dizer também que “a tradição antiga, que identificava no príncipe o juiz supremo dos seus súditos e na justiça a sua principal função, bem como sua principal virtude, fora, como sabemos, integralmente reunida no início do século VI por Santo Isidoro”. Nesse sentido, o príncipe era a própria imagem da justiça (“*imago equitatis*”), pois:

[...] o atributo (e a função) essencial e característico desse príncipe-iudex não é uma criação inconcebível do direito, mas o que o ideário medieval exprime com o conceito de *iurisdictio*, termo latino (e não será o único) que, por sua especificidade destinada a ser irremediavelmente desvirtuada pelo termo correspondente ‘jurisdição’, vamos deixar na língua original, não por mania de cultismo, mas por ser intraduzível. (GROSSI, 2014, p. 161-162).

Ainda de acordo com o autor (2014), o termo *iurisdictio*, num sentido estrito, é a função de julgar, própria de qualquer juiz. Mas também é algo maior e bem mais complexo, quando se trata da função atribuída ao príncipe. Nesse caso, “é o poder daquele [...] que ocupa uma posição de autonomia diante dos outros investidos de poder e de superioridade diante dos súditos”. (GROSSI, 2014, p. 162).

Acrescenta ainda o mesmo autor que não se trata deste ou daquele poder tal como visto na perspectiva de uma visão fragmentada que é própria da idade moderna, mas que não ocorria no cenário medieval, “mas sim uma síntese de poderes que não se teme ver condensada num único sujeito” (GROSSI, 2014, p. 162), sendo que nessa reunião de poderes, aquela que seria a mais emergente característica é a de julgar, daí se dizer que alguém é príncipe por ser juiz, no caso, um juiz supremo, como já registrado.

Nesse sentido é que se diz, quando o assunto é o exercício de três funções distintas por um só sujeito, que a questão não é nova no absolutismo. Trata-se de uma continuidade de um fenômeno que já era presente na idade média, com um diferencial: ali a figura do príncipe era meio que romantizada, diferente do monarca absoluto que, além de concentrar em suas mãos todos os poderes, o fazia despoticamente, sem limitações ou constrangimentos.

De se registrar, contudo, que, tanto num caso como noutro, a função mais relevante, de maior destaque, sempre foi a de julgar e isso, em certa medida, também ajuda a explicar as razões pelas quais boa parte dos juízes ainda alimenta o sentimento de que são deuses, uns mais do que outros, se levado em conta que o modelo medieval irá declinar e cederá passagem ao modelo absolutista dos reis.

Nessa direção, Lucca (2015, p. 100), ao tratar do declínio da fundamentação das decisões judiciais no alvorecer do absolutismo,¹²⁶ seguido do seu renascimento no século XVI, vai dizer que não foi tão somente a constatação, por parte dos glosadores, de que o juiz deveria ser prudente e não justificar suas decisões que provocou o referido declínio no século XIV. Isto porque ainda no século XIV, o feudalismo começa a mostrar os primeiros sinais de fraqueza e, aproveitando-se disso, a Coroa recupera o poder central em várias regiões da Europa Ocidental.

Nesse cenário, e sendo o rei a fonte de justiça, cujos poderes eram exercidos por delegação divina, que o legitimava, “era inconcebível que se lhe exigisse – ou mesmo de seus agentes – algum tipo de justificação dos atos praticados”. (LUCCA, 2015, p. 100).

Para Gomes Filho (2013), a questão pode ser vista sob dois aspectos diferentes. No primeiro, ele vai dizer que a posição de centralidade do rei, que recupera o poder central em decorrência do fim do sistema feudal, pouco alterou o tratamento conferido à justificação das decisões judiciais, pois, para ele, a postura adotada pelo soberano em relação à matéria em quase nada diferia da lógica inerente aos juízos de Deus, que prevaleceu no medievo, uma vez que “se o rei exercia os seus poderes terrenos ‘por graças de Deus’, nada mais natural que no exercício desses mesmos poderes, ele e seus agentes estivessem isentos de qualquer justificação de seus atos”. (GOMES FILHO, 2013, p. 47).

Prosseguindo, em relação ao segundo aspecto, Gomes Filho (2016) vai dizer que, por outro lado, e a partir de uma perspectiva mais prática, a não determinação das razões de decidir, associada ao segredo do procedimento, ao mesmo tempo em que conferia maior liberdade ao juiz, aumentando assim seu poder e prestígio, atendia também à vontade e aos interesses do monarca, voltados, sobretudo, para esconder tanto quanto possível as razões de uma decisão, de sorte a evitar que os prejudicados pudessem discutir o acerto ou não das decisões.

¹²⁶ A propósito de se registrar que Perelman (2004) pontua que, embora limitando-se o mais das vezes a indicar a prova dos fatos, a fundamentação surge no direito francês no século XIII, mas desaparece no século XIV, situação que se prolongará ao longo de todo o *ancien regime*.

Ainda assim, no que guarda coerência com o aspecto nada uniforme da história evolutiva do dever de fundamentação das decisões judiciais, Gomes Filho (2013) lembra que a ausência da fundamentação não se deu de forma constante nos ordenamentos das monarquias europeias, visto que “enquanto em França a resistência ao dever de fundamentar se manteve praticamente inalterada até a Revolução, em outros Estados, aos poucos e como exceção, a partir do século XVI, começam a surgir prescrições legais a respeito da motivação”. (GOMES FILHO, 2013, p. 48).

Nesse mesmo sentido, o que parece até mesmo ser uma algavaria, Lucca (2015, p. 101) vai dizer que “se o absolutismo tem um papel decisivo no abandono da motivação das decisões judiciais a partir do século XIV, também será por causa dele que alguns tribunais da Europa continental retomarão a prática de motivar as sentenças no século XVI”.

Em alguns desses Estados, a exemplo de Florença (a Itália ainda não era unificada), Portugal ou Espanha, o dever de fundamentar está diretamente relacionado com a possibilidade de impugnação às decisões judiciais “e corresponde, no plano político, a outra exigência que viria cada vez mais a se afirmar, qual seja a centralização da função jurisdicional, que passa a ser dominada pelo monarca, mediante o controle hierárquico sobre a atuação dos juízes” (GOMES FILHO, 2013, p. 48), isto à razão de que a Justiça é administrada diretamente pelo soberano ou em seu nome, através dos juízes, que passam a ter responsabilidade disciplinar, para cujo fim a fundamentação se constitui no instrumento de controle do soberano sobre a atuação dos magistrados.

Para Lucca (2015), repetiu-se o mesmo fenômeno ocorrido na antiga Roma, querendo dizer com isso que a exigência de fundamentação estava necessariamente ligada à necessidade de controle da atividade judicial e, por óbvio, visto que essa era a verdadeira finalidade, centralizar todos os poderes na pessoa do rei soberano.

A par disso, Lucca (2015) aponta mais duas razões às quais se pode atribuir a difusão do dever de fundamentação: a racionalização da atividade judicial com claros objetivos de reduzir o número de recursos e a retomada da preocupação de uniformizar a jurisprudência dos tribunais.

Do exposto, o que se percebe é que, repetindo o mesmo processo do direito romano, quando no absolutismo surge a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, o motivo determinante, a toda evidência, não guarda nenhuma relação com a necessidade de prestação de contas dos juízes para com a sociedade. Até então, não há que se falar em responsabilidade política, no máximo poderia ocorrer a responsabilidade disciplinar na hipótese de o juiz contrariar a vontade do monarca.

Nesse cenário, não há nenhuma novidade na decisão judicial em termos de responsabilidade judicial, que continua se legitimando, pura e simplesmente, por se tratar de um ato de autoridade.

É que, com o surgimento da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, a primeira leitura que, teoricamente, se poderia fazer é concluir que a fundamentação está associada diretamente à necessidade de prestação de contas do juiz como agente estatal. Uma leitura de segundo nível, contudo, vai provar o contrário.

Com efeito, se o juiz do absolutismo, ao decidir deveria justificar sua decisão como forma de prestação de contas, o destinatário não era a sociedade e sim o monarca soberano. Surge, pois, em razão de motivos meramente egoísticos e de afirmação de poder. Decorre, assim, da necessidade sentida pelo monarca de controlar a atividade judicial com o objetivo único de preservar o seu próprio poder político.

Numa palavra: a justificação é apenas um ato de submissão do juiz ao soberano absoluto. Ainda que o ato de julgar fosse praticado por um juiz, este nada mais era do que um agente do rei, em nome do qual exercia a atividade judicial, pois, como de notório conhecimento, o monarca soberano incorporava sobre si todos os poderes, daí se dizer que era absoluto, porque investido nas funções de juiz, chefe do executivo e legislador.

Ainda que alguma dessas funções não fosse exercida direta e pessoalmente pelo monarca, mas por intermédio de um agente, no caso do juiz, este praticava atos em nome do soberano. Não há, portanto, que se falar em algum motivo nobre, republicano ou, modernamente, por uma necessidade, como se conhece hoje, em uma questão de *accountability judicial*.

Ademais disso, mesmo quando se testemunha, ainda que incipiente, a evolução do dever de fundamentação das decisões judiciais – para além do controle da atividade judicial por parte do monarca –, tal evolução não passou da perspectiva endoprocessual, pois destinada tão somente à racionalização da atividade jurisdicional com a finalidade de reduzir o número de recursos interpostos pelas partes.

4.2.7 O Iluminismo, os Déspotas Esclarecidos e a Revolução Francesa: primeiros sinais legislativos

Historicamente, parece não haver dúvida de que em matéria de fundamentação das decisões judiciais o cenário vai mudar completamente na Europa com a revolução francesa, fato que pode ser entendido como marco zero no tema.

Não obstante, antes mesmo da revolução francesa, como vai dizer Gomes Filho (2013), “os passos mais decisivos na configuração atual do dever de motivar as decisões judiciais foram dados pela legislação de alguns Estados do *despotismo esclarecido* sob evidente influência da ideologia iluminista”. (GOMES FILHO, 2013, p. 49). Vê-se, pois, que as ideias iluministas já se faziam sentir antes mesmo da revolução francesa.

Como exemplo disso, o autor cita dois casos. O primeiro ocorreu no reino do déspota esclarecido Frederico II, da Prússia. Foi no seu reinado que foi publicado, em 1748, o *Codex Friericianus Marchicus* que, dentre outras coisas, determinava “que a motivação da sentença, até então concedida exclusivamente como forma de controle do órgão superior sobre a atuação dos juízes, adquirisse mais claramente a sua feição de instrumento também destinado às partes”. (GOMES FILHO, 2013, p. 49).

Não obstante o avanço, lembra o autor (2013) que a obrigação de fundamentar se dava na perspectiva endoprocessual, e ainda assim em termos limitados, uma vez que não havia previsão de imediata publicação, o que obrigava as partes a tomar a iniciativa de requerer as informações necessárias sobre as razões de decidir. O objetivo era claro: viabilizar a impugnação da sentença.

Passo seguinte, em matéria de aperfeiçoamento da garantia de justificar a decisão judicial, vai ocorrer sucessivamente em dois momentos. No primeiro, durante o reinado de Frederico, o Grande, em 1781, com a obrigação de publicação das razões de decidir e, num segundo momento, no reinado de Frederico Guilherme, em 1793, com a extensão da fundamentação às decisões incidentais ou prejudiciais, além da obrigação de se publicar imediatamente a sentença, que deveria se dar na presença das partes, garantindo-se, assim, uma comunicação direta das razões de decidir, muito embora ainda restrita ao âmbito endoprocessual.

O segundo caso, no qual se percebe também a influência das ideias iluministas na obrigação de fundamentar as decisões judiciais, ocorreu em um dos estados da Itália, com a publicação da norma legal que ficou conhecida como *Prammatica*¹²⁷, de 23 de setembro de 1774, pela qual o rei Ferdinando IV reformou a organização da justiça em Nápoles. Foi graças a essa reforma que, segundo Gomes Filho (2013, p. 50), com apoio em vários autores, pela primeira vez se viu reconhecido na Itália pré-unitária a garantia de fundamentação das decisões judiciais.

¹²⁷ Em sua obra, Conte (2016, p. 55) assevera que não é temerário dizer que a obrigação de fundamentar as decisões ao tempo da *Prammatica* já continha todos os traços característicos do que hoje se entende como moderna concepção da fundamentação das decisões judiciais e que mais tarde seriam consagrados na França revolucionária.

Para o mencionado autor (2013), as mudanças realizadas na organização judiciária representaram um avanço em relação às conquistas anteriores, não só porque estabelecem uma obrigação de fundamentar mais geral e de publicização da decisão, mas, sobretudo, “porque implicam uma superação da concepção limitada e *endoprocessual* da garantia”. (GOMES FILHO, 2013, p. 50).

Ainda de acordo com Gomes Filho (2013), as inovações em matéria de fundamentação das decisões judiciais estabelecidas pela *Prammatica* representaram um grande avanço democrático, que era incompatível com o contexto político da época, sobretudo pelo fato de que a obrigação de fundamentar passou da perspectiva endoprocessual para uma forma de controle externo da atuação do judiciário, o que irá atrair severas resistências¹²⁸. Isso explica também a razão pela qual veio a ser abolida, “transformando-se em simples faculdade discricionária”.¹²⁹ (GOMES FILHO, 2013, p. 51).

Com efeito, para Conte (2016), nesse período, ainda que de forma pontual, o dever de enunciar as razões de decidir, que até então “era idealizado como vertente de controle hierárquico-burocrático do órgão superior sobre a atuação do juiz” (CONTE, 2016, p. 52), avança e ganha nova configuração, “pois passou a ter também como endereço às partes, não mais alijadas do conhecimento de seu conteúdo”. (CONTE, 2016, p. 52). É certo que os avanços ficaram restritos a uma concepção endoprocessual, mas ainda assim a influência da doutrina jurídico-política iluminista, que vincula o juiz à lei e o obriga a enunciar e justificar suas decisões, já se fazia sentir à época.

Na mesma linha de entendimento de outros teóricos, Conte (2016) anota que a justificação das decisões como meio de prestação de contas à sociedade só surge mesmo na Itália, em 1774, com a *Prammatica*, por meio da obrigação geral dirigida ao juiz para que indique em todas as decisões os motivos que a sustentam:

A finalidade evidente fora a de espancar o arbítrio¹³⁰ e a suspeita de parcialidade do juiz. Tal prescrição oferece tonalidade política, original e inovadora, à imposição generalizada de um dever de motivar e à idônea publicidade das sentenças motivadas, através da imprensa, com inelutável superação da concepção restritiva anterior, circunscrita ao aspecto endoprocessual. Sem publicação na imprensa, a sentença não ostentava aptidão para transitar em julgado. O juiz fora, com evidente ineditismo,

¹²⁸ Pelo que se constata, a questão da resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais vem de longe.

¹²⁹ Michele Taruffo (2015) registra que a pragmática napolitana, por ter instituído a função extraprocessual e democrática da fundamentação, atraiu fortíssimas oposições provenientes da própria magistratura napolitana, o que resultou na sua revogação por uma lei de 1791, que “abolio o dever geral de motivação, transformando-o em uma mera faculdade do juiz”. (TARUFFO, 2015, p. 285).

¹³⁰ Percebe-se, a toda evidência, que a preocupação com o arbítrio e com a discricionariedade judicial, que é uma das suas formas, vem de longa data, o mesmo podendo se dizer quanto à resistência ao dever de fundamentar.

instado, mediante a indicação de razões justificativas, a prestar contas à sociedade, em sede extraprocessual, democraticamente, da justiça de suas decisões. (CONTE, 2016, p. 54-55).

Nesse cenário, excetuados os exemplos pontuais ocorridos na Prússia, em Nápoles e também em Portugal, cuja justificação das decisões judiciais começa a surgir de modo expresso com as ordenações Manuelinas, publicadas no ano de 1521, o certo é que, como lembra Lucca (2015), o panorama vai alterar muito pouco até o final do século XVIII.

De fato, Gomes Filho (2013) vai dizer que “os contornos mais definidos da obrigação de motivar apenas serão alcançados a partir da legislação revolucionária francesa, como resultado de concepções iluministas mais radicais sobre o Estado, o direito e a administração da justiça”. (GOMES FILHO, 2013, p. 51). Não somente por essa razão. A par do imperativo de ordem política como reação contra os vícios do velho regime – ao qual os juízes estavam vinculados e que, em certa medida, ensejava o exercício arbitrário do poder –, as concepções iluministas também tinham uma relação direta com as características do ordenamento jurídico e o próprio modo da organização judiciária do período imediatamente anterior à revolução francesa.

Dizendo de outro modo: o iluminismo desenvolveu uma concepção racionalizadora da atividade jurisdicional, tendo-se como base o primado da lei, da qual decorreu a proibição de criação do direito pelo juiz e o dever de fundamentação das decisões judiciais, submetendo assim o Poder Judiciário a um verdadeiro controle político e democrático de suas decisões.

Nesse sentido, vai dizer Gomes Filho (2013) que, diante desse contexto, nada mais natural que a preocupação da doutrina jurídica iluminista no que se refere à administração da justiça não se resumisse “apenas às questões ligadas à estrutura *interna* do processo ou ao controle burocrático sobre a atuação dos juízes, mas, antes disso, à própria exigência de certeza do direito e ao papel político da magistratura na tarefa de aplicá-la aos casos concretos”. (GOMES FILHO, 2013, p. 52-53).

De acordo ainda com Gomes Filho (2013), nesse cenário, vislumbrou-se, sobretudo, a necessidade de a sociedade controlar um poder, não pelo fato de ele ser exercido pessoalmente pelo juiz, mas sim por se tratar de uma delegação dela própria. Segue-se que, nesse contexto, o primado da lei vai decorrer não do fato de ela ser a exata expressão da vontade do povo, mas também porque, sendo geral e certa, representa a garantia dos direitos individuais.

E é com base nessas premissas que Montesquieu, segundo aponta Gomes Filho (2013), “desenvolve sua teoria sobre a atividade judicial, afirmando que no governo republicano é da

própria natureza da sua constituição que os juízes sigam a letra da lei” (GOMES FILHO, 2013, p. 52-53.), daí se tratarem de meros seres inanimados, cuja função era apenas pronunciar a letra da lei, sendo-lhes vedada a prática de qualquer ato com o objetivo de moderar a força ou o rigor imposto pela lei. E é dessa compreensão que se percebe a estreita relação entre dever de fundamentar e a concepção da lei passada pelo movimento iluminista: “se a lei constitui expressão da vontade popular soberana, nada mais consentâneo com isso que o dever que tem o juiz de demonstrar à opinião pública, à sociedade, enfim, que suas decisões estão apoiadas nos textos legais”. (GOMES FILHO, 2013, p. 52-53).

4.2.8 Revolução Francesa: marco zero da mudança de paradigma¹³¹

Em *La motivación de las resoluciones judiciales*, Santos (2011) anota que é com razão que a doutrina afirma que a exigência de fundamentação das decisões judiciais faz parte do paradigma jurídico tradicional imposto pela ideologia iluminista a respeito da atividade jurisdicional. E é nesse momento que irão surgir os problemas fundamentais acerca da compreensão da fundamentação das decisões judiciais¹³².

Mas essa questão não se consolidou assim sem muitas ranhuras.

De fato, Lucca (2015) registra que o tema da justificação das decisões judiciais, de certo modo, foi negligenciado pelos iluministas, tanto que nem o próprio Montesquieu, um dos corifeus do movimento, fez uma defesa intransigente da obrigação geral de fundamentar, “não obstante tenha se preocupado com a limitação dos poderes da magistratura e com a conservação da jurisprudência dos tribunais” (LUCCA, 2015, p. 108), de sorte a garantir a coerência das decisões. Para o autor, trata-se de uma omissão que pode ser explicada à luz de duas grandes razões. A primeira, diz respeito à “aceitação generalizada do pensamento bastante antigo de que a decisão judicial era exercício puro de autoridade e poder, cujo prolator não precisaria justificar”, enquanto que a segunda, se refere à “crença de que a segurança jurídica poderia ser proporcionada pela excelência na criação de leis claras, simples e uniformes, de modo que o juiz nada mais fizesse senão aplicar o texto legal ao caso concreto”. (LUCCA, 2015, p. 109).

¹³¹ De acordo com Abboud (2014, p. 279) “é com a revolução francesa que se inaugura dois pontos fundamentais para nosso sistema decisório até os dias de hoje, qual seja, a consolidação da primazia da lei na democracia e a instituição, mediante via legislativa, da obrigatoriedade de se motivar as decisões judiciais”.

¹³² No original: “Se afirma con razón por la doctrina que la exigencia de motivación forma parte del paradigma jurídico tradicional impuesto por la ideología de la Ilustración respecto a la actividad jurisdiccional. Es cierto y, como veremos, de ahí arrancan los problemas fundamentales respecto a la comprensión de la motivación judicial”. (SANTOS, 2011, p. 140).

Nesse mesmo sentido, Perelman (2004) já anotava que “Montesquieu insistiu sobre a importância que há em conhecer a jurisprudência, mas sem se inquietar com a ausência de motivação”. (PERELMAN, 2004, p. 211).

Mais uma vez, as considerações dos dois autores acima mencionados somente demonstram o tamanho do acerto de Taruffo (2015), quando diz que a matriz da fundamentação das decisões judiciais, sobretudo na França, não é jurídica e nem filosófica, mas sim política e ideológica. Nesse sentido, Montesquieu, por exemplo, estava mais preocupado em impedir o arbítrio dos juízes do que em obrigá-los a justificar suas decisões, intento que, na concepção do barão, facilmente seria alcançado com a simples separação dos poderes e com a edição de leis claras. Segue-se que a obrigação do juiz enunciar as razões de decidir, nessa perspectiva, não deixa de ser um desdobramento de uma insurreição político-ideológica, porquanto, ao se insurgirem contra o velho regime e contra os abusos cometidos pela magistratura aristocrata, “os revolucionários viram na imposição um incomparável instrumento de controle da atividade judicial”. (LUCCA, 2015, p. 109).

Essa também é a percepção de Wambier (2007), ao dizer que filósofos iluministas, como Montesquieu e Voltaire, que tanto criticavam os abusos cometidos pelos juízes e, de um modo geral, a degeneração da administração da justiça durante o velho regime, não se aperceberam “do grandioso papel que exercia a obrigação de motivar as sentenças no que concerne à possibilidade do controle das decisões“, o que, para a processualista paulista, era um fenômeno bem compreensível, uma vez que “os iluministas concebiam a possibilidade de que a lei fosse clara, simples e uniforme, com regra geral, e, então, as razões que teriam levado à decisão apareceriam naturalmente, como não podendo ser outras” (WAMBIER, 2007, p. 312), uma vez que os juízes não eram nada mais do que a boca da lei.

Por sua vez, Taruffo (2015), adverte que todos os acenos anteriores, em matéria de fundamentação das decisões judiciais, mesmo aqueles relativos a fenômenos de dimensão circunscrita a determinado espaço e tempo, autorizam afirmar, contudo, que a difusão do princípio da obrigatoriedade da fundamentação na Europa, que vai ocorrer num momento histórico bem determinado, “dificilmente pode ser considerada como o desaguadouro e a consequência unitária de premissas homogêneas, respectivamente individualizáveis em termos análogos em diversos ordenamentos processuais da Europa continental”. (TARUFFO, 2015, p. 28).

De toda sorte, o marco zero do dever geral de fundamentação das decisões judiciais vai acontecer na França, em 1790.

Como registra Gomes Filho (2013), inspirado em Taruffo (2015), a fundamentação de uma decisão judicial com as características próprias de um discurso justificativo somente passará ser obrigatória com o surgimento da Lei de Organização Judiciária, de 16 de agosto de 1790, “que estendeu mais amplamente os princípios iluministas à administração da justiça, a começar pela expressa interdição do exercício do poder legislativo pelos tribunais”. (GOMES FILHO, 2013, p. 54).

Ainda de acordo com Taruffo (2015) e Gomes Filho (2013), a reafirmação do dever de fundamentação, “como instrumento de afirmação da soberania popular em face do Poder Judiciário” (GOMES FILHO, 2013, p. 54), vai acontecer, quando a Constituição do ano III, de 1795, o inscreve no artigo 208: “Les jugments sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée”.¹³³ (GOMES FILHO, 2013, p. 54).

Para Taruffo (2015), coerente com sua tese, as referidas disposições normativas não podem, contudo, ser entendidas como o resultado de uma elaboração jurídica e política da qual seria possível estabelecer as linhas evolutivas do período antecedente à revolução francesa, devendo, por outro lado, ser consideradas como “um resultado autônomo e original da ideologia democrática da justiça que emerge no âmbito da revolução”. (TARUFFO, 2015, p. 280).

De fato, à praxe judiciária do *ancien régime* era totalmente estranho o instituto da motivação, não se encontrando a afirmação e a discussão do princípio no âmbito do debate crítico que os *philosophes* conduziram, a partir das primeiras décadas do século, a respeito dos princípios e dos modos de administração da justiça. Apenas Condorcet, em um escrito de ocasião pouco anterior ao início da revolução, afirma a necessidade (para a sentença penal) da motivação, na medida em que o juiz tem, segundo o direito natural, a responsabilidade moral do juízo, tendo de prestar contas, mediante a motivação, do modo que exerce o poder que a sociedade lhe confiou. (TARUFFO, 2015, p. 280, grifos do autor).

Para Taruffo (2015), tais circunstâncias bem demonstram que o princípio do dever de fundamentar as decisões judiciais “é substancialmente coerente com a ideologia da justiça que constitui o substrato das reformas introduzidas pelo legislador revolucionário” (TARUFFO, 2015, p. 281) e que segundo ele demonstra que o iluminismo jurídico francês não teve a percepção do problema, razão pela qual assevera que facilmente pode se entender que a obrigatoriedade da fundamentação não descende de uma elaboração doutrinária e filosófico-política, “mas sim essencialmente de uma situação política concreta e dotada de uma fisionomia particular, como aquela que se verifica com o início da revolução”. (TARUFFO,

¹³³ Em tradução livre: “Os julgamentos são motivados e os termos da lei aplicada são declarados”.

2015, p. 281). É por isso que ele vai dizer que a matriz de onde surgirá a obrigatoriedade de fundamentação “é mais ideológica e política do que propriamente jurídica ou filosófica, ainda que as condições criadas pelo iluminismo em geral, e pelo iluminismo francês em particular, representem os seus necessários pressupostos de fundo”.¹³⁴ (TARUFFO, 2015, p. 281).

Para o jurista italiano, dois aspectos são relevantes e explicam o referido estado da arte. De um lado, ele aponta que “o princípio do primado da lei, no significado claramente político que assumiu no momento de reação contra o *ancien régime*, postulava um instrumento que tornasse possível o controle sobre a legalidade do juízo”. (TARUFFO, 2015, p. 281). Quanto ao segundo aspecto, esse reside no fato de que “análogas exigências traduziam-se na instituição de um juiz supremo de legalidade no *Tribunal de Cassation*, originariamente entendido como emanção do poder legislativo e destinatário principal, ainda que não exclusivo, da motivação”. (TARUFFO, 2015, p. 281).

Gomes Filho (2013) trilha a mesma linha do entendimento expressado por Taruffo, ao afirmar que “a inserção de regra expressa e peremptória sobre a motivação no próprio texto constitucional consolida, com efeito, a percepção sobre a natureza essencialmente política – e não apenas técnica – do dever de justificar perante a sociedade as decisões judiciais”. (GOMES FILHO, 2013, p. 540).

Conforme o autor supracitado (2013), o viés político e bem definido do dever de fundamentar, pelo menos no que diz respeito à sua origem, se revela bastante evidenciado, porquanto, antes de tudo, tratava-se de assegurar uma forma de divisão e separação de poderes em decorrência da qual a jurisdição passaria a ser concebida como uma atividade lógica e juridicamente secundária, portanto, inferior, se comparada com a atividade legislativa, daí o primado da lei. Nesse sentido, “relacionando a motivação à legalidade, o constituinte relacionava a estrita sujeição dos juízes à lei não só como forma de prevenir o arbítrio, mas sobretudo para reafirmar a sua própria supremacia como exclusiva fonte de direito”. (GOMES FILHO, 2013, p. 540).

Ademais, para o fechamento do sistema e de modo a consolidar a ideia do protagonismo legislativo, a par da introdução do dever geral de fundamentação das decisões judiciais, a legislação revolucionária, para garantir o resultado esperado, não se descurou de criar um órgão especialmente designado para a função de zelar rigorosamente pela

¹³⁴ Essa ressalva de Taruffo (2015) é significativa, pois como ele próprio afirma, registros do dever de fundamentação prescrito normativamente são recorrentes na Europa a partir do século XIII, com um dado relevante: o fenômeno ocorre totalmente dissociado “das condições jurídico-políticas que se verificaram na Europa da segunda metade de Setecentos” (TARUFFO, 2015, p. 278), ou seja, das ideias político-ideológicas iluministas que inspiraram a revolução francesa e que resultaram na positivação do dever de fundamentar as decisões judiciais.

observância da lei. Trata-se do *Tribunal de Cassação* que, coerentemente para a época, apesar da aparente contradição, dado que se trata de um tribunal, foi instituído originariamente como órgão vinculado diretamente ao Poder Legislativo, cuja função “consistia em vigiar a atuação dos juízes e impedir que, ao aplicar as leis, pudesse o Judiciário invadir o terreno do Legislativo”¹³⁵.

Por fim, Lucca (2015) lembra que foi sob o Império de Napoleão que se deu um salto, em matéria de fundamentação das decisões judiciais. Trata-se da cominação da nulidade da decisão em caso de julgamento sem fundamentação, medida essa introduzida pelo artigo 7º da Lei de 20 de setembro de 1810 que “dispôs serem nulos os julgamentos imotivados”¹³⁶, pondo fim à orientação medieval de que a falta de motivação não invalidava o ato decisório”. A partir da edição da referida lei, a regra da obrigatoriedade da fundamentação “foi definitivamente interiorizada na consciência do povo francês e não voltou a ser questionada”. (LUCCA, 2015, p. 111).

4.2.9 O Dever de Fundamentar como uma Herança Revolucionária no Direito Moderno a partir das Codificações do Século XIX, a Renovação no Pós-Segunda Guerra Mundial e Contornos Atuais

De acordo com Conte (2016, p. 57), “dados históricos e de direito comparado corroboram que, somente a partir da metade do século XVIII, a exigência de motivação

¹³⁵ Talvez pelo fato de o Tribunal de Cassação se inserir dentro da estrutura do próprio Poder Legislativo, a experiência francesa tenha sido bem-sucedida, se comparada ao caso brasileiro, como se deixou evidente, no prólogo, a partir do testemunho de Eros Roberto Grau. Curioso também é o fato que o controle das decisões judiciais, tal como concebido pelo legislador revolucionário francês, se dirigiu somente às questões de direito, não havendo a mesma preocupação de se exigir fundamentação quanto aos fatos, o que se reflete ainda nos dias de hoje, inclusive no Brasil, não obstante algumas vozes isoladas também defendam a necessidade de justificação das questões de fato. A referência, por óbvio, é ao tribunal do Júri que, sabidamente, não se obriga a fundamentar suas decisões e que, nesse aspecto, reproduz ainda prática do Direito romano do período formular, ou seja, o corpo de jurado absolve ou condena, sem necessidade de fundamentar sua decisão de um modo ou de outro. No caso francês, Gomes Filho (2013) lembra que a omissão quanto à necessidade de fundamentar as questões de fato, tanto pode ser atribuída à ênfase que a concepção iluminista conferiu à supremacia da lei como ao fato de que os revolucionários confiavam que um julgamento realizado por cidadãos, como é o caso dos julgamentos no Tribunal do Júri, baseado nas provas produzidas e discutidas publicamente, não poderiam levar a um outro resultado senão o de conduzir uma correta reconstrução dos fatos e, portanto, a uma decisão justa.

¹³⁶ No Brasil, que tem o vício de ser tardio em tudo, não foi diferente com a cominação de nulidade da decisão judicial em caso de ausência de fundamentação. Aportou aqui somente com a Constituição Federal de 1988 que, no inciso IX do artigo 93, estabeleceu que todas as decisões judiciais deverão ser públicas e fundamentadas, sendo declaradas nulas aquelas que não contiverem fundamentação. Esse vácuo, contudo, permaneceu na legislação infraconstitucional até o advento do recente Código de Processo Civil de 2015, que, reproduzindo a norma constitucional acima mencionada, prescreve no artigo 11 que todos os julgamentos deverão ser públicos e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade. Ou seja: foi necessário que se passassem mais de 200 anos, para que uma norma ordinária consagrasse a referida cominação.

obrigatória e pública das decisões judiciais difundiu-se nas legislações do continente europeu”.

De fato, Gomes Filho (2013) também destaca que o reconhecimento do caráter político e ideológico do dever de fundamentar as decisões judiciais, com sua inserção no texto constitucional francês de 1795 (artigo 208), “teve imediata repercussão em outros ordenamentos, diante da difusão das ideias iluministas”. (GOMES FILHO, 2013, p. 55).

Por sua vez, Taruffo (2015) lembra que a partir da segunda metade do século XVIII o fenômeno se amplia e vai se estender até mesmo para ordenamentos jurídicos que nunca o conheceram anteriormente.

Esse fato se deve, e sobre isso não reside qualquer controvérsia, a uma herança do período revolucionário francês e que tem no surgimento da era das codificações o seu maior exemplo. E como diz Conte (2016), no século XIX, a “ideologia da codificação” será fruto da revolução francesa, se constituindo como um

[...] indispensável instrumento de racionalização, unificação, organicidade, simplificação, clarificação, fácil compreensão das fontes normativas, de tecnicização da ciência jurídica e da atividade dos operadores jurídicos profissionais na Europa continental, dimana da doutrina do Iluminismo jurídico. (CONTE, 2016, p. 60).

Ainda de acordo com o autor, tal qual um rastilho de pólvora, a concepção da doutrina iluminista acerca da matéria se espalhou para outros ordenamentos jurídicos, em decorrência do que a fundamentação, com sua natureza obrigatória e pública, se constituiu “em instrumento de controle democrático e difuso sobre o modo pelo qual a justiça era administrada, sendo acolhida em inúmeros monumentos legislativos constitucionais e infraconstitucionais”. (CONTE, 2016, p. 62).

Como exemplo dessa primavera que varreu a Europa, Conte (2016, p. 62) cita os seguintes textos normativos: Constituição da República de Bolonha, de 1796; a Constituição Belga, de 1831; o Código de Processo Civil italiano, de 1865; as Ordenações germânicas (alemã, de 1877 e a austríaca, de 1895). O referido processo vai atravessar o século XIX e desaguar no século XX, como destaca Conte (2016), ao dizer que, no campo processual, durante o século XX, o dever de motivar as decisões judiciais espalhou-se pelo continente europeu, sendo contemplado em várias codificações, a exemplo do “*Codice di procedura italiano*, de 1940 (art. 132); no antigo Código português, de 1967 (art. 659) e no novel Código (Lei nº 41, de 26/03; 2013, art. 154, 1 e 1); Código belga, de 1967 (art. 780); no anterior

Código francês, de 1975 (art. 455), e no novo Código, de 2001 (art. 455)”. (CONTE, 2016, p. 62).

E não é só. Conte (2016) acrescenta que o preceito da obrigatoriedade da enunciação das razões de decidir ultrapassou a fronteira do velho continente e veio fazer morada no continente americano e se instalou nas legislações processuais de países como o Brasil, com o Código de Processo Civil de 1973, Argentina, Uruguai, Peru, Bolívia, Chile, México, Costa Rica, Paraguai, Equador e Haiti. Do mesmo modo, foi adotado em países de outros continentes, como é o caso da Guiné-Bissau, Cabo Verde, Macau e Timor-Leste.

A par desses registros, há outra questão que merece ser ressaltada, quando o assunto é a expansão do dever geral de fundamentação das decisões judiciais, para além da França. Como já várias vezes destacado, a enunciação das razões de decidir, da forma como foi forjada na França, foi o resultado de um momento histórico carregado de vieses políticos e ideológicos muito bem definidos, tratando-se, nas palavras de Lucca (2015), “de uma criação não apenas do iluminismo, mas de um iluminismo eminentemente liberal que lutava para conter a arbitrariedade do Estado e fazer prevalecer o direito criado pelo povo”. (LUCCA, 2015, p. 111). Nesse cenário, diz o referido autor (2015) que, “por óbvio, a transposição do instituto para outros sistemas jurídicos com identidade de funções e de natureza não seria tarefa fácil”. (LUCCA, 2015, p. 111).

A propósito, Santos (2011, p. 107) pontua que foi graças à mão do liberalismo que, durante o século XIX, a garantia da fundamentação das decisões judiciais passa a ser acolhida em diversos textos normativos e que, por conta da influência das ideias liberais, muitos teóricos forjaram uma íntima relação entre a dita garantia e o sistema liberal, de tal modo nele acomodada que, até os dias de hoje, há um senso comum entre os estudiosos da matéria que reivindica para o liberalismo a autoria da obrigatoriedade fundamentação das decisões judiciais, resultado de uma perfeita identificação entre a ideologia liberal e a fundamentação das sentenças, a ponto de se constituir um das principais contribuições do pensamento liberal, no campo do direito processual¹³⁷.

¹³⁷ No original: “Durante el siglo XIX, y de la mano del liberalismo, la garantía de motivación de las resoluciones judiciales irá siendo acogida em diversos cuerpos normativos, que debido al influjo de la ideología liberal se hacen permeables a la misma, llegándose incluso a establecer por muchos una íntima vinculación entre dicha garantía y el sistema liberal en cuya legislación encuentra acomodo normativo, de suerte que se extiende hasta nuestros días como un pensameiento muy común entre los estudiosos de la materia una pretendida autoría liberal de la motivación, convirtiéndose, al parecer, en una de las principales aportaciones del pensamiento liberal en el ámbito procesal. Así, es lugar común entre la doctrina la plena identificación entre el liberalismo y la fundamentación de sentencias, como si la existencia de ésta corriese pareja a la de aquél”. (SANTOS, 2011, p. 107).

Santos (2011) assevera que se trata de um senso comum teórico ingênuo e equivocado, como demonstra o próprio histórico do surgimento e da evolução da fundamentação das decisões judiciais, o de afirmar como sendo exclusiva a paternidade liberal da justificação das decisões judiciais, cuja defesa, para ele, tanto peca pela falta de base como acarreta graves problemas.

De fato, como visto até aqui, historicamente, a fundamentação das decisões judiciais tem sua origem mais remota no direito romano, no qual a enunciação das razões de decidir já era uma prática observada no procedimento formular e, de forma mais consolidada, na terceira fase do direito processual romano, a da cognição extraordinária, muito embora, com a queda do império romano, a fundamentação das decisões judiciais irá experimentar também um retrocesso que se prolongará até o fim da alta idade média e que, no limite, levou à proibição de o juiz expor as razões de decidir. Somente a partir do advento das ideias iluministas é que a fundamentação das decisões judiciais será restaurada.

Com efeito, Santos (2011), não obstante discorde da tese de que a paternidade do dever de fundamentar seja exclusividade da ideologia liberal, reconhece que será com o impulso do constitucionalismo liberal e com a expansão da codificação, durante um longo período, que progressivamente será restaurada a obrigação de fundamentar, em diversos ordenamentos jurídicos no mundo afora, inaugurando-se assim uma nova fase profundamente marcada pela vinculação do juiz à lei:

El triunfo del racionalismo jurídico y el entendimiento de la ley como principal fuente del sistema normativo marca el inicio de una estrecha vinculación del juez a la ley. La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, particularmente las sentencias, obliga a que sean explícitos los fundamentos de los dispositivos, verificándose de este modo la correcta aplicación judicial de las leyes. (SANTOS, 2011, p. 135).

Em síntese, conquanto equivocada a tese de que a fundamentação das decisões judiciais foi um produto da ideologia liberal, pode ser dito que foi graças às conquistas da revolução francesa, plasmada pelas ideias iluministas de cariz liberal, que foi possível sua expansão por toda Europa, estendendo-se ainda a outros continentes. Por essa razão, é que se diz que a expansão da obrigação de fundamentar se constituiu num verdadeiro legado da revolução francesa.

Mas não é só.

Assim como irá surgir um novo direito no lugar daquele que fracassou, ao não conseguir conter os crimes contra a humanidade praticados durante a segunda guerra mundial,

da mesma forma, o dever de fundamentação também vai se revitalizar, naquilo que Gomes Filho (2013) vai chamar de “um verdadeiro ‘renascimento’ daquele objetivo político da motivação das decisões, afirmado na legislação revolucionária francesa” (GOMES FILHO, 2013, p. 57), tendo como primeiro exemplo disso a Constituição Italiana de 1948, que conferiu à fundamentação das decisões judiciais um novo e bem mais amplo significado, “não só em relação à disciplina contida nas leis processuais, mas mesmo em face dos objetivos antes traçados no referido período revolucionário, conferindo-lhe a condição de elemento central de toda a construção da função jurisdicional”. (GOMES FILHO, 2013, p. 57).

Trata-se, como ressalta Paolo Caretti, de um princípio instrumental à plena atuação de outros princípios constitucionais, entre os quais aquele pelo qual a justiça é administrada em nome do povo, o de que deve ser exercitada em condições de independência, imparcialmente e de modo a que sejam asseguradas formas de participação popular, e, enfim, o que consagra o direito de defesa. Nessa perspectiva, e segundo a autorizada lição de Taruffo, o que o texto constitucional consagra e assegura, em resumo, é a possibilidade de controle democrático, sobre a maneira pela qual é administrada a justiça; não simplesmente um controle do tipo endoprocessual, como aquele propiciado pelo sistema de impugnações, mas antes um controle generalizado e difuso da opinião pública, ou seja, do próprio povo em nome do qual a sentença é pronunciada. (GOMES FILHO, 2013, p. 57).

A par disso, processo idêntico vai ocorrer com a Constituição Espanhola de 1978, com a Constituição Portuguesa de 1976 e, finalmente, com a Constituição Brasileira de 1988, como adiante se verá de forma amiúde.

Contudo, os contornos atuais não são totalmente universalizados no plano constitucional, como vai lembrar Lucca (2015). De fato, não obstante a expansão do dever de fundamentar a partir do século XIX, e, sobretudo, com as grandes codificações que foram responsáveis pela sua difusão na Europa, existem inúmero países, a exemplo da Alemanha, com a Constituição de 1949¹³⁸, cujas Constituições não preveem expressamente a obrigação de fundamentar.

Como anota Lucca (2015), países como os Estados Unidos da América, Canadá, Suíça, Uruguai, Argentina, Chile e Colômbia “não possuem em suas Constituições referência explícitas à motivação das decisões judiciais”, acrescentando, ainda, que “nem mesmo a

¹³⁸ Gomes Filho (2013) lembra que, embora a Constituição Alemã de 1949 não tenha expressa disposição obrigando os juízes a fundamentar suas decisões, a Corte Constitucional Alemã Federal já assentou o entendimento de que qualquer exceção ao dever de fundamentar é totalmente incompatível com o princípio do Estado de Direito, “pois o cidadão tem o direito de conhecer os motivos e as razões sobre as quais está fundamentado um ato capaz de incidir sobre sua posição jurídica, para poder tutelar adequadamente os seus direitos”. (GOMES FILHO, 2013, p. 58).

Constituição francesa de 1958 resgatou o art. 209 da clássica Constituição de 1795”. (LUCCA, 2015, p. 116-117).

De sua parte, em termos de panorama atual, levando-se em conta os diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, nas duas grandes tradições jurídicas (*Civil Law* e *Common Law*), Pero (2011), na perspectiva da fundamentação das decisões judiciais, classifica-os em quatro espécies: no primeiro modelo, encontram-se os ordenamentos nos quais a motivação da sentença é imposta como obrigatória pela legislação processual ordinária; por sua vez, o segundo modelo é representado pelos ordenamentos nos quais o dever de fundamentar assume caráter constitucional expresso; no terceiro modelo, enquadram-se os ordenamentos em que tanto a lei ordinária como a ordem constitucional se revelam omissas a respeito da matéria, mas o dever de motivar se manifesta no costume difuso jurisprudencial; por fim, o quarto modelo, é aquele caracterizado pelos ordenamentos nos quais a obrigação de fundamentar não é prevista na legislação ordinária e nem na ordem constitucional, além de ser quase totalmente ignorado pela doutrina e pela jurisprudência

De acordo com a autora, as duas primeiras hipóteses se ajustam aos ordenamentos da *Civil Law*¹³⁹, enquanto que as duas últimas correspondem aos ordenamentos da *Common Law*, sendo que, na Inglaterra, assim como na maioria dos países filiados a essa tradição, “pode-se afirmar existir um ‘costume obrigatório’ de motivar o julgado” (PERO, 2001, p. 8), exceto quanto aos Estados Unidos da América, que se enquadrariam na última das hipóteses.

A essa classificação, Conte (2016) acrescenta o caso do modelo alemão que, dada a sua peculiaridade, se constituiria numa espécie de quinto modelo, na medida em que, mesmo ausente qualquer preceito expresso na Lei Fundamental de 1949, da interpretação sistemática de seu texto, se extrai “a seiva garantística da motivação, inerente ao Estado de Direito”. (CONTE, 2016, p. 76).

A propósito, foi lançando mão da peculiaridade do modelo alemão, associado a uma espécie de princípio natural do dever de fundamentação das decisões judiciais da tradição *Common Law*, que o jurista belga Riguax (1997), no preâmbulo do livro *A lei dos juizes*, de sua autoria, se dirigiu ao leitor francês para explicar as razões pelas quais a obra, sem ser um trabalho comparativo, era inspirada, em larga medida, na tradição anglo-saxônica – cujas fundações sempre tiveram um viés mais democrático –, e na jurisprudência alemã.

¹³⁹ É o caso do modelo brasileiro, espanhol e português, só para ficar nesses exemplos, na primeira hipótese. Representativo da segunda hipótese é o modelo francês, cuja Constituição atual não contempla disposição semelhante ao artigo 208 da Constituição revolucionária. Da mesma forma, o modelo argentino e o austríaco, dentre outros.

De fato, a sua explicação ajuda um pouco a entender como a evolução da fundamentação das decisões judiciais se deu de forma totalmente distinta nas duas tradições, sendo que, apesar de o direito alemão pertencer à tradição da Europa continental, nesse aspecto, seria uma espécie de ponto fora da curva.

Com efeito, Rigaux (1997) justifica sua opção dizendo que “a tradição francesa se caracteriza pela concisão dos motivos judiciais, o que se verifica especialmente nos acórdãos do Supremo Tribunal”, que não forneceria “uma amostra muito substancial para o estudo do raciocínio dos juízes”. (RIGUAX, 1997, p. 10). De acordo com o teórico, referidos julgamentos são insuficientes para fornecer uma amostra profunda para o estudo do raciocínio dos juízes. Nesse sentido, “àquilo que se poderia chamar a tradição regalista da jurisprudência francesa – o soberano em nome de quem se faz justiça, seja a República ou seja o povo, não tem de justificar suas decisões – opõe-se o pilar democrático da *common law*”. (RIGUAX, 1997, p. 10).

É que, naquela tradição, diferentemente do que ocorreu na Europa continental, o direito comum fora edificado mediante construções progressivas: “não há consulta de precedentes sem a explicitação dos casos que se inserem num relato contínuo e a prática das opiniões separadas acrescenta-se à função pedagógica do juiz perante os membros juristas dos jurados civis ou criminais”. (RIGUAX, 1997, p. 10). E no que se refere à inspiração alemã, Rigaux justifica sua opção ao afirmar que uma das grandes vantagens das decisões judiciais alemãs é a de serem “copiosamente fundamentadas, antes e ainda mais, depois de 1949”. (RIGUAX, 1997, p. 10).

4.2.10 A Fundamentação Judicial na *Common Law*: um caso à parte

Relembre-se aqui que Taruffo (2015) afirma que, até o século XVIII, predominava a praxe jurídica da sentença desprovida de fundamentação, embora, pontualmente, inúmeros sejam os vestígios de enunciação das razões de decidir que podem ser encontrados no direito imperial romano e que, na Europa, surge a partir do século XIII, como já demonstrado.

De toda sorte, quando o assunto é a evolução do dever de fundamentação ao longo da história, Taruffo (2015) acrescenta que os fatos em torno do tema demonstram que “o desenvolvimento da motivação como elemento da praxe judiciária não inicia e não coincide com aquele do dever de motivação, representando um campo autônomo, digno de um estudo específico que até agora, no entanto, está somente nos primeiros passos”. (TRARUFFO, 2015,

p. 278). Numa palavra: a prática de fundamentar as decisões teve início muito antes de ser positivada numa norma escrita em caráter obrigatório.

Embora despiciendo, nunca é demais lembrar que Taruffo fala na perspectiva da Europa ocidental, visto que, quando o assunto é fundamentação das decisões judiciais na tradição jurídica da *Common Law*, trata-se de um caso à parte¹⁴⁰.

Nesse sentido, a história da evolução do dever de fundamentar as decisões judiciais não estaria completa, se não contemplasse a particularidade com que o tema é tratado, desde sempre, nos ordenamentos ligados à tradição anglo-saxônica, constituindo-se, no dizer de Gomes Filho (2013), numa referência necessária, uma vez que “a primeira e mais genérica constatação é que nesses ordenamentos não só não existem prescrições escritas exigindo a motivação, mas, ao contrário, a regra em geral admitida é justamente no sentido de sua não obrigatoriedade”. (GOMES FILHO, 2013, p. 61).

De fato, na Inglaterra, a prática de fundamentar as decisões judiciais, ainda que ausente qualquer regra escrita, é invocada por Santos (2011) justamente para reforçar seu entendimento de que no período das *cognitiones extraordinaria* do direito processual romano, referida prática já era observada, embora inexistente qualquer disposição normativa obrigando-a.

Nesse sentido, assevera Santos (2011, p. 51):

Siendo así las cosas, el hecho de que en el Derecho procesal romano de las extraordinariae cognitiones no se encuentren disposiciones normativas em cuanto a la motivación no significa que dicha garantía fuese despreciada por jueces y tribunales. Véase como ejemplo la práctica de la motivación efectuada por los jueces del common law sin amparo normativo.

Segundo Taruffo (2015), para quem a existência de decisões justificadas sempre foi presente na Inglaterra desde o século XII, a ausência de obrigação de justificar as decisões judiciais se constitui em uma das características constantes dos ordenamentos jurídicos ligados à tradição da *Common Law*. Ainda de acordo com o teórico italiano, a ausência vem

¹⁴⁰ Como registra Abboud, diferentemente do ocorreu em França e na Alemanha, “a dominação romana não deixou rastros permanentes na Inglaterra”. (ABBOUD, 2014, p. 282). Desse registro histórico, segue-se o fato de que a *Common Law* resultará da atividade dos tribunais reais de justiça na Inglaterra a partir de sua conquista pelos normandos. Acrescenta o autor que “o Direito inglês não é um Direito de Universidades, nem um direito dogmático, consiste em um Direito de processualistas e de práticos” (ABBOUD, 2014, p. 283), no qual o grande jurista na Inglaterra não será o Professor oriundo das universidades e sim o juiz forjado nas práticas.

acompanhada de outra prática não menos constante, que é a de agregar à decisão judicial a enunciação das razões de decidir¹⁴¹.

Para Taruffo (2015), é justamente a existência dessa praxe consolidada progressivamente ao longo do tempo “que provavelmente explica como nem o legislador nem a jurisprudência tenham sentido a necessidade de formular uma regra expressa nesse sentido”. (TARUFFO, 2015, p. 295).

De acordo com o jurista italiano, embora se trate de fato incontroverso a existência da prática de se expor as razões sobre as quais se funda determinada decisão judicial, não há como identificar as causas do fenômeno, mesmo porque não existe uma literatura especializada no assunto.

De todo modo, Taruffo sustenta, por outro lado, que não parece se tratar de mera exigência do controle sucessivo das decisões judiciais. Ao contrário, para ele, a enunciação das razões de decidir mais parece uma questão diretamente ligada à natureza do próprio sistema inglês: “É, pelo contrário, mais provável que já fosse sentida de forma embrionária a exigência, intrínseca ao sistema da *common law*, de precisar a *ratio decidendi* da solução da lide. (TARUFFO, 2015, p. 296).

A título de compreensão da matéria, o autor acrescenta ainda que, nos casos em que o ordenamento tem no direito comum (*common Law*) a principal fonte do direito, “é igualmente evidente o papel essencial da função “declaratória do direito” desempenhada pela jurisprudência: sob esse perfil, o juiz motiva a sentença não tanto, ou não somente com o fim de justificar a decisão, mas sim porque essa representa um modelo de criação jurisprudencial do direito”. (TARUFFO, 2015, p. 296-297).

Na mesma linha de raciocínio, Conte (2016) aponta que o princípio motor do sistema *common law* é a prática de fundamentar as decisões judiciais “como fruto da própria dinâmica do julgamento, conquanto não houvesse necessidade de uma fonte escrita quanto à exigência de motivar a que o juiz devesse reportar-se”. (CONTE, 2016, p. 71).

Interessante também que, mesmo naquela altura, a ideia e a necessidade de prestação de contas (*accountability judicial*) já estava introjetada no imaginário do juiz inglês, como deixa claro Conte:

¹⁴¹ Taruffo (2015, p. 296) registra que a partir do século XII, não somente as decisões proferidas pelo juiz se apresentam fundamentadas, mas também os vereditos do tribunal do júri, ressalvando, contudo, que isso deu numa fase em que a função e a natureza do júri ainda não estavam bem delineadas, especialmente no que se refere à concepção moderna do tribunal do júri como juiz exclusivo do fato, isto porque, naquele período, o júri também se pronunciava sobre questões de direito.

Também no sistema do *common law*, mesmo quando inexistia formalmente o dever de motivar decisões judiciais, ante a circunstância histórica de jamais ter havido regra jurídica expressa tornando obrigatória a motivação, os juízes das cortes superiores tradicionalmente indicam as razões justificativas de fato e de direito da decisão, com o fito de prestar contas (*reddere rationem*) aos jurisdicionados e à sociedade dos critérios de escolha ou valoração empregados nos enunciados de fato e de direito, os quais servem de base à solução fina dada ao conflito, possibilitando controlabilidade democrática, difusa e racional sobre a administração da justiça. Esse costume de fundamentar (ou ‘motivação espontânea’) de há muito sedimentou-se e generalizou-se na tradição do *common law*. (CONTE, 2016, p. 71, grifos do autor).

Pelo visto, é como se a prática habitual e consolidada ao longo do tempo encobrisse a necessidade de se prescrever normativamente a obrigação de fundamentar, dado que uma resposta satisfatória já era oferecida pela praxe.

Visando à compreensão do fenômeno, Taruffo (2015) consegue identificar duas causas. A primeira delas reside na circunstância de que “a experiência inglesa levou à formação de um sistema pelo qual a coerência interna tornava desnecessária a imposição do dever de motivação. A segunda causa se prende ao fato de que “alguns dados gerais que, se por um lado explicam a introdução do dever de motivação nos ordenamentos de civil Law, não são por outro encontráveis na experiência inglesa”. (TARUFFO, 2015, p. 299).

Obviamente que Taruffo está se referindo ao fato de que na Europa Continental o princípio do dever de fundamentação das decisões judiciais surge como um meio de controle político-democrático da atividade jurisdicional, sendo resultado do embate entre as ideias da doutrina iluminista e o velho regime ao qual a magistratura era vinculada. Por uma série de razões, isso não vai acontecer na Inglaterra: a ruptura com o velho regime não foi assim tão radical como ocorreu na França; a magistratura inglesa sempre foi prestigiada e aliada do Parlamento e o direito inglês foi construído pelos juízes. Ou, para recorrer às palavras do teórico supracitado, na história do ordenamento processual insular, “faltam momentos de fratura e de nítida transição ideológica e cultural, além de técnico-jurídica, que possam ser comparáveis àqueles que a Europa Continental conhece na segunda metade do século XVII e nas primeiras décadas do século XIX”. (TARUFFO, 2015, p. 299).

A evolução do ordenamento processual e da respectiva cultura jurídica ocorre por graus e sem passar por momentos de crise radical, seguindo-se uma linha de adaptação contínua às exigências que paulatinamente aparecem. Ademais, a respectiva estabilidade das instituições e das conexas ideologias políticas não permite o aparecimento de reivindicações garantísticas diante da magistratura, entre as quais inquestionavelmente se coloca a tendência de afirmação do princípio da obrigatoriedade da

motivação. [...] De outro lado, para que o problema do dever de motivação pudesse ser transposto do plano moral para o plano jurídico, seria necessária uma carga de reação e de desconfiança no juiz e no poder em geral que, se estava presente, por exemplo, na França no momento de crise do *ancien régime*, certamente faltava no ambiente jurídico-político inglês da época benthaniana. (TARUFFO, 2015, p. 300).

A seu turno, Gomes Filho (2013) assevera que existem várias razões, tanto de ordem prática quanto culturais, que explicam o comportamento dos juízes da *Common Law*, mas se revela mais evidente aquela relacionada diretamente com a importância dos precedentes, “uma vez que sem uma acurada indicação dos motivos seria impossível identificar a *ratio decidendi*, ou seja, o princípio jurídico em que se baseia o pronunciamento judicial”. (GOMES FILHO, 2013, p. 62).

Nesse sentido, para o autor, não se trataria tão somente de demonstrar a conformidade da decisão com determinado texto legal como normalmente ocorre na tradição ocidental, “mas, antes, de justificar a criação jurisprudencial do direito, até porque a decisão do juiz anglo-saxão é destinada a se tornar norma geral e abstrata para casos futuros”.¹⁴² (GOMES FILHO, 2013, p. 62).

No mesmo sentido, Lucca (2015, p. 119), ao sustentar que “o próprio sistema da *stare decisis* dependia da exposição de razões das decisões dos tribunais, especialmente os superiores, na medida em que decisões imotivadas não possuíam eficácia vinculante”, razão pela qual “era usual referir-se à motivação como um dever inerente ao *common law*”.¹⁴³

Por todo o exposto, se torna inarredável a conclusão de que a experiência anglo-saxônica é um testemunho de que, na história da evolução da fundamentação, as decisões judiciais eram motivadas, sem que tenha se estabelecido, necessariamente, qualquer relação com a previsão normativa da obrigação de justificá-las. Segue-se também que a enunciação das razões de decidir, como principal mecanismo de prestação de contas, já se fazia presente, desde sempre na tradição insular, constituindo-se numa das primeiras demonstrações, na perspectiva histórica, da passagem da ideia de legitimação da sentença como ato de autoridade para a de responsabilidade e prestação de contas como mecanismo de controle democrático da atividade jurisdicional, como ocorre com qualquer outro ato estatal.

¹⁴² Diferentemente do que ocorre com o fenômeno da precedentalização à brasileira, cujo processo é a-histórico.

¹⁴³ Lucca (2015), por outro lado, ressalta que o panorama atual não é mais exatamente o mesmo: “Em 1997, ao julgar o caso *Coleman v. Dunlop Ltda.*, o juiz da Corte de Apelação inglesa (*Court of Appeal*) Lord Justice Henry Brooke reconheceu inexistir um dever legal de motivação, mas salientou que o *common law* era ‘algo vivo’ e havia evoluído a ponto de se concluir que o juiz deve dar razões suficientes para esclarecer suas conclusões. A partir da recepção pelo Direito inglês da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos em 2000, a motivação tornou-se um dever *supralegal*”. (LUCCA, 2015, p. 120).

Por outro lado, a experiência inglesa, ao lado do que ocorreu na Europa continental, somente confirma o entendimento de que a fundamentação das decisões judiciais foi sendo configurada ao longo do tempo e por força de diferentes circunstâncias, como bem afirma Moreira (1978, p. 114) ao dizer que “o reconhecimento do dever de motivar as decisões judiciais firmou-se, nos diferentes ordenamentos, sob o pálio de circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais bastantes diversificadas”. Isso sem dizer da sua fragmentação, bem como da variação no tempo e no espaço, como deixa claro Moreira (1978) ao afirmar que é de todo modo inviável qualquer tentativa no sentido querer filiar a um princípio inspirador comum a emergência da regra nos diversos países em que a fundamentação das decisões judiciais se impôs, uma vez que “tem variado, inclusive no tempo e no espaço, o próprio entendimento de ‘decisão motivada’, ou, em outras palavras, a extensão dos requisitos que se há de satisfazer para que se tenha por cumprido o dever de fundamentar ou pronunciamentos judiciais”. (MOREIRA, 1978, p. 114).

Passada em revista a história da fundamentação das decisões no mundo, o momento agora é o de fazer o resgate histórico do fenômeno no Brasil a partir da era colonial.

4.2.11 O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil: das ordenações ao código de processo civil de 2015

Dizer que o juiz está obrigado a motivar ou, mais precisamente, a fundamentar suas decisões não é nenhuma novidade no Brasil, e nem no mundo, como já foi demonstrado acima.

Por outro lado, falar da fundamentação das decisões judiciais no Brasil numa perspectiva histórica reivindica conhecimento de uma questão anterior, que é o tratamento da matéria no direito português, ao longo do tempo.

Nesse sentido, ao tratar do direito hispano-lusitano, Tucci (1987) afirma que, nos sistemas jurídicos da Península Ibérica, “desde cedo, exigia-se que a sentença contivesse expressamente as razões de decidir”, sendo que no que se refere à Espanha foi com a promulgação da lei *Fuero del Libro* em 1.254 que se “instituiu, provavelmente pela primeira vez no ordenamento do reino espanhol, o dever de fundamentação das decisões judiciais”. (TUCCI, 1987, p. 46).

Igual fenômeno ocorreu no direito lusitano, a começar pelas Ordenações Afonsinas, nas quais a justificação das decisões judiciais era tratada de forma incipiente. Diz-se isso

porque foi nas Ordenações Manuelinas que o tema recebeu melhor atenção, como registra Tucci (1987, p. 49, grifos do autor):

Sob o título *Das sentenças definitivas*, iremos verificar, de início, que vigorava a regra pela qual o juiz deveria julgar *secundumallegataetprobata*, exceto o monarca, ‘que nom reconhece Superior, he dado e outorgado por Dereito, que julgue segundo sua consciência... porrazon de sua alta preminência que se non receberá conta ella em tempo alguu prova em contrario [...]’.

Tucci anota também que, no ano de 1603, quase um século depois da entrada em vigor das Ordenações Manuelinas, as Ordenações Filipinas repetem as anteriores, tanto que foram acusadas de não serem originais.

Em título sob idêntica rubrica – *Das sentenças diffinitivas* – encontra-se a seguinte determinação, *verbis*: ‘E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças difinitivas, 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 quaisquer outros Julgadores, ora seja Letrados, ora não sejam, declarem especificamente em suas sentenças difinitivas, assim na primeira instância, como no caso de appellação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar’. (TUCCI, 1987, p. 50-51, grifos do autor).

E é na perspectiva do direito lusitano que o tema da fundamentação das decisões judiciais ingressa em terras brasileiras, pois como é público e notório, desde o período colonial, que o processo civil no Brasil foi regulado por leis provenientes das terras lusitanas, fenômeno que vai se repetir mesmo depois de o país se tornar independente, visto que, por um bom período, continuou a ser regido pelas leis de Portugal. Idêntico fenômeno ocorreu com as regras relativas ao dever de fundamentação.

De fato, do mesmo modo, Nojiri (1999), ao falar dos antecedentes históricos do dever de fundamentar, assevera que após a finalização do processo de emancipação política do Brasil, no tema da obrigação de fundamentar nenhuma regulação inovadora surgiu até o advento do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, tido como o ato legislativo genuinamente nacional que primeiro tratou do assunto. Segundo o autor, o referido regulamento dispôs, em seu art. 232, que a “sentença deve ser clara, sumariando 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 estilo em que se funda”. (NOJIRI, 1999, p. 26).

Somente com o surgimento da primeira Constituição Republicana de 1891 é que o tema se emancipou do direito lusitano, embora não tenha sido contemplado por um tratamento unificado da matéria, eis que a ordem constitucional de então estabelecia que a União, assim como os Estados, tinha competência para legislar sobre matéria processual, razão pela qual o dever de fundamentar previsto nas legislações processuais estaduais pouco acrescentava ao que foi legado pela tradição lusitana.

Em verdade, como registra Nojiri (1999), foi apenas com a Constituição Federal de 1937 que se restabeleceu a unidade legislativa em matéria de competência para legislar sobre processo, em razão do que “a regra de se fundamentarem as decisões judiciais passou a fazer parte do Código de Processo Civil, de 18 de setembro de 1939”, lógica essa que foi reproduzida pelo Código de Processo Civil de 1973 e, com muito mais força, como adiante se demonstrará, pelo atual Código de Processo Civil de 2015, o que só vem a demonstrar que a obrigação de fundamentar as decisões judiciais, como regra expressa e impositiva, sempre fez parte da tradição jurídica brasileira, desde o surgimento do país e até os dias atuais.

Mas, se hoje o dever de fundamentar tem os contornos bem definidos, isso deve ser creditado à Constituição de 1988, pois foi somente com a promulgação do atual texto constitucional que a referida obrigação passou a adquirir o *status* de garantia fundamental, porquanto foi expressamente prevista no artigo 93, inciso IX.

Mais que isso, além de incluir expressamente a enunciação obrigatória das razões de decidir, a Constituição de 1988 foi mais além, ao culminar com o decreto de nulidade as decisões judiciais sem fundamentação. Dizendo de outro modo: aquilo que até então, e desde a origem do país, era tratado tão somente no plano infraconstitucional, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi alçado ao patamar de norma constitucional, que acrescentou um importante adendo: o decreto de nulidade da sentença quando não fundamentada.

Trata-se, pois, de medida de caráter inédito, paradigmática, por assim dizer, mas que, ainda de acordo com o magistério de Nojiri (1999), não foi bem compreendida pela doutrina brasileira.

É que, como já foi dito anteriormente, e será reforçado mais adiante, mesmo com o advento da Constituição de 1988 estabelecendo a obrigação de as decisões judiciais serem devidamente justificadas, a leitura desse comando constitucional continuou, durante muito tempo, a ser feita com base na legislação ordinária, que não previa nenhuma nulidade para o caso de descumprimento da norma constitucional.

De forma alvissareira, essa lacuna, motivada por uma equivocada compreensão do texto constitucional, aliada a ausência de uma cultura democrática, será devidamente

preenchida pelo Código de Processo Civil de 2015 que, no seu artigo 11, reproduzindo literalmente o inciso IX do artigo 93 da CF/88, prescreve que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

A simples introdução do artigo 11 no CPC de 2015, que reproduz literalmente o comando constitucional do artigo 93, IX e demonstra uma sintonia fina com a ordem constitucional em vigor. Some-se a isso o estabelecimento do detalhamento da fundamentação das decisões judiciais no §1º do artigo 489, que, simbolicamente, representa uma mudança de paradigma, um verdadeiro giro copernicano, como, em momento próprio, será demonstrado.

Ainda assim, referidas disposições legais, que nada mais fazem do que um ajuste aos termos da norma constitucional na matéria, vêm sendo objeto de resistência que, em certa medida, não deixa também de ser histórica, tudo por conta de um passado que insiste em não passar, de um saudosismo de um tempo em que decisão judicial para ter legitimidade não necessitava de justificação, desde que fosse proferida por uma autoridade. Nesse sentido, o ato já se bastava como justificativa.

4.3 A Histórica Resistência do Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais: uma questão também cultural

De acordo com Liebman (1983), a história do processo nesses últimos séculos pode ser entendida como “a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito do arbítrio do juiz, e fazer com que as operações que realiza, submetam-se aos imperativos da Razão”. (LIEBMAN, 1983, p. 79). Para o processualista italiano, “um momento bastante importante desse movimento histórico é o que diz respeito à exigência de que o juiz motive a sentença”. (LIEBMAN, 1983, p. 79).

Isso de dizer, como o fez Liebman (1983), que a história da exigência de fundamentação das decisões judiciais, em verdade, como ficou evidenciado no resgate histórico realizado no item precedente, é a história da contenção do arbítrio do julgador se trata de uma constatação compartilhada por Ramires (2010, p. 35) ao reconhecer que “se hoje essa exigência é óbvia, ela nem sempre acompanhou os sistemas jurídicos ao longo da história”.

Para Ramires, a obrigação de fundamentar as decisões judiciais deve ser compreendida como uma garantia política e democrática, como uma blindagem, uma espécie de freio inibitório contra as posturas arbitrárias do juiz, sendo que “a referência à sustentação normativa da decisão evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor,

mas de um trabalho de conhecimento e reflexão”. (RAMIRES, 2010, p. 40-41). A par disso, a exigência de fundamentação deve ser entendida também como “uma necessária comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, pois faz parte da responsabilidade dos juízes a sujeição de seus provimentos à ciência e à opinião das partes e do público, de forma transparente”. (RAMIRES, 2010, p. 41).

De sua parte, ao tratar da relação entre Estado de Direito – entendendo este como aquele que se justifica – e garantias, Gomes Filho (2013, p. 21) vai dizer que “nascida sob o influxo da forte reação contra os regimes absolutos, em que o poder político se exercia de forma despótica e arbitrária, a moderna concepção de Estado de Direito traduz, basicamente, uma ideologia de limitação desse poder”.

Não há dúvida, portanto, de que a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais se insere nesse contexto. Trata-se de limitação de poder, mais precisamente, de um mecanismo de controle hermenêutico das decisões judiciais que, na perspectiva do sistema normativo brasileiro, hoje tem seus contornos bem definidos, após o acabamento final proporcionado com o advento do Código de Processo Civil, que preencheu uma lacuna até então existente. Até esse momento, as grandes codificações de direito processual (CPC de 1973, CLT, de 1943 e CPP, de 1941), todas elas gestadas num modelo de estado de exceção, careciam de dispositivo compatível com a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais inscrita no inciso IX, do artigo 93. O CPC de 2015 veio para corrigir essa falha histórica, como se deduz da leitura dos artigos 11 e 489, sobretudo.

Nesse sentido, o mecanismo de controle das decisões judiciais no Brasil, no âmbito do direito processual, é representado por aquilo que nesta tese atende pelo nome de microssistema normativo da fundamentação das decisões judiciais, que é composto pelas seguintes normas: artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigos 11 e 489, § 1º, do CPC/2015¹⁴⁴.

Trata-se da consagração final, ainda que tardia, do dever de fundamentar as decisões judiciais que, como já visto, é tão antigo quanto a história do próprio direito, muito embora construída e sujeita a marchas e contramarchas, no curso de um longo caminho até finalmente alcançar sua consolidação. Uma história que, além de não ser linear e nem representar uma

¹⁴⁴ Conforme pode ser visto no subitem 7.1.1, do Epílogo desta tese, a título de contribuição pessoal, como sugestão de base normativa para uma teoria da decisão judicial à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck, esse microssistema, que passará a ser chamado de “microssistema processual da fundamentação das decisões judiciais”, será acrescido dos seguintes dispositivos: artigos 1º e 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal; artigos 1º, 7º, 9º, 10 e 926, todos do Código de Processo Civil de 2015.

reta ascendente, é profundamente marcada por resistência à afirmação da garantia de fundamentação.

De fato, ao se fazer acima o resgate histórico da garantia da fundamentação das decisões judiciais, ficou claro que, bem na origem, a ausência de fundamentação se justificava pelo fato de que o juiz exercia um verdadeiro poder divino, era como se fosse um deus. E, mesmo quando superada essa questão, suas decisões ainda eram tidas como inspiradas numa divindade. Mais adiante, quando perdeu a aura divina e foi deixada para trás a ideia de que o ato de decidir era emanção de um poder celestial, ainda assim a decisão judicial continuou retirando sua fonte de legitimidade do simples fato de que se tratava de um ato de autoridade, dotada, portanto, de uma autojustificação capaz de tornar prescindível sua fundamentação. Ou, como diz Amorim (2006, p. 69), “o direito que se impõe pelo respeito e pela sua majestade, não tem nada a justificar”, diferentemente daquele que se pretende democrático e fundado na razão.

Embora existam, ao longo da história da evolução do instituto da fundamentação das decisões judiciais, registros pontuais de enunciação das razões de decidir, que demonstram como já introjetada a ideia de prestação de contas, sabe-se que foi somente com a revolução francesa, na Europa continental, que a obrigação passou a ser expressamente prevista nos ordenamentos jurídicos, tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional, iniciando-se, a partir daí, um processo de expansão.

Trata-se, portanto, de uma conquista da revolução francesa inspirada nas ideias iluministas com aplicação no plano jurídico. É naquele momento histórico e político, cujos influxos ainda hoje se fazem sentir, que se pode, numa perspectiva mais universalizante, identificar o marco zero da garantia de fundamentação e que, além de se expandir por todo o continente europeu a partir do século XIX, espalhar-se-á para outros continentes, o que inclui países do continente sul-americano, especialmente o Brasil, como um autêntico legado revolucionário do século XVIII.

Dito isto, a intuição natural a que se chega é a de que tudo isso é passado, tem interesse meramente histórico, afinal, o homem é um ser histórico. E como se vive um modelo de Estado de Direito, entendendo como tal aquele que “se justifica”¹⁴⁵, a dispensabilidade, e até mesmo a proibição, de o juiz fundamentar suas decisões é coisa do passado.

Nesse sentido, a regra, que é também constitucional, é clara: trata-se de uma garantia e tem que ser observada, não se vislumbrando conclusão diferente ou que ainda exista algum

¹⁴⁵ De acordo com Gomes Filho (2013), a expressão é atribuída a J. Brüggemann.

foco de resistência. Ocorre que aqui há um problema: a resistência, como uma erva daninha, é difícil de exterminar.

De fato, particularmente, no Brasil, mesmo com o fechamento do sistema da garantia fundamental de fundamentar proporcionado pelo CPC de 2015, as resistências à sua aplicação surgem a todo instante e, na maioria das vezes, vêm da parte de quem tem a obrigação de cumpri-lo: a magistratura.

Sendo assim, se visto em perspectiva, ainda hoje é comum se falar em resistência na aplicação da lei por parte dos juízes, sobretudo no que se refere ao dever de fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no artigo 489, parágrafo 1º, do CPC de 2015. É possível que parte dessa resistência se deva ao fato de que a desnecessidade de fundamentar foi, durante muito tempo, internalizada na consciência dos juízes de maneira muito forte, no imaginário de cada um. É como se os juízes ainda estivessem apegados à ideia de que, como o ato judicial é ato de autoridade, seja ela terrena ou celestial, não há o que justificar, dado que ele se impõe por si mesmo. Assim tão antigo quanto o dever de fundamentação é a resistência à sua efetiva concretização na prática judiciária.

A propósito, corre a lenda de que, tão logo o CPC de 2015 entrou em vigor (18.03.2016)¹⁴⁶, determinado magistrado, como quem lança mão de garantia estendida para prorrogar o prazo de vacância¹⁴⁷, colocou uma placa no seu gabinete na qual estava escrito um aviso: naquela jurisdição o novo Código de Processo Civil somente entraria em vigor em 18.03.2017, data em que ele, o juiz, encerraria sua atividade jurisdicional, com a aposentadoria.

Em verdade, não se sabe ao certo se a história contada é fato ou ficção. Num caso ou no outro, figurativamente, qualquer que seja a resposta, uma conclusão se assombra: a referida decisão se constituiria no exemplo mais emblemático de resistência de um juiz ao dever de aplicar a lei que ele, um dia, ao tomar posse no cargo, jurou cumprir.

Por outro lado, é fato que a obrigação de julgar mediante uma fundamentação detalhada, tal como prescrita no artigo 489, 1º do CPC de 2015, vem sendo um dos principais alvos dessa resistência, até mesmo porque a história do direito ocidental demonstra que a fundamentação das decisões judiciais sempre foi objeto de resistência, de forma espontânea ou não.

¹⁴⁶ Data definida pelo plenário do STJ em sessão administrativa, considerando que a Lei 13.105, embora aprovado em 16.03.2015, somente foi publicada em 17.03.2015.

¹⁴⁷ Aliás, como adiante será demonstrado, houve um movimento no âmbito do próprio Congresso Nacional, com apoio de parte da magistratura, no sentido de prorrogar o prazo de vigência, como noticiou a revista digital. (ROVER, 2015).

Semelhante postura vem realmente de longe. Se comparados os dois grandes sistemas jurídicos do ocidente¹⁴⁸, é possível extrair que, em certa medida, trata-se de uma questão de formação cultural diretamente relacionada com a forma de como a obrigatoriedade de enunciar as decisões judiciais foi, paulatinamente, incorporada nos diferentes ordenamentos jurídicos.

Talvez essa questão não encontre melhor explicação senão aquela dita por Rigaux (1997), aqui já mencionada, quando diz que à tradição francesa de não ter que se justificar as decisões se opõe o pilar democrático da *Common Law*.

Se bem examinada a questão, a explicação de Rigaux não reflete somente a existência de dois paradigmas distintos. É possível também extrair a intuição de que, num quadro comparativo, em uma das tradições, historicamente, como visto, a resistência ao dever de

¹⁴⁸ Como se sabe, *Civil Law* e *Common Law* são os dois principais modelos jurídicos de que se tem conhecimento. Por razões históricas e políticas, embora tendo origem comum, se desenvolveram de forma diferente, mas não estão imunes às influências recíprocas, tanto que a aproximação entre elas atualmente é real. O direito romano está na origem das duas tradições, tendo influenciado na formação de ambas, mas a forma como ele foi recepcionado é distinta uma da outra, daí os diferentes caminhos percorridos por cada tradição. A *Common Law*, expressão que significa direito comum a toda Inglaterra, tem um caráter essencialmente histórico na sua formação. A *Civil Law* decorre da influência do direito romano sobre os países da Europa Continental e é marcada pela codificação. Em ambas as tradições há uma preocupação com a segurança jurídica, obtida, conforme o caso, por meio das leis ou pelos precedentes judiciais. A história explica que: a) a *Civil Law* e a *Common Law* foram desenvolvidas por órgãos diferentes: criação legislativa e judicial, respectivamente; b) a revolução francesa, com a tese da separação rígida dos poderes e o seu temor de um governo de juízes, exerceu grande influência na consolidação da tradição continental, que alcançou seu apogeu com a codificação durante o século XIX; c) na *Common Law*, os juízes não eram vistos com desconfiança, mas com prestígio, e a independência de que gozavam foi resultado da própria evolução histórica dessa tradição; d) estudos demonstram que a *Civil Law* foi quem mais contribuiu para a bifurcação do caminho até então trilhado em comunhão. A linha de tensão entre as duas tradições já foi esticada até o seu limite, desde que as tradições começaram a trilhar caminhos diferentes, mas atualmente vive-se um processo de distensão e de aproximação recíproca entre as duas tradições. Para alguns juristas, no Brasil, vive-se um processo de *commonização* do direito, que tem no precedente o exemplo mais privilegiado, ainda que sua introdução tenha sido por via legislativa, o que contraria a história da formação dos precedentes na Inglaterra. A controvérsia acerca dos precedentes no Brasil não está relacionada com o seu conteúdo ou com a necessidade de sua implantação. A cizânia diz respeito mais ao método de aplicação e à forma de introdução (via legislativa, como no CPC/2015) do que ao conteúdo e/ou necessidade, sobretudo na perspectiva da coerência, isonomia e integridade do direito. Em matéria de fundamentação das decisões judiciais, como visto até aqui, as duas tradições têm histórias diferentes. Na tradição anglo-saxônica, o processo em si é naturalmente histórico, espontâneo, vem de dentro, é da própria natureza daquele sistema jurídico, sem o que o instituto dos precedentes nunca teria se firmado. Na tradição continental, contudo, o processo é inverso. Vem de fora para dentro. A fundamentação das decisões judiciais é introduzida como uma obrigação diante da necessidade de se fazer o controle das decisões, necessidade que não se fez sentir na Inglaterra. A par disso, na *Civil Law*, a fundamentação das decisões judiciais sempre foi vítima da vontade política e do viés ideológico de determinado momento e o espaço históricos, daí o longo caminho que vai da proibição à obrigação de fundamentar, entremeado por oscilações, altos e baixos, marchas e contramarchas. Tudo isso, em certa medida, explica, por outro lado, porque esse processo de precedentalização a-histórico, que ocorre atualmente no Brasil é alvo de crítica por parte de determinados setores da doutrina brasileira. É por conta da sua incompatibilização, a julgar pelo modo de como se pretende introduzi-lo. Porque lhe falta um substrato que lhe é anterior: a fundamentação das decisões judiciais com resultado natural da atividade jurisdicional que, na *Common Law*, se manifesta sem maiores resistências e sem imposição legal, porque foi assim desde sempre.

fundamentar as decisões judiciais sempre foi mais visível. Trata-se, em última análise, de uma questão cultural.

A propósito de o tratamento da matéria em torno da fundamentação das decisões judiciais se encontrar ligado a um comportamento cultural, importante destacar aqui o interessante trabalho monográfico de Oscar G. Chase (2014) intitulado *Direito, Cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, uma obra de teoria geral do direito concebida não exatamente na perspectiva estritamente jurídica e sim, fundamentalmente, cultural.

Trata-se de uma obra na qual o autor, a partir de um estudo comparativo, examina os fatores eminentemente culturais das instituições jurídicas com o objetivo de demonstrar que, dependendo do lugar, os procedimentos adotados para a solução dos litígios têm origem na cultura em que se situa a sociedade na qual os procedimentos são empregados.

Nesse sentido, Chase (2014) traz como exemplo privilegiado, acerca do qual faz um respeitoso estudo, a forma de solução de conflitos, em pleno século XXI, adotada pelos membros da tribo dos Azande, na África Central, um meio de solução que é equivalente às ordálias ou juízos de Deus do medievo.

De acordo com o referido autor, para a tribo dos Azande, “o senso comum dita que a melhor forma de determinar a veracidade de fatos contestados é consultar o *benge*¹⁴⁹, o oráculo do veneno”. (CHASE, 2014, p. 37). Chase deixa claro que o mencionado procedimento não faria sentido para sociedades tecnologicamente avançadas, por isso a compreensão desse modelo somente será possível dentro de determinado contexto cultural.

Afirma ainda o autor que “qualquer modo de solução de litígios aprovado pelas sociedades é o resultado de escolhas conscientes e inconscientes feitas nos limites do conhecimento, das crenças e da estrutura social disponível”. (CHASE, 2014, p. 20).

Adiante, Chase (2014) traz vários exemplos de como a forma de solução de litígios pode ser o resultado de um comportamento cultural:

Entre os Centro-Africanos Azande, o oráculo *benge* seria consultado. Uma pequena dose de veneno seria dada a um pintinho enquanto a questão é submetida ao oráculo: ‘Se o requerente diz a verdade, que o pintinho morra,

¹⁴⁹ De acordo com Chase (2014), o *benge* é oráculo do veneno, ao qual são submetidos a resolução de conflitos entre os membros da tribo dos Azande na região da África Central. Trata-se um modelo de julgamento semelhante ao das Ordálias, praticado no medievo que, para o autor, faz perfeito sentido para os Azande. Diante de uma questão em que debatem duas pessoas ao defenderem interesses conflitantes, o oráculo é consultado. O procedimento consiste no seguinte: uma pequena dose de veneno é dada a um pintinho enquanto a questão é submetida ao oráculo. Duas hipóteses podem ocorrer: o pintinho morre ou sobrevive. Conforme o caso, a morte ou a sobrevivência determinará a procedência ou improcedência da pretensão do requerente.

que o pintinho morra, que o pintinho morra, que o pintinho morra...’. O pintinho morre (ou vive). O oráculo dá a resposta. Em outro tempo e lugar (Estados Unidos) um juiz ordena que um júri seja consultado. Um grupo de desinteressados é convocado para uma sala especial, usada só para debates. Eles ouvem o requerente, o requerido e as testemunhas do conflito. Os desinteressados se retiram para uma sala privada e deliberam. Eles retornam com um veredicto. Ainda em outro tempo e lugar (maioria da Europa Continental e América Latina), os fatos são determinados por um juiz especialmente treinado cuja decisão é baseada primeiramente em documentos, podendo sequer deixar as partes em litígio depor. Cada um desses métodos é considerado no lugar em que é (ou foi) usado como o melhor modo de se atingir a verdade sobre o passado desconhecido. Cada um desses povos descritos possui a mesma capacidade inata de racionar e observar o mundo ao seu redor. Por que eles chegaram a conclusões diferentes? Com seus métodos favoritos de resolução de litígios refletem o seu mundo? As suas formas de ‘resolução de litígios’, de outro lado, afetam as suas crenças sobre o mundo em que habitam. (CHASE, 2014, p. 20).

Para Chase (2014), há uma conexão direta, profunda e reflexiva entre cultura e os processos de resolução de conflitos, que pode até mesmo ser encontrada em sociedades modernas caracterizadas por regras processuais tecnicamente elaboradas. De acordo ainda com o autor, “os processos de resolução de litígios são, em grande escala, um reflexo da cultura em que estão inseridos” (CHASE, 2014, p. 21), não se tratando apenas de um sistema autônomo produzido, predominantemente, por técnicos especializados. Numa palavra, segundo o magistério de Chase, “o moderno processo de solução de litígios é tanto um produto da cultura e da sociedade em que é encontrado quanto uma influência sobre eles, como o julgamento *benge* é para os Azande”. (CHASE, 2014, p. 56).

Nesse sentido, assim como na cultura tribal da África Central o chefe dos Azande deve decidir de acordo com o que diz o oráculo (*benge*), nos estados modernos, os juízes devem decidir de acordo com a lei e a prova produzida nos autos.

Em ambas as sociedades (primitiva dos Azande e a moderna), lembra Chase, se observam rituais de transformação social por meio do qual um terceiro é investido do poder que, ao decidir, provoca profundas mudanças na vida das pessoas envolvidas no litígio e “nos dois casos, o exercício desta autoridade pelo árbitro reafirma os arranjos sociais que são a fonte do poder – poder estatal ou poder tribal” (CHASE, 2014, p. 57), dado que não obstante as evidentes diferenças, “cada uma das sociedades desenvolveu instituições relativamente formais por meio das quais os conflitos são resolvidos de acordo com as normas postas, seguindo procedimentos bem definidos”. (CHASE, 2014, p. 57).

Chase destaca também que, tanto num caso como noutro, haverá de ser enfrentado sempre um dilema presente em todas as sociedades, sejam elas modernas ou não, quando um

terceiro é escolhido para decidir um conflito entre as partes nele envolvidas. Evidentemente que o autor está a se referir à difícil tarefa de legitimar a decisão do terceiro desinteressado, com o objetivo de que sua observância seja aceita, de modo que “a autoridade constitutiva não possa ser (por decisões inaceitáveis) deslegitimada e nem o julgador se torne objeto de vingança pela parte perdedora”. (CHASE, 2014, p. 58).

Por outro lado, lembra ainda o jurista a imprescindibilidade de as decisões judiciais serem despersonalizadas, caso contrário “a legitimidade pode ser ameaçada, quando a decisão é vista como um ato pessoal do julgador”. (CHASE, 2014, p.58).

Para Chase (2014), a condição para o exercício da função de julgar vai além do simples ato de exercitar o poder de decidir determinada controvérsia. Mais que isso, do terceiro a quem se confere essa atribuição se exige que “siga um processo particular em que sua elaboração decisória é guiada por fontes alheias à sua vontade pessoal”. Dizendo de outro modo: numa democracia é imprescindível que o juiz respeite a lei. No caso aqui em estudo, o dispositivo legal que deve ser observado é aquele que diz que a decisão judicial deve ser rigorosamente fundamentada, sob pena de nulidade.

Ou, como afirma o referido autor, uma característica na função de julgar reside no dever que o juiz tem de aplicar as normas sociais estabelecidas ao caso concreto, isso sem dizer que cumprir o referido dever tem efeito despersonalizador, no sentido de se deixar claro que não é a pessoa do magistrado que está impondo esta ou aquela obrigação a uma das partes envolvidas no conflito, e sim a lei, o próprio direito. Nesse sentido, “o juiz pode até mesmo expressar sua discordância com a norma que é aplicada, mas é apenas quando lança mão de uma norma inesperada ou indesejada que inserem em pauta um aspecto individualizado”. (CHASE, 2014, p. 59).

Todo o esforço de trazer até aqui os apontamentos de Chase tem o objetivo de destacar como o comportamento cultural de uma sociedade pode influenciar na formação dos meios de solução de conflitos. Essa é a tese sustentada pelo jurista belga, que tem a cultura como uma variável não somente explicativa, mas também reflexiva, ou seja, há uma influência recíproca, no sentido de que os meios de resolução de litígios refletem a cultura e, por sua vez, são afetados pela cultura. Numa palavra: “as instituições de resolução de conflitos são ao mesmo tempo um produto, um colaborador e um aspecto da cultura”. (CHASE, 2014, p. 27).

Talvez seja isso de que se ressinta este lado ocidental: o duplo caráter explicativo e reflexivo da cultura. Na tradição da *Civil Law* e no Brasil, sobretudo, a resistência ao dever de fundamentar, em boa medida, ainda é o reflexo de uma velha cultura: a de que a justificação da decisão judicial, por se tratar de ato de autoridade, é prescindível. Essa cultura, por sua vez

é refratária, não se curva à ideia de que a obrigação de fundamentar uma decisão judicial é uma questão de democracia, e não de vontade de poder.

Segundo o jurista belga, “a invocação da ‘cultura’ como uma ferramenta para compreender os processos de resolução de litígios não é apenas defensável; é também necessária”. (CHASE, 2014, p. 27).

Tome-se, no que interessa aqui, como exemplo, o tratamento dado, ao longo da história ao tema central desta pesquisa: a fundamentação das decisões judiciais.

Ao destacar, como recorte, o exemplo privilegiado que a matéria recebeu na tradição anglo-saxônica, constatou-se que, culturalmente, a fundamentação das decisões se confunde com a história do seu principal instituto, os precedentes. Não há na história daquela tradição qualquer registro de norma escrita ou costumeira obrigando o juiz inglês a justificar suas decisões. Como já visto, tais circunstâncias decorrem de uma condição intrínseca àquele sistema jurídico, é da sua natureza. Trata-se, enfim, de uma questão cultural.

Diversa, contudo, é a história da evolução da fundamentação das decisões judiciais na tradição da *Civil Law*, marcada por um histórico, nem linear e nem ascendente, de sobressaltos, avanços e retrocessos.

De fato, um dos primeiros aspectos a serem destacados reside no fato de que a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais e a fundamentação das decisões judiciais nem sempre andaram juntas na tradição da Europa continental. Não há uma relação direta entre os dois fenômenos, ao contrário do que ocorre na *Common Law*, a cultura dos precedentes está diretamente ligada à fundamentação das decisões judiciais, podendo-se dizer que a recíproca é verdadeira.

Na *Common Law*, a fundamentação das decisões judiciais é um movimento que se desloca de dentro para fora, é algo internalizado. Diverso é o sentido do movimento na *Civil Law*, que ocorreu de fora para dentro, quando se considera que a sua consolidação, à qual se seguiu um processo de expansão, é o resultado de uma imposição legal e é como uma espécie de legado da revolução francesa.

Um sintoma dessa problemática, que também revela como a evolução da fundamentação das decisões judiciais foi tumultuada, pode ser visto nas palavras de Taruffo, diversas vezes já referidas, quando diz que a matriz do dever de fundamentar não é jurídico-filosófica, mas ideológica e política. Ou, por outras palavras, “o modo de enfrentar o problema é uma variável dependente do quadro ideológico em que é visto o tema geral da função política da jurisdição”. (TARUFFO, 2015, p. 345).

Por outro lado, a negligência dos ideólogos iluministas e dos próprios revolucionários franceses é outro aspecto que pode ser apontado como fator que contribuiu para a tumultuada, instável e fragmentada história da fundamentação das decisões judiciais na tradição da *Civil Law*.

Com efeito, obcecados pela ideia de que a lei era o remédio para todos os males e movidos pelo pavor que sentiam dos juízes, por causa dos abusos cometidos durante o velho regime, como bem lembra Lucca (2015), Montesquieu, da mesma forma que outros teóricos iluministas contemporâneos seus, não teve a acuidade de perceber que um controle mais eficaz da atividade judicial não passava por um controle de viés rigorosamente político e ideológico, dado que dependeria muito mais da obrigatoriedade de se justificar todas as decisões judiciais, percepção que não tiveram à época.

Segundo anota Lucca (2015, p. 131), o barão de Montesquieu “acreditava nas leis e na capacidade do Poder Legislativo de editar leis tecnicamente perfeitas” uma espécie de senso comum teórico que a “História e o desenvolvimento científico mostraram estar equivocadas”. (LUCCA, 2015, p. 131).

Ainda de acordo com Lucca (2015), no mesmo erro incidiram os próprios revolucionários franceses, pois como estavam preocupados somente com a efetiva aplicação, pelos juízes, do direito criado pelo legislador, “eles sabiam que o controle da jurisdição da decisão deveria ser realizado posteriormente, pois nada impediria que um juiz ignorasse a lei previamente elaborada ou a aplicasse equivocadamente”. (LUCCA, 2015, p. 131).

À vista do que até foi visto a partir do resgate histórico, com que se pretendeu traçar as linhas evolutivas, embora fragmentadas, do dever de fundamentação das decisões judiciais, que vão do surgimento à sua consolidação, o que se percebe é que, ao longo de sua história, a fundamentação das decisões judiciais experimentou vários estágios.

De fato, como visto na genealogia, no princípio, como os juízes se confundiam com os deuses, não havia por que justificar suas decisões, que se bastavam. Mesmo depois de abandonado o caráter divino das decisões judiciais, ainda assim não reclamavam justificação, por se tratar de ato de autoridade. A esses, seguiram-se outros estágios: desnecessidade, recomendação, proibição e obrigação (algumas vezes apenas como dever de obediência ao monarca) de justificar as decisões judiciais, não necessariamente na mesma ordem.

De se notar, por outro lado, que, no passado, mesmo no curto período em que, pontualmente, foi exigida a presença da fundamentação, isso se deu apenas como forma de controle das decisões por parte do órgão judicial de instância superior. Mais à frente, ampliou-se a obrigação também como forma de controle a ser exercido pelas partes mediante a impugnação da decisão, que seria inviável, se acaso não fossem conhecidas as razões de

decidir. Entrementes, ainda assim, tudo ficou limitado a uma justificação no plano interno ou endoprocessual.

Até então não havia ainda a consciência da necessidade de um controle externo a ser exercido pela sociedade, ampliando-se, desse modo, o raio de ação da justificação. Como se sabe, isso será uma conquista que virá muito tempo depois. Quando isso ocorre, a justificação das decisões judiciais assume novos contornos, ganha uma face externa, naquilo que ficou conhecido como fundamentação extraprocessual.

Outra conclusão que se extrai da leitura do resgate histórico da evolução da fundamentação das decisões judiciais é a de que, diferentemente do que ocorre na *Common Law*, onde o instituto é tão antigo quanto aquela tradição, na *Civil Law* esse processo não se dará sem grandes traumas e sua recepção será maior ou menor conforme o grau de resistência, determinado, em boa medida, por questões culturais do ponto de vista histórico e político.

De fato, a genealogia da fundamentação das decisões judiciais enquanto obrigação, na *Civil Law*, é caracterizada por um conjunto de práticas que se dão de forma difusa e fragmentada e que vão da simples negação à proibição antes de, finalmente, se consolidar a partir da segunda metade do século XVIII, embora seja no século XIX que irá se expandir com o processo codificação na Europa continental.

Outro aspecto que pode ser apontado como fator de contribuição para o conjunto de práticas difusas e fragmentadas em torno da fundamentação das decisões judiciais está diretamente relacionado com o ato de interpretação judicial.

Como se sabe, foi graças a Montesquieu, com a sua teoria da separação de poderes, que a função judicial foi minimizada. Dos três poderes, o Poder Legislativo foi o que ascendeu à condição de principal protagonista, cuja função passou a ser considerada a mais importante, cabendo ao juiz apenas a atribuição de pronunciar a letra da lei.

Por ter sido o responsável pela popularização da separação de poderes, em torno do Barão de Montesquieu gira o senso comum teórico de que teria sido dele a ideia original de proibir o juiz de interpretar a lei.

Picardi (2008) afirma que, um pouco antes da ideia da concretização da ideia desenvolvida por Montesquieu, já havia uma referência necessária em matéria de proibição do juiz de interpretar. Trata-se do *Código de Luís XIV*, tido como o antecedente imediato das ideias iluministas, quando o assunto é proibição do juiz de interpretar, mas que somente foram consolidadas com o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, o artigo 7º da mencionada codificação, na tentativa de vincular os juízes ao texto da lei, dispunha que “no caso de dúvida ou de dificuldade na ‘exécución’ de

disposições normativas, o rei proíbe, efetivamente, aos juízes de interpretá-las e lhes impõe que se dirijam a ele para conhecer a *voluntas principis*". (PICARDI, 2008, p. 92). Ainda de acordo com o autor, a referida disposição, além de anteceder de perto as ideias iluministas, por outro lado, “tenta ressuscitar a proibição justianéia de *interpretatio*, enquanto reservada ao imperador”. (PICARDI, 2008, p. 92).

Veja-se, então, que a questão vem de longe. E não é temerário dizer como a proibição de interpretar também contribuiu para a história fragmentada da fundamentação das decisões judiciais, ao longo do tempo.

De fato, como visto, pelo menos em três momentos da história o juiz foi proibido de interpretar: durante a codificação de Justiniano, durante o absolutismo na França e após a revolução francesa, com a instituição do princípio da separação dos poderes e sua consagração inicial durante a legislação revolucionária.

Por outro lado, a proibição de interpretar acaba por provocar um paradoxo. É que se a proibição de interpretar foi um expediente de que se lançou mão para controlar a atividade jurisdicional, na medida em que se proíbe o juiz de interpretar, como vai dizer Picardi (2008), essa proibição acabaria por favorecer “formas de não-responsabilização do juiz ou mesmo verdadeira e próprias negações de justiça”. (PICARDI, 2008, p. 95).

De acordo com Picardi (2008), percebendo a inconveniência causada pela proibição do juiz interpretar estabelecida na primeira fase da legislação revolucionária, o Código Civil francês de 1804, por seu artigo 4º, revogou o dispositivo legal que dispunha sobre a proibição, oportunidade em que ficou estabelecido que “le juge qui refusera de juger, sous pretexte du silence, l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.¹⁵⁰ (PICARDI, 2008, p. 95).

Atualmente, como diz Rigaux (1997), “já ninguém ousaria hoje sustentar que o juiz é apenas ‘a voz da lei’. Contudo, as opiniões continuam a divergir sobre a necessidade e, em princípio, sobre o alcance do seu poder de apreciação”. (RIGAUX, 1997, p. 72). Ou como diz Streck (2017b) não é porque o juiz deixou de ser a “boca da lei” que ele pode se arvorar em ser o “dono da lei”. Essa passagem não se justifica, não é democrática.

A questão é complexa e nesse cenário não se pode descartar a ideia de que a antiga proibição de interpretar, experimentada, como visto, pelo menos em três períodos da história, ainda continue a produzir seus efeitos com impactos negativos sobre a fundamentação das

¹⁵⁰ Tradução nossa: “O juiz que se recusa a julgar, sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, pode ser processado como culpado de erro judiciário”.

decisões judiciais. Nesse sentido, a resistência ao dever de fundamentar pode ser um reflexo desse tempo, uma questão cultural.

É como se fosse uma questão ainda não resolvida, um trauma ainda não superado. Como se o juiz ainda precisasse provar para si mesmo que não é mais a *boca da lei* e, que por isso, tudo pode, inclusive se recusar a fundamentar suas decisões. Ou fundamentar, laçando mão de critérios heterodoxos e que não guardam sintonia com o modelo de Estado de Direito em que ele está inserido.

Como foi destacado no resgate histórico da fundamentação das decisões judiciais, é reservado, aos gregos, um papel especial nessa história. Foram eles, ainda que figurativamente, que deram o pontapé inicial. Com as tragédias, os dramaturgos cuidaram de narrar o nascimento do processo, marcando a passagem dos julgamentos como um ritual divino e religioso para o debate democrático.

Nesse sentido, não é exagero dizer que graças à iniciativa dos gregos é que hoje, muitos séculos depois, se pode dizer que, do ponto de vista histórico, que a fundamentação das decisões judiciais é ato representativo da passagem do arbítrio à razão, da transição de um Judiciário que se legitima pelo simples fato de praticar atos de poder e de autoridade para o Judiciário que se legitima, quando presta contas de seus atos perante a sociedade, o que faz mediante justificção de suas decisões.

Numa palavra final: hoje, como disse Garapon (1996), nada escapa ao judiciário. Tudo é judicializável. Isso aumenta a importância do papel do Judiciário. Mas, em contrapartida, a responsabilidade aumenta na mesma proporção. Por essa razão mesmo não há motivo para traumas e ressentimentos presos a um tempo em que o juiz era proibido de interpretar.

De fato, é como se os juízes nunca tivessem se recuperado do trauma da proibição de interpretar, muito embora já esteja longe o tempo em que, de acordo com a concepção mais radical do iluminismo, traduzida na proposta de Syeyés, o Judiciário foi pensado fora da configuração do Estado, visto que, estruturalmente, composto apenas pelo Legislativo e Executivo.

Do mesmo modo, até mesmo o papel diminuto conferido ao Judiciário por Montesquieu na sua teoria da separação dos poderes é coisa do passado. Não há razão para que o juiz seja refém desse trauma. Essa questão há muito foi superada com a expansão do espaço do Judiciário, a partir da segunda metade do século XX. Isso implicou também a redução do espaço da lei na mesma proporção.

E não será a exigência da fundamentação que fará do juiz ou do Poder Judiciário um poder menor. Estabelecer o controle hermenêutico das decisões judiciais não é o mesmo que

proibir o juiz de interpretar, como adiante será demonstrado. Essa questão, de igual modo, há muito que está superada.

Aliás, é justamente a obrigação de fundamentar as decisões judiciais que torna o Judiciário um poder especial e diferenciado, como atesta Garapon (2005, p. 104), quando afirma que, por estarem submetidos a uma obrigação de justificar suas decisões, que não encontra paralelo se comparados com os demais agentes estatais (do legislativo e do executivo), que podem exprimir, com maior liberdade, suas vontades, “o trabalho dos juízes comporta uma dimensão universalizável própria. É por esse motivo que se pode afirmar que os juízes – e é aí que reside a sua especificidade – constituem o poder mais universalizável, mas também o mais universalizante, dos três poderes descritos por Montesquieu”. (GARAPON, 2005, p. 104).

Eis a sua grandeza. Ademais, como diz Streck (2017b), não há necessidade somente de um controle sobre as decisões judiciais. Mais que isso, precisa-se de juízes capazes de efetivar a Constituição e de lê-la com os olhos do paradigma do Estado Democrático de Direito, ou seja, enxergando-a como norma.

E, reconheça-se, um bom começo é se curvar ao dever de fundamentar as decisões judiciais, estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Não há nenhum desdouro nisso. Ao contrário, isso só o legitima junto à sociedade.

Para finalizar, pode-se dizer com Mourão e Lima (2016, p. 439) que o dever de motivar as decisões judiciais se constitui em um instrumento constitucional de legitimação democrática da atividade do Poder Judiciário, isto porque, desde mesmo sua origem no Estado de Direito, “indica-se que o poder decisório dos juízes não é mera decorrência de sua autoridade, mas do modo de exercer o poder em atenção a prescrições constitucionais e legislativas”. (MOURÃO; LIMA, 2016, p. 439).

Dizendo de outro modo: a legitimação do Poder Judiciário e de suas decisões não decorre de um ato de autoridade, mas sim da forma como ele atua, trata-se, portanto, de uma legitimação atuacional.

4.4 A Fundamentação das Decisões Judiciais como uma Questão de Democracia e Prestação de Contas

Imagine-se, a partir de um exercício de raciocínio, um modelo de Estado em que a palavra *democracia* não pode ser mencionada, muito menos praticada. Tome-se, para esse fim, o exemplo hipotético de duas experiências históricas: uma pré-moderna, outra moderna.

Na primeira, não existe a figura do Estado estruturado política e administrativamente por meio de três poderes constituídos, harmônicos e independentes, e mediante o exercício de funções distintas. Nesse exemplo, por certo, a hipótese é de um Estado Absoluto, no qual o monarca é o detentor do poder soberano, absoluto, ilimitado e inquestionável. O soberano reúne sobre sua pessoa a soma de todos os poderes: ele é o legislador, o governante e o juiz.

Na segunda experiência, o Estado moderno já experimentou sua aurora e o seu poder é exercido por meio de três funções distintas: legislativa, executiva e jurisdicional. Faça-se uma aproximação e tome-se como exemplo um modelo de Estado da primeira metade do século XX. Desde o final do século XVIII, ele conhece os poderes distintos que o estruturam, mas, no exemplo dado, a distribuição do exercício do poder é meramente formal. Em verdade, um deles é hipertrofiado, os outros dois lhe são submissos.

Em qualquer dos exemplos dados, não há que se falar em democracia. Ambos os regimes (ou estados) são de exceção, embora o modelo de estado do segundo exemplo seja formalmente constituído por três poderes distintos.

Segue-se então à seguinte indagação: em qual dos dois modelos de Estado, tão distantes um do outro, o cidadão, ou a sociedade de um modo geral, pode exigir dos detentores dos poderes, sejam eles legisladores, governantes ou juizes, a prestação de contas de seus atos? Noutro modo de dizer: a eles pode ser atribuído algum tipo de responsabilidade, seja ela política, social ou jurídica?

Ainda que no segundo modelo exista uma separação formal dos poderes, por certo que a resposta para ambos é negativa, significa dizer: em ambos os modelos, por se tratar de regimes de exceção, não há que se falar em responsabilidade de qualquer dos detentores do poder, porque responsabilidade política é uma questão de democracia, portanto, compatível somente quando o regime for democrático.

A que se deve isso então?

É que há uma relação direta entre responsabilidade dos juizes (política, social ou jurídica) e o modelo de Estado no qual a atividade jurisdicional é exercida. Isso pela razão de que só faz sentido falar em responsabilidade judicial na medida em que o regime político do Estado seja democrático. Segue-se que num cenário em que o poder é irresponsável, no sentido de que ele não se obriga a prestar contas de seus atos, o dito poder é incompatível com o regime democrático adotado pelo Estado de Direito, que se caracteriza por se tratar de um modelo de Estado que se justifica. Seu *habitat*, portanto, por assim dizer, é o dos regimes totalitários.

Com efeito, como sustenta Cappelletti (1989), onde há poder deve haver responsabilidade, donde se infere que há uma relação de proporcionalidade entre poder e responsabilidade. Essa relação se estabelece de tal forma que à medida que o poder cresce, haverá um correspondente “aumento dos controles sobre o exercício de tal poder”. (CAPPELLETTI, 1989, p. 18). Há, portanto, uma relação diretamente proporcional entre responsabilidade judicial e aumento do espaço de atuação do Poder Judiciário.

Isso, contudo, é válido somente para os modelos de Estado Democrático. Isso significa dizer que não é possível se falar em controle sobre o exercício do poder diante de um modelo de estado autoritário, uma vez que, por não se sujeitar a qualquer tipo de prestação de contas, se constitui numa patologia, dado que um poder sem responsabilidade é totalmente incompatível com um sistema democrático.

No modelo, portanto, do Estado de Direito, o Estado que se justifica, isolada e conjuntamente, ele presta conta de seus atos por meio de seus poderes constituídos: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Dependendo de qual poder se trate, a questão da justificação formal do ato estatal pode sofrer temperamento ou ser mitigado. É o caso, por exemplo, do Poder Legislativo. Com efeito, como pontua Lucca (2015), muito embora o Estado de Direito seja o “Estado que se justifica”, nem todo ato de Estado deve ser formalmente justificado, exigência que fica relativizada quanto à atividade de criar a lei por parte do Poder Legislativo, o que é plenamente justificável pela razão de que o Legislativo é detentor de uma legitimação primária. E isso se justifica pelo fato de que “os parlamentares são representantes do povo e atuam sob o manto da soberania popular, motivo pelo qual os atos legislativos devem ser justificados apenas materialmente a partir da Constituição”. (LUCCA, 2015, p. 124-125).

Diferente é o que ocorre com os Poderes Executivo e Judiciário, razão pela qual “a validade de qualquer ato administrativo ou jurisdicional que interfira na esfera jurídica do individuo está condicionada à exposição clara e coerente de suas razões”. (LUCCA, 2015, p. 125).

Para Dworkin (2011), os juízes, assim como qualquer outra autoridade detentora de poder político, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política: “em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões que eles se propõem a tomar”. (DWORKIN, 2011, p. 139).

Nessa mesma direção, segue Nascimento (2015, p. 231), para quem, “o juiz tem uma responsabilidade política que se traduz num dever de prestar contas de seus atos, o que modernamente se chama de *accountability*”.¹⁵¹

Ainda de acordo com o autor, “essa é uma das leituras possíveis do dever de fundamentar as decisões judiciais de que trata o art. 93, IX, da CF/88, uma obrigatoriedade de justificar a decisão em decorrência de uma responsabilidade política assumida pela magistratura”. (NASCIMENTO, 2015, p. 231).

Com efeito, conforme Taruffo (2015), a obrigatoriedade da fundamentação, além de exercer o papel de uma norma que atua sobre outras normas, também tem o significado de uma norma dirigida ao juiz, “na medida em que constitui um princípio jurídico-político fundamental para a administração da justiça na estrutura do Estado de direito configurada na Constituição”. (TARUFFO, 2015, p. 340).

Adiante, o jurista italiano deixa claro que o controle das decisões judiciais, por meio da obrigatoriedade da fundamentação, se insere dentro de um plano mais geral do controle dos atos estatais próprios dos sistemas democráticos, do qual os juízes fazem parte, ainda que se ressintam de um mandato popular.

Para Taruffo (2015), a se considerar o seu significado mais profundo, o princípio em vitrina expressa a necessidade geral e constante de controle sobre o modo como os órgãos estatais, de um modo geral, o que inclui o Judiciário, exercem o poder que o ordenamento lhes confere. Nesse contexto, é “a obrigatoriedade da motivação da sentença uma manifestação específica de um ‘princípio da controlabilidade’ mais geral que parece essencial à moderna noção do Estado de direito e que produz consequências análogas também em campos diferentes daquele da jurisdição”. (TARUFFO, 2015, p. 340).

Nessa perspectiva, para Taruffo (2015), o princípio da obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais tem um sentido que transcende à perspectiva meramente jurídica para abarcar uma conotação política, na medida em que se trata de um instrumento destinado a tornar possível “um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo com que o juiz administra a justiça” (TARUFFO, 2015, p. 341), cujos destinatários não se reduzem às partes ou aos órgãos jurisdicionais superiores, deslocando-se para a própria opinião pública, de tal

¹⁵¹ De acordo com Tomio e Robl Filho (2013), por *accountability* deve ser entendido “a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades”. Aqui, a questão da responsabilidade do juiz será examinada na perspectiva da responsabilidade política, no sentido de prestação de contas ou de submissão dos atos (estatais) praticados ao controle das partes e da sociedade de um modo geral. Nesse sentido, não serão objeto de análise a responsabilidade civil e criminal dos juízes.

forma que ao controle meramente jurídico exercido pelos sujeitos do processo se agrega o controle político, pela via democrática, “que deve ser exercido por qualquer um do povo em cujo nome a sentença é prolatada”, de tal forma que “o princípio constitucional em exame não exprime uma genérica exigência de controlabilidade, mas sim uma garantia de controlabilidade democrática sobre a administração da justiça”. (TARUFFO, 2015, p. 342).

Por outro lado, outro aspecto a ser destacado diz respeito ao fato de que, numa perspectiva comparatista, a prestação de contas do Poder Judiciário apresenta contornos bem peculiares, se cotejados com a forma de prestação de contas dos dois outros poderes do Estado.

A começar pelo fato de que, de todos os poderes, como afirma Conte (2016), o Judiciário é aquele que possui maior déficit de legitimidade¹⁵². Isto faz com que sobre o Judiciário, muito mais que sobre o Legislativo ou o Executivo, pese uma carga maior de exigência de justificação de seus atos¹⁵³. E não se conhece meio mais idôneo e adequado para fins de correção do déficit de legitimidade senão o da fundamentação de suas decisões, que, nas palavras de Conte, se constitui num “inestimável fator de legitimação do exercício do poder jurisdicional”. (CONTE, 2016, p. 263).

De fato, embora todos os poderes sejam decorrentes da soberania popular, ainda que em relação ao Judiciário isso ocorra indiretamente, como na maioria dos países da tradição da *Civil Law*, é diferente o que ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo, em que o controle de seus atos é feito prévia e diretamente pelo cidadão através do voto. Outra característica que é peculiar ao Judiciário reside na circunstância de que o controle é posterior, uma vez que é com a entrega da prestação jurisdicional devidamente fundamentada que o juiz presta contas de seus atos. Ou, como diz Costa (2019), para quem o juiz também exerce um poder emanado do povo, ainda que, no geral, não seja ele escolhido diretamente pela população, a legitimidade democrática do judiciário é atuacional.

Nesse sentido, Conte (2016, p. 888-889) diz:

A peculiaridade da legitimação do exercício da função jurisdicional está em que, ao contrário dos titulares dos mandatos seletivos, somente pode ser medida e avaliada, ulterior e condicionadamente, através do exame da

¹⁵² Essa expressão deve ser entendida a partir do modo de recrutamento dos juízes, sobretudo diante do fato que, ressalvadas as exceções, os juízes, de um modo geral, como ocorre no Brasil, não são eleitos para o cargo e nem são detentores de um mandato popular, não possuindo, nesse sentido, ao contrário dos membros do legislativo, legitimidade originária, e sim derivada, visto que decorrente de sua atuação. É nesse sentido, portanto, que há de ser compreendida a expressão.

¹⁵³ Com efeito, Gomes Filho (2011, p. 67) destaca que, numa perspectiva política no sentido lato, a necessidade de justificação dos atos estatais assume maior relevância, quando se trata das decisões judiciais.

atuação do juiz no cotidiano forense, em cada caso concreto, e da fundamentação jurídica e racional de suas decisões (legitimação *a posteriori*, de exercício e condicionada). Por assim ser, o juiz padece de um déficit de legitimidade, originário, mas que, no dia a dia de sua concreta atuação, em cada decisão, pela energia argumentativa contida na motivação, o Judiciário pode transformar, na conta democrática de balanço, em superávit de legitimidade.

Contudo, se por um lado o juiz não se exonera de qualquer tipo de responsabilidade pelo fato não ter sido investido no cargo pelo voto¹⁵⁴, de igual modo o seu ingresso na carreira por concurso público não o deixa fora do sistema democrático, pois, como afirma Conte (2015), na mesma linha trilhada por Costa (2019), no âmbito do modelo do Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder do juiz, assim como de qualquer outro agente estatal, “exibe cariz representativo, no preciso sentido de que é exercido por delegação do povo soberano”. (CONTE, 2015, p. 889).

Nesse sentido, Gomes Filho (2011, p. 67), vai dizer que “nos regimes democráticos a legitimação dos membros do judiciário – que não resulta da forma de investidura no cargo¹⁵⁵ – só pode derivar do *modo* pela qual é exercida sua função”.

Acrescenta ainda o referido autor que, sendo uma espécie de prestação de contas de um modo de atuação, “a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para se situar, portanto, no plano mais elevado da política, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional”. (GOMES FILHO, 2011, p. 68). Disso resulta, como sustenta Gomes Filho, que os destinatários do dever de fundamentar não se reduzem às partes, com seus advogados, e nem aos órgãos jurisdicionais com poder de revisão dos julgados e que irão examinar as eventuais impugnações. Para além disso, a própria opinião pública se constitui como destinatária das decisões judiciais. Numa palavra: o cidadão, o próprio povo em nome dos quais a decisão é pronunciada.

Com efeito, como vai dizer Lucca (2015), assim como Costa (2019), nos regimes democráticos, o poder jurisdicional, da mesma forma que ocorre com os demais, decorre da soberania popular, contexto em que “o ato de motivar uma decisão judicial configura verdadeira prestação de contas do juiz aos legítimos detentores do poder por ele exercido”. (LUCCA, 2015, p. 138).

¹⁵⁴ Desde que na perspectiva de Estados, como no Brasil, nos quais o juiz ingressa no cargo mediante concurso público ou outras formas de investiduras, que não seja por meio de uma eleição pelo voto.

¹⁵⁵ Esse é quase sempre um argumento recorrente, embora equivocado: o de que a legitimação dos atos estatais, do quais a decisão judicial se constitui no seu coroamento, derivaria da investidura por meio de concurso público.

Ainda segundo Lucca (2015), a fundamentação das decisões judiciais, além de legitimar a atuação do Poder Judiciário, desempenha a função que, no modelo de Estado Democrático de Direito, é tida como a mais importante: a de servir como instrumento de controle do exercício, pelas partes e pela sociedade de um modo geral, da atividade jurisdicional.

Na mesma linha de entendimento, segue Schimitz (2015, p. 231), para quem “é na fundamentação que encontramos não somente a legitimidade da decisão perante as partes, mas sua legitimidade como ato do Poder Judiciário”.

Destaque-se que a fundamentação deverá ser a mais exauriente e completa possível, uma vez que, de acordo com Aboud (2014, p. 303), “um déficit de fundamentação é, na realidade, um déficit de legitimação da atividade do Judiciário”, por isso justificável é o entendimento segundo o qual a prestação de contas dos atos jurisdicionais assume um grau elevado de relevância, além de se constituir num esforço a mais, voltado para a superação desse déficit. E isto é assim em razão das peculiaridades em torno da forma de investidura dos membros do Poder Judiciário que, como visto, na grande maioria dos casos, ocorre mediante concurso público e não por meio do voto.

Se vista, pois, a questão na perspectiva da responsabilidade política dos juízes, bem como se for considerado o fato de que, como ocorre no Brasil, a investidura no cargo não se dá por meio da vontade popular, não se revela fora de propósito supor que o meio mais idôneo e eficaz, com vistas a superar o déficit de legitimidade, não é outro senão o da justificação das decisões judiciais. É por intermédio dessa peculiar forma de prestação de contas que os juízes submetem suas decisões ao controle das partes, dos órgãos jurisdicionais de instância superior, do cidadão individualmente considerado e da sociedade de um modo geral, que, em última análise, são os seus destinatários finais e em nome dos quais os atos judiciais são praticados.

De fato, como pontua Trindade (2016), a responsabilidade dos juízes é uma questão que atravessa toda a história do Direito, mas que somente vai ocupar um lugar de centralidade no paradigma do Estado Constitucional Democrático de Direito, cujas razões são óbvias: “as atuais democracias estruturam-se sobre um sistema normativo de direitos e garantias que pressupõe limites e vínculos à atuação dos poderes públicos e privados. Todo poder deve ser controlado, não havendo mais espaço para blindagens e imunidades”. (TRINDADE, 2016).

Na verdade, como lembra Cappelletti (1989), para quem hoje é inaceitável o discurso de que, por ser a fonte do direito, o Estado não cometeria ato ilegítimo, a questão da responsabilidade dos juízes, assim como de qualquer outro agente estatal, como consequência

de uma nova filosofia do Estado e do Direito, apenas reafirma uma concepção de responsabilidade que já era presente na democracia grega, traduzida na seguinte expressão: “na nossa cidade ninguém que, de qualquer modo, exerça uma função pública, é isento do dever de prestar contas da própria ação”. (CAPPELLETTI, 1989, p. 26).

Se o dever de prestar contas por parte de quem exerce uma função pública deita suas raízes na democracia grega, pode-se então dizer que, por derivação, desde os gregos, a fundamentação das decisões judiciais, como forma de prestação de contas dos juízes, é uma exigência básica do Estado Democrático. E essa constatação explica, pelo menos em parte, as razões pelas quais a história da fundamentação das decisões judiciais se deu de forma tão fragmentada até que enfim se consolidou a partir da segunda metade do século XVIII.

Por outro lado, como demonstrado de forma exaustiva nos itens precedentes, a consolidação do dever de fundamentar as decisões judiciais, vista sob uma perspectiva histórica, tem grande significado simbólico, na medida em que representa o abandono de uma antiga concepção tão fortemente engravada na consciência dos juízes, muito embora, por razões culturais, ainda apresente resistências.

De acordo com a referida concepção, as decisões judiciais, pelo simples fato de se tratarem de manifestações de ato de autoridade e de poder, prescindiam de qualquer tipo de justificação, postura essa que encontra apoio no princípio¹⁵⁶, que sempre se constituiu como obstáculo à ideia da responsabilidade dos juízes, lembrado por Cappelletti (1989, p. 25), de que o Estado não comete erro ou injustiça e nem pratica atos ilegítimos.

Nas palavras de Lucca (2015), essa passagem, que pode ser dita como emblemática, “aloca o poder jurisdicional no mesmo plano do jurisdicionado, impondo-lhe a prestação de contas de seus atos àqueles que compõem a fonte de seu próprio poder”. (LUCCA, 2015, p. 123). Para o autor, sendo uma garantia inerente ao Estado de Direito, o dever de fundamentar se constitui em “um autêntico produto da superação da lógica absolutista de que o indivíduo estava abaixo do rei pela lógica iluminista de que o Estado serve para realizar o indivíduo”. (LUCCA, 2015, p. 123).

Nesse sentido, assevera:

Toda decisão jurisdicional imotivada é, invariavelmente, uma decisão ilegítima e arbitrária. Sem a adequada exposição racional das razões que o justificam, o ato decisório adquire feições subjetivistas e torna impossível o controle da atividade do magistrado tanto em relação ao convencimento fático com em relação à interpretação e à aplicação do Direito. A exigência de motivação, portanto, liga-se à irrefutável necessidade de se demonstrar

¹⁵⁶ Consagrado na seguinte expressão: “*The King can no wrong*”.

que a decisão tomada pelo magistrado é legítima e correta, tanto porque decorrente de um devido processo legal, como porque aplicado o Direito material previamente estipulado pelo legislador e conhecido pelas partes, seus advogados e toda a sociedade. (LUCCA, 2015, p. 124).

Por outro lado, Nascimento (2015) anota que na perspectiva do Estado Democrático de Direito, conclui-se que na raiz do dever de fundamentar se encontra antes o dever de prestação de contas por parte do juiz, tido com um agente estatal, a exemplo de qualquer outro. Nesse sentido, quando uma pessoa é investida no cargo de juiz nos termos da lei, ela assume o compromisso de exercer a função jurisdicional com a responsabilidade política de prestar contas de seus atos, igualmente estatais, perante a sociedade, “sendo claro que somente se desincumbirá satisfatoriamente dessa obrigação mediante o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, por meio do que confere legitimidade aos atos praticados”. (NASCIMENTO, 2015, p. 235).

Para finalizar, a questão pode ser resumida na seguinte síntese: a responsabilidade política dos juízes é uma questão de democracia.

E como vai dizer Calmon de Passos (2008), disso resulta um “imperativo tanto do controle interno das decisões como do controle externo¹⁵⁷ do exercício da própria função

¹⁵⁷ De fato, para a democracia não basta o controle interno ou endoprocessual disponível às partes diretamente envolvidas no conflito, que podem lançar mão da via recursal em caso de eventual insatisfação com a decisão judicial, isso sem dizer do controle exercido pelas instâncias superiores do próprio Poder Judiciário, que é estruturado hierarquicamente. A questão é tão séria que, do ponto de vista externo, no limite, um dos sujeitos responsáveis pelo controle dos atos dos juízes vem a ser o próprio cidadão individualmente considerado, o conjunto deles ou a própria sociedade de um modo geral, em nome dos quais é exercido o poder jurisdicional. É claro que, na perspectiva política, o controle externo das decisões judiciais nem sempre é possível de ser exercido de forma eficaz. Mas, para a democracia, o que importa é a existência da simples condição de possibilidade para o exercício do controle externo. Isso é que tem que ser efetivo. O modo e a intensidade como essa possibilidade irá produzir efeitos concretos dependerá não exatamente de questões jurídicas, mas, sobretudo, políticas e sociológicas, como bem pontua Taruffo (2015). E, porque não dizer, na esteira de Chase (2014): uma questão cultural. Além disso, não se pode perder de vista o fato de que a ideia de que a responsabilidade política dos juízes como uma questão de democracia, da qual deriva o dever de prestar contas, nos últimos tempos tem assumido maior relevância até mesmo quando examinado o assunto na perspectiva do próprio controle interno da atividade jurisdicional. De fato, com o CPC de 2015, apostou-se no modelo de processo jurisdicional democrático, que tem na garantia do contraditório forte um dos seus principais fundamentos. Resultante disso é maior participação das partes no resultado do processo, sendo-lhes assegurado, inclusive, o direito de influir diretamente na formação e na entrega da prestação jurisdicional, naquilo que atualmente vem sendo chamado de decisão judicial participada. De se registrar que, de modo algum, será subtraída do juiz a prerrogativa do poder de decidir o conflito. Nada disso. O juiz continuará tendo a palavra final, apenas as partes poderão influir mais efetivamente na decisão, na medida em que o juiz leve a sério o que cada uma delas apresente como argumento na defesa de seus interesses. Isso nada mais é do que prestigiar o contraditório, em relação ao qual, por expressa determinação legal (art. 7º, parte final, do CPC 2015), o juiz tem o dever de zelar para que seja efetivo. Dizendo de outro modo: o contraditório não mais se estabelece somente entre os contendores. Mais que isso, o próprio juiz se insere no plano do contraditório, por isso se obriga também a estabelecer com as partes uma relação dialógica. É o que se dessume da moderna concepção de que processo deve ser entendido como procedimento em contraditório no qual a participação democrática das partes no processo é ampliada para possibilitar que também participem (influenciem) na decisão (e não da decisão, que é do juiz), pois, como vai dizer Taruffo, (2015, p. 343, nota de rodapé nº 189), “uma efetiva participação democrática na administração da justiça reclama ao mesmo

jurisdicional” que, se acaso ausentes, “nem se poderá falar em democracia”. (CALMON DE PASSOS, 2008, p. 222).

Oportuno, finalmente, caminhando para o fechamento deste capítulo destinado à leitura da dimensão histórica do dever de fundamentar as decisões judiciais, fazer uma ligação, unindo as duas pontas, entre os aportes iniciais (subitem 4.1) e a questão da *accountability judicial*, objeto deste subitem. E nada mais significativo e oportuno para concretizar a ligação dos dois pontos do que invocar, para esse fim, o entendimento de Calmon de Passos (2008, p. 222-223), quando diz que:

[...] o magistrado, numa democracia, nem é o deus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semideuses que olham de cima para baixo, com desprezo ou piedade, o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as consequências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre e incansavelmente lograr um máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo colocou para os que interagem na sociedade e as soluções que darão, quando fracassarem as instituições sociais nessa tarefa. Costumo afirmar que nada é mais significativo para diagnosticar o grau de saúde política de um povo do que fazer uma análise realística do papel que nela desempenha a magistratura. E só este fato de ser o magistrado o referencial básico para isso já diz tudo sobre a importância do Judiciário, mas por igual sobre sua imensa responsabilidade. Daí não podermos nem devermos ser injustos ou displicentes no julgar aquele que nos julgarem.

Perceba-se, portanto, que a importância do Poder Judiciário cresce na mesma proporção em que cresce a sua responsabilidade. Nesse sentido, sua relevância não decorre de sua autoridade e sim da responsabilidade política que assume. E numa sociedade democrática, onde o direito de participação deve ser compartilhado por todos, não há espaço para que o conhecimento dependa de uma só pessoa como se deus fosse. É que o tempo em que o homem torna-se ou tenta se tornar deus já passou.

tempo um nível máximo de participação no processo e um nível máximo de sindicabilidade externa da decisão mediante a motivação”. Acerca do contraditório e seu ressignificado, ver a nota de rodapé explicativa n. 235.

5 DIMENSÃO JURÍDICA: O PRIMADO DO DIREITO

Abordadas nos capítulos anteriores as duas primeiras dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais, o momento agora é de trabalhar com a dimensão jurídica, que além de ser um dos elementos vinculantes da obrigação de fundamentar, sendo, parte, não deixa de ser também a síntese dos demais. É que, a se imaginar uma escala ascendente, a dimensão jurídica, depois das conquistas anteriores, representaria o ponto de chegada que, quando chega, já carrega com ela os dois elementos anteriores.

5.1 Nota Metodológica Inicial

De acordo com Taruffo (2017, p. 105-106), o vínculo em decorrência do qual o juiz se sujeita a decidir segundo o direito, obrigando-o a aplicar corretamente, na decisão, a norma que regula o caso concreto determina “a existência – em tal decisão – de uma necessária e fundamental dimensão jurídica”, decisão essa que é “essencialmente uma dimensão hermenêutica (no amplo significado do termo) na medida em que se centra na escolha e interpretação que rege o caso”. (TARUFFO, 2017, p. 105-106)¹⁵⁸.

Para o autor (2017), a referida dimensão é de grande importância, tanto porque “da correta interpretação e aplicação desta norma depende, obviamente, a justiça da decisão, mas porque a dimensão hermenêutica é crucial, seja na formulação da decisão, seja no que diz respeito à estrutura do discurso que o juiz considera na motivação da sentença”. (TARUFFO, 2017, p. 106).

Com efeito, preenchidas as dimensões paradigmáticas anteriores (filosófica e histórica), é oportuno abordar a obrigação de fundamentação das decisões judiciais, dentro da proposta de trabalho, na sua terceira dimensão.

Entretanto, antes disso, para efeitos metodológicos, pretende-se aqui estabelecer um paralelo entre as dimensões significativas paradigmáticas do dever de fundamentar as decisões judiciais e a história dos direitos fundamentais do homem.

Num aspecto mais geral, o ponto de chegada estabelecido, neste trabalho, é demonstrar que as dimensões que atravessam o dever de fundamentar estão sujeitas ao mesmo fenômeno pelo qual passaram os direitos humanos, desde a sua invenção. Especificamente, o

¹⁵⁸ Em que pese o seu enunciado deixar transparecer a ideia, da qual se discorda, de decisão como resultado da escolha, por parte do juiz, de determinada norma aplicável ao caso concreto, Taruffo enfatiza que a decisão jurídica tem uma dimensão jurídica (além da filosófica e histórica) e seu caráter é essencialmente hermenêutico.

que se propõe consiste em sustentar a ideia de que a dimensão jurídica do dever de fundamentar as decisões judiciais é ela própria também atravessada por dimensões, no caso, as duas dimensões que foram tratadas anteriormente (filosófica e histórica).

Como efeito, e aqui se trata do ponto de partida, o paralelo entre a história da fundamentação das decisões judiciais e a dos direitos humanos, unidas por um mesmo fenômeno, se dá em dois planos, um geral e outro específico.

De acordo com Hunt (2009), historiadora norte-americana, os direitos fundamentais do ser humano, ainda que frequentemente desrespeitados, são tidos, atualmente, como de natureza universal e de valor indiscutível. Hunt (2009) destaca, ainda, que os direitos do ser humano não se constituíram como fruto do acaso, nem foram dados pela natureza, muito menos decorreram de uma graça divina e nem se impuseram na consciência dos homens de uma hora para outra. Ao contrário, resultaram de um longo e tortuoso processo histórico.

Eis aqui, no plano geral, o primeiro paralelo. Tal como ocorreu com o surgimento e a evolução dos direitos humanos, a história da fundamentação das decisões judiciais registra, como visto no capítulo anterior, um caminho longo e tortuoso até o seu reconhecimento universal, sendo hoje considerada um valor indiscutível e indispensável numa sociedade organizada, sobretudo, quando o modelo adotado é o do Estado Democrático de Direito. Eis então o primeiro fenômeno comum entre os dois temas.

Por outro lado, e aqui já se encaminha para o paralelo específico, da mesma forma como ocorre com os direitos humanos, que evoluíram a partir de três dimensões iniciais¹⁵⁹, a origem e a evolução da fundamentação das decisões judiciais são conformadas por dimensões que possuem natureza de adição, no sentido de que, ao invés de tomar o lugar da anterior, a dimensão posterior agrega a que lhe antecedeu, como se tratasse de um processo de adição. Numa palavra: entre elas não existe o sentido de adversidade ou de rompimento.

¹⁵⁹ Tudo isso será forjado no seio de um movimento que passará para a História com o nome de constitucionalismo. Como fruto desse movimento, nascerão as primeiras constituições escritas. Seu principal objetivo é o de impor limites ao exercício do Poder do Estado e será necessariamente associado à garantia de direitos fundamentais, pois não se restringe a estabelecer limites ao Poder Público, mas também estabelecer direitos e garantias individuais, inicialmente, os chamados direitos civis e políticos. E se diz inicialmente porque na medida em que o constitucionalismo avança e que se muda a configuração do Estado moderno, novos direitos irão sendo agregados, ou seja, conforme a evolução, eles serão de primeira, segunda e terceira dimensão, tal como historicamente anunciados na bandeira da França (liberdade, igualdade, fraternidade). Essa a formação clássica, eis que, como se sabe, a sequência imaginada pelos revolucionários franceses não para na terceira dimensão. Hoje já se fala em direitos de quarta e quinta dimensões. Importante destacar que, durante algum tempo, para descrevê-los, se falava em “gerações” e não em “dimensões” dos direitos humanos, o que não deixa de ser uma abordagem equivocada, na medida em que o sentido da palavra “geração” implica a ideia de ruptura, visto que uma geração normalmente rompe com aquela a que sucedeu. Tal não ocorre com a expressão “dimensão” que pressupõe a ideia de adição, no sentido de que a anterior se agrega à que vem em seguida.

Ocorre o mesmo com a terceira dimensão (jurídica) da fundamentação das decisões judiciais. Não obstante goze de autonomia própria, não é temerário dizer que, em verdade, trata-se da soma ou do resultado das duas dimensões anteriores (filosófica e histórica). É que, por sofrer os influxos das dimensões anteriores, surge como o conseqüente natural de ambas.

Ademais do que foi dito, se pode, também, afirmar que ocorre com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais algo semelhante ao que acontece com a linguagem em relação à hermenêutica.

Com efeito, a partir de (e com) Gadamer (2013), se demonstrou que a linguagem tem uma dupla dimensão: é a um só tempo tanto o meio como o objeto da compreensão, daí o famoso aforismo gadameriano: *o ser que pode ser compreendido é linguagem*, ou seja, a linguagem se constitui ao mesmo tempo como meio e como objeto da experiência hermenêutica. Assim também é o fenômeno que se dá com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais: sua compreensão ocorre igualmente dentro de um círculo hermenêutico. Ela é parte e é o todo ao mesmo tempo. É constituinte (no sentido de componente), na medida em que constitui uma das dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais, um de seus elementos, pois, ao lado das dimensões filosófica e histórica. Também assume o sentido de continente, de resultado final, dado que a dimensão jurídica agrega as anteriores.

Como se sabe, na esteira do que vem defendendo Streck, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, sua matriz teórica, uma decisão judicial é (deverá ser) essencialmente jurídica, porque fundada em argumentos jurídicos. Dizer isso, contudo, não exclui uma questão anterior: a de que por trás de uma decisão judicial existe um padrão de racionalidade, um paradigma filosófico (dimensão filosófica da fundamentação) que a sustenta. Ou como consagrou Ernildo Stein (2017): um *standard* de racionalidade.

Do mesmo modo, como o homem é um ser histórico, necessariamente, está mergulhado numa tradição, significando dizer que uma decisão judicial, quando jogada no mundo, carrega com ela um significado histórico, uma consciência histórica, no melhor sentido gadameriano da palavra; reflete, nesse sentido, uma dimensão (histórica).

Esse é, portanto, o ponto de chegada anunciado acima: a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais que, por si só, já se constitui em uma das dimensões paradigmáticas significativas do dever de fundamentar, sendo ela própria atravessada (no sentido de sofrer os influxos) pelas mesmas dimensões (filosófica e histórica) com as quais, uma vez consideradas em seu conjunto, compõem a tríplice dimensão paradigmática significativa da fundamentação das decisões judiciais. É, por assim dizer, uma espécie de

dimensão das dimensões. Fenômeno quase paradoxal. Tem caráter duplamente reflexivo. Isoladamente, é considerada uma das três dimensões e o próprio produto acabado das mesmas. No conjunto, reflete (além de ser uma delas) a tríplice dimensão significativa paradigmática do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Decorrência direta dessa constatação é que, ao longo do presente capítulo, em diferentes momentos, as dimensões objeto dos dois capítulos iniciais serão revisitadas. É possível que a retomada tenha o objetivo de acentuar a relação dialógica entre as três dimensões. Ou para reforçar a ideia de que, sendo a última das três dimensões, a jurídica carrega dentro de si as conquistas, os problemas e as dificuldades das anteriores, sendo, em verdade, bem ou mal, um produto daquelas.

De igual maneira, em se admitindo que as dimensões anteriores, em determinadas situações, continuem a produzir reflexos neste capítulo, é de se concluir que ou bem elas não foram exauridas nos seus respectivos capítulos, ou, o que parece ser mais razoável, isso se deve ao fato de que as três dimensões, em verdade, não são incidíveis e sim se complementam.

Por essa razão é que, ao se deparar com uma decisão judicial, o observador não perguntará qual parte dela é filosofia, história ou direito, porque ela será o reflexo de todas essas categorias ao mesmo tempo, isso sem deixar de ser estritamente jurídica. Isso se deve ao fato de que elas estão umbilicalmente interligadas, de tão forte que é a troca de influxos recíprocos entre elas. Tal como quem percorre uma espiral hermenêutica, uma remete à outra que, por sua vez, remete ao todo.

E nem poderia ser diferente, pois, como vai afirmar Streck (2014, p. 498), “não se pode falar de paradigmas jurídicos sem falar dos paradigmas filosóficos que inexoravelmente atravessam os diversos campos de conhecimento”. Da mesma forma, sendo o homem um ser histórico, não se pode falar de dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais sem o resgate da história institucional do direito nesta parte, mais precisamente, sem levar em conta a dimensão histórica do dever de fundamentar as decisões.

Por outro viés, pode se dizer, em síntese: afirmar que a fundamentação das decisões judiciais é atravessada por três dimensões distintas (filosófica, histórica e jurídica) pressupõe a existência de uma separação entre elas, daí o tratamento dado individualmente a cada uma. Essa separação, contudo, a rigor, serve apenas para efeitos didáticos, isso porque, em verdade, a decisão judicial devidamente fundamentada incorpora todas essas dimensões, é o resultado da soma delas, não havendo entre elas qualquer tipo de cisão.

Enfim, vista em perspectiva, é como se a tríplice dimensão da fundamentação das decisões judiciais fosse composta por camadas sedimentadas e sobrepostas uma sobre a outra¹⁶⁰, de tal modo que a segunda camada recebe, por assim dizer, os sedimentos da primeira e, juntas, irão ser agregadas a uma terceira camada que, ao mesmo tempo, tem vida própria, mas também resulta da sedimentação das anteriores.

Estabelecida essa proposta metodológica, passa-se ao estudo da fundamentação das decisões judiciais *na perspectiva da sua dimensão jurídica*, a terceira das dimensões significativas paradigmáticas que atravessam a fundamentação das decisões judiciais e que tem como um dos seus objetivos demonstrar que uma decisão judicial, em matéria de fundamentação, somente se encontrará atravessada (no sentido de qualificada) por uma dimensão significativa paradigmática do ponto de vista jurídico, quando sua justificação tiver como base argumentos jurídicos, além de estar livre de qualquer sombra de discricionariedade, que, como será demonstrado adiante, se constitui no inimigo número um das dimensões, individualmente consideradas e, também, em seu conjunto.

Noutro modo de dizer: para que, na sua plenitude, se vislumbre na decisão judicial a dimensão jurídica do dever de fundamentar, é indispensável que não se encontre contaminada pelo vírus da discricionariedade. Trata-se de um cenário no qual ao juiz é vedada a livre atribuição de sentidos, o que lhe impede de julgar de acordo com sua consciência, com seu sentimento pessoal de justiça ou lançando mão de critérios de ordem moral e política. Essa é a condição de possibilidade, sem a qual não se pode falar em rigoroso cumprimento do dever de fundamentar. Ausente essa condição, a hipótese é de uma decisão judicial cuja dimensão jurídica da fundamentação não se fará presente, não se confirmará. É que, nesse caso, a fundamentação, por não se constituir numa resposta correta para o caso concreto, não é válida e como afirma Ramires (2010), a ausência de uma fundamentação válida equivale à arbitrariedade que, por sua vez, se revela, a um só tempo, incompatível com as três dimensões significativas paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais (filosófica, histórica e jurídica).

Mas se a discricionariedade é tida como o inimigo número um da tríplice dimensão da fundamentação das decisões judiciais e, por força disso, deve ser combatida, indaga-se: em que consiste mesmo o poder discricionário dos juízes e como ele se coloca no contexto do modelo de Estado Democrático de Direito? Esta questão será abordada em seguida.

¹⁶⁰ Esse aspecto será abordado com maior profundidade no capítulo 4.

5.2 Sobre a Questão da Discricionariedade Judicial, a Mãe de Todas as Posturas Subjetivistas: inimigo número um da tríplice dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais

Desde o prólogo deste estudo que se vem dizendo que são as dimensões paradigmáticas que conferem sentido ao dever de fundamentar as decisões judiciais. Cada uma das dimensões reflete uma passagem e é somente quando o ciclo dessa passagem se completa que se diz que uma decisão judicial se considera fundamentada. Por vezes, e isso se faz cada vez mais frequente, no meio do caminho da passagem surge um obstáculo que impede que o ciclo se feche. Isso ocorre quando os elementos vinculantes da fundamentação das decisões judiciais são ignorados. Quando isso ocorre é a discricionariedade que dita as regras da decisão. Nesse caso, nem de decisão se trata, e sim de uma escolha. Por essa razão é que se diz que na origem de todas as posturas subjetivistas está a discricionariedade judicial, aqui elevada à condição de inimigo número da tríplice dimensão paradigmática. É do que se tratará em seguida.

5.2.1 Considerações Iniciais: a incompatibilidade com a fundamentação das decisões judiciais

De acordo com Abboud (2014), em nota a seu libelo contra a discricionariedade administrativa e judicial, comumente, na cena jurídica brasileira, qualquer trabalho acadêmico que propõe sistematizar uma teoria da decisão judicial com pretensão de eliminar o subjetivismo e a discricionariedade dos atos que decidem questões jurídicas, mormente os atos judiciais, logo enfrenta uma série de resistências, boa parte delas traduzidas em argumentos, nem sempre rigorosos do ponto de vista da racionalidade.

Nesse sentido, são comuns objeções como aquela, talvez a campeã de todas, traduzida no argumento de que o controle hermenêutico das decisões judiciais equivale à proibição do juiz de interpretar, numa espécie de reprimenda do juiz do frustrado sonho iluminista. Também são comuns alegações defendendo, como o faz o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, que o subjetivismo é mesmo inevitável¹⁶¹ ou que é impossível eliminar a discricionariedade porque ela é inerente à alma humana.

Como se pode perceber, sobretudo no capítulo 1, esta também é uma das propostas (a de combater as posturas subjetivas e discricionárias) da presente pesquisa. E isso ficará mais

¹⁶¹ A bem da verdade, o Ministro Barroso não está sozinho nesse entendimento. Como será visto adiante, tem a companhia de juristas, como Cappelletti (1999) e Chase (2014), dentre outros.

evidente neste capítulo, que irá tratar da dimensão jurídica que atravessa a fundamentação das decisões judiciais.

Conforme mencionado no item anterior, aqui será demonstrado que a eliminação da discricionariedade, mãe de toda a sorte de posturas subjetivistas, que, não raro, deságua em relativismos, ativismos, para não dizer arbitrariedade judicial, é uma das condições de possibilidade para que a fundamentação das decisões judiciais se firme na perspectiva de sua dimensão jurídica.

De fato, e isso já foi dito, um dos objetivos deste estudo é demonstrar que posturas subjetivistas e a discricionariedade judicial, de um modo geral, são incompatíveis com a dimensão jurídica que atravessa a fundamentação das decisões judiciais.

Numa palavra: o dever de fundamentar as decisões judiciais, tal como estabelecido no artigo 93, IX, da CF, jamais será concretizado, se a decisão em jogo não implicar uma resposta adequada ao caso concreto, o que pressupõe, no modelo do Estado Democrático de Direito, que o juiz decida o conflito à luz dos melhores argumentos jurídicos e em observância da principiologia constitucional. Caso contrário, o direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta adequada não será satisfatoriamente atendido, pois o primeiro passo nessa direção, como diz Abboud (2014), impende que questão jurídica seja decidida e fundada com apoio em critérios jurídicos, enfim, “é necessário que uma questão jurídica seja decidida a partir de parâmetros jurídicos e não pelos valores morais, éticos ou religiosos do julgador”. (ABBOUD, 2104, p. 33).

Acerca da discricionariedade, que aqui se qualifica com o aposto, *mãe de todas as posturas subjetivistas e inimigo número um da tríplice dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais*, o presente estudo, ao final deste tópico, pretende demonstrar que o referido fenômeno é incompatível com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, em particular, e com a tríplice dimensão, no geral. Isso, dentre outras, por um razão bem simples, que aqui se destaca por se tratar de uma questão anterior: a discricionariedade, que é o resultado do exercício do poder discricionário do juiz, ainda que, dependendo do contexto, possa sofrer variações de graus, como, limitados a estes, vão dizer Dworkin (2011, p. 51) e Chase (2014, p. 111), no geral, acaba por produzir consequências desastrosas para a autonomia do direito e para a democracia, dado o seu grande poder de destruição.

Em que consiste e como é que se coloca o poder discricionário dos juízes no contexto do Estado Democrático de Direito? Onde tudo começa em matéria de discricionariedade? Que leituras sobre o tema podem ser destacadas? Há compatibilidade entre discricionariedade e

dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais? O que se segue procura oferecer as respostas.

5.2.2 Discricionariedade - O que é isto?

Ao abordar o tema, Garapon (1996) demonstra uma preocupação. De fato, ao tratar do “poder inédito dos juízes”, o jurista francês principia com uma indagação no mínimo emblemática: “como evitar que o bem comum da justiça não seja falsamente interpretado por uma nova casta de funcionários tão ameaçadora para a democracia quanto os burocratas de outrora?”. (GARAPON, 1996, p. 53).

Ao falar especificamente da França, Garapon (1996) pontua que atualmente o papel de guardião da virtude pública é destinado aos juristas, mais especificamente aos juízes que, por força disso, se tornaram de forma bem evidente uma espécie de “consciência moral da vida social, política e econômica”. (GARAPON, 1996, p. 53).

É evidente que Garapon (1996) está falando do poder discricionário dos juízes e suas várias facetas que, atendendo por diferentes nomes: governo de juízes, ativismo judicial e protagonismo judicial, dentre outros, se constituíram numa verdadeira “tentação da justiça redentora”. Sim, porque, na percepção de Garapon (1996, p. 54), “são muitas as palavras que permitem designar os novos perigos que a justiça pode criar à democracia”.

De acordo com o jurista francês, o ativismo judicial, uma das palavras para a discricionariedade judicial, que tem origem na expressão inglesa *judicial discretion* (“aquilo que é deixado a critério do juiz”), “começa quando entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”.¹⁶² (GARAPON, 1996, p. 54).

Discricionariedade, essa é a chave para entender os efeitos de sua presença no ato de aplicar judicialmente o direito. Quando ela entra, o direito sai pela primeira porta. A consequência dessa presença é a não realização da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais.

A respeito da discricionariedade, diz Streck (2017a, p. 53): “trata-se da principal característica do positivismo jurídico, aparecendo mais explicitamente no contexto da

¹⁶² Como exemplo da primeira situação, pode-se apontar a tentação iluminista do Ministro Barroso de reivindicar para o STF o papel de empurrar a história. Como exemplo da segunda situação, tem-se a resistência da Suprema Corte Americana à aplicação da regulamentação da política pública, que ficou conhecida como *New Deal*, proposta por F. D. Roosevelt, então presidente dos EUA, nos anos 1930. Este episódio demonstra também que o ativismo pode ser conservador, no sentido de empurrar a história para trás.

‘descoberta’ da indeterminação do Direito”, o que vai ocorrer “quando a razão é superada pela vontade, isto é, a relação entre a lei e a sentença assume um aspecto completamente diverso”. Ou, no dizer de Losano (2010, p. 143), citado por Streck, “a decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”.

Segundo o magistério de Streck (2017a, p. 53), entre todas as formas de positivismo jurídico que vieram depois de Kelsen, há um elemento comum e que consiste no fato de que, no momento de proferir a decisão judicial sempre haverá um espaço não preenchido pela razão e que será necessariamente colmatado pela vontade discricionária do juiz. Dizendo de outro modo: todos os positivistas defendem juízos discricionários.

Nesse sentido, a discricionariedade, de acordo com Streck (2017a, p. 54) pode ser compreendida “como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras”. Diz mais: trata-se de “uma ‘autorização para o juiz atuar como ‘legislador intersticial’”, o que não seria nem um pouco democrático (2017a, p. 61). O referido autor adverte ainda para o risco de serem as chamadas zonas de incerteza fruto de uma construção ideológica do juiz que, por vontade própria, poderá aumentar esses espaços e, por via de consequência, o espaço da própria discricionariedade.

5.3 O Problema da Discricionariedade e suas Implicações com a Dimensão jurídica do Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais

Estabelecido, a partir de Garapon (1996) e Streck (2017a), o sentido dado à discricionariedade, em seguida, tratar-se-á sobre a leitura de alguns autores acerca do tema. Para efeitos metodológicos, a leitura será dividida em três seções.

A primeira seção, muito mais por uma questão cronológica e em razão de suas consequências, do que por sua natureza, se dedicará à leitura prescritiva, a começar pela de Kelsen (1998), considerada como o marco zero, à qual se seguirá a de Hart (2012).

Em seguida, na segunda seção, virão algumas leituras do problema da discricionariedade que podem ser enquadradas entre descritivas e moderadamente prescritivas, isto porque algumas delas procuram, em certa medida, encontrar justificativa para o uso da discricionariedade judicial. É o caso das leituras de Larenz (1997) e Cappelletti (1989), sobretudo.

A importância de trazê-las aqui se deve ao fato de que são abordagens mais sistematizadas, na medida em que classificam o ato discricionário de acordo com a sua intensidade e, em menor ou maior grau, suas diferentes manifestações.

Por fim, na terceira seção, se fará a leitura crítica do poder discricionário a partir dos aportes teóricos de Dworkin (2011) e, especificamente no Brasil, de Streck, com sua *Crítica Hermenêutica do Direito* (2017c), além de outros autores, como Abboud (2014), Ramires (2010), Motta (2017) e Oliveira (2008).

Como todas as leituras, independentemente de serem também prescritivas ou críticas, já são descritivas, é possível de dizer que entre elas há um ponto em comum e que pode ser expresso pela metáfora do espaço vazio de Dworkin (2011).

Com efeito, o jusfilósofo estadunidense diz que o poder discricionário é comparável a um espaço vazio no centro de uma rosca. Para ele, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio que estaria limitado por uma faixa de restrições. Ou seja, a discricionariedade somente pode ser praticada dentro do perímetro do espaço vazio da rosca. (DWORKIN, 2011, p. 50-51)¹⁶³.

À metáfora do espaço vazio no centro da rosca, de Dworkin, pode ser acrescentada outra: a metáfora da piscina e suas diferentes raias como o *habitat* natural da discricionariedade. Lançando mão dessa metáfora e vista na perspectiva de um sobrevoo, é possível se vislumbrar com maior nitidez como o poder discricionário se movimenta.

Do alto, e dependendo da perspectiva do observador, pode se perceber que a linha da piscina que separa as diferentes raias nem sempre é bem definida. Tal como um competidor, é dentro dessa piscina que o poder discricionário pode dar suas braçadas. Dependendo das circunstâncias do caso concreto ou do grau de intensidade da discricionariedade a ser usada, ele tem liberdade de escolher uma das raias e até mesmo de mudar de raia, conforme sua escolha, tantas vezes queira. Tem ainda até mesmo a liberdade de criar uma nova raia, desde que seja dentro dos limites da piscina. É vedado, porém, criar uma nova raia fora do perímetro da piscina para alcançar seu objetivo, sob pena de o ato se configurar não como discricionário e sim como arbitrário, hipótese que não tem o respaldo nem mesmo daqueles que conseguem encontrar uma justificativa ou necessidade do manejo da discricionariedade.

Após o resgate das referidas leituras nas seções abaixo, o passo seguinte será o de, após algumas conclusões parciais, demonstrar a incompatibilidade do poder discricionário com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais.

Adiante, as leituras.

¹⁶³ Dworkin (2011) diz também que por essa razão mesma, trata-se de um conceito relativo: “Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: ‘poder discricionário de acordo com que padrões?’ ou ‘poder discricionário com relação à qual autoridade?’. Em geral, a resposta será dada pelo contexto, mas em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro. Como quase todos os termos, o significado de ‘poder discricionário’ é afetado pelas características do contexto”. (DWORKIN, 2011, p. 51).

5.3.1 Leituras Fortemente Prescritivas da Discricionariedade

Aqui se passará em revista duas leituras que, consensualmente, são consideradas as mais famosas e importantes em matéria de defesa da discricionariedade, embora datadas, historicamente, em épocas distintas. A primeira, tem como marco zero o momento em que se reconhece, para a frustração do sonho iluminista, a incompletude do direito aprisionado nas codificações. A segunda, bem mais moderna, foi forjada na segunda metade do século XX. Tais leituras conferem ao juiz o poder de livremente resolver a questão da indeterminação do direito, daí se dizer que são prescritivas. Seus corifeus são, pela ordem, Hans Kelsen e Herbert Hart.

5.3.1.1 Kelsen: onde tudo começa

O subtítulo denominado “onde começa”, do presente tópico, tem que ser compreendido como inserido no contexto do tema principal tratado a partir dos subitens 5.2 (a questão da discricionariedade, eleita na tese como a mãe de todas as posturas subjetivistas) e 5.3, que trata do problema que a discricionariedade representa para a dimensão jurídica do dever de fundamentar as decisões judiciais. E se diz que começa em Hans Kelsen porque, como vai dizer Streck (2017c), é no cenário do problema da indeterminação do sentido do direito que Kelsen, a partir de uma constatação radical, compreende que “o problema da interpretação do Direito é muito mais semântico do que sintático”. (STRECK, 2017 c, p. 37).

Com efeito, de acordo com Streck (2017c), preocupado com a preservação da tradição positivista, que se via ameaçada pelo crescimento do movimento da jurisprudência dos interesses e da Escola do Direito Livre, como forma de contrapô-los, Kelsen preocupou-se mais em fazer ciência do direito. Dito de outro modo: preocupou-se mais com o direito como uma ciência pura do que como uma ciência prática. É isso que ele faz na Teoria Pura do Direito: se preocupou mais em construir um modelo teórico científico para o direito, deixando para um plano secundário a questão da interpretação e aplicação judicial do direito.

Por isso que Streck (2017c) insiste em um ponto: o de que Kelsen fez uma cisão entre direito e ciência do direito e isso foi determinante para o seu conceito de interpretação, dividido em dois momentos. Interpretação como ato de vontade (razão prática) e interpretação como ato de conhecimento (razão teórica). Para além disso, Kelsen “privilegiou, em seus esforços teóricos, as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, deixando a pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete” (STRECK, 2017c,

p. 39), fato que é até mesmo refletido no tamanho do capítulo destinado à interpretação e à aplicação judicial do direito, na sua obra mais famosa, a teoria pura do direito.

Por essa razão mesmo é que Streck (2017c) vai dizer que sua preocupação não é com os problemas sistemáticos que envolvem o projeto de Kelsen para a ciência jurídica e sim explorar e enfrentar o problema provocado por ele “e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da ‘moldura da norma’” (STRECK, 2017c, p. 38), que é concebida como o espaço em que o juiz poderia se movimentar livremente diante de um caso para o qual o direito posto não apresente uma solução imediata.

Nesse sentido, tratar do problema da discricionariedade tendo Kelsen como ponto de partida se justifica nesse contexto, visto que foi a partir dele que a solução da indeterminação do direito, decorrente de insuficiência do positivismo exegético para cobrir toda a realidade, foi confiada ao juiz. Dito de outro modo: se todo o problema do positivismo jurídico se resume na discricionariedade, boa parte dele pode ser atribuído a Kelsen, na medida em que ele não enfrentou de frente o problema, não obstante a oportunidade que teve para estabelecer o controle hermenêutico das decisões judiciais e não o fez, talvez por achar que a criação judicial do direito fosse inevitável, daí Streck (2017c) achar que Kelsen era um pessimista.

Ou seja: ao trabalhar o direito como uma ciência social aplicada e não como ciência pura do direito, Kelsen dedicou à questão apenas algumas dezenas de páginas, tal como consta do capítulo oitavo da sua obra capital, a *Teoria Pura do Direito* (1998).

É que para os propósitos desta pesquisa, que tem na interpretação e aplicação judicial do direito um dos seus principais focos, o objetivo proposto no que se refere ao exame do problema da discricionariedade foi o de destacar a produção de Kelsen diretamente relacionada com a aplicação prática do direito, o que não implica nenhum desdouro para as outras contribuições, de igual modo importantes, que fazem parte de sua vasta obra; apenas, do ponto de vista metodológico, não dizem respeito ao objeto da pesquisa.

Uma vez feita a necessária contextualização desse tópico, que dá início às leituras fortemente prescritivas da discricionariedade judicial, passa-se ao seu exame do ponto de vista *kelseniano*.

Como afirma Streck (2017c, p. 69), “a noção da discricionariedade vinculada a juízes, aparece no contexto das teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da descoberta da indeterminação do direito”. E é nesse ambiente que surge Hans Kelsen, daí se dizer que em matéria de discricionariedade, tudo começa com ele. E assim é dito porque ele é

considerado como o primeiro positivista que se recusou enfrentar o principal problema do positivismo: ela mesma, a discricionariedade¹⁶⁴.

Em verdade, Kelsen (1998), no Capítulo VIII, da Teoria Pura do Direito, onde trata da aplicação judicial do direito, em momento algum menciona a palavra “discricionariedade”. Mas, como lembra Streck (2017c), a ideia de discricionariedade está presente na metáfora, por ele criada, da “moldura da norma”.

De fato, Kelsen (1998) afirma que, nos casos de indeterminação do direito, seja ela intencional ou não, “oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica”. (KELSEN, 1998, p. 390). Diz ainda o autor que, desde que o ato de aplicação judicial se mantenha dentro dos limites da moldura, o intérprete tem liberdade para preenchê-la, “isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”. (KELSEN, 1998, p. 390). Agindo assim, vale dizer, dentro dos limites do quadro imaginado, a atuação do juiz estará em conformidade com o direito. Para compreender bem essa questão, é necessário que se faça um recuo no tempo.

Com efeito, bem na origem, ou seja, no positivismo de primeira hora, que surge no século XIX, não havia espaço e nem necessidade de se discutir a interpretação e aplicação judicial do direito, muito menos existia preocupação com o controle das decisões judiciais. Isso por uma razão bem simples: a lei tinha a pretensão de cobrir toda a realidade, nada lhe escapava. Os códigos, que eram a principal ferramenta do positivismo legalista, dariam conta de tudo e, por mais complexos que fossem os fatos da vida, eles ali caberiam, no sentido de que, para cada fato que necessitasse de uma interpretação judicial, haveria uma hipótese de aplicação já previamente dada.

Nesse cenário, como vai dizer Nascimento (2015, p. 202), o juiz era proibido de interpretar, no sentido de que não havia a necessidade de exercer qualquer atividade de inteligência, bastava-lhe apenas pronunciar o que estava contido no texto que, naquela quadra, se confundia com a própria norma.

De fato, Streck (2015, p. 102) destaca que o positivismo jurídico, que tem raízes no século XIX – e que, dependendo da tradição, se constituirá em um modelo próprio¹⁶⁵ – tem

¹⁶⁴ Não se sabe exatamente as razões, mas segundo Streck (2019c), trata-se de um fatalismo e de uma postura pessimista por parte de Kelsen. De fato, Kelsen, o jusfilósofo de Viena, ao tentar resolver o problema da indeterminação do direito, apostando na discricionariedade, acabou criando um problema maior: como controlar a vontade do sujeito, problema esse que ele se recusou a enfrentar. De acordo com Streck, Kelsen foi um pessimista e se rendeu ao fatalismo, achando que não havia como controlar a subjetividade do intérprete, razão pela qual conferiu à interpretação e à aplicação judicial do direito um papel secundário, sendo o fatídico Capítulo VIII, da sua *Teoria Pura do Direito*, a prova viva desse fatalismo, de que ele se rendeu ao inexorável, admitindo que era impossível controlar a subjetividade do intérprete e aplicador judicial do direito.

duas características comuns: o conceito de generalidade da lei (pretensão de se construir uma regra geral) e a generalidade linguística, com a pretensão de abarcar todas as hipóteses de aplicação.

Acerca de sua genealogia, Streck (2015) pontua que o positivismo jurídico começa como legalista, no sentido de que iguala texto e norma, texto e seu sentido, lei e direito, a partir da ideia de que todo o direito estava contido dentro na lei, contexto em que ao juiz cabia somente “elaborar juízos de facticidade, uma que vez os juízos de validade já estavam previamente dados (pelo legislador, pelos conceitos “pandectísticos” e pelos precedentes da *common law*)”. (STRECK, 2015, p. 103).

Prosseguindo, Steck (2015) afirma que se no positivismo clássico toda regra é tida como geral, significa dizer que a regra tinha o condão de abarcar, antecipadamente, todas as hipóteses de aplicação, razão pela qual, para Streck, é fundamental entender o positivismo exegético como o fenômeno que “aposta em uma objetividade textual, um conceito que consegue abarcar a realidade de forma plena. Por isso o positivismo jurídico se relaciona com o fato. Assim, o positivismo também quer dizer que o texto abarcaria a própria facticidade. E é nesse sentido que o positivismo clássico vai trabalhar com a noção de que toda a regra (a lei) é geral, contendo as respostas antes que as perguntas fossem feitas”. (STRECK, 2015, p. 104).

Ou como dirá Teixeira (2012, p. 45):

Durante o século XIX e grande parte do século XX, a racionalidade jurídica ficou limitada ao raciocínio subsuntivo: a tarefa do intérprete, ou melhor, do juiz, era restrita a encontrar a norma do caso concreto e a ele aplicar. O Código Civil francês (*Código Napoleão*) de 1804 reforçou decisivamente, por um lado, o mito em torno de um legislador onipotente, onisciente e onipresente, capaz de fazer normas desprovidas de lacunas e capazes de durar por toda a eternidade, enquanto, por outro lado, afirmava a técnica da subsunção como padrão de racionalidade jurídica a ser seguido.

Contudo, isso não duraria muito tempo, ou seja, como dirá Teixeira (2012, p. 45), “caíram por terra os mitos exegéticos de um ‘legislador racional’ capaz de antever todas as situações possíveis para o emprego da norma jurídica, de modo que restava ao intérprete tão somente aplicar a lei por subsunção ao caso concreto”.

Ou, como anota Nascimento (2018), logo se percebeu que nos códigos havia lacunas, ambiguidades e vagezas a desafiar soluções diferentes. Em razão disso, desde que compreendido dentro da moldura da norma (Kelsen) ou de sua textura aberta (Hart), o juiz

¹⁶⁵ Escola da Exegese ou positivismo exegético, na França (direito feito pelos legisladores). Pandectismo na Alemanha, também conhecido por Jurisprudência dos Conceitos (direito feito por professores) e a Jurisprudência Analítica, na Inglaterra (direito feito por juizes).

ficava autorizado a agir com liberdade para fazer o preenchimento dos espaços vazios, fechando assim o sistema. Para Nascimento (2018), a partir de então

[...] ficou mais difícil controlá-lo e quando hoje se fala em controle hermenêutico das decisões judiciais, esse discurso quase sempre é mal compreendido, destacando-se, como o principal deles, o mau vezo de reduzir os dois fenômenos num só: igualar proibição de interpretar com controle hermenêutico das decisões judiciais. (NASCIMENTO, 2018).

Ou, ainda, como dirá Streck (2017b, p. 36-37), “de algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade” É quando surge o problema da indeterminação do Direito. É nesse ambiente (o da indeterminação do Direito) que aparece Hans Kelsen, cujo conceito de interpretação vai ser determinado pela cisão que Kelsen faz entre Direito e ciência do Direito.

Streck (2017b) acrescenta que “a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: *interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento*. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz *proposições*”. (STRECK, 2017b, p. 38).

Por outro lado, prossegue Streck (2017b), a interpretação como ato de conhecimento, hipótese em que descreve, no plano da metalinguagem, as normas produzidas pelo Estado, “produz proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-formal. Vale dizer: a relação entre as proposições é, essa sim, meramente sintática”. (STRECK, 2017b, p. 38).

Vê-se, portanto, que a discricionariedade judicial, como ato de ato vontade, surge com a superação do positivismo exegético decorrente da indeterminação do direito e a partir do momento em que Kelsen relega a um segundo plano o problema de sua aplicação judicial, como fica claro no fatídico capítulo VIII de sua teoria pura.

Nesse sentido, Streck (2017b) vai dizer que desde a Escola do Direito Livre na França, passando pela Jurisprudência dos Interesses na Alemanha, pelos positivismos normativo e moderado de Kelsen e Hart, respectivamente, e, ainda, pelo positivismo exclusivo (pós-hartiano) até chegar a autores argumentativistas, a exemplo de Alexy, é possível se indentificar entre eles um elemento comum: “o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse

contexto, *vontade e discricionariedade* são faces da mesma moeda)”. (STRECK, 2017b, p. 69-70).

Para Streck (2015, p. 107), todas essas teses, surgidas no século XX, “buscaram superar o positivismo clássico e os outros positivismos que foram se formando à sombra do velho paradigma”. Todavia, como ele próprio vai dizer, as teorias e propostas metodológicas do século XX “nada mais fazem do que superar o positivismo exegético-primitivo”. (STRECK, 2017b, p. 70). Para ele, não se trata de nenhuma novidade dizer, dentre outras coisas, que o juiz tem um “espaço de manobras” do qual pode dispor discricionariamente ou que já não se pode mais falar em juiz escravo da lei, argumentos normalmente invocados como se fossem grandes “achados”, uma vez que todas essas “descobertas” estão presentes nas trajetórias teóricas desenvolvidas, desde a primeira metade do século XX.

Em razão disso, Streck (2017b) alerta para a necessidade de se por em posição de alerta para determinadas posturas próprias de teorias que ele denomina de pós-positivistas à brasileira, caracterizadas por pretenderem colocar rótulos de novo em questões já envelhecidas e bem desgastadas para os dias de hoje em que se vive um tempo de constitucionalismo democrático. Não obstante isso, para Streck, “ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de *ativismos judiciais* para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade”. (STRECK, 2017b, p. 70).

A título de conclusão desta parte, à vista do que foi exposto, pode-se dizer que tudo começa em Kelsen, à razão de que quando se fala em discricionariedade, certamente o lugar da fala não é do positivismo jurídico exegético e sim o positivismo jurídico que surge com Kelsen e a partir dele, passando por H. Hart e toda sorte de positivismo pós-hartiano, nos quais a discricionariedade, de fato, vai se tornar uma questão central, porquanto característica comum de todos os modelos de positivismos e também das teorias pós-positivistas, entendidas estas como aquelas que, bem ou mal, reivindicam a pretensão de romper, no sentido de superação, com o positivismo, mas não enfrentam o principal problema: a discricionariedade judicial.

5.3.1.2 Hart e a Discricionariedade como Fator de Redução da Textura Aberta da Norma

Como visto linhas atrás, foi Kelsen quem libertou o juiz das amarras do positivismo exegético quando, com sua teoria da moldura da norma, disse que aplicação judicial do direito era uma questão de ato de vontade do juiz.

Todavia, a rigor, o grande debate¹⁶⁶ em torno do problema da discricionariedade começa mesmo, e ganha maiores proporções, com Hart (2012, p. 351) e sua ideia de “textura aberta do direito”¹⁶⁷. Foi Hart (2012) quem sustentou pela primeira vez que nos casos não regulamentados juridicamente pelo direito, o juiz exerceria um duplo papel: criaria um direito novo ao mesmo tempo em que aplicaria o direito já estabelecido, direito esse que outorgaria ao juiz o poder de legislar e ao mesmo tempo lhe restringiria esse mesmo poder, leia-se: o poder discricionário de dizer o direito nos casos difíceis.

Como visto, em Kelsen a solução para indeterminação do direito é dada pelo que ele chama de “moldura semântica da norma”, por força da qual existirá um espaço sobre o qual o juiz pode se movimentar, fazendo suas escolhas no momento de decidir, o que, no limite, poderia até mesmo ultrapassá-lo.

Em Hart, o fenômeno é um pouco diferente. Como bom analítico, sustentava que a indeterminação do direito é decorrente da própria linguagem, visto que ele entende que toda expressão linguística, e isso vale não só para o Direito, mas para qualquer outra área de conhecimento, possui um núcleo duro de significado no qual a interpretação não gera dúvida, e uma espécie de zona cinzenta ou de penumbra caracterizada pela indeterminação ou vagueza. Neste último caso, a interpretação enfrentaria algumas dificuldades em razão da polissemia das palavras, hipótese em que caberia ao intérprete “escolher” a interpretação que ele, livremente, entenderia como a mais adequada ao caso concreto. Ou como afirma Streck (2009, p. 11): “Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal ‘escolha’ se dê no interior da zona de penumbra da norma”.

Para Hart (2012), a questão da indeterminação da linguagem assume tamanha relevância que os próprios “cânones de ‘interpretação’ não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios normais gerais para

¹⁶⁶ Como se sabe, é apenas no esqualido Capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito que Kelsen se dedica ao assunto.

¹⁶⁷ Para Hart (2012), “a textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso”. (HART, 2012, p. 175).

o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação”. (HART, 2012, p. 164).

De acordo com o teórico britânico, independentemente da estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento (precedente ou legislação), “esses padrões, por muito facilmente que se funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de textura aberta”, o que, em verdade, como no caso da legislação, trata-se de uma característica geral da linguagem humana, razão pela qual “a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais”. (HART, 2012, p. 166).

Para MacCormick (2010, p. 169), “Hart formulou uma doutrina valiosa e parcialmente correta quanto ao motivo pelo qual as regras jurídicas não fundamentam totalmente a decisão de todo problema jurídico”.

É a doutrina da imprecisão e da textura aberta das regras jurídicas, qualidades das regras que resultam do fato de que as regras são estruturadas e enunciadas em linguagem natural ordinária pelo uso de palavras e frases gerais como ‘veículo’, ‘semáforo’, ‘fabricante’, ‘matar’, ‘intenção’, e assim por diante. Para tais termos, existe um núcleo de certeza, isto é, exemplos claros de coisas, pessoas, atos e intenções que, sem dúvida alguma, se encaixam perfeitamente no sentido do termo em questão. Mas há também uma ‘penumbra de dúvida’, um espectro de periferia ou casos-limite que não são abrangidos com clareza ou sem ambiguidades pelo termo usado. (MACCORMICK, 2010, p. 169).

MacCormick (2010, p. 171) parece resumir bem a teoria de Hart ao dizer que ela parte do pressuposto de que “embora juízes sejam de fatos obrigados a aplicar as regras jurídicas referentes a todo caso em que são claramente aplicáveis, eles possuem necessariamente uma discricionariedade mais ampla sobre o que fazer nas situações em que as regras não são claras”.

A discricionariedade em Hart, contudo, tem limites, muito embora possa se afirmar que há uma relação direta entre ela e a indeterminação do direito: quanto mais vaga e mais aberta a textura da norma, mais ampla será a discricionariedade.

De fato, no famoso Posfácio em que responde às críticas de Dworkin, Hart (2012, p. 352) esclarece que o poder de criar o direito que ele atribui aos juízes, e por meio do qual estariam habilitados a oferecer aos casos soluções que o direito não oferece, é diferente daquele que é conferido ao Poder Legislativo. Não só porque os juízes se sujeitam uma série

de limitações que não são estendidas ao Legislativo¹⁶⁸, mas também pelo fato de que, como os juízes decidem casos concretos, referidas decisões não podem ser invocadas para introduzir alterações na legislação.

Em razão disso, o poder discricionário do juiz, portanto, o poder de criar o direito em alguns casos específicos, seria do tipo intersticial, além de se sujeitar a muitas restrições substantivas, muito embora “haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito”. (HART, 2012, p. 352).

Hart (2012), contudo, adverte, e talvez seja por isso que se diz que ele é um positivista moderado¹⁶⁹, que a discricionariedade tem suas limitações, o poder discricionário, que equivale ao poder de criar direito, não pode ser exercido de forma arbitrária: “isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”. (HART, 2012, p. 352). Para Hart, uma vez satisfestas essas condições, “o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes”. (HART, 2012, p. 352).

À vista do exposto, Hart esclarece como deve se comportar o juiz. Ao lançar mão de da discricionariedade, fazendo suas escolhas, o juiz deve ser capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, além de atuar como se fora um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Uma vez satisfeitas essas condições, o juiz fica liberado para seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei, podendo sua decisão até mesmo divergir de outros juízes diante de casos difíceis semelhantes.

Não diz Hart exatamente o que seriam essas “razões gerais” e nem o que seria o tal “legislador consciencioso”. Mas dá uma pista a respeito desse último critério: deve decidir de acordo com suas convicções e valores. Quais seriam essas convicções? E de que valores está a falar? Como estabelecer o controle dessas convicções e valores, de sorte a evitar que estejam carregadas de subjetividade? Não se sabe. Ele não diz. O que se sabe é que uma vez satisfeitas essas condições, o juiz fica livre dos padrões ou das razões impostas pela lei. É o que diz Hart. E mais: sequer pode ser exigido do juiz coerência ou integridade se cotejada sua decisão com outras proferidas por outros juízes, mesmo que se trate de casos semelhantes.

¹⁶⁸ Trata-se, na leitura de Cappelletti (1999), como será visto adiante, dos “limites processuais” ou “virtudes passivas”, elementos característicos e a que estão sujeitos os juízes quando criam o direito.

¹⁶⁹ O próprio Hart qualifica o seu positivismo como sendo do tipo “brando” (HART, 2009, p. 325).

No famoso posfácio, em resposta à crítica de Dworkin, como registra Motta (2017, p. 107), “Hart reafirma sua tese de que há casos em que a lei simplesmente não oferece resposta para um caso específico, ou seja, de que o Direito é, nestes casos, fundamentalmente *incompleto*”. Em semelhante hipótese, complementa Motta (2017) ao citar Hart, na busca da solução para o caso concreto, os juízes devem, “exercer uma função legislativa, ainda que limitada, denominada de *discricionarietà*”. (MOTTA, 2017, p. 107).

De fato, refutando a crítica que lhe fez Dworkin, Hart (2012) insiste na defesa de sua teoria:

A segunda crítica de Dworkin à congruência de minha versão do positivismo brando suscita indagações diferentes e mais complexas sobre a determinabilidade e a completude do direito. A interpretação que apresento neste livro é a de que as normas e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes têm o que costume chamar de ‘textura aberta’. Assim, quando se quer saber se certa norma se aplica a um caso específico, a lei não oferece resposta em nenhum dos dois sentidos, mostrando-se, portanto, parcialmente indeterminada. (HART, 2012, p. 325-326).

Para Hart (2012), em tal situação não se trata de simples casos difíceis ou polêmicos acerca dos quais os juristas podem discordar sobre qual seria a resposta juridicamente correta nesses casos. Nesses casos, o direito é fundamentalmente incompleto, no sentido de que nenhuma resposta ao problema pode ser oferecida, uma vez que se trata de situações não regulamentadas juridicamente. Nessa hipótese, para chegar a uma decisão, os juízes e tribunais se veem na obrigação de exercer uma função legislativa, embora com limites, que o jusfilósofo inglês denomina de “*discricionarietà*”.

5.3.2 Outras Leituras Moderadas da *Discricionarietà*

Kelsen e Hart certamente são os dois positivistas mais lembrados quando o assunto é *discricionarietà*. Diante do problema da indeterminação do direito, ambos admitem várias respostas, conferindo ao juiz o poder de fazer escolha.

O protagonismo de Kelsen, muito provavelmente, se deve ao fato de que, com a sua célebre “moldura da norma”, ele foi o primeiro positivista a oferecer uma solução para o problema da indeterminação do direito e com isso se tornou o primeiro teórico do direito a

superar o positivismo exegético, mas, ao mesmo tempo, criou um problema maior, e que repercute até nossos dias, ao apostar na discricionariedade do juiz¹⁷⁰.

Por sua vez, muita embora considerada por muitos como uma das mais importantes teorias do direito de todos os tempos, a teoria de Hart, que tem na chamada “textura aberta da norma” um de seus fundamentos, em boa parte, ganhou notoriedade graças ao célebre debate¹⁷¹ estabelecido com Ronald Dworkin, por meio do qual o filósofo estadunidense critica duramente o positivismo jurídico hartiano, sobretudo na parte em que admite a discricionariedade judicial¹⁷².

Além da famosa “textura aberta da norma”, Hart também ficou famoso pela sistematização que conferiu ao poder discricionário dos juízes ao classificá-lo em duas espécies: poder discricionário em sentido fraco e poder discricionário em sentido forte.

De observar, contudo, como lembra Motta (2017, p. 96), que a classificação atribuída a Hart, na verdade, foi feita por Dworkin quando ele diz que na teoria de Hart há dois sentidos¹⁷³ para a discricionariedade: um forte e um fraco.

Não obstante se constituam nos dois nomes mais lembrados quando o assunto é o poder discricionário dos juízes, sobretudo na perspectiva de sua defesa, outros autores se dedicaram ao tema, como é o caso de Larenz (1997) e Cappelletti (1999), muito embora a abordagem que fazem da discricionariedade judicial esteja compreendida dentro de um tema mais abrangente: *Métodos de Desenvolvimento Judicial do Direito*, em Larenz e *Criação Judicial do Direito* em Cappelletti. De igual modo, Neves (1995) se dedica ao tema ao tratar

¹⁷⁰ De fato, Kelsen, ao tentar resolver o problema da indeterminação do direito apostando na discricionariedade acabou criando um problema maior: como controlar a vontade do sujeito. De acordo com Streck (2017c), como já mencionado, Kelsen foi um pessimista e se rendeu ao fatalismo achando que não havia como controlar a subjetividade do intérprete, razão pela qual conferiu à interpretação e à aplicação judicial do direito um papel secundário, sendo o fatídico Capítulo VIII a prova viva desse fatalismo.

¹⁷¹ Como anota Motta (2017, p. 93), “o célebre debate *Hart/Dworkin* começa com o artigo *O Modelo de Regras I*, publicado por Ronald Dworkin, em 1967, como uma crítica às teses centrais de *O Conceito de Direito*, de Herbert Hart. A última palavra do jusfilósofo inglês sobre o debate veio na publicação póstuma que compõe o *Pós-escrito* de *O Conceito de Direito*, publicado em 1994, texto organizado e revisado por Joseph Raz e Penelope Bulloch. Quanto a Dworkin, sua réplica veio à luz em 2004, no ensaio *O Pós-Escrito* de Hart e a *Questão da Filosofia Política*”, mais tarde republicado como o capítulo 6 de *A Justiça de Toga* (2010).

¹⁷² No famoso posfácio de *O Conceito de Direito*, Hart (2012), reconhece que a crítica mais contundente que Dworkin fez à sua obra diz respeito ao poder discricionário dos juízes: “O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercitar sua discricionariedade e cria o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente”. (HART, 2012, p. 351).

¹⁷³ Na verdade, são três, uma vez que há dois significados para o sentido fraco, como observa Guest (2010): “Há três sentidos de discricionariedade analisados por Dworkin, dois sentidos ‘fracos’ e um ‘forte’”. (GUEST, 2010, p. 208).

do que ele chama de “*O Problema da discricionariedade*”. Fechando a segunda seção, a leitura de Chase (2014), que analisa o poder discricionário do julgador sob determinado contexto cultural.

Referidas leituras não são fortemente prescritivas no sentido de admitir a discricionariedade sem maiores preocupações. Mas também são leituras que estão além de uma abordagem meramente descritiva. Por isso a opção de enquadrá-las como leituras moderadas da discricionariedade, no sentido de que possuem um viés moderadamente prescritivo.

É o que se verá em seguida, a começar por Larenz.

5.3.2.1 *Karl Larenz*

Na obra *Metodologia da Ciência do Direito* (1997), publicada pela primeira vez no ano de 1960, portanto, um ano antes da primeira publicação de *O Conceito de Direito* (2012), de Hart, Larenz traz, no capítulo V, um estudo por ele denominado de “*Métodos de Desenvolvimento Judicial do Direito*”. Com uma denominação diferente, ainda que em caráter meramente descritivo, no referido capítulo, Larenz vai tratar da discricionariedade judicial. Como será demonstrado adiante, da mesma forma que ocorreu com as teorias de Kelsen e Hart, para Larenz, o desenvolvimento judicial do Direito, de que a discricionariedade judicial é condição de possibilidade, surge num ambiente de indeterminação do direito.

De fato, Larenz (1997, p. 519), ao tratar do que ele chama de “desenvolvimento judicial do direito”, começa por dizer que “sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito da regulação da lei”. Quis com isso Larenz (1997) dizer que toda e qualquer lei contém inevitavelmente lacunas. Para o autor, de igual modo, “se reconheceu desde há muito tempo a competência dos tribunais para colmatar as lacunas da lei”. (LARENZ, 1997, p. 519). Para ele, desde então, se colocou à disposição do juiz os chamados “métodos de desenvolvimento judicial do direito” que, no mais das vezes, vai além do simples preenchimento de uma lacuna da lei, pois envolve também uma “adopção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo caso, se tinham insinuado na própria lei e o modifica em maior ou menor grau”. (LARENZ, 1997, p. 519).

Larenz (1997), contudo, deixa claro que, em hipóteses que tais, o desenvolvimento judicial do direito que, nesse caso, supera a própria lei, “só deve ter lugar em consonância com os princípios directivos da ordem jurídica no seu conjunto”. E mais, diz ele: “muitas

vezes será motivado precisamente pela aspiração a fazer valer estes princípios em maior escala do que aconteceu na lei”. (LARENZ, 1997, p. 519). De acordo ainda com o autor, interpretação de lei e desenvolvimento judicial do Direito não devem ser vistos como fenômenos rigorosamente distintos¹⁷⁴, “mas como distintos graus do mesmo processo de pensamento”. (LARENZ, 1997, p. 519). É que, para Larenz, a simples interpretação de uma lei por um tribunal, desde que seja a primeira ou modifique a leitura anterior, já representa, somente por essa razão mesma, um desenvolvimento judicial do Direito:

A primeira interpretação de uma disposição legal dos tribunais supõe ‘desenvolvimento’ da norma legal, na medida em que considera pertinente um entre muitos significados possíveis segundo o sentido literal e, deste modo, elimina uma incerteza anteriormente existente. A interpretação do intérprete não se dirige certamente a desenvolver a norma, mas apenas a conhecer e expressar o significado que está incluído no texto. A intenção de expressar somente aquilo que o texto ‘corretamente entendido’ afirma por si constitui a atitude típica do intérprete. Este não quer eliminar nem acrescentar nada, mas tão-só falar o texto. (LARENZ, 1997, p. 520).

Ainda assim, mesmo em se tratando de interpretação da lei, o referido método comporta graus distintos. Perceba-se que o quadro desenhado acima revela uma interpretação da lei em sentido estrito, que tem como limite o sentido literal mesmo do texto. Mas, ainda em se tratando de lei que não padece de qualquer lacuna, Larenz afirma que toda interpretação não deixa de ser, até certo ponto, uma tarefa criadora por parte do sujeito que compreende. Segundo o autor, “ao desenvolver o Direito ultrapassando os limites da interpretação em sentido estrito, o que se torna enquanto tal também consciente ao sujeito aumenta a participação criativa do sujeito”. (LARENZ 1997, p. 521).

Em síntese, sustentando que tudo não passaria de uma diferença de graus, quer Larenz dizer que a simples interpretação de uma lei – seja quando se limite ao seu sentido literal (quando se tratar da primeira interpretação ou de modificação da anterior) ou quando amplie esse sentido (lançando mão de outros métodos de interpretação) – já se constitui em um dos três modos ou métodos de desenvolvimento judicial do Direito.

O segundo método, que Larenz chama de “desenvolvimento do *Direito imanente à lei*” diz respeito ao preenchimento das lacunas e se trata do desenvolvimento do Direito, para além da interpretação literal do texto ou de uma interpretação mais ampla, “mas ainda no quadro do plano originário, da teleologia da lei em si”. (LARENZ, 1997, p. 520). O referido método surge no momento em que não se aceitou mais a ideia de uma “plenitude lógica” da

¹⁷⁴ Cappelletti (1999), como adiante se verá tem o mesmo entendimento.

ordem jurídica, a partir de que se passou a reconhecer a necessidade de preenchimento das lacunas da lei. (LARENZ, 1997).

Quanto ao terceiro método, este ocorre na hipótese em que o desenvolvimento do Direito se dá, para além dos limites anteriores, “mas dentro do quadro e dos princípios directivos do ordenamento jurídico no seu conjunto”. (LARENZ, 1997, p. 520). É o que o autor chama de “desenvolvimento do Direito *superador da lei*”.

Trata-se, pois, no entender do jurista alemão, de três graus de desenvolvimento judicial do Direito. Esclarece, por outro lado, que, no caso do “desenvolvimento superador da lei, que já não é só integração de lacunas, têm que valer outros critérios, os quais já não podem inferir-se só da lei, mas da ordem jurídica como um todo de sentido”.¹⁷⁵ (LARENZ, 1997, p. 522).

Na perspectiva da autonomia do direito não se vislumbra maiores problemas em sua aplicação, ainda que se entenda, como o faz Larenz, que, numa certa medida, se trata de aspectos diferentes, em graus distintos, de desenvolvimento judicial do direito. O problema surge, quando confrontado o terceiro método com a autonomia do direito e com as funções dos poderes constituídos, no modelo de Estado Democrático de Direito. Nesse caso, há sim um problema.

De fato, como reconhece o próprio Larenz, em se tratando do terceiro método, não há sequer que se falar em desenvolvimento judicial do direito, consistente no preenchimento de lacuna de uma lei inacabada, uma vez que já não se orienta mais somente pela *ratio legis*. Em verdade, se orienta por “uma ideia jurídica que lhe é transcendente, significa dizer: para além disso, trata-se de criação de “novos institutos jurídicos que não estavam presentes no plano originário da lei e, mais, que lhe eram contrários”. (LARENZ, 1997, p. 588).

Ciente do problema, Larenz, como que antecipando uma preocupação, destaca que é compreensível que um desenvolvimento do direito nessa ordem “tem que permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a ‘ordem de valores’ conforme a Constituição”¹⁷⁶ e que somente poderia ser justificado se observada essa conformidade.

Com efeito, de acordo com Larenz (1997, p. 588), no que se refere ao terceiro método não há dúvida de que “trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra*

¹⁷⁵ Não seria isso algo aproximado com integridade e coerência do direito, com julgamento com base em princípios, com quer Dworkin?

¹⁷⁶ Ao se referir a uma “ordem de valores”, evidentemente, ele está falando da Constituição Alemã de 1949, dado que esse conceito foi forjado no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que foi chamado a fazer um ajuste ente a Lei Fundamental diante de uma legislação infraconstitucional anterior.

legem, à margem da regulação legal, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base”. (LARENZ, 1997, p. 588).

Em qualquer dos casos, muito mais em relação ao terceiro método, o autor assevera que o desenvolvimento judicial do direito impescinde de uma fundamentação que, criteriosa e metodicamnte, deverá ser observada, sob pena de o resultado não se justificar como “direito”, no sentido da ordem jurídica em vigor. Para Larenz, essa justificação se faz necessária, “porque sem ela os tribunais usurpariam de facto um poder que não lhes compete”. (LARENZ, 1997, p. 524).

Perceba-se, então, à luz da descrição de Larenz (1997), três questões que se interligam: *i*) o terceiro método de desenvolvimento judicial do direito, que ele chama de *superador da lei* não é outra coisa, senão aquilo que a partir de Kelsen e Hart ficou conhecido como discricionariedade judicial ou poder discricionário juiz; *ii*) na descrição de Larenz, o método superador da lei, ou seja, a discricionariedade, tem que estar inserido dentro da ordem jurídica; *iii*) a descrição de Larenz não deixa de ser um tanto romantizada, eis que admite que o mesmo pode se justificar como “Direito”. Sem essa justificação, não se poderia falar em desenvolvimento judicial do direito, mas sim em usurpação de uma função que é prerrogativa do Poder Legislativo. Noutras palavras: sem a justificação, a hipótese é de arbitrariedade judicial.

5.3.2.2 Mauro Cappelletti

A questão da discricionariedade em Cappelletti (1999), à semelhança do que ocorre com Larenz (1997), recebe o mesmo tratamento. Tal qual o jusfilósofo alemão, Cappelletti não enfrenta o problema de frente, como se tratasse de uma questão colateral ou decorrente.

De fato, da mesma forma que Larenz (1997), Cappelletti (1999) trata da problemática da discricionariedade no âmbito da criação judicial do direito (Direito Judiciário), também chamada por Cappelletti (1999, p. 13) de “produção do direito por obras dos juízes”. De acordo como o autor italiano, toda a problemática consiste em “verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito”.

É que Cappelletti (1999), no que também se aproxima Larenz (1997), comunga do mesmo entendimento segundo o qual por mais perfeita que seja a lei, e precisa a linguagem utilizada, ainda assim sempre sobrar uma lacuna, ambiguidade ou incerteza que, em última

análise, devem ser resolvidas pelo juiz (CAPPELLETTI, 1999, p. 20-21), o que significa dizer que interpretar e criar lei fazem parte de um mesmo processo.

Percebe-se que o autor italiano estabelece uma relação direta entre indeterminação do direito e discricionariedade, de modo que quanto mais vago, ambíguo ou indeterminado é o direito, maior espaço o juiz tem para decidir discricionariamente, ou seja, fazendo escolha.

Para além disso, destaque-se que, para o referido autor, inexistente oposição entre os conceitos de interpretação e a criação do direito. O problema é outro e este reside no grau de criatividade, no modo, nos limites e na aceitabilidade da criação do direito pelos juizes e tribunais. (CAPPELLETTI, 1999, p. 21).

Com efeito, para Cappelletti (1999), “com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e, pois, de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 21).

Para Cappelletti (1999), não tem saída, no sentido de dizer que por mais que se esforce em permanecer fiel ao texto, o intérprete sempre será forçado a ser livre, isto porque não existe construções textuais, seja ela uma música, um poema ou uma lei, que não deixe espaço para variações em torno delas, enfim, para a criatividade interpretativa. Nesse sentido, diz Cappelletti (1999), “basta considerar que as palavras, como as notas da música, outra coisa, não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 21-22). É que, justifica o jurista italiano, qualquer que seja a palavra, ela geralmente tem vários significados e geram incertezas que devem ser solucionadas pelo intérprete, ou seja, “deve ele preencher as lacunas, precisar as nuances, esclarecer as ambiguidades. Para fazer isso, deve fazer escolhas”.¹⁷⁷ (CAPPELLETTI, 1999, p. 22).

¹⁷⁷ “Escolha”, em Cappelletti (1999), equivale ao “ato de vontade” em Kelsen. Cappelletti, a exemplo do que ocorre no realismo americano, com influência de direta do grande juiz americano Oliver Wendell Holmes, também concorda que tudo não passa de escolhas. O juiz tem poder de escolha. E escolher significa agir com discricionariedade, ainda que isso não importe em arbitrariedade. Para o jurista italiano, escolha “significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também, sobretudo, aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quando jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 33).

Cappelletti (1999, p. 23), adverte que, ao afirmar não existir clara oposição entre interpretação e criação do direito, isso não conduz à conclusão de que se trata de um vale tudo, daí dizer da necessidade de esclarecimentos para evitar mal-entendidos.

É que apesar de o autor entender que todo ato de interpretação já envolve certo grau de criatividade¹⁷⁸, um dos vários nomes dados à discricionariedade, isso não deve ser confundido com total liberdade de interpretar. Em outras palavras, para Cappelletti (1999, p. 23-24), criatividade, ou discricionariedade, ainda que expressa na sua forma mais acentuada, não pode resultar em arbitrariedade, “não significa necessariamente ‘direito é livre’, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 26).

Para o estudioso italiano, assim como para Larenz, como já visto e, também para Chase (2014), como será visto adiante, “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vinculação”.¹⁷⁹. (CAPPELLETTI, 1999, p. 24.). Tanto isso é verdade que, praticamente, diz o autor: “todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais” (CAPPELLETTI, 1999, p. 24.), naquilo que ele chama de “*fronteira do bom senso*”, querendo com isso dizer que, uma vez ultrapassada, a decisão judicial deixa de ser discricionária para ser arbitrária. Em síntese, na lição de Cappelletti existem diversos graus e limites substanciais para a criação judicial do direito.

De acordo ainda com Cappelletti (1999, p. 18), no que seria um paradoxo, foi a própria expansão do direito legislativo, no século XX, uma das principais causas para o fenômeno também da expansão do direito judiciário e o papel criativo dos juízes, no mundo moderno, que, em verdade, representaria o necessário contrapeso, dentro da ideia própria de um “sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 19).

Ainda conforme o autor (1999), esses fenômenos paralelos de expansão seriam um indicativo de que não haveria uma incompatibilidade ou antítese entre interpretação judicial

¹⁷⁸ De acordo com Cappelletti (1999), faz-se necessário esclarecer que, quando se fala em criação do direito pelos juízes, tudo que se afirma não passa de uma “óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária “*law-making*”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 24-25). Cappelletti sustenta, pois, que a criatividade judicial (ou a subjetividade como quer o Ministro Luís Roberto Barroso) é inevitável. Cappelletti (1999, p. 25) também deixa claro que embora a interpretação judicial, desde que limitada e em caráter inevitável, envolva, em certa medida, uma criatividade judicial, é fato que se constitui num fenômeno típico de nosso século, o que faz com que a discussão em torno de sua possibilidade seja uma controvérsia estéril. É, portanto, nesse sentido, um fato inexorável.

¹⁷⁹ É aquilo de que já falara Lanrez (1997). Ainda que desvinculado da lei, o ato judicial discricionário guarda um verniz de juridicidade. Streck, contudo, como adiante será demonstrado, discorda desse entendimento. Para ele, a discricionariedade, uma espécie de inimigo número um da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, quase sempre deságua em arbitrariedade. E discorda também da afirmação de que o juiz é necessariamente um criador do direito.

da lei e a criatividade dos juízes, isto porque, seguindo essa linha de raciocínio, já “encontre-se, implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que, na interpretação judiciária do direito legislativo, está insito certo grau de criatividade”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 20).

Quando Cappelletti (1999, p. 18) fala em paradoxo, isso decorre do fato de que, em circunstâncias normais, diante de duas forças que disputam um mesmo espaço, o aumento de poder de uma, esse o movimento natural, importaria na diminuição do campo de atuação do outro.

A julgar por essa lógica, a expansão da legislação no século XX não se constituiria em uma das principais causas para o da expansão do direito judiciário e do papel criativo dos juízes no mundo moderno, desde que se entenda que criação legislativa do direito e criação judicial do direito são atividades que se opõem. Por essa razão, é que Cappelletti alude a um paradoxo que, na realidade, é apenas aparente.

De fato, como se sabe, a partir de meados do século XX o papel do direito e do próprio Estado moderno irão mudar.

Com efeito, a partir do final da segunda guerra mundial emerge um novo direito que se materializa, sobretudo, com o surgimento das constituições democráticas e normativas na Europa ocidental, cujos efeitos na sociedade moderna, em termos de amplitude e profundidade, não encontram precedentes e assumem grande importância, como destaca Cappelletti.

Disso resultará uma profunda mudança no papel da função jurisdicional, estimulada, sobretudo, por uma legislação social totalmente diversa daquela que, até então, era produzida e inspirada em um modelo de Estado também diferente do anterior, o chamado Estado Social. Para Cappelletti (1999), o fenômeno do surgimento e expansão de uma legislação social irá impactar diretamente a atuação do juiz, impondo-lhe novas posturas sobretudo em razão do fato de que a legislação social tem como característica a de ser dirigida “à gradual transformação do presente deturpadas limitações como aquelas que dizem respeito a formação do presente e formação do futuro”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 41).

De fato, um dos argumentos fortes, para fins de justificação da mudança do papel da magistratura, prende-se à circunstância de que tanto a legislação social como os direitos sociais nela abrigados são “frequentemente muito vagos, fluídos e programáticos”, razão pela qual, “mostra-se inevitável alto grau de ativismo e de criatividade do juiz chamado a interpretá-la”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 60).

Nesse cenário, de acordo com o autor supracitado, os juízes, de certo modo, ficariam como que obrigados a aceitar essa nova realidade, qual seja, a de uma concepção de direito

transformada, por força da nova função conferida ao estado, o que se estenderia ao Poder Judiciário, afinal este se constitui em um dos seus poderes. Nessa hipótese, na avaliação de Cappelletti (1999), ficaria difícil para os juízes não atender ao chamado para que ofereça sua contribuição na tentativa de tornar efetivas as políticas públicas estabelecidas. Em casos que tais, a contribuição do juiz consistiria em dar concretude às finalidades e aos princípios do estado, “o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Diante desse quadro, Cappelletti (1999) entende que é “manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais”, muito embora faça questão de reiterar que a diferença da postura criativa em relação à função tradicional dos juízes “é de apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

De toda sorte, Cappelletti (1999) alerta para o fato de que diante desse espaço de abertura à criatividade dos juízes, em regra, haverá também um grau mais elevado de discricionariedade e, por via de consequência, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga se mostra a norma legal, e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo vai se tornar também o espaço conferido à discricionariedade judicial, sendo esta, portanto, uma “poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 42)¹⁸⁰.

Na verdade, sequer existe o paradoxo decorrente do fenômeno paralelo da dupla expansão (da legislação social decorrente da transformação do Estado Liberal e da criação jurisdicional do direito). Ao que parece, Cappelletti faz confusão entre judicialização da política e discricionariedade judicial.

Nesse sentido, quando ele diz que o juiz, por conta da transformação do direito, do modelo de Estado Social e da emergência dos direitos sociais, deve oferecer a sua contribuição para concretizar as promessas não cumpridas no âmbito das políticas públicas,

¹⁸⁰ Streck, em *Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial* (2013), sustenta que em países tardios como o Brasil, cabe ao Poder Judiciário o papel de guardião das promessas não cumpridas (judicialização da política, o que não guarda qualquer semelhança com posturas ativistas ou discionárias e, no limite, arbitrárias). Ou seja, para Streck, fazer o controle hermenêutico das decisões judiciais não significa dizer que, pontualmente, o Judiciário não deva atuar de forma propositiva, “mormente se pensarmos nas promessas incumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação de um Estado Social. Mas essa atuação somente será legítima se ocorrer nos marcos da Constituição”. (STRECK, 2013, p. 335).

em verdade ele está falando da judicialização da política que, a rigor, nada tem a ver com a discricionariedade judicial, pelo menos na sua versão mais radical.

O fato de o juiz exigir do Estado o cumprimento de um dever, prescrito pelo Legislativo, se obrigando a intervir ativamente na ordem social, de sorte a concretizar os direitos sociais, por exemplo, não guarda relação com discricionariedade judicial.

Neste caso, trata-se de judicialização da política, fenômeno distinto, pois, e que se encontra perfeitamente compreendido no âmbito da função jurisdicional, que resultou expandida, a partir de meados do século XX em decorrência do surgimento do novo direito como um dos reflexos das lições apreendidas, a partir do mais grave conflito bélico da história da humanidade.

Nesse mesmo cenário, pode-se incluir o controle abstrato da constitucionalidade da lei como exemplo de ampliação das funções do Poder Judiciário e que acentua a responsabilidade política dos juízes. Nesse sentido, a jurisdição constitucional, sobretudo no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, no plano abstrato e no concreto, constitui um desses novos aspectos da expansão e das novas responsabilidades do judiciário. Não há nenhuma novidade nisso e nem importa em atuação discricionária do juiz, salvo melhor entendimento.

A propósito, essa questão foi bem enfrentada por Tassinari (2013), que, em seu estudo, estabelece a distinção entre ativismo judicial (equivalente a discricionariedade judicial ou uma das formas de sua manifestação) e judicialização da política.

De fato, para a autora, a judicialização da política é um fenômeno de nosso tempo, de uma contemporaneidade marcada por uma intensa atividade jurisdicional como resultado das transformações ocorridas no direito, após o fim da segunda grande guerra mundial e que “ocasionaram um avanço significativo, pois produziram um incremento na dogmática constitucional com a positivação de novos direitos, mas também simbolizaram um novo modo de compreender a concretização dessas garantias”. (TASSINARI, 2013, p. 37).

No Brasil, essa questão assumiu especial importância diante do conjunto de promessas feitas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobretudo a de inclusão social, que marca a redemocratização no país e que em boa parte se deu em face da facilitação do acesso à justiça. É nesse cenário que se compreende a expansão do Judiciário no Brasil.

Já ativismo judicial é outra coisa¹⁸¹. Enquanto por judicialização da política se trata de fenômeno inexorável diante das promessas não cumpridas pelos agentes do Estado, ao mesmo tempo contingencial, como destaca Tassinari (2013, p. 54), por ativismo judicial se entende

¹⁸¹ Conforme explicitado na nota de rodapé n. 18.

uma conduta do Judiciário que vai além de seus poderes, pois a conduta ativista, que pode ser chamada de discricionária, é baseada num ato de vontade do julgador, portanto, sem qualquer tipo de controle¹⁸² que possa evitar a ultrapassagem da “*fronteira do bom senso*” de que fala Cappelletti. Essa é, pois, a diferença.

Por isso, quando Cappelletti diz que é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade jurisdicional, ao interpretar e atuar a legislação e os direitos sociais, ele, em verdade, está falando de judicialização da política e não de discricionariedade ou ativismo judicial.

Essa não é a questão. Pelo menos no Brasil, onde o problema é outro. Aqui o problema é que, ao argumento se lançar mão da discricionariedade, na prática, os juízes conferem à lei o sentido que bem entendem. E é difícil estabelecer um controle, de tal modo que os limites substanciais, de que tanto fala Cappelletti, são ignorados. Esse o cerne do problema.

Dizendo com outras palavras, o grande problema a ser enfrentado é justo aquele de que fala o autor italiano, “o perigo de transformação perversa do judiciário em outro poder ‘político’”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 50). Trata-se de um dos riscos do ativismo judicial.

Outra questão diretamente relacionada com essa problemática é da legitimidade democrática, bem como a dos limites intrínsecos, ou mesmo essenciais, da criatividade judicial, que deverão ser respeitados sempre que houver a preocupação de prevenir o risco da temida transformação, dado que a fronteira entre discricionariedade judicial e arbitrariedade nem sempre é de fácil percepção.

Cappelletti (1999), contudo, mesmo reconhecendo que a criatividade judicial se constitui em um fator inevitável da função jurisdicional, sobretudo por conta do fenômeno da expansão da atividade jurisdicional, não ignora, contudo, os riscos do ativismo judicial e, particularmente, o problema da legitimação democrática. (CAPPELLETTI, 1999, p 50).

Um desses riscos é o de que o desenvolvimento acentuado da atuação do juiz acabe por transformá-lo em um legislador a ponto de comprometer a ideia fundamental da separação dos poderes, o que, no limite, acabaria por conduzir, mais cedo ou mais tarde, a um estado totalitário (CAPPELLETTI, 1999, p 93), ou, para atualizar a expressão: a uma espécie de *juristocracia* ou governo dos juízes.

Essa é, portanto, a questão que também constitui objeto de preocupação do autor (CAPPELLETTI, 1999, p.73), embora ele seja simpático ao fenômeno do desenvolvimento judicial do direito. Diz respeito a se saber se os juízes estão legitimados democraticamente a “criar” direito, dado que lhes foi conferido o poder de agir discricionariamente, e até que

¹⁸² Em verdade, Streck propõe esse controle através de uma teoria da decisão judicial que, contudo, sofre resistência por parte da dogmática jurídica.

ponto tal postura pode comprometer o princípio democrático, uma vez que, quanto mais acentuada a criatividade, mais o juiz se aproxima do legislador. Dizendo de outro modo: ao dar vazão à sua criatividade, cada vez mais acentuada, a função jurisdicional acabaria por se igualar à função legislativa, no que resultaria na invasão, pelos juízes, de um domínio até então do Poder Legislativo.

De plano, Cappelletti deixa claro que não concorda com a possibilidade de os juízes se tornarem legisladores, invadindo, assim, o espaço de atuação do Legislativo. Ele até concorda que “a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional, e que existem, por outro lado, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 73). Por essa razão, os juízes são constrangidos a criar o direito, dado que, uma vez chamados a interpretar, referido ato envolve, necessariamente, “esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito” (CAPPELLETTI, 1999, p. 74), o que não significa dizer que se transformem em legisladores, uma vez que existe uma diferença essencial entre os processos legislativo e jurisdicional de criação do direito, muito embora reconheça que, substancialmente, ambos, ao fim e ao cabo, resultem na criação do direito. Nesse sentido, a legislação seria apenas um modo de criação do direito, diverso do modo de criação do direito pelo Judiciário:

Esclarece Cappelletti (1999) que, do ponto de vista substancial, não há dúvida de que tanto o processo jurisdicional quanto o processo legislativo resultam na criação do direito. Entretanto, são procedimentos distintos, diferença essa que merece ser sublinhada para que se evite confusões e equívocos perigosos. Para o autor, “o bom juiz pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 74).

Ou seja, para Cappelletti (1999, p. 74-81), o que distingue profundamente o processo jurisdicional (enquanto criador de direito) do processo de natureza política (legislativo) são os seus “*limites processuais*”, também chamados de “*virtudes passivas*”, que não são encontradas no processo legislativo.

Para o autor (1999, p. 74-75), o que faz um juiz ser juiz não é sua falta de criatividade, mas sim a sua passividade no plano processual, traduzida em alguns princípios, atos ou compromissos, tais como: não agir de ofício, imparcialidade, independência em relação às pressões externas, se colocar numa posição supra partes. Para Cappelletti (1999, p. 82), os limites processuais da função jurisdicional se constituem na sua característica essencial, no elemento distintivo da jurisdição em relação aos outros poderes do Estado.

O jusfilósofo italiano (1999) não ignora a crítica que grande parte dos juristas fazem à criação judicial do direito, por conta do risco que se corre de, no limite, resultar em um Estado totalitário, embora seja um dos seus defensores. Tem consciência, contudo, de que a acusação do alegado déficit democrático se constitui em uma das maiores objeções à criação judicial do direito. Contudo, sustenta Cappelletti (1999, p. 92) que existem vários argumentos que podem ser contrapostos à ideia de que a criação judicial do direito, na perspectiva da democracia, se ressentem de legitimação.

Como primeiro argumento, Cappelletti (1999, p. 94) alega que, apesar de os membros do Legislativo e do Executivo serem escolhidos diretamente pelo povo, não passaria de uma “utopia tipicamente ocidental” a tese de que eles falam em nome de todos ou da maioria, pelo menos. Nesse sentido, de acordo com o jurista italiano, com base em estudos de Ciência Política, a experiência demonstra que “mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constitui, diferentemente do Judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa” (CAPPELLETTI, 1999, p. 94), uma vez que é cada vez mais frequente os membros desses poderes políticos representarem tão somente determinados grupos ou segmentos, e não a vontade da maioria da população¹⁸³.

Como outro argumento, Cappelletti (1999, p. 96) invoca que o próprio Judiciário não é de todo privado de representatividade, embora reconheça que essa objeção valha mais para os sistemas nos quais os juízes são nomeados por critérios políticos ou são eleitos, caso que em que, com maior frequência, são obrigados a prestar contas de seus atos¹⁸⁴.

Um terceiro argumento levantado pelo autor (CAPPELLETTI, 1999, p. 99) é o de que, se comparado com os outros poderes políticos, o Judiciário, por conta do amplo acesso que é conferido ao jurisdicionado, bem mais que os outros dois poderes, são os tribunais que mais oferecem contribuição à representatividade geral do sistema, sobretudo quando dão voz às minorias ou setores marginalizados da população que dificilmente seriam ouvidos pelos poderes políticos tradicionais. “Eles, efetivamente, podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 99).

¹⁸³ Numa linguagem e cenários mais atuais, como ocorre no Brasil, em Ciência Política, são os chamados “lobbys”, entendidos estes como grupos organizados que exercem pressão política sobre os poderes públicos, inclusive com representantes no Parlamento, pejorativamente conhecidos como “bancadas”: evangélica, da bala, do agronegócio, centrão, dentre outras.

¹⁸⁴ Esse argumento é válido, sobretudo, se examinado na perspectiva do direito norte-americano, onde boa parte dos juízes é eleita para o exercício do cargo, o que não pode ser invocado no âmbito da tradição da Civil Law. No sistema brasileiro, apesar de não existir recrutamento de juízes mediante processo de eleição direta, nos tribunais superiores, sobretudo no STF, a escolha dos ministros tem caráter meramente político.

Por fim, um quarto argumento utilizado pelo jurista (1999, p. 100), para conferir legitimidade à criação judicial do direito e que, em certa medida, complementa o anterior. Trata-se, na perspectiva da democracia, do “sentimento de participação” das partes interessadas através do processo. Nesse caso, de acordo com Cappelletti, o processo jurisdicional se constitui no mais participativo, se comparado com os demais processos dos poderes públicos constituídos:

Para Cappelletti (1999), não há dúvida de que quanto mais o povo nutre um “sentimento de participação”, mais democrático é o sistema de governo. Susenta, por outro lado, que o referido sentimento pode ser manipulado pelos legisladores e a máquina burocrática, quando longínquos e inacessíveis, sendo que, diferentemente, “constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhe ainda o fundamental direito de serem ouvidas”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 100). Em razão disso, o jurista florentino sustenta que na atividade pública, o processo jurisdicional, quando comparado com os seus cogêneres é o mais participativo de todos¹⁸⁵.

Por fim, o referido autor (1999), conclusivamente, defende o entendimento de que a criatividade jurisdicional “é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 103). Segundo o mesmo autor, (1999, p. 92), o problema é de natureza quantitativa. Como se mede e qual a régua utilizada para fazer a medida e estabelecer os limites claros entre discricionariedade e arbitrariedade, o autor não diz.

De fato, Cappelletti (1999) se limita em afirmar que, dependendo do grau, a criatividade judicial poderá ser benéfica ou maléfica, o que vai depender das circunstâncias de tempo, lugar, cultura, das necessidades reais, bem como de organização e estrutura das próprias instituições e, por fim, dos membros da magistratura que irão exercer a função criativa do direito.

Com efeito, Cappelletti (1999) não enfrenta o problema, dizendo como se deve controlar o juiz no uso da criatividade. Prefere acreditar que o juiz faça ele próprio o controle.

¹⁸⁵ No modelo de estado democrático, a participação no processo é uma das formas de legitimação do Judiciário. Com reforço disso, o que talvez seja o aspecto mais relevante ainda, acrescente-se a fundamentação das decisões judiciais como meio mais adequado de legitimação do Judiciário. Nenhum dos casos, contudo, justifica a criação judicial do direito. Enquanto a criação legislativa do direito é da própria natureza do Poder Legislativo, tratando-se de uma legitimação originária, *ab ovo*, diga-se assim, a legitimação do Poder Judiciário é derivada, decorrente: resulta de uma prestação de contas com a entrega da prestação jurisdicional devidamente fundamentada.

É o que se infere, quando sugere que bom juiz é o que é consciente de suas limitações e fraquezas.

Para o autor, este juiz é aquele “sensível às muitas circunstâncias capazes de aconselhar circumspecta prudência em determinadas épocas, domínios e casos, e pelo contrário, dinâmico e atrevido em outros”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 92). E somente quando colocadas em risco as características naturais da função jurisdicional, os chamados limites processuais, “deveria o bom juiz, sem qualquer hesitação, negar-se à audácia ativista”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 92). Em síntese, lançando mão de conceitos subjetivos como bom ou mau ativismo, bom ou mau juiz, Cappelletti, como forma de controle, aposta no prudente arbítrio do juiz, no seu bom senso de justiça, como se a decisão fosse uma questão de opção ou escolha do magistrado. O problema é que nenhum desses critérios serve como fundamento legítimo para a decisão judicial.

5.3.2.3 *Castanheira Neves*

Neves (1995) apresenta uma leitura, numa perspectiva mais descritiva do que prescritiva, bem aproximada daquela feita por Larenz (1997) e um pouco mais distante de Cappelletti (1999).

Nesse sentido, Neves começa por dizer que, segundo a concepção tradicional, se entende por discricionariedade determinadas formas de decidir e agir que, conquanto ainda que possam ser qualificadas como jurídicas, visto que se encontram integradas diretamente ao ordenamento jurídico¹⁸⁶, já não seriam rigorosamente jurídicas, uma vez que não se sujeitam “a uma imediata vinculação jurídico-normativa, isto é, de terem de decidir-se com fundamento imediato e exclusivo em deduzidos critérios jurídicos” (NEVES, 1995, p. 532), porquanto, em sua essência, o ato discricionário reside na liberdade de não se vincular juridicamente a determinada norma.

Vê-se, a julgar pela descrição, que a discricionariedade desenhada pelo jurista lusitano se movimentaria em uma zona cinzenta, o que acaba por levar o observador a um verdadeiro paradoxo: de algum modo está inserida na ordem jurídica, mas, em sua natureza, não é jurídica.

¹⁸⁶ Neves (1995) lista as várias hipóteses nas quais as formas de agir e de decidir com determinada liberdade podem ser tidas como integradas à ordem jurídica: “ou porque o seu fundamento de legitimidade terá de ser jurídico, ou porque só serão válidos no quadro de precisos limites definidos pelo direito positivo, ou ainda porque terão de respeitar e orientar-se mediatamente pela ideia fundamental de ordem jurídica, pelo seu sistema de valores e fins constitutivos, ao serviço da qual são chamados com um modo específico de concreta realização”. (NEVES, 1995, p. 531).

Lado outro, não deixa de ser, como antecipado acima, uma leitura muito aproximada com a que Larenz (1997) faz para o que denomina de desenvolvimento judicial do direito, no que seria a sua versão mais forte: a do “desenvolvimento do Direito *superador da lei*”, mas que, ainda assim, estaria compreendido dentro do quadro e dos princípios diretivos de determinado ordenamento jurídico no seu conjunto.

Prosseguindo sua abordagem, Neves (1995, p. 534) pontua que, para fins de estudo do tema, uma questão essencial diz respeito a uma rigorosa compreensão do sentido que deve ser atribuído à expressão “desvinculação” ou sua equivalente “liberdade”, que é a forma pela qual se manifesta o poder discricionário.

Para o autor, e aqui ele se afasta de Larenz, que enxerga o desenvolvimento judicial no direito até mesma na interpretação literal de uma norma¹⁸⁷, há três modos distintos para essa compreensão, mas que podem ser examinados em conjunto.

O primeiro ponto leva em conta o sentido dado à expressão ‘vinculação’ e a seu correspondente contraponto: ‘desvinculação’. Levando-se em conta o sentido literal e rigorosamente estrito do termo ‘vinculação’ como sendo o processo lógico-subsumtivo de aplicação da lei, Neves (1995, p. 534-535) vai dizer que a decisão juridicamente vinculada é aquela proferida mediante aplicação subsuntiva de uma lei, enquanto que decisão juridicamente desvinculada vem a ser aquela que, embora juridicamente válida, não resulta de um raciocínio lógico-dedutivo, noutra modo de dizer: não foi, direta ou indiretamente, subsuntivamente deduzida de uma lei ou, de forma mais ampla, de uma norma jurídica.

De acordo com Neves (1995), a aplicação subsuntiva vem a ser o primeiro critério negativo da discricionariedade, como um contra-conceito. Contudo, no que diverge diretamente de Dworkin¹⁸⁸, Neves (1995) ressalva que o critério negativo de discricionariedade não significa dizer, por um lado, “que a decisão discricionária se profira no ‘espaço vazio de direito’ ou projectando-nos para além do domínio coberto pelo direito”.

¹⁸⁷ De fato, como visto acima, desde que se trate de uma primeira interpretação ou de interpretação que modifique uma anterior, Larenz afirma que se trata também de uma hipótese de desenvolvimento judicial do direito. Nesse sentido, quem se aproxima mais de Larenz é Cappelletti, como também já pontuado.

¹⁸⁸ Como dirá Dworkin (2011), só há que se falar em discricionariedade se o intérprete agir com liberdade diante de uma prescrição normativa. É dizer: o referencial do juiz será sempre o padrão estabelecido por determinada autoridade (o Poder Legislativo, por exemplo), cuja decisão deverá estar de acordo com ele, caso em que não há que se falar em discricionariedade. Nesse sentido, para Dworkin, o poder discricionário do juiz somente se manifestará no vácuo. Para ilustrar essa questão, Dworkin (2011, p. 50-51) vai lançar mão da metáfora: “Tal como um espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”. Neves (1995), como visto, discorda. É o que se conclui, quando, ao tratar do conceito negativo de discricionariedade (a aplicação subsuntiva ou lógico-dedutiva), diz que não necessariamente a decisão discricionária será proferida no “espaço vazio do direito”. O raciocínio não deixa de ser lógico, visto que, do mesmo modo que Larenz (1997), ele parte do suposto que a decisão discricionária, não sendo estritamente jurídica, está de alguma forma inserida no ordenamento jurídico.

(NEVES, 1995, p. 535). O jurista português justifica sua divergência ao argumento de que, como mencionado acima (naquilo que o aproxima de Larenz), “a decisão discricionária surge no seio da ordem jurídica e como *modo jurídico* de juízo ou de conduta – só que com um conteúdo em si não jurídico, por não ter sido obtido pela imediata aplicação de critérios jurídicos”. (NEVES, 1995, p. 535).

Ainda de acordo com o autor, (1995), a mesma conclusão (acerca do contraconceito da discricionariedade) não conduz à significação de que “se tenha renunciado em absoluto (no seu domínio) à prioridade e preeminência político-jurídica da lei, implicada pela última fase, e a actual, da ideia do Estado-de-direito”. (NEVES, 1995, p. 535-536).

O segundo ponto de que fala Neves (1995) é essencial para a compreensão do sentido de “desvinculação” ou “liberdade”, do qual se beneficiaria a discricionariedade judicial. Trata-se de um momento positivo e que, num certo sentido, é decorrente do primeiro. Neste ponto, a norma que fundamenta a discricionariedade permite que o juiz, dentro dos limites que são traçados pela faculdade discricionária, escolha uma decisão dentre as várias possíveis, dado que todas elas seriam, pela norma que as fundamenta, equivalentes do ponto de vista jurídico, “já que cada uma dessas decisões era uma sua realização possível, surgindo assim perante elas (por parte da norma) como que uma situação de indiferença jurídica, a implicar que qualquer das decisões fosse válida, que se oferecessem todas como *juridicamente válidas*”. (NEVES, 1995, p. 537-538).

Para o jurista (1995, p. 538), isso significa dizer que o poder discricionário do juiz se traduziria na faculdade de o juiz fazer opção entre uma pluralidade de decisões possíveis, todas elas juridicamente válidas e a opção de, diante de um caso concreto, decidir, em último termo, na base de uma posição pessoal, subjetiva. Nesse último caso, a decisão seria, ao fim e ao cabo, guiada por critérios pessoais ou subjetivos. É nesse sentido (positivo) que se dá a liberdade jurídica da discricionariedade. Tem o órgão julgador a “possibilidade de uma opção autônoma entre várias decisões e comportamentos igualmente válidos”. (NEVES, 1995, p. 538).

O terceiro ponto tido também como essencial para Neves (1995), em termos de compreensão da matéria, é aquele em que do sentido da expressão “liberdade” ou “desvinculação” se exclui qualquer possibilidade de essa liberdade se confundir com arbitrariedade. Isso por várias razões, como explica o autor:

Já porque o arbítrio seria desde logo logicamente contraditório com o sentido comum (cultura geral) de ‘discricionariedade’ já porque seria a negação pura

e simples da Ideia de Direito¹⁸⁹, ou porque uma vinculação normativa vai imposta pela própria ideia do Estado-de-Direito e pelos seus princípios constitucionais, ou ainda porque essa vinculação se depara imediatamente ao órgão de decisão ao integrar-se ele numa certa função, a cumprir numa determinada ordem jurídica que se louva num certo sistema de valores – por um qualquer destes fundamentos, ou conjuntamente por todos eles, sempre teria de concluir-se que ao conceder o legislador uma faculdade discricionária não o faria decerto para permitir a manifestação de atitudes meramente subjetivas do órgão de decisão ou para lhe dar a possibilidade de decisões concretamente (perante o caso concreto) injustificadas. (NEVES, 1995, p. 539-540).

Todas as objeções listadas por Neves (1995) têm a ver com os limites traçados pela faculdade discricionária, pois, pelo menos no seu sentido comum e teoricamente, não se trata de um bilhete em branco para ser preenchido pelo juiz como bem ele entender.

É que, de acordo com o autor (NEVES, 1995, p. 540), a faculdade discricionária se justifica unicamente para que o órgão chamado a decidir se oriente, conforme o caso, no sentido de uma solução que concretamente melhor realize os fins para os quais foi conferida a faculdade (discricionária), em se tratando de decisão administrativa ou da solução concretamente mais justa, quando for o caso de uma decisão judicial.

Nesse sentido, Neves (1995, p. 540) vai dizer que a faculdade discricionária seria uma liberdade, conferida ao órgão responsável pela decisão, dentro de certos limites previamente traçados e voltados para o cumprimento de um dever ou, quando não, vinculada ao cumprimento de um dever. Trata-se, contudo, de um dever que não é moral, mas sim verdadeiramente jurídico:

Um dever que encontraria o seu fundamento numa intencionalidade à ordem jurídica, ou mesmo ao direito, o qual a decisão discricionária, a seu modo, também haveria de realizar. E podendo ainda perguntar-se quais os critérios desse dever, se em si mesmos de natureza jurídica ou não, e se (ou em que medida) são oferecidos heteronomamente ou assumidos autonomamente (nesse sentido, ‘subjectivamente’) pelo órgão de decisão – questão a considerar mais adiante –, o que importa agora acentuar é que a liberdade de que aqui se trata, a desvinculação discricionária, não exprime uma desvinculação relativamente a um conteúdo normativo previamente formulado que houvesse simplesmente de aplicar-se. Ela traduz só – para usar a fórmula de W. Jellinek – uma “liberdade relativamente ao conteúdo da lei”; mas sem deixar de lhe corresponder um outro modo ou um outro tipo de *vinculação jurídica*, embora de carácter não formal, e antes de carácter

¹⁸⁹ O que está em jogo nesse caso é a própria autonomia do Direito.

intencional-teleológico – vinculação não já de *legalidade* (restrita), mas de *juridicidade*'.¹⁹⁰ (NEVES, 1995, p. 540, grifos do autor).

Ainda de acordo com Neves, o caráter juridicamente vinculado da discricionariedade atualmente é unanimemente reconhecido, não se tratando mais de “uma mera ‘esfera de liberdade’, mas sobretudo uma específica *função jurídica*. (NEVES, 1995, p. 541).

É a partir dessas três diretrizes¹⁹¹ da noção da discricionariedade (que gira em torno do sentido de desvinculação e vinculação, uma das suas principais características) que, segundo Neves (1995), se compreende que na raiz do problema estão duas questões.

Para a primeira delas, segundo a lição de Neves, todo o problema está na “tradicional concepção legalista da jurisdição (identificada como o conteúdo da *lei*) – e só ela dá à discricionariedade o caráter de uma desvinculação jurídica, pois a decisão não seria deduzida da lei”, questão essa que estaria “conjugada com uma concepção da juridicidade já mais compreensiva, uma vez que, não obstante a carência de uma vinculação jurídico-legal, não deixa de afirmar-se agora uma outra vinculação jurídica¹⁹² – que só pode ser translegal”. (NEVES, 1995, p. 542).

Quanto à segunda questão, o problema residiria na “também tradicional concepção normativista da aplicação do direito”, por força da qual decisão jurídica verdadeira seria somente a decisão subsuntiva, a única a ser objetiva e univocamente determinada pelo direito, ideia essa “no entanto, que não vai menos claramente associada, por sua vez, a uma intenção

¹⁹⁰ Talvez a grande questão seja mesma aquela denunciada por Streck: a falta ou o descaso por uma teoria da decisão judicial, pelo menos no Brasil, é que faz com que, em boa parte dos casos, se confunda discricionariedade com princípios ou a defesa da lei com o exegetismo francês do século XIX.

¹⁹¹ Em resumo: *i*) discricionariedade no sentido negativo é que leva em conta a vinculação no seu sentido estrito e que é o resultado de um processo lógico-subsuntivo de aplicação da lei. Neste caso, uma decisão, embora juridicamente válida, seria juridicamente desvinculada se não for deduzida subsuntivamente. Trata-se do primeiro caso de exercício da faculdade discricionária do órgão de decisão. É o caso do exemplo negativo da discricionariedade, pois o referido processo de subsunção não será, e nem tem como ser, observado. Em síntese, quando o processo de subsunção falha, tudo fica no domínio da discricionariedade. Trata-se de um vazio normativo que será preenchido subjetivamente, no caso da decisão judicial, pelo juiz; *ii*) discricionariedade no sentido positivo, para o caso em que o órgão decisor se verá diante de não só de uma, mas de várias opções de decisões possíveis, todas elas igualmente válidas juridicamente, mas somente uma será objeto da escolha do julgador; *iii*) por fim, a terceira hipótese não se trata da faculdade discricionária de proferir uma decisão que não é dedutível diretamente da lei, mas válida juridicamente, nem fazer de escolha de uma decisão dentre várias possíveis, todas elas juridicamente válidas também. Aqui o raciocínio é por exclusão no sentido de excluir radicalmente da liberdade (faculdade ou poder discricionário) do julgador proferir uma decisão que se confunda com arbítrio. Dizendo de outra forma: de alguma forma haveria um sentido, mínimo que seja, de vinculação, que funcionaria como uma espécie de blindagem. de sorte a excluir qualquer possibilidade de arbítrio.

¹⁹² É que Neves repele a ideia daqueles que, presos a um viés estritamente legalista, não enxergam outro tipo de vinculação (jurídica) que não seja aquela deduzida imediatamente da lei. Neste sentido, ao invés de dizer que, conquanto não decorra diretamente de uma regra (aqui entendida como espécie de norma) a discricionariedade judicial é juridicamente vinculada a algo, não seria mais apropriado reconhecer que essa vinculação é a um princípio jurídico (integrado à ordem jurídica, da mesma forma que as regras) e, portanto, não há que se falar em discricionariedade?

não lógico-conceitual e sim normativo-material de realização do direito”. (NEVES 1995, p. 542).

Conforme o autor, nisso tudo residiria uma incongruência latente, numa incompatibilidade. Esse o destaque de Neves (1995), quando indaga se afinal o caráter juridicamente vinculado que a discricionariedade não deixaria de ter não implicaria incompatibilidade “com a aceitação de uma pluralidade de decisões igualmente válidas, de uma indiferença jurídica perante a decisão concreta?”. (NEVES, 1995, p. 543).

Neves (1995) fala ainda que, no domínio da função judicial, passou-se admitir dois tipos distintos de discricionariedade judicial: a vinculada, referente à aplicação judicial daquelas normas jurídicas consideradas elásticas; e a livre, que seria aquela desvinculada de qualquer critério material ou objetivo e que, historicamente, era aplicada em hipóteses restritas, sobretudo em matéria de direito penal. Contudo, Neves (1995) destaca que a discricionariedade judicial livre, inicialmente concebida para alguns casos, logo se alargou excessivamente para além das hipóteses inicialmente previstas, e de tal modo a um ponto em que “já não se poderia dizer que a decisão judicial seria em *regra* estrita e subsuntiva aplicação da lei e só *excepcionalmente* discricionária”. (NEVES, 1995, p. 568-569).

Em verdade, o estudo que Neves faz em torno do sentido da discricionariedade, grosso modo, bem aproxima da famosa classificação feita por Dworkin, a partir da crítica a Hart, do poder discricionário em sentido fraco e em sentido forte.

5.3.2.4 Oscar G. Chase

Chase (2014) é outro teórico que entende como problemática a relação da discricionariedade com o Estado de Direito, pois enxerga nesta um descompasso, se examinada frente a um sistema amparado pelo “império do Direito”.

Concebendo a discricionariedade como “o poder de escolher entre várias opções”, Chase (2014) sustenta que o poder discricionário sofre variações dependendo do contexto, sendo que sua manifestação mais radical corresponde “ao poder de decidir de maneira imune a restrições ditadas por preceitos legais e impassíveis de revisão superior”. (CHASE, 2014, p. 111).

Falando na perspectiva da tradição da Common Law¹⁹³, Chase (2014) invoca o exemplo privilegiado do contexto norte-americano. Ele quer saber as razões pelas quais, num

¹⁹³ Em substância, e ainda que sujeita a variações de menor ou maior grau, a discricionariedade é mesma em qualquer das tradições jurídicas, seja ela a Common Law ou a Civil Law.

sistema que tanto preza pela adesão ao Estado de Direito, se alcançou o estágio em que a discricionariedade, além de tolerada é também recepcionada. A resposta, num primeiro momento, o autor encontra em duas palavras: necessidade e limitação. Nesse sentido, “a discricionariedade seria necessária para que o sistema fosse efetivo, e aceitável desde que devidamente limitada”. (CHASE, 2014, p. 113).

A necessidade decorreria do fato de que a discricionariedade seria um componente inevitável ou estaria inserida no próprio sistema, leitura que mais ou menos se aproxima daquela feita por Larenz e também por Cappelletti. Quanto ao segundo argumento, a limitação estabelecida pela própria lei, seria a outra forma de legitimar a discricionariedade em face do Estado de Direito. Nesse contexto, Chase (2014) afirma que, embora se reconheça que a discricionariedade possua uma “latitude ampla”, “a decisão estaria sujeita à revisão no caso de extrapolar os parâmetros aceitáveis, ocorrendo ‘abuso’ de discricção”. (CHASE, 2014, p.114).

Para Chase (2014, p. 114-115) “a maioria das manifestações de discricionariedade no processo norte-americano estaria sujeita a esta ‘moldura limitadora’, balizada pelo ‘abuso de discricção’”. Nessa linha de raciocínio, Chase (2014) resume a questão afirmando que, ainda que aparentemente contrária ao Estado de Direito, existem duas linhas de argumentação favoráveis à discricionariedade: a necessidade, no sentido de que se a reconhece como um elemento necessariamente inserido no próprio sistema de direito (normas e regras); limitação, por força da qual se concebe a discricionariedade como algo limitado, de sorte a evitar o abuso no seu recurso.

A par disso, o teórico (2014, p. 120) enxerga ainda outro componente que explica a enorme expansão da discricionariedade judicial no sistema processual estadunidense: o elemento cultural. Nesse sentido, “regras e condutas fundadas em um contexto que lhes é anômalo são intrigantes, e o modo pelo qual esta anomalia aparente é manejada e explicada pelos operadores locais pode revelar conflitos e complexidades intrínsecos à cultura”. (CHASE, 2014, p. 120).

Segundo o autor (2014), o conceito de discricção no sistema processual norte-americano reflete um aspecto cultural. E para demonstrar que ela possui essa natureza, Chase estabelece um paralelo entre dois conflitos. O primeiro, aquele que é estabelecido entre o Estado de Direito e a liberdade que os juízes possuem de justificar uma decisão de forma discricionária. O segundo é bem típico dos Estados Unidos da América: o conflito “entre os valores norte-americanos do individualismo (amparado pela flexibilidade da escolha discricionária) e o do igualitarismo (compatível com uma aplicação equânime da lei)”. (CHASE, 2014, p. 120).

Para o referido jurista, esses dois fenômenos foram responsáveis pela condução do sistema norte-americano de resolução de conflitos em direção da flexibilidade. Neste sentido, o primeiro deles consistiu na “valorização de um fenômeno organizacional eficaz – próximo à eficiência de mercado – que ascendeu no final do século XIX e no início do século XX”, enquanto que o segundo no “reconhecimento de que a discricionariedade seria parte da resposta do sistema jurídico diante dos questionamentos quanto à sua legitimidade: seria um esforço paradoxal, mas bem-sucedido, de preservar a natureza mítica da autonomia do Direito”. (CHASE, 2014, p. 120).

Nesse sentido, o triunfo da discricionariedade no processo de resolução de conflito norte-americano, não obstante sua contraposição ao Estado de Direito, é explicado por Chase de duas formas: a discricionariedade estaria a serviço da eficiência e funcionaria como uma “resposta à ansiedade ocasionada pela potencial perda de confiança no ordenamento jurídico”. (CHASE, 2014, p. 126).

Nesse sentido, o autor vai dizer que no primeiro caso “a expansão do poder discricionário do julgador foi um importante componente do desenvolvimento do processo no século XX” (CHASE, 2014, p. 121) e essa foi a forma encontrada para se alinhar a “um novo paradigma tecnocrático e corporativista para aferição da excelência organizacional”. Dizendo de outro modo: a valorização da discricionariedade judicial trata-se de um ajuste do sistema judicial à lógica do mercado, pautado pela eficiência e pela técnica.

Essa mentalidade e seus valores também atingiram os arquitetos do sistema judicial (legisladores, advogados, acadêmicos e juizes), fazendo com que, sem óbice quaisquer posições privilegiadas que pudessem ocupar, internalizassem e realinhassem as feições da resolução de conflitos. [...] As regras formais de processo não seriam mais apropriadas... ao contrário, o processo deveria dar um passo ao lado e conferir um espaço para a realidade material. Em resumo, aos juizes deveria ser permitido o uso da discricção para fazerem o correto. [...] Sintetizando: eficiência, flexibilidade e – conseqüentemente, discricionariedade estavam ‘no ar’. E, assim, como estes agentes, também os responsáveis pelos Tribunais almejavam criar um sistema cuja eficiência fosse reconhecida. A discricionariedade era um elemento imprescindível à esta visão, por permitir que o gestor da prestação jurisdicional – o juiz – efetivamente a administrasse. (CHASE, 2014, p. 121-125).

Quanto ao segundo fator cultural relacionado com o crescimento da “discricionariedade limitada” nos EUA, Chase vai dizer que ele é determinado “por elementos de natureza mais interpretativa e especulativa, relacionando frontalmente o fenômeno com as necessidades dos próprios profissionais do Direito”, por força do que se trataria “uma resposta

à ansiedade ocasionada pela potencial perda de confiança no ordenamento jurídico” e, nesse sentido, “a medida teria ocorrido para lidar com esta situação”. (CHASE, 2014, p. 126).

Como síntese, pode-se dizer que de acordo com a descrição de Chase (2014), o que explica a profunda expansão da discricionariedade judicial nos sistema processual norte-americano são os seguintes fatores: a necessidade (o que equivale a reconhecer a discricionariedade como elemento necessariamente inserido em um sistema de normas jurídicas) e o estabelecimento, pela própria lei, de limitações ao poder discricionário com o fito de evitar o abuso no exercício do mesmo. A par disso, dois elementos culturais também teriam contribuído para o fenômeno: *i*) a discricionariedade estaria a serviço da eficiência, como uma espécie de alinhamento do sistema processual à lógica do mercado; *ii*) a discricionariedade também se constituiria em uma resposta à perda da confiança no ordenamento jurídico.

5.3.2.5 Aproximações entre Larenz, Cappelletti, Neves e Chase

Das leituras que integram o subitem 5.3.2, intitulado “leituras moderadas da discricionariedade”, e que reúnem os autores e Chase (2014), Cappelletti (1999), Larenz (1997) e Neves (1995) é possível fazer algumas aproximações.

Nesse sentido, apenas como amostragem, pode-se dizer que Larenz e Cappelletti tratam da discricionariedade na perspectiva da criação judicial do direito. Enquanto este dá ao fenômeno o nome de *criação judicial do direito*, aquele opta pela expressão *desenvolvimento judicial do direito*. Na essência, trata-se de uma mesma problemática com nomes distintos. O que também une Larenz e Cappelletti é a circunstância de que ambos entendem que há criação judicial do direito até mesmo, quando se trata de uma interpretação literal de uma regra jurídica. Por outro lado, enquanto Larenz afirma que interpretação de lei e desenvolvimento judicial do Direito não devem ser vistos como fenômenos rigorosamente distintos, para Cappelletti, não há oposição entre os processos legislativos e judiciais de criação da lei.

Embora a desvinculação da lei seja uma das principais características da discricionariedade, Neves, no que é acompanhado de perto por Cappelletti e Chase, sustenta que, de algum modo, embora não deduzida diretamente da lei, a decisão judicial discricionária não é totalmente desvinculada do sistema jurídico em que ela se movimenta. Numa palavra: a discricionariedade, ainda que de forma mais genérica, tem caráter juridicamente vinculado. Tal vinculação não seria mais a uma legalidade restrita, mas, num plano maior, de juridicidade. Num certo sentido, quando os três invocam uma vinculação, de certo modo, mais

transversal, e não direta ou estritamente vinculada, com a ordem jurídica, não deixa de lembrar Dworkin, quando este diz que, nos casos difíceis, o juiz decide com base nos princípios jurídicos e não de forma discricionária.

Destaque-se que Neves parece levar a sério o caráter juridicamente vinculado da discricionariedade, pois chega a dizer que, atualmente, se trata de um fenômeno unanimemente reconhecido, não se tratando mais de uma mera “esfera de liberdade”, mas sobretudo uma específica função jurídica. A realidade brasileira, contudo, não demonstra esse alinhamento.

Por fim, de comum entre todos eles (Chase Cappelletti, Larenz e Neves) é o afirmar que discricionariedade consiste numa questão de escolha, é inevitável¹⁹⁴, sofre limitações e não se confunde com arbitrariedade. Do mesmo modo, nenhum deles aponta o modo como deve ser feito o controle do juiz, de sorte a evitar que, no limite, a criatividade judicial resulte na substituição do legislador pelo juiz.

5.3.3 Leituras Críticas

Segue-se, adiante, a terceira e última seção das leituras da discricionariedade, desta vez a ideia é trazer as concepções contrárias à concepção de que, nos casos de indeterminação do direito, os juízes têm liberdade para decidir lançando mão do poder discricionário, para, no limite, criar direito novo, o que, além de implicar um evidente déficit democrático, por envolver uma variedade de posturas subjetivistas, decisionistas ou voluntaristas, são contrárias à autonomia do direito duramente conquistada.

Nesse sentido, a leitura mais destacada no plano da teoria e da filosofia do direito vem a ser a de Dworkin, à qual se seguirá a crítica hermenêutica jurídica ao poder discricionário, realizada no Brasil.

5.3.3.1 *Dworkin*

De todas as leituras críticas sobre a discricionariedade, talvez a de Ronald Dworkin se mostre como aquela que, por todos os ângulos, estaria propensa a dispensar qualquer tipo de apresentação. Essa proposição, contudo, contrasta com a realidade quando se leva em conta algumas leituras a respeito de sua obra, a exemplo daquela que o vincula ao jusnaturalismo, isso sem dizer da obtusa leitura que o coloca, ao lado de Kelsen e de Hart, como um defensor

¹⁹⁴ Chase (2014) chega a dizer que se trata de uma necessidade, o que é diferente de inevitabilidade.

da necessidade da discricionariedade, neste caso muito provavelmente por conta equivocada interpretação que alguns de seus leitores fazem da metáfora do juiz Hércules.

De toda sorte, cumpre alinhar algumas palavras acerca do pensamento *dworkiniano* em matéria de discricionariedade, muito embora, repita-se, a leitura crítica da discricionariedade feita por Dworkin seja bastante conhecida e, de certo modo, já foi descrita, neste estudo, quando se falou de Hart, justamente por conta do notório debate estabelecido entre os dois grandes jusfilósofos, o que envolveu réplica e tréplica.

Apesar disso, a presente abordagem se revela relevante na medida em que a crítica de Dworkin à discricionariedade se insere dentro de um contexto maior que é a crítica que ele faz ao positivismo jurídico como um sistema que se sustenta num modelo de regra.

Com efeito, de acordo com Streck (2017c), o problema da discricionariedade judicial “leva-nos, necessariamente, até Ronald Dworkin e seu célebre debate com o positivismo de Herbert Hart (assim como o de Kelsen, cujo voluntarismo carrega em suas entranhas a discricionariedade no sentido forte)”. (STRECK, 2017c, p. 74).

De fato, Dworkin (2011) afirma que o positivismo jurídico, tendo-se como base a concepção proposta por Hart, possui um esqueleto constituído de algumas proposições básicas e centrais, traduzidas em alguns preceitos. Dentre eles, além daquele que diz que o positivismo é composto de um sistema de regras, consta aquele que diz que se, de algum modo, determinado caso não se encontra claramente disciplinado por uma dessas regras – seja pela ausência de uma apropriada ou porque quando apropriada se revela vaga, ou por qualquer outra razão –, então, para o positivismo jurídico, esse caso não pode ser resolvido mediante “a aplicação do direito”, hipótese em que deverá ser “decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”. (DWORKIN, 2011, p. 28).

À vista do enunciado acima, percebe-se que a ideia da discricionariedade é constitutiva do próprio positivismo jurídico, tratando-se, como o próprio Dworkin (2011, p. 27) de um de seus preceitos chave.

Macedo Junior (2013, p. 161, grifos do autor) coloca essas proposições nos seguintes termos:

Dworkin caracteriza o positivismo de Hart com base em duas outras postulações básicas apresentadas em *O conceito do direito*. A primeira delas é a *tese da obrigação*, que afirma que temos uma obrigação de fazer algo quando existe uma regra jurídica que assim o determine. Em razão disso,

juízes têm a obrigação de aplicar uma regra sempre que dela se possa extrair de forma clara uma obrigação. Quando, pelo contrário, houver vagueza ou indeterminação, os juízes deverão agir discricionariamente. Essa segunda observação constitui a *tese da discricionariiedade*, que afirma que, ao menos nos casos difíceis, os juízes agem discricionariamente, não seguindo uma regra jurídica, mas sim criando uma nova regra jurídica e, assim, legislando intersticialmente. Nesse caso, a sua decisão, por não ter o seu conteúdo determinado por uma regra, não será certa ou errada, do ponto de vista jurídico. Essas teses constituem o positivismo como uma teoria que pode ser definida como um *sistema de regras*.

No que se refere à tese da discricionariiedade como um dos preceitos do positivismo jurídico, Dworkin (2011, p. 50) vai dizer que “o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”.

Ou seja, como afirma Guest (2010, p. 165), “se não há uma lei clara dirigindo um juiz a uma certa decisão, então não há limitação do direito ao juiz. Ele é limitado, é claro, no sentido de que há outras leis que escavam a área oca¹⁹⁵ onde não há direito. Mas *dentro* dessa área, simplesmente não há *limites*”.

De fato, fora dessa hipótese (ausência ou vagueza ou indeterminação da lei), na perspectiva do positivismo jurídico, não há que se falar em discricionariiedade na medida em que ela somente se movimenta como uma liberdade que é reivindicada por quem pretende seguir critérios contrários aos estabelecidos como válidos por uma determinada comunidade jurídica, de cujo exemplo mais simples é uma norma produzida democraticamente.

Tratando do assunto, Motta (2017) afirma que, embora o debate entre Hart e Dworkin seja bem mais amplo, a questão da discricionariiedade judicial é nuclear no referido debate. Como se sabe, de acordo com Hart, a linguagem pode apresentar vaguezas ou imprecisão, o que também é reverberado na linguagem jurídica, portanto, nas regras jurídicas, e é essa circunstância que confere ao intérprete judicial a faculdade de agir discricionariamente. Assim, de acordo com o positivismo jurídico de Hart, ao juiz, ao se deparar com um caso controvertido ou duvidoso, para o qual o direito não oferece resposta, por ser indeterminado ou incompleto, é atribuído uma função importante, que é a de escolher a solução que lhe pareça melhor. Nessa hipótese, o juiz acabaria se transformando na figura de um legislador intersticial, com o que Dworkin não concorda.

¹⁹⁵ Aquilo que Dworkin chama de “espaço vazio da rosca”.

Com efeito, como anota Motta (2017), Dworkin discorda de Hart ao dizer que não são apenas as regras que vinculam juridicamente, papel que é também dos princípios, entendidos estes como padrões que se aplicariam aos casos por uma questão de imperativo moral. Nesse sentido, prossegue Motta, o argumento de Dworkin consiste no seguinte: por serem os direitos individuais constitutivos da democracia, eles peexistiriam à uma eventual demanda judicial, o que significa dizer que a decisão judicial não deve acrescentar elemento novo à legislação já existente e sim reconhecer os direitos institucionais pré-existentes e que decorreriam de uma interpretação judicial do arcabouço normativo já posto a partir dos princípios que com ele se harmonizariam.

Nesse contexto, continua Motta (2017), ao invés de se oporem às regras, os princípios têm a função de complementá-las, visto que, como subjacentes, guiam sua interpretação em direção de uma argumentação que favoreça os direitos das partes envolvidas no conflito. Como arremate, Motta (2017, p. 254) afirma

[...] que tanto Hart quanto Dworkin concebem o Direito como um fenômeno instituído pela linguagem e dependente de interpretação: a diferença está em que o primeiro, diante de um caso duvidoso, prevê maior liberdade para o intérprete; e, o segundo, indica os princípios para diminuir, de algum modo, esta liberdade.

Com efeito, Dworkin (2011), na sua primeira crítica ao positivismo jurídico, mais conhecida como *O Modelo de Regras I*, vai dizer que o positivismo “é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. (DWORKIN, 2011, p. 36).

Esses padrões, que são ignorados pelo positivismo jurídico, não são outra coisa senão os princípios que são diferentes das regras jurídicas e que Dworkin (2011) define como sendo padrões que devem ser observados, não exatamente porque irão promover ou assegurar alguma situação econômica ou social desejável, mas sim por se tratar de “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2011, p. 36).

De acordo com o jusfilósofo estadunidense (2011), os princípios, embora esquecidos pelo positivismo jurídico, “estão em toda parte, à nossa volta” e “parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda força, nas questões judiciais difíceis” e devem ser tratados do mesmo modo que são tratadas as regras jurídicas, sendo possível dizer que “alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas”, razão pela qual, se observadas essas diretrizes, pode-se

concluir que um sistema de direito, como o dos EUA, “inclui, pelo menos, tanto princípios como regras”. (DWORKIN, 2011, p. 46-47).

Numa palavra: Dworkin (2011) tem uma proposta bem simples para a questão da vinculação ou desvinculação (liberdade) do juiz diante de uma norma. Ao invés de lançar mão da faculdade discricionária, ele resolve a equação invocando os princípios.

Com efeito, para Dworkin (2011), nos casos difíceis, os juízes decidem com fundamento em determinados padrões que ele vai chamar de princípios e que não guardam nenhuma similaridade com discricionariedade proposta por Hart e nem com ela se confundem. Ou seja, o que um positivista chama de poder discricionário do juiz para decidir diante de um caso difícil, Dworkin dirá que o caso deverá ser decidido pelo juiz à luz de padrões jurídicos de uma comunidade que ele chama de princípios, que, nesta condição, vão integrar um sistema de normas de direito, desde que se entenda que ele é integrado por regras no sentido estrito e de princípios.

Como lembra Streck (2017c, p. 74), na visão de Dworkin, a discricionariedade, para os positivistas, sobretudo aquela que ele classifica em Hart como em sentido forte, implica a impossibilidade de se controlar as decisões judiciais segundo um padrão previamente estabelecido, ou seja, se um caso não for disciplinado por uma regra já estabelecida, o juiz tem liberdade de decidi-la, lançando mão de seu poder discricionário.

Na hipótese contrária, a de existir uma regra previamente estabelecida, o juiz não teria esse poder discricionário. (DWORKIN, 2011, p. 54). É no sentido anterior, como explica Streck (2017c, p. 74), que Dworkin dirige sua crítica ao positivismo de Hart, ao dizer que “parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário” e isso teria relevância para a análise dos princípios, visto que, em verdade, nesse sentido a doutrina positivista não seria nada mais do que uma reformulação da segunda abogagem feita por ele. Dito de outro modo, seria o mesmo, quando esgotadas todas as regras à sua disposição, o juiz estaria autorizado a lançar mão do poder discricionário, “no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”. (DWORKIN, 2011, p. 55).

Em verdade, por ignorar os princípios, a doutrina do positivismo jurídico hartiano afirma que os padrões jurídicos utilizados pelos juízes, ao decidir, nos casos difíceis, não se vinculam a nenhum padrão, derivado de uma regra, tratando-se, contudo, de padrões outros, tipicamente, empregados pelos juízes.

Mas, como vai dizer Streck (2017c, p. 74), em sua crítica ao poder discricionário, “Dworkin afirma que, nesses casos, os ‘padrões que os juízes tipicamente empregam’ são, na verdade, princípios que os guiam em suas decisões e que os obrigam no momento de determinar quais das partes possui direitos”.

Em síntese, para Dworkin, no lugar da discricionariedade, tem lugar o argumento de princípio. É esse argumento que fundamentará e justificará a decisão judicial nos chamados “casos difíceis”. Daí se dizer, como adiante se demonstrará de forma mais verticalizada, que a discricionariedade é incompatível com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, ou, como diz Oliveira (2008, p. 176) “há padrões de conduta que os juízes utilizam para fundamentar suas decisões, que não são regras, mas sim princípios que limitam a esfera da discricionariedade proposta por Hart”. Ou seja, a partir da leitura Oliveira, é possível dizer que os princípios funcionam como verdadeiras cláusulas de barreiras que impedem a ação da discricionariedade.

Numa palavra final, para Dworkin (2007), não há que se falar em bom ou mau ativismo, pois todas as suas formas são maléficas, mais propriamente virulentas. Além do que, destaca que o passivismo (o equivalente ao juiz boca da lei) não pode dar lugar ao ativismo (equivalente ao juiz dono da lei).

É o que Dworkin (2011) deixa claro ao dizer que o ativismo judicial é uma arma letal do pragmatismo jurídico, visto que, assim agindo, o juiz ignora a Constituição, sua história institucional, bem como os precedentes da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e o que a tradição da cultura política legou ao longo de várias gerações. Nesse sentido, ao impor aos demais poderes do Estado o seu próprio ponto de vista, o juiz ativista ignora todas essas conquistas, no que revela incompatibilidade com o direito como integridade, que “condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la”. (DWORKIN, 2007, p. 451-452).

Para Dworkin (2007), no lugar do passivismo não se pode ter, como alternativa, um ativismo judicial vinculado apenas ao senso de justiça de um juiz. Ao invés disso, Dworkin (2007), defende “um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes política, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”. (DWORKIN, 2009, p. 452).

5.3.3.2 *A Crítica Hermenêutica Jurídica ao Poder Discricionário no Brasil*

À vista de como Larenz, Cappelletti, Neves e Chase descrevem a discricionariedade, conforme discutido linhas atrás, é como se, para seus adeptos, ela fosse, de alguma forma, inserida na ordem jurídica. Talvez não em Kelsen, dado que ele não estabeleceu nenhum limite ao ato de vontade do juiz ao aplicar o direito, mas até mesmo em Hart, que faz expressa defesa do poder discricionário, é possível se perceber que há limites para a discricionariedade, que não pode importar em arbitrariedade, daí se poder dizer que também em Hart há algo de juridicidade à qual se vincula o ato discricionário do juiz.

Não se vislumbra isso, contudo, em Dworkin, muito menos na crítica hermenêutica jurídica formulada por Streck ao poder discricionário do Judiciário no Brasil, crítica essa que chega a ser muito mais aguda se comparada com a do jusfilósofo estadunidense. Para a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck não há juridicidade possível na discricionariedade.

Enfrentando a questão, Streck (2017c, p. 69), de início, descreve o problema, ao dizer que a discricionariedade é uma das questões centrais, quando o assunto é interpretação e aplicação judicial do direito. Nesse sentido, a noção de discricionariedade diretamente relacionada com a jurisdição aparece pela primeira vez no contexto das teorias positivistas e pós-positivistas, a partir do momento em que se descobriu que o direito pode conter vaguezas ou possuir conteúdo indeterminado, numa palavra, é datado: surge no momento em que se constatou que o sonho iluminista para o direito, simbolizado pelas codificações, não passava de uma utopia. A partir da referida constatação, abriu-se uma janela, que com o tempo foi se alargando cada vez mais, para o juiz, que até então era proibido de interpretar, expressar livremente o seu “sentimento” na hora de decidir um caso.

Para Streck, em seguida, nenhuma das propostas metodológicas que surgem no decorrer do século XX, com o objetivo de solucionar a questão da indeterminação, alcançam sua finalidade. O máximo que conseguem é superar o positivismo exegético que proibia o juiz de interpretar, desprezando a necessidade enfrentar a verdadeira raiz do problema: a discricionariedade, pois “no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’, um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz”. (STRECK, 2017c, p. 70).

Ainda de acordo com o entendimento de Streck, o grande risco da discricionariedade reside na possibilidade de ela abrir espaço para a arbitrariedade, à medida que “o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade” (STRECK, 2017c, p. 73), sendo que uma dos

grandes falhas do positivismo foi o de não ter enfrentado o problema da discricionariedade do juiz e o que isso representa, se confrontado com o direito produzido democraticamente.

Com efeito, para Streck (2017c, p. 74), a discricionariedade no Brasil transcende em muito o plano formulado por Hart e pela própria crítica de Dworkin, estado da arte que ele descreve da seguinte maneira:

Em qualquer ‘espaço’ de sentido – vaguezas, ambiguidades, cláusulas ‘abertas’ etc – o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Mas grave ainda, quando esse ‘espaço’ se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como ‘axiomas com força de lei’ ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. Isto é, em *terrae brasilis*, discricionariedade quer dizer duas coisas: *a)* primeiro, um modo de superar o modelo de Direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); *b)* segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerando, assim, uma fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*). (STRECK, 2017c, p. 74, grifos do autor).

A propósito, ao formular sua crítica, o jusfilósofo e corifeu da Crítica Hermenêutica do Direito (2017c, p. 535), deixa claro que seu alvo é a discricionariedade que “transforma juízes em legisladores”, acrescentando ainda que mais do que transformar juízes em legisladores, o poder discricionário – mais agudo no Brasil, porque se transformou em um “autêntico” voluntarismo judicial –, “propicia a ‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica problemática que remete à questão ao solipsismo característico da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau”, numa palavra: “concebe-se a razão humana como “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade”. (STRECK, 2017c, p. 535-536).

Para Streck (2017c), diante desse paradigma, é como se as coisas fossem reduzidas a conceitos e a concepções de mundo pessoais, “ficando à *dis*-posição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário). E isso acarreta consequências graves no Estado Democrático de Direito”. (STRECK, 2017c, p. 536).

Sendo assim, prossegue o jurista, quando se fala em discricionariedade da forma como ela é praticada no direito em nosso país, ela acaba por se constituir, no plano da linguagem, num sinônimo de arbitrariedade, por isso que um dos eixos de sua teoria da decisão judicial¹⁹⁶

¹⁹⁶ Muitas vezes mal compreendida a ponto de, quando fala da necessidade de se fazer um controle hermenêutico das decisões judiciais, confundi-la, acredite-se, com a vetusta e exegética proibição de interpretar. A propósito, para Streck (2017c, p. 77), “importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e o do respeito à autonomia do Direito, não quer dizer que, por vezes, não seja

consiste em discutir ou colocar em cheque “o grau de liberdade dado ao intérprete em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição”. (STRECK, 2017a, p. 54).

Para Streck, justificativas como as apresentadas por Hart, que defende a discricionariedade, mas rejeita a arbitrariedade ou as justificativas de Larenz¹⁹⁷, quando a descreve, não passam de um argumento simplista.

É que Streck (2017c) não acredita que a discricionariedade possa ser justificada com base na tese da diferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade, como se uma excluísse a outra e vice-versa. Trata-se, segundo Streck (2017c), de um argumento simplista que, mais uma vez, tão somente supera um positivismo por outro, “como se discricionariedade tivesse uma legitimidade *a priori*, ou seja, como se, para superar a maldição do exegetismo (que “colava” texto e sentido do texto), pudesse ser feito um “deslocamento” *ad hoc*, reprimando, tardiamente, a descoberta feita pelo sujeito moderno”. (STRECK, 2017c, p. 78).

Para Streck (2017c), as coisas funcionariam assim: como no positivismo exegético nada era permitido ao juiz, uma vez que tudo estava dado pela estrutura pela lei, nos dias de hoje, a título de compensação, nenhum limite pode ser estabelecido para o intérprete judicial, que tem à sua disposição um amplo espaço, dentro do qual pode, livremente, externar sua soberana vontade.

Quando Streck diz que a discricionariedade é a porta de entrada para a arbitrariedade, isso se deve ao fato de que em qualquer das hipóteses o problema acaba sendo o mesmo: discricionário ou arbitrário, não há controle sob o conteúdo do ato. Nesse sentido, por atuarem no vazio da lei, segundo o jurista brasileiro, fica praticamente impossível fazer a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, tudo não passaria de uma abstração, até mesmo porque o próprio ato de caracterizar uma ou outra já se trata de um ato discricionário, portanto, uma escolha que, por isso mesmo, pode ser arbitrária, razão pela qual entende que “o caminho possível para enfrentar o problema é debelar a discricionariedade, assumindo,

aconselhável e necessária uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas não cumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que dever ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social. Em outras palavras, a defesa de posturas substancialistas e concretistas acerca da utilização da jurisdição constitucional— que implica inexorável avanço em relação às tradicionais posturas *self restraining* – não pode ser confundida com decisionismos e atitudes pragmatistas, em que o Judiciário se substitui ao legislador, com o argumento desmesurado de protagonismos judiciais”.

¹⁹⁷ Nessa lista pode se acrescentar Cappelletti (1999), que também tem a discricionariedade como inevitável, embora sujeita a limites de modo a evitar arbitrariedade, para cujo fim acaba por atribuir à consciência do próprio juiz a tarefa de autocontenção.

assim, a radicalidade do elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica”. (STRECK, 2017c, p. 78).

5.4 A Incompatibilidade do Poder Discricionário com a Dimensão Jurídica da Fundamentação das Decisões Judiciais

A seguir, prosseguindo na abordagem do inimigo número um do caráter paradigmático da fundamentação das decisões judiciais, a partir das considerações gerais, passando pela diferença entre proibição de interpretar e controle hermenêutico das decisões judiciais, se demonstrará como e porque a discricionariedade judicial é incompatível com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais.

5.4.1 Considerações Gerais

“Sentenças insuficientemente motivadas ocultam uma parcela do poder arbitrário”. Quem diz isso é Ovídio B da Silva (2008, p. 471), ao tratar da fundamentação das decisões judiciais como uma questão de garantia constitucional.

Para o jurista gaúcho, trata-se de uma conduta que exige a superação da lógica binária do certo e do errado, que, quando se trata de uma decisão judicial, se expressa na suposição de que o juiz deve basear o julgamento no juízo de certeza, caso contrário cairá irremediavelmente na arbitrariedade. Diz Silva (2008) que tudo isso deve ser creditado ao pressuposto transmitido pelas ideologias formadas, a partir do século XVIII, um modelo que sequestrando a Hermenêutica, “concebe o juiz como o agente incubido de relevar o suposto sentido – invariável – inserido no texto pelo legislador”. (SILVA, 2008, p. 471). No limite, pode se dizer com o autor (2008), “pressupõe um juiz que não interprete a lei, que se limite a declarar sua ‘vontade’”. (SILVA, 2008, p. 471).

Como controlar a subjetividade do juiz, inevitável, para alguns, a exemplo do Ministro Luís Roberto Barroso (2016) e Cappelletti (1999), só para ficar nesses dois exemplos? A questão, realmente, não é fácil, e em torno disso gira um dos grandes problemas da teoria do direito, como atesta Losano (2010), ao dizer que “tão logo o direito foi formulado em normas gerais, a decisão de cada caso – ou seja, a emanção da sentença – tornou-se um dos problemas capitais da ciência jurídica”. (LOSANO, 2010, p. 142). Esse é o problema da interpretação. “Como passar da norma geral à sentença individual?”, indaga Losano (2010, p. 142.), que acrescenta:

Quando a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz, a qual segue vias não necessariamente racionais. Passava-se, assim, do formalismo ao antiformalismo, e as normas que estabeleciam que o juiz restasse vinculado à lei eram consideradas um resíduo do racionalismo iluminista. Na realidade, afirmava-se, o juiz decidia em última análise segundo o seu convencimento, que podia também não coincidir com a *ratio* do legislador. A relação entre o legislador e o juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador. (LOSANO, 2010, p. 143¹⁹⁸, grifos do autor).

À vista do que do que se destacou em Losano (2010), é oportuno que se volte aqui a Rorty (2007) para lembrar que no Prólogo foi dito que, para o filósofo estadunidense, todos os seres humanos carregam um conjunto de palavras para justificar seus atos ou convicções. Tais palavras narram a história da vida das pessoas, no que Rorty chama de vocabulário final. Ali, foi dito que a expressão “vocabulário final” pode muito bem ser substituída por “linguagem”. E para Rorty, o vocabulário da justiça é necessariamente público e compartilhado. (RORTY, 2007, p. 17).

Naquela oportunidade foi deliberadamente omitida a opinião de Rorty (2007) sobre a utilização do vocabulário privado, o que ele chama de “vocabulário da autocriação”. Para o jus-filósofo, diferentemente do vocabulário da justiça, que é público, “o vocabulário da autocriação é necessariamente privado, não compartilhado”. (RORTY, 2007, p. 17). Todavia, o autor (2007) sustenta que em uma sociedade justa e livre seus cidadãos até que podem ser tão privatistas “quanto lhes aprouber, desde que o façam em suas horas de folga – sem causar prejuízo a terceiros e sem usar recursos necessários para os menos favorecidos”. (RORTY, 2007, p. 17).

E, há de se convir, não há exemplo maior de uma linguagem privada que não seja a discricionariedade, tema que aqui se retoma para, ao final, a partir das leituras passadas em revista nas seções anteriores, demonstrar que a discricionariedade judicial é incompatível com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais.

¹⁹⁸ Em nota de rodapé, Losano (2010, p. 143) reproduz os artigos 2º e 3º, do Código Civil Suíço (ZGB, 1912), que retrata bem a autorização, pelo próprio legislador, ao juiz para agir como se fosse o próprio: “- 2. A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. – 3. Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence”. Numa tradução livre, de acordo com o artigo 2º, na ausência de uma disposição legal aplicável, o juiz pronuncia-se de acordo com a lei consuetudinária e, na falta de costume, de acordo com as regras que ele estabelecerá se tivesse que agir como legislador. Em casos assim, conforme dispõe o artigo 3º, o juiz é inspirado nas soluções consagradas na doutrina e na jurisprudência.

Para início, uma indagação: pode a lei ou, num sentido mais largo, a própria ordem jurídica, no seu conjunto, ser ao mesmo tempo um permissivo e uma limitação, ao poder discricionário do juiz? Em outras palavras, é possível uma discricionariedade consentida?

À vista da redação do artigo 1º do Código Civil Suíço, de 1912, reproduzido na última nota de rodapé, o poder discricionário do juiz é autorizado pela própria lei, que também cuida de estabelecer algumas diretrizes com a finalidade de impor limitações ao seu exercício. No caso do mencionado artigo do Código Suíço, está dito, conforme a tradução livre, que o juiz pode agir como se legislador fosse, ou seja, como legislador “intersticial”, tal como defendido por Hart. E para não o deixar, literalmente, tão à vontade, também diz que o juiz, em situações que tais, vai buscar nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência a sua fonte de inspiração.

O cenário descrito no código civil suíço não é muito diferente do que atualmente ocorre em algumas ordens jurídicas, como na norte-americana, uma vez que, de acordo com Chase (2014, p. 1220), a discricionariedade é atribuída por lei. É o caso dos Estados Unidos da América, onde ela é tolerada, mas também limitada. De acordo então com o autor, como já registrado, dois critérios estariam na origem e justificariam a autorização legislativa, em alguns sistemas jurídicos, para o juiz agir discricionariamente: a necessidade e a limitação. A discricionariedade é autorizada, quando se faz necessária e desde que limitada.

Muito provavelmente, tanto a autorização como a limitação estabelecida pela própria ordem jurídica funcionam como álibi jurídico, por meio do qual alguns autores procuram conferir à discricionariedade um aspecto jurídico e não meramente volitivo e, de algum modo, justificá-la.

Algo parecido com o que diz Neves (1995, p. 540), ao sustentar que mesmo quando se admite uma liberdade discricionária, essa seria uma liberdade para o cumprimento de um dever – ou vinculada ao cumprimento de um dever. E esse dever não seria meramente um dever moral, “mas um dever verdadeiramente jurídico”. Nesse sentido, a discricionariedade teria um caráter juridicamente vinculado (*juridicidade*, nas palavras do jurista lusitano), daí poder se dizer, por exemplo, que discricionariedade (pelo menos teoricamente) não é o mesmo, muito ao contrário disso, que arbitrariedade.

Todavia, o próprio Neves (1995, p. 516-517), como quem reconhece as dificuldades de se estabelecer com clareza uma zona limítrofe, a partir da qual a discricionariedade se converte em arbitrariedade, no seu esboço histórico acerca do problema do poder discricionário do juiz, reconhece que, inicialmente, a aceitação da ideia da discricionariedade era limitada a apenas a algumas hipóteses, mas que, adiante, foram excessivamente

ampliadas. E nem poderia ser diferente, porque esse é o efeito de se atribuir ao próprio juiz, como pretende Cappelletti (1999) o dever de fazer uma espécie de autocontrole.

No mesmo sentido, como visto linhas atrás, segue a teoria dos diferentes graus do desenvolvimento judicial do direito desenvolvida por Larenz (1997). Para o autor, mesmo na sua versão mais radical, que ele chama de “desenvolvimento do Direito *superador da lei*” (LARENZ, 1997, p. 520), a discricionariedade judicial (que ele chama de desenvolvimento judicial do direito) tem que ser exercida dentro do quadro e dos princípios que orientam o ordenamento jurídico no seu conjunto. É como se, a título de justificar a utilização do poder discricionário judicial, pudesse conferir ao mesmo um ar de juridicidade, ou seja, para Larenz, a ordem jurídica, para fins de interpretação judicial do direito, invocando novamente aqui a metáfora das raias da piscina, se movimenta entre três raias¹⁹⁹, sendo que a terceira delas tem uma capacidade maior de distensão, é mais plástica.

De acordo com Larenz (1997), para cada um dos três graus de desenvolvimento judicial do Direito, há um determinado método que a ele se aplica, embora reconheça que “não possam traçar-se limites rigorosos entre eles” (LARENZ, 1997, p. 520), razão pela qual se faz aconselhável distingui-los.

Com nenhum desses pensamentos, muito menos o de Hart, compartilha Abboud (2014), cujo entendimento inspira-se na Crítica Hermenêutica do Direito de Streck.

Para Abboud (2014, p. 326), o problema é que “a discricionariedade judicial compreendida como a possibilidade de decidir a lide, sem a obrigação de propiciar a resposta correta, em regra, ou desembocará no decisionismo ou no ativismo judicial”. Este, por sua vez, sempre será pernicioso, razão pela qual não se pode classificá-lo como bom ou mau. Sempre será um fenômeno ruim para a democracia, pois “o que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião”. (ABBOUD, 2014, p. 425-426).

Diz ainda o autor (2014), no que lembra as palavras de Losano (2010):

¹⁹⁹ Com efeito, de acordo com Larenz (1997), os diferentes graus de desenvolvimento judicial do direito são em ordem de três. O primeiro vem a ser a interpretação literal e estrita da lei, dado que, para Larenz, “a simples interpretação da lei por um tribunal, desde que seja a primeira ou se afaste de uma interpretação anterior, representa um desenvolvimento judicial do Direito, mesmo que o próprio tribunal não tenha disso consciência”. (LARENZ, 1997, p. 520). O segundo grau (desenvolvimento do Direito imanente à lei) consiste naquele que ultrapassa os limites da interpretação ao lançar mão de métodos interpretativos mais amplos, de tal forma que não se limite a uma interpretação restrita da lei, conferindo-se à mesma a interpretação, mesmo literal, um sentido possível. Ou como ele próprio diz: “Um desenvolvimento do Direito conduzido metodicamente para além desse limite, mas ainda no quadro do plano originário, da teleologia da lei em si, é preenchimento de lacunas, desenvolvimento do Direito *imanente à lei*” (1997, p. 520). Por fim, o terceiro grau é aquele que Larenz chama de “desenvolvimento do Direito superador da lei”, ou seja, aquele que está para além do limite anterior, mas, de certo modo, enquadrado dentro dos princípios que orientam o ordenamento jurídico no seu conjunto.

Um sistema jurídico em que a lei é enfraquecida ou relativizada consiste em regime jurídico ativista ou decisionista, frise-se, independentemente da ideologia dominante se de extrema esquerda ou direita. O que define o caráter decisionista é a possibilidade de substituição da lei e da normatividade vigente (precedentes, doutrina, princípios etc) pela vontade de algum agente público, seja o *Führer* nos regimes totalitários, seja o próprio julgador de caráter ativista. Esse viés decisionista de abandono da lei posta é legitimado em larga medida pela discricionariedade judicial. No exato instante em que se admite a possibilidade de se sentenciar com fundamentos em questões não jurídicas, leia-se, discricionárias, imediatamente fica estabelecido o ferramental necessário para inserir no âmbito decisório a vontade do julgador. (ABBOUD, 2014, p. 360-361, grifos do autor).

Nesse sentido, para Abboud (2014, p. 420), equivocam-se certos setores da doutrina que admitem que possam existir o bom e o mau ativismo, em outras palavras, a boa ou a má discricionariedade. Para ele, decisões que certos doutrinadores classificam como exemplo do bom ativismo, em verdade, “são decisões que concretizam e aplicam diretamente o texto constitucional e sua principiologia” (ABBOUD, 2014, p. 421), mesmo porque “no Estado Democrático de Direito, o Judiciário não pode decidir da forma que quiser. A aplicação da lei não é uma opção do juiz”. (ABBOUD, 2014, p. 441).

Noutro modo de dizer: em contraponto a Chase (2014), que, como visto, entende que, em alguns sistemas jurídicos, a discricionariedade se justifica, desde que se faça necessária e limitada, Abboud (2014, p. 328), sustenta que não há necessidade de o juiz recorrer à discricionariedade, para a resolução de questões jurídicas. Ao contrário, o ato de decidir é rigorosamente vinculado, razão pela qual “o Judiciário tem o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir dessa ou daquela maneira”. (ABBOUD, 2014, p. 441).

Por outro lado, o jurista paulista (ABBOUD, 2014, p. 363) lembra que, de certa forma, ou ainda que indiretamente, o legislador brasileiro, sobretudo nas últimas reformas da antiga legislação processual civil, apostou na discricionariedade judicial e em um protagonismo do Judiciário que chegou a extrapolar suas funções típicas. Isso, contudo, não significa dizer que o juiz pode tudo. Segundo Abboud (2014, p. 363), as reformas processuais que introduziram instrumento como súmulas vinculantes, repercussão geral, súmulas impeditivas de recursos, dentre outras, são apostas irrefletidas na discricionariedade, sobretudo dos tribunais superiores, tudo isso calcado na instrumentalidade do processo e sobe o fundamento de melhoria da racionalidade do sistema jurídico, visando, sobretudo, à segurança jurídica.

Abboud (2014) esclarece, contudo, para que não se dê lugar a eventual mal-entendido, que, ao caracterizar o ativismo como um modo de se afastar a legalidade vigente, não está a afirmar que o juiz esteja vinculado à legalidade estrita. Em verdade, o que ele defende “é que

ao Judiciário não é lícito deixar de aplicar uma lei, salvo se ela for inconstitucional” (ABBOUD, 2014, p. 421), como, aliás, sustenta Streck com as suas seis hipóteses pelas quais o juiz pode deixar de aplicar uma lei²⁰⁰.

5.4.2 A Incompatibilidade Escancarada

Como se sabe, um dos problemas da discricionariedade é o de que, pressupô-la (no sentido de se conferir ao intérprete a faculdade de se desvincular da lei, de agir com liberdade) é admitir a existência de uma pluralidade de respostas dentre as quais o juiz poderá escolher qualquer uma delas. Mas, decidir, como diz Streck, não é escolher. Mesmo porque haverá sempre uma resposta adequada para o caso concreto.

Por outro lado, para os objetivos propostos no presente estudo, o oferecimento de uma resposta correta é condição de possibilidade para que se diga que a fundamentação de determinada decisão judicial se encontra atravessada pela sua terceira dimensão, a jurídica. Sem isso, não há que se falar na presença, em determinado caso concreto, da terceira dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais. E insista-se: ao falar da resposta correta (que é um direito fundamental do cidadão) como pressuposto indispensável ao cumprimento do dever de fundamentar, não se está a defender, como contraponto à ideia de várias respostas recepcionadas pelas várias correntes doutrinárias que admitem a discricionariedade judicial, a existência de uma única resposta correta, mas sim, como defende Streck (2017c), a existência de uma resposta adequada para o caso concreto, nos termos da Constituição Federal.

²⁰⁰ De acordo com Streck, o que pode ser visto, por todos, em *Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial* (2013, p. 347-348), são essas as hipóteses nas quais o juiz, legitimamente, por recusar a aplicar uma lei: *i) quando a lei ou o ato normativo for inconstitucional*, hipótese em que deixará de aplicá-la mediante o controle difuso ou declarará-la inconstitucional mediante o controle concentrado; *ii) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias*, caso em que há que se ter o cuidado também com a questão constitucional, ou seja, verificar se a lei posterior que revoga a anterior não é inconstitucional, hipótese em que as antinomias deixam de ser relevantes; *iii) quando aplicar a interpretação conforme a constituição*: nesse caso, se faz necessário fazer uma adição de sentido ao artigo da lei para que haja conformidade com a Constituição. O texto não muda, permanece intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de uma interpretação que o torne adequado à Constituição. Aqui se trabalha a relação (diferença) entre texto e norma. É a típica interpretação voltada para conferir força normativa à Constituição; *iv) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto*: nesse caso, a literalidade do texto também permanece intacta, sendo alterada ou excluída alguma ou algumas hipóteses de sua incidência. Em tal hipótese, ocorrerá uma *abdução* do sentido; *v) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto*: nessa hipótese, a exclusão de uma palavra ou de um trecho do texto conduzirá à manutenção da constitucionalidade do dispositivo. Aqui, haverá modificação no texto; e *vi) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio*: aqui, princípio tem que ser entendido como norma jurídica dotada de carga deontológica e não como mero enunciado retórico. Em outras palavras: o cuidado, neste caso, é o de evitar o pamprincipiologismo.

Basta isso para se perceber que a questão da discricionariedade, portanto da possibilidade de existirem várias respostas corretas, se constitui no principal obstáculo à abertura para a dimensão jurídica como a terceira e última dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais que, por sua vez, pressupõe a passagem de um direito de matriz essencialmente privatista, o que inclui o discurso dos juízes, para a noção de um direito público, constitucional e democrático, no qual o discurso do Poder Judiciário passa a ser público, se bem entendidos os sentidos *rortyniano* e *wittgensteiniano* da expressão.

Com efeito, como diz Abboud (2014), discricionariedade e direito, o que inclui a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, são elementos excludentes, não coabitam o mesmo espaço, querendo dizer com isso que, quando a discricionariedade entra por uma porta, é porque o direito terá saído pela outra, “afinal, quando admitimos o uso da decisão discricionária, automaticamente, afirmamos que essa decisão poderá ser pautada por critérios não jurídicos”. (ABBOUD, 2014, p. 483). Daí se poder inferir que não é possível se vislumbrar ou reconhecer numa decisão judicial a presença da dimensão paradigmática jurídica de sua fundamentação, se para o referido provimento o juiz utilizou de critérios outros que não sejam os jurídicos.

Nesse sentido, pode-se concluir também que a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais pressupõe o enfrentamento daquilo que, historicamente, Kelsen se recusou: a superação da discricionariedade judicial.

Isso significa dizer que a dimensão jurídica da fundamentação da decisão judicial, enquanto dimensão paradigmática, funciona como uma verdadeira cláusula de barreira contra posturas subjetivistas, voluntaristas ou arbitrárias, numa palavra: discricionárias. Sendo assim, o julgamento discricionário, entendido este como aquele em que o juiz, na sua decisão, por livre e espontânea vontade, ignora critérios jurídicos e coloca em seu lugar critérios pessoais, morais, políticos ou religiosos, dentre outros, não tem a configuração de uma decisão judicial ajustada ao império do direito. Logo, não é jurídico. E se não é jurídico, não se pode dizer que a decisão é fundamentada nos termos da Constituição Federal, numa última palavra: a decisão não é atravessada pela terceira dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais.

Aliás, Ramires (2010) diz que a ausência de uma fundamentação válida equivale a arbitrariedade por parte do juiz. E com esse pensamento corrobora Silva (2008, p. 471), quando diz que uma sentença insuficientemente motivada oculta uma parcela do poder arbitrário.

A terceira dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais, no caso, a jurídica, é aquela que, no ato de decidir, não se admite qualquer espécie de discricionariedade judicial, entendendo-se essa como o suporte necessário para uma decisão que depende da vontade do julgador que, entre várias opções, pode escolher livremente uma delas como resposta.

Segue-se daí que reconhecer em uma decisão judicial sua dimensão jurídica paradigmática em termos de fundamentação é pressupor, o que se constitui em uma condição de possibilidade, que a decisão judicial é o resultado de um ato vinculado à lei e à principiologia de determinada comunidade jurídica. É que não há convivência possível entre postura contrária ao império do direito e dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais.

Em outro modo de dizer: a dimensão jurídica da fundamentação se revela quando a resposta se apresenta como uma decisão justificada nos termos da Constituição Federal e construída a partir de argumentos jurídicos. Por essa razão mesma o ato judicial discricionário é incompatível com a fundamentação das decisões judiciais, dado que decidir, segundo a máxima *streckniana*, não é escolher.

A par disso, não se pode perder de vista que discricionariedade equivale a uma noção privada do direito, hipótese em que o juiz confere o sentido que bem entender às coisas, julga o caso concreto a ele submetido, com liberdade, sem vinculação à ordem jurídica, entendida essa como composta por um sistema de regras e princípios, segundo a dicção *dworkiniana*.

O juiz que age assim entende que é proprietário dos sentidos, decide conforme a sua consciência e, por isso, pode, inclusive, arregimentar critérios não jurídicos, o que significa dizer: de ordem política, moral ou pessoal, só para ficar nesses exemplos.

Por outro lado, decidir com base em argumentos jurídicos (regras e princípios) é recepcionar a ideia do caráter público e democrático do direito, questão diametralmente oposta à discricionariedade judicial e suas facetas que admitem várias respostas tidas como corretas. Isso, repita-se, é incompatível com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais que pressupõe uma resposta adequada.

Pode-se dizer ainda que uma decisão judicial discricionária não realiza, no sentido de concretizar, o art. 93, IX, da Constituição Federal. Além do que, por não se harmonizar com o Estado de Direito, não é democrática, pois lança mão de um discurso privado, incompatível com o discurso público do direito. É que, no que se refere à última parte, nunca é demais lembrar que uma das principais características da terceira dimensão paradigmática das

decisões judiciais, a jurídica, consiste no fato de que ela representa a passagem de uma noção privatística para uma noção publicista do direito, portanto, constitucional e democrática.

A título de conclusão parcial, é possível se afirmar que a discricionariedade judicial é, a um só tempo, contrária e incompatível com o paradigma filosófico da intersubjetividade, com as conquistas históricas consolidadas com o advento do Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional, aquele que se justifica), com o discurso público do direito, enfim com o dever de o juiz prestar contas de seus atos à sociedade.

Em sendo assim, ainda que, em decorrência do uso, por vezes irrestrito, a discricionariedade não representasse nenhum risco ou o perigo de resultar em outras variantes, como a arbitrariedade, ativismos ou decisionismos, sua incompatibilidade com o dever de fundamentação é *ab ovo*, ou seja, desde o seu nascedouro.

Não se pode perder de vista também a particular circunstância de que a dimensão jurídica da fundamentação tem relação direta com a vinculação da decisão à ordem jurídica constitucional (art. 93, IX) e infraconstitucional (CPC, art. 11 e 489, parágrafo primeiro).

Disso resulta que, quando o juiz oferece uma resposta correta, no sentido de adequada, porquanto em atenção à ordem jurídica, e para o caso concreto, isso significa dizer que a fundamentação daquela decisão está atravessada pela dimensão jurídica que, por sua vez, como já dito anteriormente, já carrega com ela as dimensões anteriores (filosófica e histórica).

E não é só. A questão da dimensão jurídica tem também relação direta com a autonomia do direito, na medida em que uma decisão fundada em argumentos jurídicos (numa regra ou em um princípio) afasta, *ipso facto*, qualquer argumento metajurídico com ela incompatível, seja ele político, moral, econômico, religioso, pessoal ou de acordo com o sentimento de justiça do juiz.

Tudo isso, grosso modo, não deixa de ser uma contribuição no sentido de assegurar a preservação da autonomia do direito. Por outro lado, a exigência de utilização de critérios jurídicos decorre da necessidade de se estabelecer padrões mínimos que devem ser seguidos numa determinada comunidade jurídica.

Com efeito, como assevera Abboud (2014), a decisão judicial somente adquire uma dimensão jurídica democrática, quando deixa de ser pautada pela subjetividade do intérprete. Sem essa observância, não há como se falar em dimensão jurídica paradigmática significativa da fundamentação das decisões judiciais. É que a discricionariedade impede a realização da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, cuja abertura somente se dá num cenário de superação da discricionariedade.

Com lucidez, Abboud (2014) demonstra que a discricionariedade judicial é incompatível, não somente com a dimensão jurídica como também com as dimensões filosófica e histórica da fundamentação das decisões judiciais.

De acordo com Abboud (2014), nos tempos atuais, racionalizar a decisões judiciais se constitui no maior desafio para o direito, visto que se é que houve avanço no campo da legalidade, ainda há um grande déficit quando o assunto é a aplicação judicial do direito. Para o autor, “tanto a decisão judicial quanto o ato administrativo somente adquirirão dimensão jurídico-democrática quando deixarem de ser pautados na subjetividade, na vontade e em parâmetros discricionários”. (ABBOUD, 2014, p. 487).

Invocando a pensamento de Abboud (2014, p. 487) e Tocqueville (2014), vai dizer que as decisões judiciais se legitimam democraticamente quando a discricionariedade for substituída pelo direito e somente quando as demandas judiciais forem decididas com base em critérios jurídicos é que se tornará possível submeter uma decisão judicial a um teste de racionalidade, mesmo porque quando fundada no poder discricionário, diferentemente do que entendem Larenz (1997) e Neves (1995), se trata de uma decisão de poder e não jurídica, visto que a discricionariedade é pautada na subjetividade do intérprete, razão pela qual não pode ser subsumida a nenhuma racionalidade jurídica.

Em síntese: decisão judicial discricionária não tem viés jurídico. Seu conceito não é jurídico, dado que o conceito jurídico é um conceito não discricionário. Segue-se que, se não é jurídica, não é fundamentada nos termos da Constituição Federal. Se não é fundamentada, essa decisão não está imantada por uma dimensão jurídica, que é não discricionária, e tampouco por nenhuma das outras duas anteriores, hipótese em que tudo fica no plano da subjetividade, da decisão como ato de autoridade e do discurso privado, cenário que deve ser superado.

Deixando claro que a decisão judicial discricionária não é um ato jurídico, Abboud ainda vai dizer que “o risco da utilização da discricionariedade no âmbito judicial dispensa análise dos resultados das decisões, basta a admissão do juízo discricionário para se tornar preocupante a questão” (ABBOUD, 2014, p. 484), isso à razão de que, quando se permite que um juiz se socorra do poder discricionário para decidir um caso, em verdade, se confere a ele a possibilidade de lançar mão de critérios metajurídicos para resolver a questão.

E em se admitindo tal possibilidade, ou seja, que casos possam ser julgados por critérios estranhos ao direito, a exemplo da decisão com base na consciência ou na vontade pessoal do julgador, Abboud (2014) sustenta que de nada adianta ter uma constituição e nem recepcionar a ideia do processo jurisdicional democrático, visto que, nesse contexto, é

impossível o fechamento do círculo democrático, o que significa dizer que “a ponta da decisão judicial, na qual o jurisdicionado deve(ria) ter seu direito tutelado e reparado, continua aberta porque admite o uso da discricionariedade, quando a questão jurídica do cidadão é examinada por um juízo discricionário, na realidade, está sendo-lhe conferida uma resposta não jurídica”. (ABBOUD, 2014, p. 484).

À vista do exposto, o grande obstáculo para que uma decisão judicial se apresente hígida do ponto de vista de sua dimensão jurídica é a discricionariedade, por isso se dizer que ela se constitui no inimigo número um da dimensão jurídica da fundamentação das decisões e, ao fim e ao cabo, da própria tríplice dimensão paradigmática, objeto deste estudo.

Nesse sentido, é necessário que se diga que sua concretização pressupõe a superação do poder discricionário do Judiciário. Dizendo de outro modo: o rigoroso cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, condição de possibilidade para que se enxergue na decisão judicial uma dimensão jurídica paradigmática nos termos propostos nesta pesquisa, é o resultado de um direito que não aposta no protagonismo do juiz e sim de um direito que é público e que aposta na Constituição e que é produzido democraticamente, diferentemente do direito de faceta privada que era produzido, antes do trunfo do direito conquistado a partir do fim do segundo pós-guerra, quando surgiram as constituições democráticas e normativas. E quando se diz que o direito foi constitucionalizado é no sentido de que os direitos conquistados, hoje, estão nas constituições, processo que se acentuou a partir do surgimento das constituições democráticas e normativas do pós-segunda guerra.

Como diz Streck, no Posfácio do livro Abboud (2014, p. 505), “não tem sentido que, depois de conquistarmos os direitos hoje inscritos na Constituição, passemos a delegar a interpretação privada dos integrantes do judiciário o processo de atribuição dos sentidos. Enfim, não pode haver lugar para poderes discricionários na democracia”.

E aqui, por oportuno, acrescente-se: não se pode confundir “proibição de interpretar” com controle hermenêutico das decisões judiciais, por que são fenômenos totalmente distintos, muito embora essa distinção seja (ainda) mal compreendida por boa parte dogmática jurídica brasileira que, por não assimilar de forma adequada o sentido da produção democrática do direito e os limites do papel da jurisdição constitucional, quase sempre faz confusão entre os dois fenômenos a ponto de reduzi-los a um só, numa clara demonstração de que mal se superou o velho positivismo, que igualava texto e norma, e que por isso não se preocupa com o controle da interpretação judicial e nem enfrenta o seu principal problema: a discricionariedade.

Sobre como “proibição de interpretar” e controle hermenêutico das decisões judiciais, que combate a discricionariedade, são fenômenos distintos, é o que se procura demonstrar no item seguinte.

5.4.3 Diferença entre Proibição de Interpretar e Controle Hermenêutico das Decisões

Judiciais: um abismo gnosiológico de mais de duzentos anos

Como afirma Streck (2017b, p. 70), ao apostar no protagonismo judicial as teorias e as propostas metodológicas do século XX, como é o caso das diversas teorias argumentativas, “nada mais fazem do que superar o positivismo exegético-primitivo”.

Com essa afirmação quer ele dizer que todas essas teorias, incluindo aquelas que se denominam pós-positivistas (ainda que isso não implique necessariamente ruptura) não avançaram para além do que já fizera Kelsen: deixar tudo nas mãos do intérprete judicial, que, para resolver o problema da decisão judicial diante das incertezas do direito, lança mão da discricionariedade, o que, no dizer de Streck (2013, p. 101-102), passou a ser a condição de possibilidade da decisão. Noutra modo de dizer: no fundo, as referidas teorias repetem Kelsen ao reconhecer que o direito contém vaguezas e ao admitirem que o juiz, no momento de decidir, tem um espaço de manobra à sua disposição e pode agir discricionariamente.

E é por força do estado da arte da interpretação judicial no Brasil que Streck (2013, p. 95) insiste em afirmar que “discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, *uma questão de democracia*”. Para ele, essa simples constatação torna até mesmo desnecessário dizer que sua crítica à discricionariedade não significa uma “proibição de interpretar”. Isso é bem verdade. Ocorre que boa parte da comunidade jurídica quase sempre – para dizer o mínimo – compreende de forma inadequada essa problemática, o que já levou o autor a demonstrar certo desconforto, “porque sou chamado, de um lado, de positivista exegético do século XIX ou de um pandectista e, de outro lado, sou acusado de relativizar o direito ao ponto de ele poder ser decidido do modo como se queira, ou seja, justamente os dois paradigmas que eu critico”. (STRECK, 2017c, p. 117).

Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E o direito é composto de regras e princípios, ‘comandados’ por uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais ‘abertos’ em termos de possibilidades de significado, não *constitui novidade*, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno. O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em

normas) *não depende* – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. [...] Na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. (STRECK, 2013, p. 95, grifos do autor).

Com efeito, são duas perspectivas distintas e não é exagerado dizer que são até mesmo antípodas. Por *proibição de interpretar* entende-se a ideia que se impôs como resultado da expansão das grandes codificações no século XIX que, como visto, já continham respostas previamente dadas, cenário em que qualquer atividade de inteligência era dispensável, cabendo ao juiz tão somente pronunciar a letra da lei.

Ou, como vai dizer Streck (2015): fundamental, como já dito em outro momento, é entender que o positivismo exegético aposta na objetividade do texto, no mito do dado, significando dizer que ele, o texto, consegue abarcar toda a complexidade da vida, daí se dizer que o positivismo jurídico está relacionado diretamente com o fato, uma vez que o texto abarcaria a própria faticidade “e é nesse sentido que o positivismo clássico vai trabalhar com a noção de toda regra (lei) é geral, obtendo as respostas antes que as perguntas fossem feitas”. (STRECK, 2015, p. 104).

Por outro lado, a necessidade do *controle hermenêutico das decisões judiciais* é o resultado natural da adoção de um modelo de Estado Constitucional e do direito que emerge com as Constituições europeias, a partir da segunda metade do século XX. Nesse cenário, o aumento do espaço do Judiciário e a conseqüente redução do Legislativo, surgem como um dos seus principais efeitos.

De fato, até o final da segunda guerra mundial, a tradição continental não conhecia nenhuma Constituição com a configuração que se conhece atualmente. Constituições normativas como as de hoje somente vieram surgir com o advento das constituições europeias do pós-segunda grande guerra, que marcam a passagem das Constituições como meras Cartas Políticas, quando prevaleciam as grandes codificações, para as Constituições dotadas de força normativa.

Com efeito, de acordo com Streck (2017c, p. 68), não se pode confundir o direito do século XIX com o direito que exsurge do paradigma constitucional do século XX. Para o mesmo autor (2010, p. 163), o direito que desponta no modelo do Estado Democrático de Direito, forjado a partir do final da segunda guerra mundial, “deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política”, sendo a Constituição a manifestação do maior grau de autonomia do direito em relação às outras dimensões com ele intercambiáveis, a exemplo da

política, da economia e da moral e que atinge seu auge com o surgimento das Constituições sociais, compromissórias e dirigentes surgidas na Europa após o final da segunda guerra mundial.

Adverte, contudo, Streck (2010, p. 163) que, se por força dessas constituições, analíticas e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, mediante amplo controle de constitucionalidade, foi diminuída a liberdade de atuação do legislador, tal circunstância não pode “representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito”, razão pela qual a instituição de mecanismos de controle das decisões judiciais é uma decorrência natural, até mesmo para fins de se preservar o equilíbrio na correlação de forças entre os poderes e em respeito ao princípio democrático.

Dizendo de outro modo, Streck (2010, p. 164) pontua que tendo havido a diminuição do espaço da lei e do Poder legislativo, com a correspondente ampliação da área de atuação do Poder Judiciário, que passou, inclusive, a exercer uma função contramajoritária, em contrapartida, para fins de preservação da autonomia do próprio direito, tornou-se necessário a adoção de instrumentos de controle daquilo que é a síntese do deslocamento do polo de tensão de um poder para o outro, qual seja, as decisões judiciais, o que implica, ao fim e ao cabo, discutir a questão central da teoria do direito, numa palavra: a discricionariedade na aplicação do direito pelos juízes e tribunais.

Todavia, a julgar pelo estado de natureza hermenêutico da interpretação judicial, no Brasil, a passagem dos códigos para as Constituições, ou seja, aquilo que o autor supracitado chama de salto de “um legalismo rasteiro-pedestre para uma nova concepção de legalidade”, (STRECK, 2017c, p. 66), em decorrência do qual o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional assumem outros contornos, não foi compreendida adequadamente no Brasil pela dogmática jurídica.

Trata-se, portanto, de uma questão mal assimilada e que muito provavelmente se encontra na origem da prática, cada vez mais comum, de se fazer confusão – como se fossem um único fenômeno, o que, desenganadamente, não são – entre a proibição de interpretar do positivismo exegético e o controle das decisões judiciais, tal como proposto pela hermenêutica filosófica, em especial pela Crítica Hermenêutica do Direito, no Brasil.

Não são porque, como já foi dito, a realidade que se vive hoje não é a mesma do século de XIX. Entre elas há um abismo gnosiológico de mais de duzentos anos e disso resulta que atualmente não se pode mais falar em proibição de interpretar, da mesma forma que não se pode dizer que o juiz, no modelo de Estado Democrático de Direito, no interior do

qual a norma é democraticamente produzida, tem ampla liberdade para atribuir à lei o sentido que bem entender. Nenhuma das posturas cabe na atual fase da história.

Por essa razão, a necessidade de um controle da interpretação judicial do direito.

A decisão judicial é o discurso do juiz resultante da tarefa hermenêutica. Todo o esforço de interpretar, de buscar uma resposta hermenêuticamente correta para o problema (lide) atende a um objetivo: a resolução do conflito de interesse por meio de uma decisão judicial.

Relembre-se, mais uma vez, Rorty (2007, p. 133), para quem “todos os seres humanos carregam um conjunto de palavras que empregam para justificar seus atos, suas crenças ou convicções e sua vida”. Para ele, é por meio das palavras que se narra a história da vida das pessoas. A essas palavras ele dá o nome de “vocabulário final” de uma pessoa. E “o vocabulário da justiça, diz o filósofo estadunidense, é necessariamente público e compartilhado”. (RORTY, 2007, p. 17).

E como, não custa repetir, decidem os juizes no Brasil? Qual o discurso utilizado? Trata-se de uma linguagem (ou vocabulário, como prefere Rorty) pública ou privada? Diante uma lei produzida democraticamente, e numa escala ascendente, qual o grau de liberdade que o juiz tem para poder ignorá-la, torcer o seu sentido, ultrapassar os seus limites semânticos? Enfim, pode um juiz julgar *praeter legem* (além da lei) ou *contra legem* (contra a lei)? Noutra perspectiva, pode o juiz, para decidir, lançar mão de seu senso pessoal de justiça, de suas convicções pessoais, de argumentos morais, políticos e, no limite, criar sua própria lei?

Indagando de outro modo: por que há tanto protagonismo judicial? O poder hermenêutico dos juizes tem limites? Se interpretar é atribuir sentido, o juiz pode atribuir sentido livremente, agindo de forma discricionária e com excesso de liberdade, escolhendo livremente como deve decidir? Seria o juiz um ser privilegiado cognitivamente e, por conta disso, deve prestar contas de seus atos somente à sua consciência? Ou no modelo do Estado Democrático de Direito, a decisão judicial consiste num discurso público em decorrência do qual tem ele o dever de fazer uma *accountability judicial*?

Para Streck (2010, p. 168), é nisso que deve residir a principal preocupação da teoria do direito: “o controle da interpretação, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação”. As razões que movem a necessidade do controle hermenêutico das decisões judiciais já foram devidamente evidenciadas e podem ser resumidas no seguinte enunciado reiteradamente invocado por Streck: se o juiz não é mais o escravo da lei, também não é o dono.

Ainda de acordo com Streck (2013), a defesa de um efetivo controle das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificá-las e do respeito à autonomia do direito, não implica dizer que, em boa parte das vezes, não se faça aconselhável ou não se imponha uma atuação propositiva do Poder Judiciário, sobretudo quando se leva em conta as promessas constitucionais ainda pendentes de cumprimento, bem como o indispensável controle de constitucionalidade das leis.

Para Streck (2013), contudo, não se pode esquecer que referida atuação somente se reputará como legítima se exercida nos limites definidos pela ordem constitucional, dado que a função contramajoritária não equivale a um salvo conduto para o exercício de toda sorte de voluntarismo, razão pela qual

[...] a defesa de posturas substancialistas e concretistas acerca da utilização da jurisdição constitucional não pode ser confundida com decisionismos e atitudes pragmatistas, em que o Judiciário se substitui ao legislador, com o aumento desmesurado de protagonismos judiciais. (STRECK, 2013, p. 335).

Diante desse quadro, pode-se dizer que a necessidade de implementar o controle hermenêutico das decisões judiciais decorre do fato de que o discurso dos juízes é público e no modelo de Estado Democrático de Direito, sob pena de a recusa implicar um déficit democrático, os juízes devem prestar contas de seus atos. E a melhor forma de demonstrar o estrito cumprimento dessa obrigação é fazendo a entrega da prestação jurisdicional em conformidade com o horizonte constitucional estabelecido, que diz que todas as decisões judiciais deverão ser públicas e devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade.

Como conclusão dessa parte, pode-se afirmar, com Streck, que assim como a lei não pode contemplar todas as hipóteses de aplicação, como se todos os fatos da vida estivessem previamente dados e coubessem dentro do texto legal, os sentidos não estão à disposição do intérprete. Noutras palavras: nem “escravo da lei”, nem “dono da lei”.

Com bem destaca Nascimento (2018), o respeito à lei e à democracia é imposição do Estado Constitucional, especialmente para os juízes, responsáveis diretos pela aplicação da norma no caso concreto, o que está longe de significar proibição de interpretar, mesmo porque o quadro atual não é o mesmo do século XIX.

Disso, segue-se que se o afastamento da lei for o resultado do exercício da jurisdição constitucional, será válido e legítimo. Fora dessa perspectiva, o juiz não pode se colocar contra, sob pena de se configurar prática de ato arbitrário, operando-se a passagem de que tanto fala Streck: do juiz “boca da lei” para o juiz “dono da lei”.

Noutro texto, Streck (2018, p. 25) destaca:

Nesse sentido, tenho referido de há muito tempo, ironicamente, que ‘não se poder dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa no Direito’. Veja-se que os franceses, para garantir o produto do legislador, tiveram que institucionalizar uma rígida exegese. Mas isso foi no século XIX. Não creio que em plena democracia e na vigência do paradigma do Estado Democrático de Direito, seja necessário, para garantir uma legalidade mínima, seja necessário voltar a ter este tipo de ‘amarração’. Vivemos hoje no paradigma da intersubjetividade. Logo, não há lugar nem para o “dono da lei”, nem para o ‘escravo da lei’. Democracia não se coaduna com discricionariedade e com subjetivismo. Nem com livre convencimento, a livre apreciação da prova ou uma livre interpretação das garantias constitucionais. [...] Portanto, decidir é um ato de responsabilidade política que se dá mediante critérios de justificação pública e não por livres apreciações e/ou convencimentos.

Numa palavra derradeira: o controle das decisões judiciais não tem a finalidade de repriminar o “juiz boca da lei”, mas tão somente combater a discricionariedade que é incompatível com o Estado Democrático de Direito e com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais.

5.5 O Giro Copernicano do Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais no CPC de 2015: a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais consagrada

Com a publicação no dia 17 de março de 2015, no Diário Oficial da União, após o decurso do prazo de vacância de um ano, no dia 18 de março de 2016, entrou em vigor na ordem jurídica brasileira uma lei que, pelos seus avanços e inovações introduzidas em alguns aspectos, promoveu uma verdadeira revolução copernicana na legislação processual brasileira. A referência, por óbvio, é à Lei n. 13.105/15, que institui o novo Código de Processo Civil. Sem qualquer pretensão de exaurir a matéria, alguns desses avanços podem ser apontados sem maiores dificuldades.

O primeiro deles reside no fato de que o CPC de 2015 tomou o lugar de uma legislação processual gestada no interior de um modelo de estado de exceção ou autoritário, para dizer o mínimo. Essa simples constatação já carrega com ela um sentido simbólico, vez que rompe com um paradigma anterior: trata-se da primeira codificação no plano processual que, historicamente, foi forjada dentro do Estado Democrático de Direito. E nunca é demais lembrar: o Código de Processo Civil revogado, que surgiu durante a ordem constitucional anterior, em muitos aspectos, era totalmente incompatível com a Constituição de 1988.

Um diagnóstico preciso da mudança de paradigma pode ser obtido a partir da leitura do artigo 1º do CPC de 2015, quando prescreve que a nova legislação processual civil será ordenada, disciplinada e interpretada, conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal.

Agregue-se a isso, como demonstração de avanço e inovação, a opção que o legislador ordinário fez pela moderna teoria do processo jurisdicional democrático e coparticipativo, ao prestigiar o contraditório no sentido forte, ao estabelecer o dever de colaboração, ao abolir o livre convencimento do juiz²⁰¹ e, por fim, quando obriga o juiz a detalhar a fundamentação de sua decisão. Neste último aspecto, destaque-se, a inovação se aproxima de uma ruptura de paradigma, dado que, sem precedentes, promove um ajuste da obrigação de fundamentar no plano infraconstitucional com o seu comando reitor inscrito na Constituição Federal que, no artigo 93, IX, trata da garantia da fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, a mudança, que equivale a um giro copernicano, foi percebida por Nascimento (2015) ao dizer que um dos primeiros pontos de destaque na nova legislação processual, pelo ineditismo, se encontra no artigo 1º, na medida em que o referido dispositivo inverte a lógica de interpretação inautêntica do direito, que contribuía para a reprodução da baixa compreensão e conseqüente pouca eficácia da Constituição Federal, resultado inexorável do velamento a que foi submetido o texto constitucional.

É que, pontua Nascimento (2015), de sorte a justificar sua assertiva, “mesmo depois do advento da CF/1988, grande parte da dogmática jurídica (doutrina e decisões de tribunais, sobretudo), refém do senso comum teórico, insiste em olhar o novo com os olhos do velho, fazendo a leitura da Constituição a partir da legislação infraconstitucional”. (NASCIMENTO, 2015, p. 235). Exemplo disso, segundo o autor, é o que ocorre quando, até então, se interpretava as garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa, a partir do Código de Processo Civil de 1973, e não à luz do art. 5º, LV, da CF/88; ou quando se lia o dever de fundamentar as decisões judiciais com base nas regras que, no CPC de 1973, disciplinavam o recurso dos embargos de declaração, e não a partir, repita-se, do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Para Nascimento (2015, p. 235-236), em boa hora o CPC de 2015 repôs as coisas no seu devido lugar, o que fez quando estabeleceu, no art. 1º, que o processo civil deverá ser ordenado, disciplinado e interpretado em harmonia com as normas constitucionais, isso sem

²⁰¹ Este ainda rende controvérsia. Streck capitaneia, não sem muita resistência, uma linha de entendimento que sustenta que o livre convencimento motivado foi expurgado pelo CPC de 2015, embora isso não tenha produzido reflexos na jurisprudência. Para uma leitura sobre o assunto, ver, por todos, a obra: Nunes, Leite e Streck (2017).

dizer, o que representa um plus, do artigo art. 11 que, em conformidade com a norma constitucional acima mencionada, prescreve que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Nascimento (2015, p. 236-237) acrescenta ainda que a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais foi reforçada pela estipulação, meramente exemplificativa, de uma série de requisitos objetivos, cuja observância é indispensável para que se considere fundamentada uma decisão judicial. Deixando claro que o dispositivo legal em referência não esgota a matéria, “e nem deveria, porque somente no caso concreto é que se poderá aferir a presença ou a ausência da fundamentação” (NASCIMENTO, 2015, p. 237), o autor sustenta que o objetivo do legislador foi o de revitalizar e conferir mais eficácia ao comando constitucional inscrito no art. 93, IX, “sem qualquer pretensão exauriente, indicando situações cujas ocorrências já se tornaram lugar-comum e que, em se concretizando, levariam a decisão judicial a ser considerada como não fundamentada”. (NASCIMENTO, 2015, p. 237).

No mesmo sentido de mudança de paradigmas, Tassinari e Lopes vão dizer que o CPC de 2015 traz um conjunto de medidas que atingem o coração do processo civil e de sua teoria, “na medida em que transformam radicalmente o papel do processo, da jurisdição, dos julgadores e das partes. E é por isso que é possível dizer que o novo Código de Processo Civil brasileiro é paradigmático”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p.84).

Segundo os autores, o ambiente em que foi gestado o projeto de um novo modelo de processo civil no Brasil foi marcado por uma tensão entre conviver com um poder judiciário ativista, portanto, protagonista em relação aos demais, e um imaginário voltado para o cumprimento da Constituição Federal, especialmente no que diz respeito ao cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, conflito esse que foi, aos poucos, se tornando evidente a ponto de repercutir “diretamente na tentativa de, com o novo CPC, produzir avanços para dirimir este conflito em favor do texto constitucional, em especial do que trata no art. 93, IX (dever de fundamentação)”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 84).

Para os autores, é exatamente neste contexto que surgiu o artigo 489 e o detalhamento da fundamentação de que trata o § 1º, no que representou uma profunda reformulação e aperfeiçoamento do dispositivo equivalente (art. 458) no Código de Processo Civil de 1973.

De acordo com Tassinari e Lopes (2015), o atual regramento é uma espécie de contraface se comparado com a ordem processual anterior, na medida em que se até então a defesa do ativismo judicial provocou uma atuação descompromissada do judiciário com o respeito à lei e à ordem democrática, deixando os juízes livres para julgar sem se vincular a critérios jurídicos e, no limite, até mesmo de acordo com sua vontade, o cenário vai mudar

como a edição do CPC de 2015, uma vez que, diferentemente de seu antecessor equivalente, “a redação do §1º do art. 489²⁰² é elaborada no intuito de constranger normativamente o julgador, no sentido de criar, legislativamente, balizas para os fundamentos da decisão judicial, honrando o art. 93, IX”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p.84-85).

Com efeito, de acordo também com Conte (2016), o novo modelo de fundamentação das decisões judiciais engendrado pelo CPC de 2015 veio para conferir um controle mais adequado e racional das decisões judiciais, uma vez que “as razões justificativas da decisão, fornecidas pelo órgão julgador, permitem aferir, em cada caso concreto, o grau de efetividade das demais garantias constitucionais formais do processo”. (CONTE, 2016, p. 183). Dito de outro modo, “a parametrização da motivação obrigatória e pública tem por escopo primacial tornar efetivas as garantias fundamentais do processo”. (CONTE, 2015, p. 183).

De fato, segundo o magistério de Gomes Filho (2011, p. 199), “é por intermédio do processo que se garante ao indivíduo a proteção mais eficaz de seus direitos fundamentais”, sobretudo por assegurar ao interessado a efetiva participação nas atividades de preparação das decisões judiciais que podem interferir na vida, razão pela qual se constitui no mais seguro antídoto contra o arbítrio judicial, com destaque para o fato de que a fundamentação das decisões judiciais se constitui, ela própria, na garantia que assegura a observância de todas as demais garantias do processo, tais como o contraditório e o devido processo legal. Todas essas questões ganharam relevo com o surgimento do CPC de 2015, à razão de que o referido código incorporou o modelo de processo jurisdicional democrático.

Perceba-se: do cotejo entre o que dispõe o CPC e a norma constitucional em referência, constata-se que a relação que se estabelece entre o CPC de 2015 e a Constituição Federal em matéria de fundamentação das decisões judiciais, é marcada por uma sintonia fina até então inexistente entre legislação infraconstitucional e Constituição que, por força da hierarquia das leis e por ser o sistema de direito brasileiro vinculado à tradição da *Civil Law*, é tida como norma fundamental, da qual a legislação que se lhe segue retira sua fonte de validade.

Essa percepção, contudo, durante muito tempo foi ignorada, dado que, no Brasil, quase sempre prevaleceu a cultura de inversão de papéis, da qual não escapou a Constituição Federal que, não obstante posicionada à frente e acima das demais normas, muitas vezes, foi, como ainda o é, interpretada com base na legislação infraconstitucional, quando deveria ocorrer justo o contrário.

²⁰² Ver nota de rodapé nº 5, na qual se transcreve o inteiro teor do artigo 489 e seus parágrafos.

Trata-se de um modo de resistir ao que é novo, talvez ainda ligado à vetusta, mas superada, ideia de que as Constituições não possuem força normativa, não passando de simples ornamentação.

De fato, no Brasil o velho desprezo pelas Constituições ainda é um dado da realidade. É como se não fosse bastante a constitucionalização do direito, conquistada após a segunda metade do século XX, logo após o final da segunda guerra mundial, quando surgiram as primeiras Constituições democráticas e com elas a internalização da ideia de que as Constituições também são normas, têm sentido jurídico, portanto, deontológico, e não somente político a exigir, portanto, observância obrigatória.

É o que ocorria habitualmente com a garantia/dever de fundamentar as decisões judiciais sob pena de nulidade, nos termos do inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal. Como se sabe, era comum o referido dispositivo constitucional, ao tempo da vigência do CPC de 1973, sobretudo, ser interpretado conforme o que dispunha a legislação processual revogada, que previa mecanismos totalmente incompatíveis com a Constituição. É o caso do manejo dos embargos de declaração.

Com efeito, contrariamente ao que estabelece a norma constitucional, ainda é comum a prática de defender o entendimento de que as decisões não fundamentadas ou mal ou deficientemente fundamentadas podem ser corrigidas ou recuperadas mediante o manejo dos embargos de declaração, um instituto tecnicamente inconstitucional, porquanto não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mas que, infelizmente, foi mantido no CPC de 2015.

Como bem ressalta Nascimento (2015), o legislador ordinário não aproveitou a oportunidade para retirar da ordem jurídica brasileira o instituto dos embargos de declaração, fato que é lamentado pelo autor quando afirma que o avanço poderia ter sido maior se o legislador tivesse optado pela simples extinção do recurso de embargos de declaração²⁰³, dado que eles respondem, em grande parte, pelo velamento que impede o acontecer do estrito cumprimento do dever de fundamentar.

Como se isso representasse um ponto fora da curva, Nascimento (2015) assevera que ao invés de extingui-lo, o CPC de 2015 apostou na manutenção dos embargos de declaração e

²⁰³ Por razões outras, o atual Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil, o ex-juiz Sérgio Moro, ainda no exercício da magistratura, defendeu o expurgo dos embargos de declaração da ordem jurídica. Em decisão que rejeitou embargos de declaração e determinou o imediato recolhimento à prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, o juiz ícone da operação Lava Jato, em certo trecho da decisão, declarou que, “Hipotéticos embargos de declaração constituem apenas uma patologia protelatória e que deveria ser eliminada do mundo jurídico.” A decisão foi publicada no *Jornal o Estadão*. (BRANDT; VASSALLO; MACEDO, 2018).

até mesmo na sua revitalização, na medida em que incorporou modalidades até então criadas somente pela jurisprudência dos tribunais.

Contrário à preservação do referido instituto, Nascimento (2015) afirma que não é com uma postura que se revela refém do mito do aperfeiçoamento das decisões judiciais, mas sim com uma adequada compreensão do texto constitucional, que se abriria a possibilidade de concretização do dever fundamental de fundamentar as decisões, “cujo momento sublime seria alcançado com a expunção dos embargos de declaração da legislação processual infraconstitucional, posto que incompatíveis com a ordem constitucional”. (NASCIMENTO, 2015, p. 245).

Quebra de expectativa à parte, Nascimento (2015, p. 244) reconhece que, de um modo geral, não existe dúvida de que o CPC de 2015 deu passos importantes, destacando-se as seguintes medidas: interpretação do Processo Civil conforme as normas constitucionais; incorporação da ideia do processo jurisdicional democrático; consagração do contraditório efetivo, entendido como direito de influência e vedação de decisão surpresa; e, por fim, o detalhamento da fundamentação, como reforço, inédito, do dever de fundamentar.

Sem prejuízo dos demais avanços destacados por Nascimento, especialmente aquele representado pelo comando inserto no artigo 11, do CPC de 2015, que, praticamente, reproduz o texto do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, muito provavelmente, o maior salto dado pelo CPC de 2015 foi o da fundamentação detalhada do § 1º, do artigo 489.

Com efeito, não obstante sempre presente na tradição brasileira, até então, além de não se preocupar com o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais, a legislação processual anterior não punia com nulidade a decisão judicial não fundamentada. Ao contrário disso, tentava salvá-la²⁰⁴, lançando mão de uma medida judicial de credibilidade duvidosa, que são os embargos de declaração. Do mesmo modo, era a ordem constitucional anterior à Constituição Federal de 1988.

Esse panorama, contudo, foi alterado em parte com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em casos de decisão desfundamentada, de plano, declara-a nula e sem nenhum efeito, muito embora pouca ou quase nenhuma efetividade a ele tenha sido dada.

Por essa razão mesma, o CPC de 2015 representa um primeiro passo para uma necessária correção de rumo. É que, numa revelação de perfeita harmonia com o texto constitucional, no artigo 11, o CPC de 2015, de modo expresso, fulmina, com a pecha de nulidade, a decisão não fundamentada ou deficientemente fundamentada, o que, para

²⁰⁴ Ainda tenta, dado que os Embargos de Declaração foram mantidos no CPC de 2015.

Nascimento (2015), não deixa de ser um importante indicativo da nova postura do legislador infraconstitucional, voltada para a tentativa de superação, pelo magistrado, no ato de julgar, do paradigma da metafísica moderna.

No Brasil, numa perspectiva jurídica, que também incorpora a histórica, pode-se afirmar que a fundamentação das decisões judiciais, enquanto dimensão paradigmática, ganhou importante reforço com o CPC de 2015, na medida em que detalha as condições em que uma decisão judicial se configura devidamente fundamentada, daí se dizer que a efetiva observância do detalhamento de que trata o § 1º do artigo 489 do novo CPC representaria o ponto de chegada de uma mudança de paradigma.

De igual modo, é verdadeiro afirmar que o grande salto em termos de fundamentação das decisões judiciais jamais teria sido alcançado, se não fosse a existência de uma questão anterior e que se constitui naquilo que pode ser chamado de condições de possibilidades para esse importante acontecimento: a adoção do processo jurisdicional democrático pelo CPC de 2015 como um dos seus principais fundamentos norteadores.

Isto pela razão de que o processo jurisdicional democrático, ao incorporar o sentido de processo como procedimento em contraditório, que passa a ser forte e dinâmico, pressupõe o dever de colaboração entre as partes. Assim, uma relação processual mais horizontalizada entre os sujeitos do processo, por força do que nenhum dos sujeitos (seja ele o juiz ou as partes) assume o papel de principal protagonista do processo, isso sem dizer, que fruto de um contraditório efetivo, as partes contribuem para a formação da decisão que compõe o litígio.

De fato, e de modo diferente, por força da incorporação do processo jurisdicional democrático e seu caráter coparticipativo, cuja sua principal vertente é o contraditório em sentido forte, as partes têm o direito de influir efetivamente na construção da decisão judicial, que passa a ser compartilhada, no sentido de que refletirá a participação de todos, na medida em que, na hora de decidir, o juiz deverá levar em consideração os argumentos aduzidos pelas partes, dizendo não só por que acolhe o pedido de uma, mas, sobretudo, porque rejeita a pretensão da outra.

É nesse cenário, permeado pelo substrato fático e jurídico formatado pelos contendores, que surge e se desenvolve plenamente o dever de fundamentar, o que pressupõe a adoção de um processo jurisdicional democrático e de um contraditório forte, dentro do qual o juiz leva efetivamente em consideração as teses contrapostas apresentadas pelos litigantes. É com a explicitação das razões pelas quais decidiu, de uma forma ou de outra, após enfrentar exaustivamente as teses contrárias, que o magistrado democraticamente prestará contas de seus atos.

Eis, então, as razões pelas quais, tanto na perspectiva jurídica, como na histórica, o CPC de 2015, no mínimo, tem um significado simbólico, daí ser paradigmático e, apesar das resistências, aponta para um giro copernicano, quando a matéria é o dever de fundamentar.

É bem verdade que os efeitos produzidos até aqui dizem mais sobre resistência do que rigorosa aplicação do artigo 489 do CPC 2015, mas isso é outra história que será contada no capítulo seguinte.

Aqui, para o momento, o que importa é deixar assentado que, no Brasil, o giro copernicano que sofreu o dever de fundamentar as decisões judiciais a partir do CPC de 2015 representa a consagração da dimensão jurídica paradigmática da fundamentação das decisões judiciais.

A propósito, de acordo com Silva e Bahia (2018, p. 41), o giro copernicano aqui referenciado “mostra um pouco do arcabouço teórico que anima o Código de Processo Civil de 2015 em busca da eliminação da discricionariedade judicial”.

Para os autores:

A grande aposta para a eliminação da arbitrariedade e enquadramento da atividade jurisdicional nos ditames do Estado Democrático de Direito é a regulamentação de uma fundamentação com caráter argumentativo e a noção de que o contraditório é entendido como direito de participação na construção jurisdicional. Ou seja, os argumentos das partes devem ser levados em conta no momento da produção jurídica, não sendo apenas pretextos para a decisão: as teses das partes e a reconstrução dos fatos e do direito promovida durante o processo são causa da qual a sentença é conclusão lógica. Assim, por exemplo, a exigência normativa agora passa a ser que o magistrado demonstre claramente na fundamentação da sentença (art. 489, parágrafos 1º e 2º do CPC/2015) que os argumentos trazidos pelas partes foram recebidos e analisados pelo magistrado para a formulação de sua decisão – ao menos de que ele, ao tomar uma das teses, demonstra como e porque a mesma está correta face ao caso e ao ordenamento e, ademais, que ela se sustentou face à *contratese* oposta pela outra parte. (SILVA; BAHIA, 2018, p. 42, grifos dos autores).

É sobre o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais introduzido pelo CPC de 2015, no contexto do giro teórico pelo qual passou o direito processual comum no Brasil, que tratará o subitem a seguir.

5.5.1 O Detalhamento da Fundamentação do Art. 489, § 1º Do CPC e sua Conexão com a Constituição Federal: o ponto de chegada da dimensão jurídica

Nos dois capítulos anteriores foi demonstrado que a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais é um fenômeno filosófico e histórico, daí porque atravessada por dimensões paradigmáticas. Neste capítulo, todo o esforço foi voltado para demonstrar que o ato de decidir também envolve uma dimensão jurídica. Trata-se, nesse sentido, de um fenômeno jurídico, com um componente a mais: a dimensão jurídica, conforme já demonstrado, é ao mesmo tempo constituidora e constituída do próprio fenômeno, que é a fundamentação das decisões judiciais.

Lado outro, uma vez que a terceira dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais tem a natureza eminentemente jurídica, natural que se a compreenda, em sistemas, como o do Brasil, em que o direito é essencialmente escrito e positivado, expressa e consolidada na ordem jurídica. Dizendo de outro modo: a dimensão jurídica pressupõe uma positivação. Sem prejuízo do comando geral estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, como visto linha atrás, foi no CPC de 2015, a partir das normas fundamentais compreendidas, sobretudo, entre os artigos 1º e 11²⁰⁵ – que dão sustentação ao detalhamento da fundamentação estabelecido no artigo 489, parágrafo 1º – que se consagrou, pela primeira vez, de forma plena, a dimensão jurídica do dever de fundamentar as decisões judiciais.

Como já dito no subitem anterior, a consagração da dimensão jurídica do dever de fundamentar no CPC de 2015 representou um verdadeiro giro copernicano, o que se deveu, em grande parte, à superação da ideia muito comum de se confundir proibição de interpretar que, como visto, trata-se de um fenômeno que se impôs como resultado da expansão das grandes codificações no século XIX, com o controle hermenêutico das decisões judiciais que, de modo diferente, trata-se de uma necessidade que decorre do resultado natural da adoção do modelo de Estado Constitucional e do direito que emerge com as Constituições europeias surgidas após o final da segunda guerra mundial. Isso ocorre a partir da segunda metade do

²⁰⁵ Se diz, sobretudo, para que se registre e fique claro que as normas fundamentais do CPC de 2015 não estão compreendidas apenas entre os artigos 1º e 11. Aliás, qualquer afirmação nesse sentido seria equivocada, mesmo porque o Livro I do Código de Processo Civil, que dispõe sobre as normas processuais fundamentais, é composto de 12 (doze) artigos. Ademais, existem outras normas fundamentais esparsas e dispostas em outras seções, a exemplo do próprio artigo 489, tema central desta tese. No mesmo sentido, acrescente-se o artigo 926, que determina aos tribunais que zelem pela estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência. De se destacar, então, que o recorte que se pretendeu fazer acima, e que se repete em outros momentos, se justifica pelo fato de que os dispositivos legais compreendidos entre os artigos 1º e 11 são os mais representativos de uma mudança de paradigma, do giro copernicano mencionado no subitem 5.5. Nada além disso.

século XX, cenário em que se ampliou o espaço de atuação do Poder Judiciário, a partir do papel que lhe foi conferido de garantidor dos direitos fundamentais, para cujo fim, sua atuação, por vezes, implica a judicialização da própria política, bem como o exercício da função contramajoritária, sendo o ativismo judicial uma espécie de disfunção do sistema que, na maior parte das vezes, resulta em arbitrariedades.

Como também já foi registrado, o objetivo do controle hermenêutico, além de garantir e preservar a autonomia do Direito (em relação à política, moral, à economia, etc) tem o objetivo de implantar mecanismos de controle das decisões judiciais visando à contenção da discricionariedade judicial e suas variáveis, sendo que a forma de controle se dá a partir da exigência de um rigoroso cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, que, por sua vez, se constitui em um problema paradigmático.

Quando do exame da dimensão histórica da fundamentação das decisões judiciais, foi visto que, de acordo com a sua genealogia, o dever de fundamentação é da tradição brasileira, desde as ordenações do reino de Portugal, sendo que seus contornos atuais estão definidos no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e possui dois *status*: o de obrigatoriedade (para o juiz), sob pena de nulidade, e o de garantia (do cidadão) constitucional.

Todavia, a ausência de uma legislação processual sintonizada com a Constituição Federal aliada a uma interpretação (equivocada) do artigo 93, IX, a partir da legislação ordinária, resultou no que pode ser denominado como baixa eficácia normativa ao referido comando constitucional, fenômeno que o CPC de 2015, vinte sete anos depois da promulgação da Constituição Federal, pretende expungir, ao promover um ajuste e uma sintonia fina com o dever de fundamentar as decisões judiciais, estabelecido na norma fundamental.

Com efeito, o CPC de 2015 reivindica para si a pretensão de promover o necessário ajuste entre a legislação processual civil e a Constituição Federal, na medida em que, em suas normas fundamentais, estabelece que será interpretado em conformidade com CF (art. 1º); adota o modelo de processo jurisdicional democrático (artigos 7º, 9º e 10); determina que todas as decisões judiciais devem ser obrigatoriamente fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 11) e, por fim, indica, de forma analítica, as condições de possibilidades, para que uma decisão judicial seja considerada devidamente fundamentada (art. 489, § 1º).

É desse tema, a fundamentação detalhada, que trata o presente subitem.

Com efeito, o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no art. 489, § 1º, CPC de 2015 é a mais perfeita tradução da conexão direta de uma norma

infraconstitucional com o comando constitucional instituído pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

Como já se registrou em mais de uma oportunidade, um dos objetivos deste estudo é demonstrar o caráter paradigmático da fundamentação das decisões judiciais, entendendo-se por isso a peculiar circunstância de que a fundamentação das decisões judiciais é atravessada por paradigmas (filosófico, histórico e jurídico) que, em momentos diferentes e ao longo da história, influenciaram na construção do sentido que é dado ao dever de fundamentar.

Um desses paradigmas é o que analisa a fundamentação das decisões na perspectiva (ou dimensão) jurídica, caracterizada por refletir o movimento de deslocamento de um modo de conceber o fenômeno jurídico com um viés mais privatista para uma concepção pública, constitucionalizada e democrática do direito.

A dimensão jurídica, que além de ter autonomia própria, também tem o condão de conjugar e ser a própria síntese das três dimensões paradigmáticas, tem como produto mais acabado, momento em que se consagra, a decisão judicial devidamente fundamentada, entendida esta como um discurso público resultante de uma prática intersubjetiva (decisão judicial participada e não como produto de um discurso solitário).

No plano da dogmática jurídica, a decisão judicial fundamentada integra aquilo que, neste estudo, se denomina microssistema processual da fundamentação das decisões judiciais e que é composto pelos seguintes dispositivos: *i*) artigo. 93, inciso IX, da Constituição Federal (dever /garantia constitucional); *ii*) artigo 1º, da Constituição Federal, que estabelece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito; *iii*) artigo 5º, incisos LIV e LV do artigo 5º, que asseguram as garantias do devido processo legal e do contraditório; *iv*) artigos 1º ao 11 do CPC de 2015 (normas fundamentais processuais sintonizadas com a Constituição Federal); *v*) artigo 489, § 1º, do CPC/2015 (fundamentação detalhada) e *vi*) o artigo 926, também do CPC de 2015, que incorpora na legislação processual civil, no que se refere às decisões judiciais, a ideia de coerência e integridade do direito²⁰⁶.

Por sua vez, a fundamentação detalhada de que trata o § 1º do artigo 489, do CPC/2015, representa o ponto mais alto do microssistema processual da fundamentação das decisões judiciais, porque é ele quem reivindica a pretensão de realizar e concretizar (força normativa) no plano infraconstitucional a norma fundamental contida no inciso IX, do art.93, da CF.

²⁰⁶ Como constará do Epílogo desta pesquisa, os mencionados dispositivos legais e constitucionais integrarão uma base normativa denominada microssistema processual da fundamentação como contribuição deste estudo para a formação uma teoria da decisão judicial à luz da crítica hermenêutica do direito e a partir do núcleo central já desenvolvido por Streck.

A par disso, o detalhamento da fundamentação cumpre a função de representar o ponto de chegada da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, isso sem dizer que se constitui também como o resultado do impacto provocado pelas três dimensões paradigmáticas (histórica, filosófica e jurídica) que inspiram e atravessam o dever de fundamentação das decisões judiciais. Dizendo de outro modo: é a caixa de ressonância das perspectivas anteriores.

De fato, ao se fazer uma análise sistemática do detalhamento da fundamentação do artigo 489, do CPC 2015, não é difícil se perceber que ele é o ponto de chegada da dimensão jurídica (a cereja do bolo, sendo possível fazer a referida comparação), ao mesmo tempo em que é figurativo das três dimensões paradigmáticas, de tal modo que, no seu conjunto, é perfeitamente possível se vislumbrar na decisão fundamentada a reunião de todas as dimensões paradigmáticas que a compõe e que por elas se faz atravessada.

As razões para tanto podem ser assim resumidas: *i)* o detalhamento pressupõe a adoção de um processo como procedimento em contraditório, sendo a sentença (comparticipada) o resultado de uma prática intersubjetiva (perspectiva filosófica). Noutra modo de dizer: uma decisão judicial fundamentada na perspectiva filosófica vem ser a decisão que reflete a superação do paradigma da subjetividade (ou da filosofia da consciência) pelo paradigma da intersubjetividade; *ii)* o detalhamento representa a melhor forma de legitimar a atuação do Poder Judiciário frente ao modelo do Estado Democrático de Direito, além de demonstrar que o juiz assumiu a responsabilidade política de prestar contas de seus atos (perspectiva histórica); *iii)*, por fim, o detalhamento corresponde a uma resposta hermeneuticamente adequada e justificada na Constituição Federal (perspectiva jurídica).

Diante de todas as considerações expostas acima, e para efeito de reforçar a incompatibilidade entre a discricionariedade e a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, é possível aqui concluir que a tese (com base em Chase (2014) da compatibilidade da discricionariedade com o Estado de Direito, no sentido de que não haveria oposição, desde que presente a necessidade (o que equivale a reconhecer a discricionariedade como elemento necessariamente inserido em um sistema de normas jurídicas para o bem ou para o mal) e o argumento da limitação (como algo limitado pela lei com o fito de evitar o abuso) não se aplica, no caso da fundamentação das decisões judiciais. A um, porque não inserido no microsistema do dever de fundamentação, uma vez que, na ordem jurídica constitucional, seguida de perto pelo que dispõe o CPC de 2015, a decisão tem que ser pública e fundamentada, sob pena de nulidade. A dois, porque não se vislumbra essa necessidade. A regra do artigo 93, IX, é clara, não contém nenhuma vagueza ou conteúdo indeterminado. A

par disso, a legislação processual infraconstitucional, demonstrando perfeita harmonia com a Constituição Federal, reproduz os fundamentos inscritos no referido dispositivo constitucional. Se há alguma autorização legislativa para que o juiz, nos casos difíceis, apresente a solução para determinado conflito de interesses, essa autorização é para que ele julgue com base nos princípios que, em última análise, integram a ordem jurídica. Não se faz, portanto, necessário que se busque fora da ordem jurídica qualquer elemento para decidir.

Por essa razão é que aqui se discorda de quem defende que a discricionariedade, embora não seja vinculada diretamente a uma lei, ou não seja deduzida de uma lei no sentido estrito, estaria ela revertida de juridicidade.

Numa última palavra: discricionariedade pressupõe o supremo protagonismo do juiz como se o direito tivesse que estar necessariamente sob sua tutela, o que, em última análise, convalidaria, no limite, decisões judiciais arbitrárias.

E como vai dizer Motta (2012, p. 29), num cenário onde se reconhece a autonomia do Direito, sem prejuízo de sua relação com a Política e com a Moral, e da Constituição, como norma fundamental, e na perspectiva do modelo do Estado Democrático de Direito, é possível se dizer que a condição cimeira de protagonista é do Direito e não do juiz, individualmente considerado, cujas prerrogativas funcionais se manterão preservadas. Tão somente ele deixa de ser o único centro de atenção, agora voltado para todos os atores da relação jurídica processual.

É desse protagonismo, o do direito, que tratará o item que se segue.

5.6 O Primado do Direito: síntese da dimensão jurídica

De acordo com Caenegem (2009, p. 35), “a ideia fundamental do *Rechtsstaat* ou do primado do direito não foi obviamente de um dia para o outro, nem tão pouco introduzida sem resistência”. Ao reverso disso tudo, foi uma dura conquista, “fruto do conflito político e de disputas acadêmicas que se estenderam ao longo de muitos séculos”. (CAENEGEM, 2009, p. 35).

Ilustrativo da luta pela autonomia do direito e suas resistências, Caenegem registra que “por volta de 1300 d. C, Giles de Roma sustentou que ‘era melhor ser governado por um rei do que pela lei’ e que os reis deviam estar *super iustitiam legalem*, ‘acima da justiça baseada na lei’” (CAENEGEM, 2009, p. 37) e que, de forma mais aguda, Jean Bodin, simpático ao absolutismo, chegou a afirmar que o direito não era outra coisa senão um comando do poder supremo do rei que não estava sujeito a nenhuma lei.

Lembra ainda Caenegem (2009) que, durante muito tempo os juristas sustentavam que “os reis escolhidos por Deus combinavam os três poderes – legislativo, executivo e judicial – nas suas mãos”, realidade que somente iria mudar de forma radical “com as revoluções americana e francesa, que introduziram a separação de poderes e basearam o direito de governar na vontade, não de Deus, mas do povo”. (CAENEGEM, 2009, p. 38).

Desde então, nesse contexto, como afirma Vilhena²⁰⁷ (2019), “ao judiciário foi conferida independência em relação aos poderes políticos, cabendo a ele resolver conflitos e responsabilizar aqueles que violam direitos, levando em consideração única e exclusivamente o determinado pela lei. Esse é o elo essencial da Justiça com a democracia”.

Essa é, portanto, a questão central: a dimensão jurídica de uma decisão judicial fundamentada não é outra, senão, no plano do exercício da função jurisdicional e numa perspectiva política, a representação do Estado governado pelo direito.

De fato, Dworkin (2007), no prefácio ao *Império do Direito*, diz que “vivemos na lei e segundo o direito”, sendo que é ele que faz de nós o que somos, razão pela qual os indivíduos, de um modo geral, são súditos do império do direito, “vassalos de seus métodos e ideias, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer”. (DWORKIN, 2007, p. XI).

Diante dessa constatação, seguindo em frente, Dworkin (2007) quer saber como é que isso se explica, como que pode a lei²⁰⁸ comandar tudo, quando se confronta com realidades onde os textos jurídicos não dizem nada ou são obscuros ou ambíguos, para, em seguida, oferecer uma resposta que, diz ele, vem sendo desenvolvida, ao longo de vários anos:

A de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constituía melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. Segundo esse ponto de vista, a estrutura e as restrições que caracterizam o argumento jurídico só se manifestam quando identificamos e distinguimos as diversas dimensões, frequentemente conflitantes, do valor político, os diferentes fios entrecidos no complexo juízo segundo o qual, em termos gerais e após o exame de todos os aspectos, uma interpretação torna a história do direito a melhor de todas. (DWORKIN, 2007, p. XI-XII).

O que se extrai das palavras de Dworkin é que, qualquer que sejam as circunstâncias, admitidas, inclusive, aquelas de indeterminação ou ambiguidade, uma comunidade jurídica

²⁰⁷ Ver em: Vieira (2019).

²⁰⁸ Supõe-se que a expressão “Lei” é empregada no seu sentido mais amplo, o de “direito”, a julgar pelo título do livro (*Law's empire*), traduzido no Brasil como “O império do direito”.

vive e respira sob o império do direito. E quando essa comunidade jurídica, por algum motivo, deixa de atender ao seu comando, o que está em jogo é a autonomia do direito, duramente conquistada.

Segue-se, então, que o juiz ao flertar com a discricionariedade diante de um caso que exige uma solução, é correr o risco de comprometê-la. É que, sendo permitida semelhante comparação, discricionariedade e autonomia do direito são como dois gêmeos antípodas. Não há convivência pacífica, muito menos harmoniosa entre elas. Não há como misturá-las, sequer pode haver qualquer transigência sob o argumento de que a discricionariedade tem limites, pois a própria configuração desses mesmos limites já se constitui em si um ato discricionário²⁰⁹.

Nesse cenário, quando se diz que o primado do direito é a síntese reveladora da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, o que se pretender dizer é que somente é possível falar em dimensão jurídica da fundamentação das decisões, no sentido proposto neste estudo, em um ambiente no qual a autonomia do direito é preservada.

Melhor dizendo: uma decisão judicial somente se apresenta – caso em que, pode-se dizer que estamos diante de uma decisão fundamentada – *tomada, atravessada, afetada* ou, para usar uma expressão bem ao gosto da teoria dos sistemas, *irritada* por uma dimensão jurídica, que é paradigmática, se essa decisão preservar a autonomia do direito, caso contrário, estará seriamente comprometida. Hipótese disso é julgamento de um caso difícil fundado em argumentos que não sejam propriamente de princípios, em última análise, que não sejam jurídicos.

Como vai dizer Streck (2010) no artigo “Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?”²¹⁰, trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente. Trata-se, em síntese, de louvar o império do direito diante de outros elementos com ele intercambiáveis, de bem compreender que a luta em favor da autonomia se constitui também num mecanismo de autodefesa contra as posturas predatórias do próprio direito, contexto em que se insere a discricionariedade judicial, questão que necessariamente deve ser enfrentada (e combatida), quando o assunto é a aplicação judicial do direito, como sustenta, de forma contundente, Streck, no referido artigo.

²⁰⁹ Além do que, nunca é demais lembrar: em seu esboço histórico, Neves (1995, p. 515-517) lembra que a aceitação inicial da ideia da discricionariedade era limitada a apenas a algumas hipóteses, que, adiante, foram excessivamente ampliadas. A que se deve isso, senão ao fato de quem limita a discricionariedade é o próprio juiz e ao fazê-lo, o faz discricionariamente?

²¹⁰ Streck (2010).

Com efeito, Streck (2010) diz que o direito que surge com o modelo paradigmático do Estado Democrático de Direito, forjado nas cinzas e a partir do final da grande segunda guerra mundial, “deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política”. (STRECK, 2010). De acordo com Streck, nesse momento surge, de um modo geral, um novo texto nas Constituições, que são ressignificadas, pois fruto de uma renovação do constitucionalismo e moldada no interior do modelo do Estado Constitucional. É por meio desses novos textos constitucionais que se manifesta o “grau de autonomia do direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral”. (STRECK, 2010).

Streck (2010) pontua que essa autonomização, surgida no contexto histórico do século XX, vai atingir seu ponto mais alto com a elaboração das Constituições europeias do segundo pós-guerra, todas elas sociais, compromissórias e dirigentes. Trata-se, por assim dizer, de uma autonomia que deve ser entendida “como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis”. Dito de outro modo, como sustenta Streck, amparado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o direito, para não ser assujeitado por outras dimensões da sociedade como a economia, a política e moral, nesse novo cenário, “adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m” (STRECK, 2010) e que se constitui na condição de possibilidade de sua própria existência.

Essa autonomia, contudo, defende Streck (2010) deve ser cercada de cuidado e proteção, uma vez que, dentro daquela lógica já mencionada de que se houve diminuição do espaço da lei e ampliação da jurisdição, para a preservação da autonomia desse direito renovado, se faz necessário a adoção de mecanismos de controle das decisões judiciais, que são o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição, daí a necessidade de se discutir o problema da discricionariedade judicial na interpretação e aplicação do direito. Caso contrário, alerta Streck (2010), corre-se o risco da conquista da autonomia do direito ser substituída “exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito’”. (STRECK, 2010).

Nesse sentido, uma decisão judicial fundamentada se constitui na *joia da coroa* da autonomia do direito, entendida como ordem de validade, “representada pela força normativa

de um direito produzido democraticamente”, como diz Streck. Por isso mesmo que, na cruzada pela defesa e preservação dessa autonomia, se faz necessário, sem receios ou titubeios, o controle hermenêutico das decisões judiciais.

Decorrente dessa linha de raciocínio, é que se pode afirmar que a dimensão paradigmática jurídica e significativa das decisões judiciais tem um *poder simbólico*, na medida em que, representa, em síntese, o trunfo (ou o triunfo) do direito, no sentido de que é detentor de autonomia própria. Sentido que pode ser traduzido na (ultra) passagem de um direito de viés essencialmente privatístico para um direito de viés publicizado, constitucionalizado e produzido democraticamente, sobretudo, quando se leva em conta o direito que surge após o final da segunda grande guerra, com suas constituições democráticas. É nesse sentido que a dimensão paradigmática jurídica significativa da fundamentação das decisões judiciais celebra e louva o triunfo do direito.

Isso significa dizer também, coerente com o que se afirmou no subitem 5.1 (nota metodológica), que a dimensão jurídica tem o privilégio de ser ao mesmo tempo parte da soma e o próprio resultado da adição (o todo), constituinte (ou constituidora) e constituída, dado que ela, quando lançada já carrega com ela, por arrastamento, as dimensões filosófica e histórica.

Disso decorre, num primeiro momento, que o direito não está (ou pelo menos não deveria estar) blindado contra os influxos da filosofia e em razão disso deve refletir os paradigmas filosóficos da história da filosofia, essa entendida no melhor sentido *steiniano*, ou seja, como *standard* de racionalidade e não como mero artigo de ornamentação, razão pela qual a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais reflete os fundamentos do paradigma da intersubjetividade, o terceiro momento da filosofia ao qual se vincula diretamente. É nesse sentido que se diz também que se dá a passagem de um direito privado para o público.

Público, porque incorpora a ideia da intersubjetividade, como reflexo do paradigma correspondente, da comparticipação, da incorporação de processo jurisdicional democrático e que tem no contraditório efetivo o seu melhor exemplo, que, como será demonstrado no capítulo seguinte, tem conexão direta com a fundamentação das decisões judiciais.

A par disso, é o triunfo do direito no sentido de que, e aqui a referência é à dimensão histórica, a atuação do poder judiciário, sobretudo, quando faz a entrega da prestação jurisdicional demandada, não se legitima mais por se tratar de um ato de autoridade, muitas vezes comparável a um ato divino, como ocorria outrora. O cenário é outro.

De fato, como já visto quando se fez o resgate da dimensão histórica da fundamentação das decisões judiciais, durante muito tempo a decisão judicial se justificava apenas por se tratar de um ato de autoridade. Ou, como dizem Silva e Bahia, no referido período não existia nenhuma preocupação com aquilo que hoje se chama de *accountability* judicial, é dizer: “a sentença deveria ser ato de entrega da prestação jurisdicional que se desenvolve autoritariamente, independentemente das justificações que a acompanham ou da argumentação das partes, bastando o juiz entregar a prestação jurisdicional por meio das provas que ele mesmo poderia coletar”. (SILVA; BAHIA, 2018, p. 34).

Muito ao contrário, no modelo de estado democrático de direito, a decisão judicial se legitima pela fundamentação, que deve ser, tanto quanto possível, exaustiva, e pela necessidade de o juiz prestar contas de seus atos, dado que o juiz, repita-se mais uma vez, é um agente estatal e, em razão disso, se submete à obrigação de prestar contas de seus atos.

É que, como assevera Schmitz, “nos regimes democráticos, a legitimação do judiciário não decorre da forma de sua investidura no cargo, mas do modo pelo qual é exercida sua função (jurisdição)” (SCHMITZ, 2016, p. 412-413), por força do que a atividade jurisdicional não se legitima por si só, nem automaticamente. Para que isso ocorra, depende de como atua o judiciário, contexto em que “o exercício da jurisdição precisa encontrar limites, e a verificação dessa limitação ocorre materialmente, em concreto, a partir de como fundamentam os julgadores”. (SCHMITZ, 2016, p. 412-413).

Numa terceira perspectiva, a dimensão jurídica representa o trunfo e o triunfo do direito, no sentido de que o juiz não precisa recorrer à discricionariedade para julgar e encontrar a solução adequada para determinado caso concreto. A decisão judicial deve ser proferida com base em argumentos jurídicos e principiológicos de uma determinada comunidade jurídica, não havendo necessidade da adoção de posturas voluntaristas ou decisionistas fundadas em argumento morais, políticos, pessoais ou econômicos. É nesse sentido que, em uma terceira perspectiva, se dá o triunfo do direito.

Claro que é um direito que reconhece a importância do juiz, da função do Poder Judiciário, mas também é um direito atento à necessidade de se conferir efetiva participação dos sujeitos da relação jurídica processual, entendido esse como procedimento em contraditório, no qual as partes têm direito de influir efetivamente no provimento final. Enfim, é o triunfo do direito no sentido de que se vive em uma era do processo jurisdicional democrático, em que o juiz não é mais o principal protagonista. Todos os sujeitos da relação jurídica processual, ali devidamente representados, são protagonistas, ou seja, a relação processual deixa de ser verticalizada, caracterizada pelo fato de o juiz se posicionar no seu

vértice, para ser horizontalizada, no sentido de que todos os sujeitos do processo, o que inclui o juiz, evidentemente, se encontram em um mesmo plano.

É como diz Streck: em cenários onde a democracia é respeitada, o direito demanda uma justificação pública incompatível com análises particulares e solipsistas, horizonte em que “os sentidos são compartilhados e o sujeito (no caso, o juiz) é reinserido na temporalidade, onde ele é um ser-com os demais. Dito isto, o juiz – como todos nós – não está ‘livre’ como na Modernidade e nem ‘preso’ como no Medieval, ele está num espaço fronteiro que lhe é condição de possibilidade”. (STRECK, 2018, p. 14-15).

A título de complemento, pode ser dito ainda que o art. 489, parágrafo primeiro do CPC de 2015, na dogmática jurídica, é representativo desse novo modelo de processo, por simbolizar a síntese da dimensão jurídica, e de todas elas reunidas, na medida em que, como dito acima, reverbera as dimensões anteriores²¹¹.

Dizendo de outro modo, a dimensão jurídica, simbolizada no estrito e rigoroso cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, é o resultado direto de um direito que tem autonomia, que aposta na Constituição, que é produzido, democraticamente, e é detentor de um discurso público e intersubjetivo. Numa palavra final: ao contrário do que sustenta Hart o direito pode e deve fundamentar as decisões judiciais, mesmo nos casos em que o filósofo anglo-saxônico descreve como difíceis.

Infelizmente, no Brasil, não obstante o atravessamento da fundamentação das decisões judiciais por três dimensões distintas, e complementares uma da outra, se constituir no propósito final de um direito que goza de autonomia e de uma sociedade que vive sob seu comando, grande parte das posturas dos juízes ainda oscila entre objetivismos e subjetivismos, como se ainda fossem refratárias aos seus impactos, como se ignorassem o triunfo do direito e a lição de Dworkin, segundo a qual nenhum objetivo ou diretriz política, econômica, moral ou pessoal pode triunfar diante do direito.

Essa realidade é percebida por Abboud (2014) ao dizer que o discurso jurídico brasileiro ainda é profundamente caudatário de uma metodologia privatista que compunha o imaginário jurídico do século XIX e início do século XX.

Com efeito, diz Abboud (2014) que a tradição jurídica brasileira ainda está presa a discussões metodológicas travadas nos séculos passados, na França e na Alemanha, cujo foco principal estava na solução de demandas do direito privado, tendo como consequência o

²¹¹ A questão de como a dimensão jurídica já carrega as duas outras que lhe são anteriores e de como elas são intercambiáveis entre si será objeto de abordagem específica no capítulo seguinte, que tratará das hipóteses e resultados da pesquisa.

fechamento para questões emergentes, como os problemas, e seus impactos para o ordenamento jurídico, gerados a partir da passagem do direito privado para o direito público, sobretudo com a ascensão das Constituições normativas. Nesse sentido, com exemplo, Abboud (2014) cita o problema da hermenêutica jurídica no Brasil que, segundo ele, “é tratado como se a grande questão fosse a do abismo entre interpretação e aplicação do direito”. (ABBOUD, 2014, p. 320-321).

Mudando o que deve ser mudado, esse também parece ser o diagnóstico feito por Streck (2010), no mesmo texto referenciado acima, quando diz que, paradoxalmente, depois de todas as conquistas da revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do direito, tudo indica que há uma crescente perda dessa autonomia e esse é um diagnóstico que, em tempos de pós-positivismo, pode ser fechado “a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente (essa questão vem conquistando terreno no direito tributário, por exemplo)”. (STRECK, 2010).

Para Streck (2010), na perspectiva de uma dimensão absolutamente pragmática, o direito não tem DNA e, a julgar pelo que defende as diversas posturas pragmáticoaxiologistas, não faz nenhum sentido ligar o direito à tradição, razão pela qual não se fala em perspectiva interna do direito. Por outro lado, se compreendido do ponto de vista externo, acentua Streck, o direito não passaria de um instrumento utilitariamente manipulado para “satisfazer” as necessidades “sociais”.

De acordo com o diagnóstico de Streck (2010), “é por isso que o direito é visto essencialmente indeterminado, no que [...] tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito”.

É por conta dessa ordem de fatores que Streck (2010) vai dizer que o direito do Estado Democrático de Direito está em constante ameaça, visto que de um lado, corre o risco de perder uma autonomia, arduamente conquistada, por conta dos ataques dos predadores externos, a exemplo da política, da moral e da análise econômica do direito. De outro lado, “torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente”. (STRECK, 2010).

Em razão disso, Streck vai dizer que “é nesse sentido que proponho a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição (direito produzido democraticamente)

como instância da autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção”. (STRECK, 2010).

Para Streck (2010), disso resulta que o déficit democrático é o ponto que coloca num mesmo lugar o velho discricionarismo positivista e o pragmatismo fundado no declínio do direito. Isto pela simples razão de que se a grande conquista do século XX foi o romper da aurora de um direito transformador das relações sociais, se configura como um passo atrás posturas que reforçam e acentuam “formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, que leva, inexoravelmente, a arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição”. (STRECK, 2010).

De acordo com Streck (2010), enquanto a autonomia do direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a preservação da própria democracia, numa posição diametralmente oposta, as posturas axiologistas e pragmatistas, assim com os diversos positivismos pós-hartianos, apostam na indeterminabilidade. E é por tais caminhos e suas condicionantes que passa a tese da resposta correta em direito ou, acrescentando-se, da resposta adequada, como ele vem defendendo na sua teoria da decisão judicial.

Em arremate, Streck (2010) vai dizer que a superação do positivismo passa pela compreensão de que a hermenêutica, que trabalha com os sentidos das coisas, mas é antidiscricionarista, é totalmente incompatível com a tese das múltiplas respostas, “afinal, a possibilidade da existência de mais de uma resposta coloca essa ‘escolha’ no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito”. (STRECK, 2010).

Por outro lado, como diz o mesmo Abboud (2014, p. 303-304), um déficit de fundamentação, em verdade, se traduz em um déficit de legitimação da atividade jurisdicional, daí porque a fundamentação “é imprescindível para a defesa contra decisionismos e arbitrariedade pelo Judiciário”. (ABBOUD, 2014, p. 304).

Por sua vez, o déficit de fundamentação, muito provavelmente, pode ser provocado pela ausência de coerência e desprezo pela integridade do direito na atividade jurisdicional, como adiante será demonstrado. E isso de dizer que coerência e integridade nem sempre são observados significa dizer que a autonomia do direito fracassou, que se vive sob o império não do direito e sim da discricionariedade.

De como a exigência de coerência e integridade também são elementos significativos do primado do direito e característicos da dimensão jurídica da fundamentação das decisões é do que se tratará em seguida.

5.6.1 Coerência e Integridade como Sinônimos do Primado do Direito e como Características da Dimensão Jurídica da Fundamentação das Decisões Judiciais

De fato, há duas outras questões pelas quais passa a análise da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais: a coerência e integridade do direito. Trata-se de duas formas bem evidenciadas da manifestação do primado do direito.

Não sem razão, integridade e coerência são também dois institutos representativos da passagem da concepção de um direito privado para um direito de viés público e que, ao fim e ao cabo, contribuem para caracterizar a dimensão jurídica paradigmática e significativa que atravessa as decisões judiciais.

Com efeito, decisão que observa a integridade e a coerência do direito se constitui em uma das melhores demonstrações de que o discurso do juiz é um discurso público e não privado. Público porque, como já foi dito, incorpora a ideia da intersubjetividade e da comparticipação no momento de julgar um caso, decididamente um dos maiores exemplos da adoção do processo jurisdicional democrático e que tem, no contraditório dinâmico e no direito de influir na decisão final, o seu melhor momento.

Como dirá Streck (2018), a coerência e a integridade se constituem nos dois vetores principiológicos por meio dos quais um sistema jurídico deve ser lido, querendo com isso dizer que qualquer que seja a decisão judicial fundamentada “deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição”. (STRECK, 2018, p. 24).

Para Streck (2018), a coerência exige tratamento igual para casos semelhantes, já a integridade exige que os juízes se utilizem de argumentos de forma coerente com o direito, considerado em seu conjunto, se constituindo numa espécie freio e de garantia contra eventuais posturas individuais, voluntaristas, enfim, arbitrárias²¹².

²¹² Isso, de certo modo, faz com que caia por terra a tese, como que a justificá-la, da “necessidade” da discricionariedade, de que fala Chase (2014). Ademais disso, decidindo com base em princípios jurídicos, o juiz corrige o déficit democrático representando pelo poder discricionário. E isso, decidir com fundamentos em princípios, nada tem a ver com discricionariedade, como sustentam Pinho e Brito (2016, p. 95-124). Para as articulistas, princípio é para impor constrangimentos e não para permitir discricionariedade, embora a prática judicial demonstre que, muitas vezes, acabam servindo de álibi argumentativo para mascará-la. Disso, segue-se, contrariando a tese da “necessidade” da discricionariedade, que diante da impossibilidade de construir um sistema jurídico sem qualquer tipo de lacunas, “a existência de princípios não é apenas uma realidade, mas antes uma necessidade”. (PINHO; BRITO, 2016, p. 99-100). De acordo com as autoras, numa evidência de que o primado do direito é a síntese da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, “a prova dessa realidade/necessidade [julgamento com base em princípios, o que descarta a discricionariedade] está na base do constitucionalismo do segundo pós-guerra, cunhado para impor limites materiais à própria autoridade institucional, a fim de garantir que um sistema jurídico não seja mero produto da vontade, seja da maioria, seja institucional”. (PINHO; BRITO, 2016, p. 100). Advertem, contudo, na

Streck (2018) destaca que, enquanto a coerência significa dizer que ao julgar casos semelhantes, o juiz deve “proporcionar a garantia isonômica dos princípios subjacentes nesta cadeia, a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma a manifestar um direito íntegro, e não algo fragmentado, como um aglomerado de decisões que refletem apenas perspectivas individuais” (STRECK, 2018, p. 23), constituindo-se, especificamente a integridade, de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, “uma forma de virtude política que significa rechaçar a tentação de arbitrariedade”. (STRECK, 2018, p. 23-24).

Dizendo de outro modo, para Streck, “exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar um ‘drible hermenêutico’ na causa ou no recurso, do tipo ‘segundo minha consciência, decido de outro modo’” (STRECK, 2017a, p. 34-35), pois como dirá Dworkin (2007), o autor da tese, a integridade e coerência resultam da obrigação de os juízes atribuírem às decisões passadas o fenômeno que o jusfilósofo estadunidense chama de “força gravitacional”, obrigação essa que “contradiz a doutrina positivista do poder discricionário do juiz”. (DWORKIN, 2007, p. XIII).

De fato, para Dworkin, quando o juiz se deixa guiar pelo direito como integridade²¹³, ele tem plena consciência de que o direito não se limita àquilo que está posto em uma regra jurídica. Como bem afirma o autor, recepcionar o direito como integridade é admitir que os juízes devem, tanto quanto possível, reconhecer que ele “é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pedelhes 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”, sendo que “esse estilo deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”. (DWORKIN, 2007, p. 291).

Ao fazer um resumo provisório da ideia da integridade, Dworkin afirma que “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”. (DWORKIN, 2007, p. 305). Noutra modo de dizer: para Dworkin, incorporar a ideia de direito como

esteira do que vem defendendo Streck, em sua vasta obra, na sua cruzada contra o protagonismo judicial, que “a utilização de princípios na atividade judicante é, portanto, uma necessidade diante da inquestionável insuficiência da lei para dar conta de sociedades cambiantes. Todavia, há que se ter cautela para que não se tornem instrumentos permissivos de discricionariedades inaceitáveis em um Estado Democrático de Direito, e, nessa tarefa, a interpretação ocupa um lugar de extrema importância”. (PINHO; BRITO, 2016, p. 101).

²¹³ Dworkin (2007) diz também que o direito como integridade tem duplo sentido: “é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”. (DWORKIN, 2007, p. 273).

integridade significa dizer que ao julgar um caso que possa apresentar determinado grau de dificuldade, o juiz deve lançar mão de argumentos de princípios, simples assim.

Disso, segue-se que, nos casos ditos difíceis, quando o juiz fundamenta sua decisão em um princípio, ele está respeitando a integridade do direito, ao mesmo tempo em que manda um recado: o juiz não precisa recorrer à indigitada discricionariedade judicial que se esconde, às vezes de forma dissimulada, ou com aparente juridicidade, através de argumentos extrajurídicos.

Por essa razão mesma é que coerência e integridade, quando observadas no seu conjunto, se apresentam como elementos representativos do primado do direito e da dimensão jurídica (paradigmática) da fundamentação das decisões judiciais, mesmo porque, como vai dizer Trindade, “na democracia constitucional, o juiz está vinculado à lei e obrigado a fundamentar sua decisão, respeitando a exigência de integridade do direito. Por isso ele deve explicitar quais são os princípios que a legitimam no interior de uma sociedade democrática”. (TRINDADE, 2017, p. 95-96).

Alvissara notícia é a de que a importância de se exigir coerência e respeito à integridade do direito finalmente foi reconhecida pela dogmática jurídica, pois, como anota Streck (2017a), os referidos institutos foram introduzidos no CPC de 2015, por meio do caput do artigo 926²¹⁴, com o que foi expurgado do sistema processual o livre convencimento motivado do juiz, uma das formas mais evidentes de discricionariedade judicial, que, para o autor, “significa o total afastamento dos elementos de coerência e integridade, pois autoriza a inexistência de critérios públicos de decisão”. (STRECK, 2017a, p. 35).

Em síntese, com Streck, pode-se dizer que observar a coerência e a integridade nas decisões significa dizer que o ato de aplicar a lei implica responsabilidade política, destacando-se que, a rigor, um sistema de direito que tem a coerência e a integridade como vetores de racionalidade prescinde de mecanismos formais de controle hermenêutico das decisões judiciais, pois “se o judiciário julga por princípio, o corolário é a manutenção da coerência e, conseqüentemente, da integridade. Julgamentos que lançam mão de argumentos morais inexoravelmente quebrarão a cadeia de coerência, uma vez que a integridade estará comprometida”. (STRECK, 2017a, p. 36).

Com efeito, um sistema jurídico não pode ser colocado nas mãos ou na dependência da vontade do monarca, do legislador ou de um juiz. Veja-se o exemplo do direito na Alemanha, no período do entre guerras e ao longo da segunda guerra mundial. Não tinha

²¹⁴ Art. 926: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

autonomia. O direito era livremente manipulado por Hitler, a ponto de se dizer, e assim passou para a História, que o direito positivo era redutível ao ditador nazista, numa espécie de direito positivo pessoal do ditador alemão.

Vê-se, pois, à vista de todo o exposto, que a exigência da observância da coerência e do respeito à integridade do direito nas decisões judiciais só reafirma o primado do direito e o caráter público do discurso dos juízes, na medida em que se constituem em verdadeiras barreiras contra a discricionariedade judicial que, como visto, é incompatível com a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais.

A questão da discricionariedade, portanto, se constitui no principal obstáculo para a abertura à dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais. Trata-se, a toda prova, de uma questão paradigmática: a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais pressupõe um *habitat* natural e imprescindível no qual se movimenta. E isso pressupõe um salto que implique a passagem de um direito de viés essencialmente privado (no qual o discurso do juiz também pode ser privado) para a noção de um direito público, constitucional, democrático e autônomo. Para além disso, um direito comprometido com as mudanças paradigmáticas ocorridas na filosofia e com a sua dimensão histórica.

Pensar o contrário equivale ao entendimento de que o que não está no domínio da subsunção está no domínio da discricionariedade. É, como diz Streck em *Verdade e Consenso* (2017c), não ir além da superação do positivismo exegético. Nesse sentido, cabe indagar: não sendo deduzida da lei, e ainda que por ela autorizada (o que não ocorre no Brasil), seria a discricionariedade, ela própria, a seu modo, uma forma de aplicação da lei, como se fosse a única forma de resolver uma suposta indeterminação do direito num determinado caso concreto?

Admitir essa possibilidade seria o mesmo que fazer da discricionariedade um padrão decisório, o que ela não é, embora, infelizmente, é o que parece que ocorre no Brasil. Pensar assim é o mesmo que concordar com aqueles que defendem que, após o esgotamento da escola francesa da exegese, tudo que não está no domínio da subsunção está no domínio da discricionariedade, quer dizer: só existem dois paradigmas: o da subsunção (já esgotado desde o fracasso das codificações) e o da discricionariedade, a partir da capitulação de Hans Kelsen.

Coerência e integridade do direito, num cenário como esse, se apresentam como elementos de reforço destinados a blindar o direito contra decisões judiciais discricionárias, dado que, como já disse Abboud (2014), a condição de possibilidade para que se possa dizer que uma decisão judicial é constituída de uma dimensão jurídica se implementará quando a decisão judicial se apresentar livre de qualquer postura subjetiva do intérprete, sem o que não

há como se falar em dimensão jurídica paradigmática significativa da fundamentação das decisões judiciais, que pressupõe a superação de toda sorte de discricionariedade.

Em resumo: coerência e dignidade também celebram a autonomia do direito, da qual são elementos formadores, isso sem dizer que são súditos de quem está no comando, o próprio direito.

Outra questão que merece destaque é a que diz respeito à incompatibilidade da discricionariedade com a fundamentação das decisões judiciais em geral e com a dimensão jurídica da fundamentação em particular. É que, além de solapar a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, a discricionariedade também produz estragos nas outras dimensões.

Numa última palavra para dizer: a discricionariedade não é o inimigo número um tão somente da dimensão jurídica da fundamentação. Ela também é, parafraseando Dworkin (2007, p. 451), uma forma virulenta que ataca e fragiliza as dimensões paradigmáticas anteriores (filosófica e histórica). Por essa razão urge também a necessidade de combatê-la, não somente do ponto de vista jurídico, mas também filosófico ou histórico.

É o que ocorre, quando o juiz julga de acordo com o seu sentimento, próprio de quem se obriga a prestar contas somente à sua consciência. O mesmo acontece quando o juiz pretende impor uma decisão tão somente como ato ou argumento de autoridade, aquele que se basta por si mesmo e que, por tal razão, dispensa prestação de contas.

Com efeito, o que seria uma decisão judicial que, do ponto de vista filosófico, ainda é presa ao momento do sujeito, ao esquema sujeito-objeto e que, portanto, vilipendia o paradigma da intersubjetividade? Por trás dessa decisão judicial, o *standard* de racionalidade que a sustenta não é outro senão o paradigma da subjetividade, da metafísica moderna ou da filosofia da consciência. Nesse sentido, o ato do juiz julgar de acordo com a sua consciência é o nome pelo qual, na perspectiva filosófica, atende a discricionariedade.

Por outro lado, o mesmo efeito se faz sentir na perspectiva histórica. Nesse sentido, a decisão que pretende se justificar tão somente, por se tratar de um ato de autoridade e que, por essa razão mesmo, não se obriga a prestar contas, é exemplo típico de uma decisão judicial que não se justifica perante a sociedade. Trata-se, nesse caso, de uma decisão que se autojustifica, que tão somente se funda no argumento da autoridade, o que, historicamente, é incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito, o chamado Estado que se justifica, em decorrência do qual o juiz, como qualquer agente estatal, se obriga a prestar contas de seus atos, especialmente o de explicitar os fundamentos jurídicos, em razão dos quais decidiu decidir de uma forma ou de outra.

Por fim, na perspectiva jurídica, a referida decisão judicial, além de ignorar as conquistas anteriores, representadas pelas dimensões histórica e filosófica, revela um grave déficit quando, ao invés de se fundar em argumentos jurídicos, como se tratasse de um mágico ou ilusionista, retira da cartola (a consciência do sujeito em si pensante) fundamentos extra jurídicos, do tipo pessoal, político ou moral. Com essa configuração, trata-se de um exemplo típico de decisão que, no limite, pode se constituir como arbitrária, incompatível, portanto, com a autonomia do direito e seu primado.

Em síntese: quando uma decisão judicial não se apresenta preenchida pela tríplice dimensão paradigmática (filosófica, histórica e jurídica) é porque sua fundamentação não se encontra em conformidade com norma constitucional. A rigor, sequer pode se falar em fundamentação.

Decisão judicial com esses contornos, reverberados em qualquer de seus aspectos ou dimensões (isoladamente consideradas ou em seu conjunto) revela um grave déficit e ele atende por um só nome: discricionariade, o mal-estar da função jurisdicional.

Ao reverso, quando a decisão judicial se apresenta preenchida (no sentido de atravessada) pela tríplice dimensão paradigmática aí então é o caso de dizer que se a decisão se considera devidamente fundamentada.

Sobre as condições em que isso ocorre; como se estrutura; do que é constituída e o que faz uma decisão judicial fundamentada se encarregará de demonstrar o capítulo a seguir, sem prejuízo de outros resultados.

6 AS DIMENSÕES PARADIGMÁTICAS DO DEVER DE FUNDAMENTAR NAS PERSPECTIVAS FILOSÓFICA, HISTÓRICA E JURÍDICA: RESULTADOS

O capítulo anterior diz respeito à terceira etapa do objeto de estudo anunciado no prólogo desta pesquisa. Ali, no prólogo, após um diagnóstico precoce do estado da arte das decisões judiciais no Brasil, e de uma breve descrição da relação existente entre decisão judicial e paradigma, antecipou-se o propósito principal²¹⁵, expresso no título deste estudo. Dizer como e por que a fundamentação das decisões judiciais é atravessada por três dimensões significativas e paradigmáticas, e que, enquanto tais, se constituem em condição de possibilidade para que uma decisão judicial seja considerada adequadamente fundamentada.

Tal como se fossem atos preparatórios de um conteúdo proposicional final, foi disso que se tratou, em sequência, nos três capítulos iniciais: o exame, em separado, de forma analítica, de cada uma das dimensões paradigmáticas (filosófica, histórica e jurídica). O objetivo foi demonstrar a influência, ao longo da história do direito, de cada uma delas na construção do sentido daquilo que hoje se compreende como fundamentação das decisões judiciais e que, no Brasil, tem no artigo 489, § 1º do CPC de 2015, o seu ponto de estofa, o seu maior referencial e que encontra na Constituição Federal o seu horizonte.

Sendo assim, uma vez anunciado o propósito da pesquisa ao qual se seguiu o exame detalhado do significado de cada uma das dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais, o presente capítulo objetiva apresentar os resultados decorrentes daquele propósito e da conjugação de seus elementos, na forma como se segue abaixo.

6.1 Dimensões Paradigmáticas do Dever de Fundamentação Reunidas: considerações iniciais

Quando se olha para um lago de águas paradas, o que se costuma ver é apenas a face que o espelho d'água reflete. Quem quer que o veja assim não imagina do que ele é feito, qual a sua estrutura, o que o movimenta por dentro ou, em outras palavras: o que ele (as águas paradas propriamente ditas) esconde(m).

²¹⁵ Decorrente deste propósito principal, avultam três conclusões, como será demonstrando em sequência: *i*) uma decisão judicial somente se considerara adequadamente fundamentada se presentes, individualmente e unidas entre si, as três dimensões paradigmáticas (filosófica, histórica e jurídica); *ii*) a fundamentação detalhada de que trata o artigo 489, § 1º do CPC 2015 se constitui em um dever geral de toda magistratura brasileira, independentemente do segmento a que pertença o magistrado; *iii*) a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais é um fenômeno próprio das revoluções científicas e que ocorre quando uma paradigma se sente ameaçado por outro, o que permite concluir que referida reação, dependendo da perspectiva, é (in)compreensível, numa palavra: é uma questão de paradigma.

Grosso modo, se comparada com um discurso, a água da superfície de um lago equivale ao *logos* apofântico de um discurso²¹⁶. Embora visto primeiro, ela corresponde ao segundo plano do qual é constituído o lago. O outro plano, que é o primeiro, e que também forma o lago, é o das águas profundas. Aquele que o move por dentro, que o estrutura e que serve de sustentação do próprio segundo plano, mas que não é percebido numa leitura (olhar) superficial. Nesse discurso, que foi comparado a um lago, o primeiro plano, que é o de profundidade, atende pelo nome de *logos* hermenêutico. Nesse sentido, de novo a metáfora: as águas profundas correspondem o primeiro plano do lago, do discurso. Trata-se do elemento hermenêutico. Discurso de primeiro nível e estruturante.

Algo parecido sucede com uma decisão judicial. Normalmente, numa leitura apressada, literal mesmo, somente se percebe o que está na superfície da decisão: o discurso apofântico, analítico, um enunciado, uma construção lógica, com algumas premissas e conclusões.

Subjacente, contudo, a esse discurso de segundo nível existe outro que lhe serve de fundamento e que o estrutura. Como vai dizer Stein (1996, p. 28), “no nosso discurso comum, filosófico, científico, encobrimos esse segundo discurso porque não precisamos explicitamente dele. Mas ele está dado”. É esse o discurso que está por trás de uma decisão judicial fundamentada. Normalmente é encoberto pelo segundo discurso, o visível, de quem é condição de possibilidade.

Nesse sentido, a sentença enquanto discurso lógico-semântico é precedida por um discurso subjacente, estruturante. Essa estrutura, por sua vez, é composta de três níveis distintos. São eles que dão sustentação à decisão judicial. Nesta pesquisa, esses níveis vêm sendo chamados de dimensões filosófica, histórica e jurídica da fundamentação das decisões judiciais. Não são visíveis a olho nu, mas existem (estão dadas). Localizam-se abaixo da superfície, do discurso analítico, como se fossem um conjunto de camadas sedimentares que vão se acomodando e enquanto se acomodam funcionam como suporte daquilo que se vê na superfície.

²¹⁶ Como se sabe, a Hermenêutica Filosófica enquanto fenomenologia trabalha com dois tipos de discurso numa relação de velamento e desvelamento, que se dá em níveis diferentes, um é de superficialidade, enquanto o outro é de profundidade. De acordo com Stein (1996), Heidegger os denominou de *logos* apofântico e *logos* hermenêutico. Quando se fala de *logos* apofântico e *logos* hermenêutico, se faz necessário que se faça uma distinção entre níveis de discurso e sentido de compreensão de cada nível do discurso. Enquanto discurso, o *logos* hermenêutico é o discurso de primeiro nível, estruturante, condição de possibilidade para o discurso de segundo nível, representado pelo *logos* apofântico. Por outro lado, enquanto sentido de compreensão, o *logos* hermenêutico corresponde ao segundo sentido. De acordo com Stein, “se não houvesse esse mundo de compreensão no segundo sentido, não teríamos também a compreensão no primeiro sentido, no sentido lógico”. (STEIN, 1996, p. 28).

Dizendo de outro modo: por trás de uma decisão judicial há um acontecimento fenomenológico. Trata-se de um fenômeno que pode ser “descascado aos poucos”, como vem dizendo Streck (2014b, p. 9-10). Noutra modo de dizer: a decisão judicial é mostrada como ela é, camada por camada. Foi isso o que se pretendeu mostrar nos três capítulos anteriores ao se examinar, isoladamente, sob o fio da filosofia, da história e do direito, as três dimensões paradigmáticas da decisão judicial. Descreveu-se, pois, a decisão judicial enquanto discurso apofântico, analítico, mostrando as diferentes camadas que concorrem para constituí-la.

Este capítulo, especificamente neste subitem, como desdobramento do propósito principal da pesquisa, tem a finalidade de demonstrar que uma decisão judicial, quando vista numa perspectiva de profundidade²¹⁷, para além do discurso lógico-apofântico, portanto, nela será possível identificar cada uma das três camadas isoladamente consideradas, assim como o conjunto delas, na sua totalidade, como resultado final da uma conjugação de três dimensões. Parte e todo. Tudo a um só tempo, como quem percorre um círculo hermenêutico. Há, portanto, uma circularidade. A compreensão das dimensões no seu todo pressupõe que antes cada uma das partes já tenha sido compreendida. E cada uma das dimensões somente pode ser compreendida na medida em que já se compreendeu o conjunto delas.

Mas não é só. A leitura de uma decisão judicial, como resultado do ato de mergulhar no nível de maior profundidade, revela outro fenômeno²¹⁸: as dimensões que se sucedem nunca partem de um grau zero de sentido. Significa dizer que uma dimensão sempre agrega aquela que lhe é imediatamente anterior, daí a razão pela qual podem ser lidas individualmente ou no seu conjunto, como resultado final. Numa palavra: é como se uma dimensão ao se afirmar, incorporasse as conquistas daquela que lhe é anterior, como um processo de adição no qual o segundo pressupõe a incorporação do primeiro.

Atendendo ao propósito de compreensão do que foi declarado acima, pegue-se a seguinte afirmação de Streck (2014, p. 502): “no paradigma do Estado Democrático de Direito, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política e à economia”.

Há no referido enunciado um pressuposto, uma leitura que tem que ser feita entre as linhas do texto. Nas palavras de Stein, há na afirmação de Streck uma comunicação que não

²¹⁷ A expressão aqui deve ser entendida no sentido fenomenológico-hermenêutico. Somente fazendo-se uma leitura do fenômeno (decisão judicial) que vai além do plano analítico é que será possível acessar o seu segundo nível enquanto linguagem, o *logos* hermenêutico, aquilo que Stein (1996) vai chamar de primeira compreensão que é condição de possibilidade da segunda: “se não houvesse esse mundo humano da compreensão no segundo sentido, não teríamos também a compreensão no primeiro sentido, no sentido lógico. Portanto, essa primeira compreensão é condição de possibilidade da segunda” (STEIN, 1996, p. 28). É a partir dessa leitura que se percebe que a estrutura da decisão judicial é tridimensional. Fora dessa perspectiva, isso não será possível.

²¹⁸ Esse fenômeno será objeto de abordagem no subitem seguinte.

foi produzida diretamente pela linguagem, “mas que só aparece quando se produz a comunicação pela linguagem” (STEIN, 1996, p. 26), visto que não há como se compreender se não compreendido, antes, o contexto.

De fato, há um contexto nas entrelinhas do enunciado do jusfilósofo Streck. Afirmar que o direito assume um elevado grau de autonomia frente a outros ramos de conhecimento significa dizer, num primeiro momento, que todos estão submetidos ao império do direito. Representativo dessa sujeição é o triunfo do direito sobre critérios morais, políticos, pessoais ou religiosos, dentre outros, que, vez por outra, reivindicam a pretensão de corrigi-lo. Trata-se de uma conquista de fundamental importância para a compreensão da fundamentação das decisões judiciais, visto que foi em decorrência da afirmação do direito, diante dos agentes externos, que se tornou possível o estabelecimento das bases da fundamentação judicial na perspectiva de sua dimensão jurídica.

Por outro lado, não se poderia falar de dimensão paradigmática jurídica da fundamentação das decisões judiciais em um modelo de Estado que não seja o Democrático de Direito, caracterizado como o Estado que se justifica. É por conta das bases estruturantes desse modelo que os juízes se obrigam a justificar suas decisões judiciais. Dito com outras palavras: prestam contas de seus atos junto à sociedade. E isso não é outra coisa senão a síntese da dimensão paradigmática histórica da fundamentação das decisões judiciais.

Por derradeiro, em decorrência da interpenetração (são intercambiáveis) de uma dimensão em outra, só se pode falar em Estado Democrático de Direito e em dimensão histórica se o discurso abraçado por um de seus poderes, o Judiciário, for público. Linguagem privada é própria do paradigma filosófico no qual o conhecimento é fundado no sujeito encapsulado. Se por outro lado, ao contrário disso, o discurso e a linguagem são públicos, se a relação é entre sujeito-sujeito, portanto, dialógica, então aí está a presença da dimensão paradigmática filosófica da fundamentação das decisões judiciais.

Essas, portanto, são as leituras que podem ser feitas do enunciado de Streck do ponto de vista da hermenêutica filosófica que, ao contrário da filosofia analítica, trabalha com dois níveis de linguagem, aquilo que ficou conhecido como dobra da linguagem.

Retomando-se, para concluir, o que foi dito acima antes da contextualização com base na afirmação streckniana: há duas maneiras de se ler uma decisão judicial fundamentada. No primeiro momento, trata-se da leitura de um discurso lógico-apofântico que se esgota na medida em que a comunicação é feita de forma inteligível.

Esse discurso, contudo, só pode ser compreendido se anterior a ele tiver ocorrido a compreensão do discurso de profundidade, do universo hermenêutico. É nele que se

compreende que uma decisão judicial se considera fundamentada, quando ela é atravessada por três dimensões (paradigmáticas) ligadas entre si por uma relação de circularidade. A compreensão de uma é o pressuposto para a compreensão da outra. E só podem ser compreendidas em seu conjunto, se compreendidas individualmente.

E esta é uma das conclusões deste estudo, como adiante se demonstrará.

6.1.1 De Como uma Dimensão Sozinha não Tece uma Decisão Judicial Fundamentada

Como já afirmado acima, no prólogo desta pesquisa, uma espécie de crônica anunciada deste estudo, foi dito que o sentido que é dado ao dever de fundamentar as decisões judiciais é, por assim dizer, atravessado por paradigmas, o que pode ser observado a partir de três perspectivas distintas: filosófica, história e jurídica.

Nesse sentido, dizer hoje que uma decisão judicial se considera devidamente fundamentada é reconhecer que referida decisão é constituída por três elementos, que, para os efeitos desta pesquisa, são chamados de dimensões que a atravessam. Trata-se, ainda, de um atravessamento simultâneo, concomitante e incidível, o que significa dizer que a ausência de qualquer delas frustra a qualificação da decisão como fundamentada.

Desde sempre são esses paradigmas que influenciam na construção do sentido que é dado à obrigação dos juízes de justificar suas decisões. Por essa razão mesma, eles assumem uma dimensão significativa por conta da importância que assumem. Tais dimensões, contudo, não se esgotam por serem *significativas*. Mais que isso, essas dimensões são paradigmáticas, o que revela a predominância de determinado modelo ou padrão científico aceito como resultado de uma revolução científica, no melhor sentido *kuhniano*.

Mas dizer que uma decisão judicial fundamentada é aquela que é atravessada por três dimensões não diz tudo. Necessário que da leitura da decisão judicial se permita dizer que ela incorpora cada uma das dimensões no seu estágio atual²¹⁹, que é aquele representativo de uma mudança de paradigma, fruto de uma revolução científica. É que o estado da arte de cada uma delas representa uma passagem.

²¹⁹ É que não é possível considerar fundamentada uma decisão judicial quando uma das suas dimensões se assenta em um paradigma incompatível com os outros dois. Dizendo de outro modo: não será adequadamente fundamentada a decisão que embora fundada no paradigma do Estado Democrático de Direito, do ponto de vista da sua dimensão histórica e do primado do direito, do ponto de vista filosófico ainda é presa ao paradigma da subjetividade. Essa convivência de tão incompatível sequer é possível. É que uma decisão judicial fundamentada, tal como um grande edifício que precisa de suas fundações, se ergue e se sustenta sob três pilares. A simples ausência de um, a inconsistência ou deficiência de outro impede que ela seja considerada fundamentada.

Para fins do cumprimento do propósito inicialmente estabelecido, e ultrapassado o prólogo, todo o esforço da pesquisa foi o de desenvolver em três capítulos sucessivos cada uma das dimensões paradigmáticas significativas da fundamentação das decisões judiciais, iniciando-se pela filosófica, à qual se seguiu a histórica, culminando com a dimensão jurídica.

Cada um desses capítulos foi desenvolvido com o objetivo de demonstrar que cada uma das dimensões, com os contornos tidos como condição de possibilidade para que se configure uma decisão judicial fundamentada, é o resultado de uma passagem, pois como vai dizer Kuhn, transformações de paradigmas são revoluções científicas e a transição sucessiva de um paradigma para outro se dá por meio de uma revolução, sendo este “o padrão usual de desenvolvimento da ciência amadurecida”. (KUHN, 2017, p. 74).

Em cada um dos capítulos ficou demonstrado que um longo caminho foi percorrido até o ponto de chegada tido como ideal para cada uma das dimensões paradigmáticas, em decorrência do qual se torna possível dizer que uma decisão judicial se considera devidamente fundamentada.

Na perspectiva da dimensão filosófica, como visto no primeiro capítulo, buscou-se demonstrar os fundamentos responsáveis pela passagem (mudança de paradigma) de um discurso privado, subjetivo, da filosofia da consciência, caracterizado pelo paradigma da subjetividade, na qual prevalece a relação sujeito-objeto, para o paradigma da intersubjetividade, conformado pela relação sujeito-sujeito, no qual a linguagem assume a condição de protagonista, uma posição cimeira, que bem caracteriza o terceiro momento da história da filosofia, antecedido, pois, dos momentos do objeto e do sujeito.

No capítulo dois, que trata da dimensão histórica, o objetivo foi o de descrever como se deu a passagem de uma decisão judicial que se justifica, e se legitima, tão somente por ser um ato de autoridade, ou em função do seu caráter impositivo, para uma ideia de responsabilidade e prestação de contas, cenário que, em harmonia com o modelo de Estado Democrático de Direito, a decisão judicial se justifica e se legitima em decorrência de um dever de prestação de conta do ato judicial, a exemplo do que ocorre com qualquer outro agente estatal.

É que no modelo anterior, como bem lembra Bahia e Silva (2018) não havia qualquer tipo de preocupação com o que hoje é conhecido como *accountability* judicial. Nesse cenário, a decisão judicial tinha um efeito meramente simbólico, na medida em que não passava de mero ato de entrega da prestação jurisdicional “que se desenvolvia autoritariamente, independentemente das justificações que a acompanham ou da argumentação das partes,

bastando ao juiz entregar a prestação jurisdicional por meio de provas que ele mesmo poderia coletar”. (BAHIA; SILVA, 2018, p. 34).

Isso, contudo, mudou, dado que foi introjetada a necessidade de prestação de contas decorrente da responsabilidade política que assume o juiz. Trata-se da única forma de o juiz se legitimar perante a sociedade, especialmente em face de uma peculiaridade, dentre outras próprias do modelo brasileiro: embora não detentor de um mandato popular, o juiz, como agente do Estado, exerce uma função de igual *status*, razão pela qual seus atos precisam ser justificados. A isso se confere o nome de prestação de contas que, ao fim e ao cabo, se concretiza por meio da entrega da prestação jurisdicional devidamente fundamentada e não como mero produto de autoridade. Trata-se, como vai dizer Oliveira (1997, p. 24), “de articular uma racionalidade liberta das injunções da autoridade”.

Por fim, no terceiro capítulo, tratou-se da dimensão jurídica, que, igualmente, atravessa a fundamentação das decisões judiciais e que, dentre as três, talvez seja a mais representativa do triunfo do direito sobre a vontade de poder. Ali, um dos objetivos foi o de demonstrar a passagem, no âmbito do Poder Judiciário, de um discurso privado para um discurso público. Noutra modo de dizer: a perspectiva jurídica fala da passagem de um direito de viés privatístico para um modelo público, constitucionalizado e democrático de direito, no qual as convicções pessoais, a vontade do intérprete, assim como outros argumentos extrajurídicos não se imponham no momento da decisão judicial, que deve se guiar por critérios jurídicos, celebrando assim o primado do direito.

Nesse cenário, do que se está a falar é de um direito no qual o juiz não é mais o principal protagonista do processo, pois, nesse modelo, todos os sujeitos da relação jurídica processual possuem idêntica importância, são todos, no seu conjunto, protagonistas. Se fosse possível traduzir essa questão em uma imagem dir-se-ia que, nesse contexto, se dá a passagem de uma relação jurídica processual verticalizada, hipótese em que no vértice se encontraria o juiz, para uma relação jurídica processual horizontalizada, em que autor, réu e juiz se encontram num mesmo plano, sem que se confira a determinado sujeito qualquer protagonismo e na qual as funções são melhor e democraticamente distribuídas, por assim dizer, e em que autor e réu têm direito de influir efetivamente no provimento final do processo, para cujo fim o juiz se obriga a levar em consideração os argumentos expendidos pelas partes litigantes.

Para dar cabo dessa empreitada, no sentido de se saber e afirmar que determinada decisão judicial se encontra atravessada pelo conjunto das três dimensões, esta pesquisa utiliza como horizonte prospectivo o artigo 489, § 1º, do CPC de 2015, cujas raízes estão

cravadas no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Isso se dá pelo fato de que se trata do dispositivo da legislação processual comum que melhor representa a conjugação de todos os elementos paradigmáticos (filosóficos, históricos e jurídicos) de uma decisão judicial adequadamente fundamentada, se constituindo, portanto, no referencial necessário por meio do qual se pode dizer que uma decisão judicial se considera fundamentada. É, portanto, do exame da rigorosa observação de seu cumprimento ou não que se dirá que determinada decisão judicial se encontra atravessada por todas as dimensões paradigmáticas²²⁰.

Estabelecidas as bases paradigmáticas da pesquisa com o cumprimento de etapas propostas, o momento agora é o de, fenomenologicamente, dissecar, tal como se faz numa aula de anatomia humana, as dimensões paradigmáticas. O objetivo aqui consiste em fazer crer que as dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais somente produzirão os efeitos que delas se esperam, quando então se pode dizer que uma decisão judicial está devidamente fundamentada, se na decisão estiverem presentes todas essas dimensões reunidas. Noutra modo de dizer: a fundamentação tem que estar atravessada por todas elas individual e conjuntamente.

Para bem aclarar essa questão, colocando-a numa perspectiva mais compreensível, lança-se mão aqui de uma figuração que será chamada de “a metáfora dos galos”, numa referência direta ao poeta Melo Neto e a seu famoso poema “Tecendo a manhã” (2008, p. 219)²²¹. Em um de seus versos, o poeta diz que um galo sozinho não tece uma manhã, ele precisará sempre de outros (cantos de galos). Na lírica do poeta pernambucano, a manhã nasce como o resultado de uma trama coletiva no sentido de dizer que uma manhã não surge com um único canto de galo. Faz-se necessário o canto de vários galos que se entrelaçam de tal modo que formam uma teia, da qual resultará a manhã que surge com os primeiros raios do sol.

Parafraseando o poeta, o que se pretende dizer aqui é que uma dimensão paradigmática sozinha não tece uma decisão judicial devidamente fundamentada. Cada dimensão precisará de outra dimensão que a apanhe e a lance sobre outra, que se junta à dimensão seguinte. No final, formando um conjunto, tecerão a decisão judicial devidamente fundamentada.

É o caso da dimensão filosófica que irá precisar da histórica que, por sua vez, precisará da jurídica em relação a qual as duas anteriores são imprescindíveis. Cada uma

²²⁰ A toda evidência, quando se diz que o horizonte prospectivo desta pesquisa é o art. 489, § 1º, do CPC de 2015, pelo fato de que melhor representa a conjugação de todos os elementos paradigmáticos da fundamentação das decisões judiciais, tal afirmação já pressupõe uma leitura hermenêutica, e não meramente analítica, do referido artigo.

²²¹ *Tecendo a manhã*: o poema foi integralmente reproduzido na nota de rodapé de nº 74, página 98, onde pode ser lido.

preservará sua autonomia e identidade própria, como será demonstrado adiante. O resultado esperado, contudo, somente será obtido se elas se fizerem presentes de forma concomitante e incidível. Há, portanto, a necessidade da presença conjunta de todas as dimensões para a composição e configuração de uma decisão judicial devidamente fundamentada.

Disso decorre que a simples ausência de qualquer uma dessas dimensões tem o efeito de fazer com que a referida decisão judicial não se configure como devidamente fundamentada, em atenção ao que dispõe os artigos 93, IX, da Constituição Federal, e 489, § 1º, do CPC de 2015.

Qual o sentido prático disso? Nesse caso não haverá a devida entrega da prestação jurisdicional requerida, muito menos a resposta adequada nos termos da Constituição Federal e da ordem jurídica, de um modo geral. Eis a razão para a invocação da metáfora do canto dos galos. Tal como no poema cabralino, uma dimensão paradigmática sozinha não tece uma decisão judicial fundamentada. Ela precisará sempre das outras dimensões para acontecer.

É que, embora cada dimensão tenha autonomia e identidades próprias, só produzirão efeitos uma vez presentes todas elas ao mesmo tempo, dado que a ausência de uma delas desconfigurará a decisão judicial fundamentada.

Imagine-se aqui, para fins de aferição da afirmação acima, que determinado observador, de repente, se depare com uma determinada decisão judicial. Ele somente poderá constatar que se encontra diante de uma decisão judicial fundamentada, se nela identificar, individual (na parte) e no conjunto (no todo), a um só tempo, concomitantemente, portanto, a presença de todas essas dimensões. E mais: são individuais, mas não estão separadas, são incidíveis.

É o caso, por exemplo, como se demonstrou precedentemente, de uma decisão que observa o detalhamento estabelecido no artigo 489, § 1º do CPC de 2015 que, como dito, a partir da vigência da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, é o ponto de referência para fins dessa aferição, desde que a leitura que se faça do mesmo seja hermenêutica, não se esgotando, portanto, no seu nível apofântico.

Nesse sentido, quando a decisão judicial atende a todos os requisitos ali estabelecidos, se diz que se trata de uma decisão judicial atravessada por três dimensões paradigmáticas. É que embora, numa leitura apressada, se possa concluir que a fundamentação detalhada do referido dispositivo legal represente o ponto de chegada da dimensão jurídica, como foi dito no capítulo três, a dimensão jurídica tem uma peculiaridade: ela é parte e é o todo ao mesmo tempo; é objeto e o próprio resultado.

Essa questão, contudo, ficará mais evidenciada no item a seguir, quando se tratará da estrutura anatômica da fundamentação das decisões judiciais.

6.1.2 Analisando a Estrutura da Fundamentação: tridimensionalidade ontológica²²² - primeira conclusão parcial

Se ao longo dos três primeiros capítulos, o foco foi abordar individual e separadamente cada uma das dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais, aqui a pretensão é outra. Dando continuidade àquilo que já foi anunciado no subitem 6.1, neste tópico se cuidará de demonstrar ainda mais as aproximações entre as três dimensões, dado que num primeiro olhar isso não se revela possível.

Sabe-se que uma decisão, de saída, possui um conteúdo proposicional que pode ser percebido no plano lógico-semântico ou analítico. Como diz Stein (1996), porém, a compreensão de algo, a exemplo de um ato judicial, não se reduz ao universo lógico-semântico, muito embora não o dispense. Para o filósofo do sul, “podemos utilizar a lógica e a semântica para compreender melhor o que ocorre no universo da hermenêutica. No entanto, sempre que utilizamos o discurso do nível lógico-semântico, estamos pressupondo algo mais profundo”. (STEIN, 1996, p. 29).

Com a decisão judicial ocorre o mesmo fenômeno, melhor dizendo, com a fundamentação das decisões judiciais. Quem quer que, tendo um pouco de conhecimento técnico, se preste a fazer uma simples leitura de uma sentença, ao final, no mínimo, sairá da leitura convencido de que se trata de um ato de conteúdo jurídico. Tem, nesse sentido, uma dimensão jurídica. Dito de outro modo: numa leitura superficial, o primeiro elemento que se sobressai na sentença, o que é logo vislumbrado, é o jurídico.

Essa percepção, que um leigo pode expressar em palavras simples, encontra-se confirmada pelo estudioso do direito que, embora se expressando de forma mais sofisticada, dirá que o conteúdo jurídico é a primeira mensagem transmitida via primeiro nível da linguagem do discurso.

É o caso de Borges (2015, p. 7), para quem “a fundamentação de uma decisão judicial representa, num primeiro olhar, a própria manifestação da normatividade, posto que, por ela, reconhece-se o elemento legal, o sistema jurídico, e as percepções normativas que o ente aberto à consciência deixa vislumbrar”.

²²² A expressão utilizada é no sentido dado por Stein, quando diz que “ontologia é uma teoria do ser e, portanto, uma teoria que estabelece como o mundo é”. (STEIN, 1996, p. 39).

Diz ainda o autor que é na fundamentação que o direito se exterioriza enquanto direito. Mas não é só. Borges admite que a fundamentação não se esgota somente em normatividade, há algo pressuposto nela, o que fica claro quando ele diz que previamente ao dever de fundamentar como implicação jurídica há um *antes* que externa a tentativa de encontrar, na filosofia, uma resposta. (BORGES, 2015, p. 7)

Por fim, após afirmar que “a fundamentação é a forma pela qual o fenômeno jurídico se apresenta”, tratando-se, portanto, do espaço em que o direito se realiza, Borges (2015, p. 8) conclui que, nesta perspectiva a fundamentação das decisões judiciais tem também um aspecto fenomenológico que propõe a superação do esquema sujeito-objeto, que, como se sabe, é um dos pilares de sustentação da filosofia da consciência.

Em síntese: uma decisão judicial fundamentada não se esgota na sua dimensão jurídica, aquela que é vista no primeiro nível do discurso. Há outras leituras pressupostas e o esforço que aqui vem sendo desenvolvido, no sentido de aproximar os vários aspectos (em número de três) da fundamentação judicial, atende a esse desiderato, o de dizer que há muito mais que normatividade na fundamentação de uma decisão judicial.

Com efeito, reiteradas vezes já se disse que uma decisão judicial devidamente fundamentada é aquela que atende ao comando constitucional estabelecido no art. 93, inciso IX e, por extensão, em decorrência da plena harmonia com a norma constitucional, quando proferida nos termos do artigo 489, §1º, do CPC de 2015. Isso é, num primeiro momento, revelar sua dimensão jurídica. Contudo, esse discurso lógico-formal pressupõe algo mais profundo.

Disse-se também que se trata de uma decisão compartilhada, na medida em que ela, refletindo o modelo de processo jurisdicional democrático incorporado no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015, o que revela compatibilidade com o Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988, é o resultado da efetiva participação e influência dos sujeitos do processo na sua construção.

Objetivando imprimir maior intensidade nas aproximações pretendidas, considere-se o seguinte: imagine-se como possível conceber-se para a decisão judicial uma estrutura anatômica, como se tratasse de um corpo sólido e sobre o qual se fizesse um corte longitudinal, tal como se faz nas aulas de anatomia dos corpos nas ciências médicas²²³. Um

²²³ Nesta pesquisa, frequentemente, para fins de representar uma situação ou ilustrar um caso, tem-se recorrido frequentemente, especialmente, neste capítulo, a alguns sentidos figurados. A metáfora do “canto dos galos” foi um. A da “dissecação”, que desencadeou esta nota de rodapé explicativa é outra. Isso atende a um propósito. Inicialmente, pela força da imagem que elas provocam, com o que ajudam na compreensão do fenômeno que se quer descrever. Por outra, como se sabe, para se trabalhar com metáforas não há

corte sobre um tecido, por assim dizer. Ultimado o ato, e após a dissecação do corpo, que aqui atende pelo nome de decisão judicial, alguns achados poderão ser examinados. O corte na perspectiva longitudinal revelará que a decisão judicial fundamentada (objeto de análise) é constituída de três camadas distintas, não identificáveis de imediato. Serão elas que comporão um conjunto integrado de três dimensões.

No primeiro momento, a leitura inicial pode ser feita da seguinte forma: a decisão judicial, como produto final, não passaria de uma redução das três dimensões, como se fossem um conjunto de moléculas fortemente ligadas entre si. Por se mostrar compactada, suas dimensões (moléculas) não podem ser visualizadas enquanto partes, só podem ser vistas no seu conjunto. Trata-se, portanto, de um único objeto, muito embora se saiba que possui uma composição tridimensional.

A etapa seguinte da “dissecação” da decisão judicial exigirá um segundo olhar, como quem lança mão de uma lente de aumento. Ainda comparando: equivale ao efeito, muito comum nos laboratórios de análise, de se lançar mão de um corante, adicionando-o sobre o objeto de pesquisa. O efeito prático virá em seguida. Ao entrar em contato com as estruturas do objeto em análise (a decisão judicial), alguns elementos são realçados no sentido de que aquilo que não podia ser percebido a olho nu, portanto, sem o corante, fique evidenciado. Neste momento, o observador irá constatar que a estrutura do objeto é composta de três dimensões. Essas dimensões estão superpostas, mas elas são distintas, ainda que intimamente ligadas entre si, como se fossem um conjunto de camadas adiposas.

Trazendo para o direito, é o que ocorre com a decisão judicial devidamente fundamentada. Feito o corte longitudinal da decisão judicial, o observador não irá vislumbrar de imediato a presença das três dimensões, visto que elas estão veladas pelo primeiro plano do discurso judicial. Sabe-se que elas existem, mas estão veladas. O que se vê é somente a decisão no seu conjunto, como resultado final, um ato normativo para determinado caso

necessidade de que os enunciados sejam verdadeiros, sendo bastante que tenham sentido, pois como afirma Stein (1996, p. 40), “nós só podemos trabalhar com metáforas no momento em que as coisas não precisam ser verdadeiras, em que basta elas terem sentido”. Não se pode provar, porque não é verdadeiro, que uma decisão judicial é igual a um corpo humano estendido sobre uma mesa numa aula de fisiologia humana. Mas, a comparação, atendendo ao propósito de demonstrar que a estrutura de uma sentença é composta por várias camadas, tal como ocorre com o tecido do corpo humano, não é fora de propósito. O mesmo pode ser dito em relação ao recurso da metáfora do canto dos galos. Dizer que uma dimensão paradigmática sozinha não tece a fundamentação da decisão judicial, ou que somente o conjunto delas pode fazê-lo, não é verdadeiro, do mesmo modo que não é o dizer que somente a comunhão de cantos de galos é que tece uma manhã, dado que o próprio poema, em si, já uma metáfora, bela, por sinal. Mas valem como recurso estilístico e, por provocar o efeito imediato de fusão de horizontes, ajuda na compreensão do direito, sem dizer que pode tornar sua leitura mais lúdica, mesmo porque, na grande parte das vezes, o real ou o verdadeiro não bastam. De resto, as metáforas nunca são verdadeiras, mas fazem todo sentido.

concreto. Há nela uma parte oculta, que só pode ser revelada com uma leitura de segundo nível.

Dito de outro modo: como registrado nas considerações iniciais, o segundo nível do discurso judicial encobre o primeiro, que é condição de possibilidade do outro, pois é o que lhe dá sustentação.

Nesse cenário, a decisão judicial fundamentada é constituída por três camadas distintas, mas, como se fossem sedimentos, a matéria de cada uma delas entra em contato uma com as outras, num constante processo de amalgamação, no qual as trocas são mútuas. São intercambiáveis, portanto. Cada dimensão tem vida e autonomia próprias, mas se sujeitam a influxos recíprocos.

Considerando-se os fins desta pesquisa, é o que se pode chamar de dimensões de uma decisão judicial. E cada uma é paradigmática no sentido de que revelam o estado da arte de uma decisão judicial numa determinada época por uma determinada comunidade jurídica. Por essa razão, pode ser dito que uma decisão judicial devidamente fundamentada é atravessada por dimensões paradigmáticas, para significar que elas se fazem presentes.

Ao dizer que há uma troca de influxos recíprocos, entre elas, na decisão judicial, isso fica mais evidente, quando se leva em conta a segunda (histórica) e a terceira dimensão (jurídica). Perceba-se: a dimensão histórica já carrega com ela a dimensão filosófica. Por sua vez, a dimensão jurídica agrega as duas anteriores (filosófica e histórica) e, como visto no capítulo anterior, também é o resultado do esforço conjunto, da reunião das duas dimensões que lhe antecedem.

Há uma explicação para essa troca recíproca de influxos. Nenhuma das dimensões, se isoladamente consideradas, se mostram fechadas em si como um monólito. Ao reverso, são permeáveis e porosas, no sentido de serem interpenetráveis. Em razão dessa permeabilidade e porosidade, cada dimensão entra e sai uma da outra, o que permite que, ao fim e ao cabo, nenhuma delas saia do processo da mesma forma como entrou, por isso, pode se dizer que entre elas há uma relação de mútua irritação²²⁴.

Em outro modo de dizer, insista-se: uma decisão judicial devidamente fundamentada nos termos da ordem jurídica estabelecida (CF e CPC) é uma decisão atravessada por três dimensões: filosófica, histórica e jurídica.

²²⁴ Veja-se que há uma ideia de circularidade, tal como ocorre no círculo hermenêutico: quando se compreende a decisão judicial fundamentada como um todo (a soma ou o resultado de todas as dimensões reunidas) é porque já se compreendeu o sentido de cada uma de suas dimensões. Estas, por sua vez, enquanto individualmente compreendidas, já antecipam a compreensão do todo. O exemplo mais emblemático nesse sentido é o que ocorre com a dimensão jurídica: compreendê-la é compreender as duas que lhe antecedem e é compreendendo cada uma delas que se as compreende na sua totalidade, no seu conjunto, o resultado final.

Segue-se que, no caso de ausência, na decisão judicial, de uma ou de todas elas, a consequência direta e imediata é a seguinte: a decisão judicial é nula, porque não fundamentada, ou, então, mal ou deficientemente fundamentada. É que a falta de qualquer um desses elementos (que, individualmente, assim como no seu conjunto, se constituem em condição de possibilidade da decisão judicial fundamentada) resulta numa decisão judicial nula, dado que não se configura como fundamentada nos termos estabelecidos pela ordem jurídica.

É o caso, por exemplo, da decisão judicial que ignora ou despreza o terceiro momento da filosofia, o do discurso dialógico, no qual a linguagem deixa de ser apenas uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto para assumir uma condição cimeira, numa demonstração de que o paradigma dominante é o da intersubjetividade. É o que ocorre quando o juiz julga conforme a sua consciência, com o seu sentimento de justiça, conferindo ao direito o sentido que ele bem entende.

Do mesmo modo, a decisão que ignora a dimensão histórica da fundamentação, o que ocorre quando o juiz se recusa a justificar sua decisão, insistindo na ideia de que por se tratar de um ato de autoridade não necessita de justificação, como se o juiz não tivesse responsabilidade política e fosse dispensado de prestar contas de seus atos perante a sociedade.

Enfim, trata-se do exemplo da decisão judicial que, ao invés de reconhecer o triunfo do direito, de prestigiar sua autonomia e se guiar por critérios jurídicos, lança mão de fundamentos metajurídicos, de juízos morais, subjetivos ou voluntaristas para proferir uma decisão judicial ignorando por completo o que estabelece o microsistema da decisão judicial, especialmente no caso brasileiro que, como visto, tem nos artigos 93, IX, da Constituição Federal, e 489, § 1º, do CPC de 2015, o seu núcleo central, além dos outros dispositivos correlatos.

Em sentido contrário, quando a hipótese é de uma determinada decisão judicial na qual se vislumbra, sem enganos, a presença individual e em conjunto, concomitantemente, das três dimensões, pode se concluir que se trata de uma decisão judicial devidamente fundamentada nos termos da Constituição Federal e da legislação processual civil em vigor.

Nesse cenário, o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais disposto no parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC de 2015 se constitui, no plano da dogmática jurídica e da positivação infraconstitucional, no reconhecimento de que a decisão judicial devidamente fundamentada é atravessada por três dimensões paradigmáticas. Dizendo de outro modo: uma

decisão judicial devidamente fundamentada nos termos do artigo 489, § 1º do CPC²²⁵, consiste no reconhecimento de que a mesma se constitui de três dimensões paradigmáticas dominantes sob as perspectivas filosófica, histórica e jurídica.

Num esforço final, e com o propósito de demonstrar que uma decisão judicial fundamentada pressupõe o atravessamento das três dimensões paradigmáticas conjugadas, invoca-se aqui o enunciado de uma das conclusões de Gomes Filho (2013, p. 201): “a garnatia de motivação representa a última manifestação do contraditório, pois o dever de dar razões é que obriga o juiz a levar em conta os resultados da participação dos interessados nas atividades de preparação do provimento”.

Veja-se, portanto, que da leitura do referido enunciado, pode se concluir o seguinte, numa demonstração inequívoca de como as dimensões paradigmáticas estão conectadas entre si: *i*) É o dever de prestar contas ou de dar razões (dimensão histórica) que obriga o juiz a considerar e a levar em conta os resultados da participação dos interessados nas atividades de preparação do provimento final; não é a autoridade da decisão que se impõe de forma impositiva o que confere a ela legitimidade; *ii*) O que está em jogo é o contraditório, que é uma das condições de possibilidade para a fundamentação do ponto de vista de sua dimensão jurídica, na medida em que a referida garantia se constituirá na cláusula de barreira a impedir o juiz de justificar a decisão a partir de suas convicções pessoais ou sentimento de justiça. O jogo é o jogo jogado, que se sujeita a um supremo árbitro: o direito; *iii*) Tudo não seria possível se bem antes outra questão não tivesse sido antecipada: nenhum sujeito assujeita o outro, o discurso do órgão de administração de justiça é público e a relação processual é dialógica, intersubjetiva (perspectiva filosófica) e o discurso do Poder Judiciário é público. O fundamento último não está na consciência do julgador. Nesse cenário, o provimento final é o resultado do diálogo ou de um *triálogo*²²⁶, fruto de uma relação dialógica não qual não há mais lugar para proprietários de sentidos.

Dito isto, a título de fechamento, eis a primeira contribuição pessoal desta pesquisa, resumida no seguinte enunciado: uma decisão judicial devidamente fundamentada é aquela que é atravessada por três dimensões paradigmáticas significativas e dominantes: filosófica, histórica e jurídica, tendo cada uma identidade e significação próprias, mas interligadas entre si.

Dizendo de outro modo: o atravessamento das decisões judiciais pelas dimensões paradigmáticas aqui estudadas, constitui pressuposto indispensável na construção do sentido que é dado ao dever de fundamentar as decisões judiciais.

²²⁵ Que pressupõe, insista-se, uma dupla leitura (apofântica e hermenêutica).

²²⁶ Considerando que, em regra, a relação processual é composta basicamente pelo juiz, autor e o réu.

Por essa razão mesma é que pode ser dito que além de, enquanto estrutura, se constituir de forma tridimensional, no sentido de ser composta (atravessada) por três elementos (filosófico, histórico e jurídico), a decisão judicial adequadamente fundamentada tem natureza ontológica, porque diz respeito ao próprio sentido do *ser* da fundamentação das decisões judiciais.

A seguir, um aprofundamento do tema, ao final do qual exsurgirá mais um resultado da pesquisa.

6.2 Sobre a Questão da Fundamentação das Decisões Judiciais: considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988, forjada no rescaldo do movimento de redemocratização do país, é, ao mesmo tempo, objeto e resultado do processo que inaugurou uma nova ordem democrática no Brasil. Paradigmática sob todos os aspectos, do ponto de vista do direito, uma das mudanças mais emblemáticas produzidas na ordem jurídica brasileira tem relação direta com a matéria da fundamentação das decisões judiciais.

Promovendo uma profunda ruptura com a ordem constitucional anterior, na história do constitucionalismo brasileiro a norma constitucional promulgada em cinco de outubro de 1988 detém o protagonismo de, pela primeira vez, introduzir em seu texto a garantia-dever de fundamentação das decisões judiciais, culminado com a pena de nulidade, em caso de ausência de fundamentação ou de fundamentação deficiente.

Trata-se de uma mudança de paradigma, se comparada com as ordens constitucionais anteriores, não se tratando, como afirmam Silva e Bahia (2018, p. 37) de uma mera “exigência endógena a um ato processual, mas a um controle sobre a regularidade do exercício da atividade jurisdicional. Assim, pois, a fundamentação tem um sentido substancial de submissão dos atos jurisdicionais ao Estado de Direito”.

Os autores, contudo, não ignoram que por mais que a Constituição Federal de 1988 tenha provocado profundas alterações modificando as diretrizes da decisão judicial em matéria de fundamentação, a prática forense e o pensamento da dogmática jurídica ainda estão presos a um formalismo, por força do qual a eficácia das normas constitucionais fica na dependência das leis ordinárias, o que faz com que o comando constitucional do dever de fundamentar coexista “com o entendimento de que ‘o juiz não é obrigado a responder a todos os argumentos das partes’, cabendo a ele mesmo decidir quais questões são fundamentais para considerar a decisão fundamentada”. (SILVA; BAHIA, 2018, p. 37).

Sousa e Delfino (2018) comungam do mesmo entendimento ao afirmarem que, não obstante a clarividência da Constituição Federal em assegurar o direito do cidadão de participar de forma efetiva do processo de formação de todos os atos judiciais, o que inclui o provimento final, garantindo-se, para esse fim, um contraditório substancial e a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, se tornou uma prática comum, tanto nos juízos de primeiro grau como nas cortes superiores, o fato de se proferir decisões judiciais com base em fundamentação genérica ou insuficiente, isso quando elas não são totalmente destituídas de fundamentação.

Diagnóstico deste estado da arte, destacam os autores, é o famoso bordão que diz que o juiz não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes interessadas quando já tenha formado sua convicção com base em fundamento considerado suficiente²²⁷ para a solução do litígio. (SOUSA; DELFINO, 2018).

Quase trinta anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, outra mudança veio a causar impacto. É quando surge o Código de Processo Civil de 2015, se constituindo na primeira grande codificação de direito processual que, em harmonia com a norma constitucional inscrita no artigo 93, inciso IX, cuidou de, no plano infraconstitucional, densificar a força normativa do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

A rigor, a iniciativa não era para causar espanto ou qualquer tipo de surpresa, mas diante de hábito comum na dogmática jurídica de até então, que insistia em interpretar a Constituição a partir da legislação ordinária, foi recebida como alvissareira a postura adotada pelo legislador de deixar expresso no artigo 1º da Lei 13.105/15 que o processo civil, a partir do início de sua vigência, passaria a ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal.

Com o advento do CPC de 2015 imaginou-se que raciocínio contrário à diretriz estabelecida no novo diploma legal, a partir de suas normas fundamentais, não tinha mais como se sustentar. Enfim, teria sido superada a velha e equivocada postura de interpretar a Constituição partindo-se da legislação ordinária, finalmente ultrapassada pelo giro copernicano introduzido pela nova legislação processual, cujas normas fundamentais (sobretudo as dispostas entre os artigos 1º e 11) se apresentam como verdadeiras blindagens contra a discricionariedade judicial. Noutro modo dizer: a expectativa era de que fosse reduzido o abismo de mais de trinta anos entre o que diz a Constituição no inciso IX do artigo

²²⁷ Com um detalhe: quem diz que o convencimento já restou firmado é também o sujeito da modernidade.

93 e a prática jurídica tão comum de ignorar a garantia de fundamentação no seu sentido substancial.

Essa, de fato, foi a expectativa gerada com a entrada em vigor do CPC de 2015 um ano depois de sua publicação. Compreensível a expectativa em torno de sua interpretação e aplicação, sobretudo por conta do detalhamento da fundamentação das decisões judiciais estabelecido no parágrafo 1º do artigo 489.

Ocorre que as (boas) expectativas, contudo, não se confirmaram. Como se dirá adiante, no subitem 6.3 e seguintes, as reações ao então novo CPC foram imediatas, tão logo publicada a lei que o instituiu e antes mesmo do início de sua vigência. Um dos principais focos de resistência, como será demonstrado, girou justamente em torno da compreensão, interpretação e aplicação do artigo 489 e seu parágrafo primeiro.

De acordo com Schmitz (2015, p. 87), “a fundamentação das decisões judiciais passa, sempre e inevitavelmente, pela adequada interpretação e aplicação do direito”. Diz ainda que se o artigo 489 do CPC de 2015 for bem compreendido e aplicado, isso pode representar um significativo avanço na maneira como se encara o dever de fundamentar as decisões judiciais.

Se a questão reside em bem compreender para poder interpretar e aplicar, se faz oportuno dedicar um espaço para falar no que consiste a fundamentação das decisões judiciais. É o que se segue.

6.2.1 Fundamentação, O Que é Isto?²²⁸

Dizer o que é fundamentação não parece ser uma tarefa fácil, a julgar pela opção feita pelo legislador processual civil que, para dizer o que é uma decisão judicial fundamentada, optou por dizer quando ela não o é. Essa é a técnica utilizada no § 1º, do artigo 489 do CPC ao listar as hipóteses em que uma sentença não se considera fundamentada.

De toda sorte, é possível se traçar algumas diretrizes. Nesse sentido, pode se dizer que uma decisão judicial fundamentada é aquela justificada na Constituição Federal. Ao decidir, o juiz deve explicitar como se deu sua compreensão acerca do caso concreto a ele submetido. Para além disso, a decisão judicial deve ser compreendida também como ato de prestação de contas à sociedade, o que pressupõe a participação das partes e a observância do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e transparência, tudo em harmonia com o Estado Democrático de Direito em cujo interior o sentido de fundamentação se dá, em um contexto

²²⁸ Para aprofundamento do tema, inclusive com o destaque para a diferença entre “fundamentação” e “motivação” das decisões judiciais, ver: Nascimento (2015, p. 177-182).

intersubjetivo e não mais subjetivo, grande responsável por estimular práticas solipsistas. Trata-se, pois, ao fim e ao cabo, de dar rigoroso cumprimento ao dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, tudo em atenção àquilo que lhe é correspondente: a *contraface* iluminada do direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta devidamente adequada à Constituição Federal.

Se bem observado, todas as diretrizes fundamentais prescritas acima estão pressupostas, comunicadas por meio de uma linguagem de segundo nível, no *caput* do artigo 489 e no detalhamento da fundamentação de que trata o § 1º do mesmo artigo, sobretudo se sua leitura for associada à dos artigos 1º, 7º, 9º, 10 e 11, todos também do CPC de 2015.

Nesse sentido, outro aspecto não revelado literalmente nos mencionados dispositivos legais, mas que é lido nas entrelinhas, leva à consideração de que tudo é uma questão de responsabilidade política, nos termos formulados por Dworkin (2010), sobretudo, para fins de coerência e integridade do direito e em relação às quais o juiz não pode se furtar, sobretudo quando o que está em jogo é o princípio democrático. É que decisões judiciais são, também, decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo de uma doutrina da responsabilidade política, tal como sustentado por Dworkin, para quem “os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política” e “devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”. (DWORKIN, 2010, p. 203). Para o jusfilósofo estadunidense, fora os magistrados, nenhuma outra categoria de agente político reúne melhores condições, em termos de capacidade de argumentação moral, ainda que passível de cometer erros.

Em outras palavras, o juiz tem uma responsabilidade política que se traduz no dever de prestar contas de seus atos. Essa é uma das leituras incidentais possíveis do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais de que trata o art. 93, IX, da CF/88, uma obrigatoriedade de justificar a decisão em decorrência da responsabilidade política assumida pela magistratura. E o CPC de 2015, como já mencionado, numa adequada compreensão do sentido da Constituição, incorpora essa ideia, ajustando-se ao comando constitucional em vitrina, como se comprova da leitura de suas normas fundamentais (artigos 1º, 7º, 9º, 10º e 11)²²⁹.

²²⁹ “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado *conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil*, observando-se as disposições deste Código. 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. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à

Em reforço, pode se dizer com Nery Junior e Abboud (2013) que há uma leitura subliminar no artigo 489 e § 1º do Código de Processo Civil em vigor. É que os referidos dispositivos já carregam²³⁰ com eles *algo* que já foi antecipado (as normas fundamentais do processo civil, acima indicadas), o que aponta para o entendimento de que em pleno Estado Democrático de Direito não há lugar para o Judiciário fundamentar decisões a partir de convicções pessoais, morais ou religiosas, não podendo decidir da forma que bem entender, atribuindo sentidos de acordo com a própria consciência, uma vez que a aplicação da lei não é faculdade conferida ao juiz e nem seu iluminado senso de justiça constitui fundamento legítimo para justificar suas decisões. Acrescentam os autores que os juízes têm o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir de uma forma ou de outra, razão pela qual não podem se desgarrar do arcabouço normativo-constitucional que vincula sua atividade para decidir com base em convicções pessoais e em seu senso de justiça²³¹. Essa obrigação se estende aos tribunais, principalmente o STF, uma vez que todos “têm o dever de prestar contas à Sociedade, demonstrando os fundamentos jurídicos da motivação de sua decisão” e as razões pelas quais “é a melhor para o caso [concreto], a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia”. (NERY JUNIOR; ABBoud, 2013, p. 525-546).

Em síntese: a proposição que é comunicada pela leitura analítica do artigo 489 e § 1º, do CPC de 2015, já pressupõe uma *pré-compreensão* do sentido das normas fundamentais da legislação processual e da norma constitucional inscrita no inciso IX, do artigo 93.

Sendo assim, para efeito de se saber em que consiste a fundamentação das decisões judiciais não é o bastante fazer uma leitura meramente analítica do artigo 489 e seu parágrafo primeiro. É que essa leitura corresponde apenas ao primeiro *logos* da compreensão. A leitura, portanto, tem que ser hermenêutica, que não pare na primeira dobra da linguagem, uma vez

decisão prevista no art. 701. Art. 10º. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em *fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*. Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. (Grifos nossos).

²³⁰ Aquilo que em linguagem hermenêutica se conhece como *algo que se antecipa* e que tem relação direta com o termo *compreensão*, que se compõe de duas racionalidades distintas. Nesse sentido, de acordo com Stein (1996) existem dois modos de compreender: “o compreender de uma proposição e o compreender anterior que é já sempre saber como se está no mundo”. (STEIN, 1996, p. 27). Para o filósofo gaúcho, “o compreender é uma qualidade do ser humano, mas não é uma qualidade natural. É uma qualidade que provém do ser humano, enquanto humano. Podemos imaginar que existe um *logos* que se bifurca: o *logos* da compreensão da linguagem, que comunica e o *logos* no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem. Heidegger depois irá chamar esse primeiro *logos* da compreensão de uma proposição, de *logos apofântico*, o *logos* que se manifesta na linguagem. E o outro *logos*, aquele que se dá *praticamente* no compreender enquanto somos um modo de compreender, irá chamar de *logos hermenêutico*”. (STEIN, 1996, p. 27, grifos do autor).

²³¹ Isso é justo no que se baseou o voto divergente-vencedor no caso *Elmer* brasileiro. A propósito do tema, ver nota de rodapé nº 279, na página 374.

que a análise lógico-formal de um enunciado sempre esquece a outra dimensão do processo de compreensão e que está encoberta pela primeira.

De fato, uma leitura meramente analítica (lógico-apofântica) do referido dispositivo não permitirá a imediata identificação dos fundamentos acima. É que eles estão pressupostos, velados, a espera de serem desvelados. Isso somente será possível descendo-se ao primeiro (de profundidade) nível da linguagem, em outras palavras, a partir do universo hermenêutico.

É que, como afirma Stein (1996), o processo lógico-formal é dependente do processo hermenêutico, o que significa dizer que todo discurso baseado na lógica pressupõe dois universos, um de compreensão e outro de interpretação²³², o que, para ele, se constitui no núcleo do problema, quando se fala de racionalidade hermenêutica.

Stein (1996) fala ainda de certa miopia no discurso lógico-semântico que o impede de perceber que a verdade de uma proposição não se fundamenta unicamente nele, daí sua dependência em relação ao outro discurso, aquele que é revelado por diferentes contextos subjacentes ao primeiro. Numa palavra, ele fala do discurso de profundidade, do *logos* hermenêutico, discurso esse de que se ressentem a epistemologia lógico-semântica, cuja deficiência é a de não perceber que a verdade das proposições não é integralmente fundamentada na sua forma lógica, na medida em que “dependem do contexto em que são situadas, do seu contexto histórico, cultural e até do contexto subjetivo. O que significa isso? Que é preciso interpretar a linguagem, interpretar as proposições e talvez descobrir que há uma verdade que é o lugar da proposição”. (STEIN, 1996, p. 19).

E como isso pode ser aferido? Indagando de outro modo: como saber se determinada decisão judicial se encontra adequada ou substancialmente fundamentada? Como se saber se, para além do *logos* de compreensão comunicado pelo discurso do juiz, há a garantia de que, descendo-se ao *logos* de compreensão de primeiro nível, haverá a confirmação de que a decisão judicial no plano lógico-formal está estruturada por um discurso de fundo que se antecipa e, ao se antecipar, o que se revela é uma perfeita harmonia com o sentido das normas fundamentais do processo civil e do dever constitucional de fundamentar? Somente descendo-se ao primeiro nível de compreensão é que será possível conferir a existência de uma fundamentação substancial. É o recurso por meio do qual, num determinado caso concreto, será possível constatar se a fundamentação de uma decisão judicial é satisfatória ou, embora orientada pelo roteiro do detalhamento da fundamentação, tudo não passaria de mera

²³² Eis a razão pela qual, em Hermenêutica se diz que primeiro se compreende para depois interpretar e aplicar, ainda que incindíveis os momentos.

formalidade destinada a cumprir um mero protocolo, comparável ao ato de um consumidor que, diante de uma gôndola de supermercado, confere um *check list* de compras.

Essa é a preocupação de Schmitz (2016), para quem, sendo a fundamentação das decisões judiciais uma forma de aplicação do devido processo legal como elemento legitimador da atividade judicial, será por intermédio da fundamentação que as garantias da segurança jurídica e da estabilidade poderão ser confirmadas. Para o autor, a questão da legitimidade das decisões e, ao fim e ao cabo, da própria atividade jurisdicional, é conferida pela fundamentação, dado que no Estado Democrático de Direito é assim que se legitimam os atos estatais: justificando, razão pela qual “a atividade do judiciário não é legítima por si só; ela depende do como é exercido o poder jurisdicional. Nesse contexto, o exercício da jurisdição precisa encontrar limites, e a verificação dessa limitação corre materialmente, em concreto, a partir de como fundamentam os julgadores”. (SCHMITZ, 2016, p. 413).

Com efeito, a decisão judicial fundamentada, da qual a Constituição Federal é o seu horizonte, revela no seu *DNA* uma história institucional, tal como dito por Ramires (2010), na citação de Schmitz (2016). O discurso lógico-semântico, aquele que é comunicado pela linguagem de segundo nível de compreensão, cumpre o seu papel ao transmitir a mensagem e, ao assim fazer, também transmite a ideia de que se basta, pois não consegue perceber que a proposição que ele encerra, para ser verdadeira, depende de outra fundamentação, aquela ditada pelos diferentes contextos: tempo, lugar, história, cultura etc.

Isso ocorre porque, de acordo com Stein (2016), o termo *compreensão* tem uma dupla significação. No primeiro momento, como expressão de uma intelecção de um enunciado, de uma frase ou do conteúdo de uma proposição. No segundo, e ao mesmo tempo, o termo compreender pode significar que o intérprete já sabe onde a frase foi pronunciada, qual o contexto no qual ela está inserida, isto porque o “meu modo prático de ser no mundo já remete a alguém que é capaz de dizer uma frase. Tenho ainda uma compreensão em outro sentido. O compreender não existiria se não soubesse, se não compreendesse o contexto. (STEIN, 1996, p. 25).

É bem isso o que ocorre, por exemplo, com a leitura analítica do inciso IV do § 1º do artigo 489 do CPC. Pode-se compreendê-lo nos dois sentidos antes mencionados. No primeiro, trata-se de uma construção lógico-semântico que o intelecto é capaz de compreender num primeiro momento. Mas há nele outro sentido de compreensão, aquele que o liga a um ou a determinados contextos, pois como afirma Stein (1996, p. 29), “sempre que utilizamos o discurso do nível lógico-apofântico, estamos pressupondo algo mais profundo”. Por isso que para Schmitz (2015, p. 87), como se registrou acima, a fundamentação das decisões judiciais,

no seu sentido substancial, é refém da forma como se interpreta e se aplica o direito. É o que se intui do referido enunciado. Sendo adequada, são grandes as chances do artigo 489 do CPC de 2015 representar um significativo avanço na maneira como se encara o dever de fundamentar as decisões judiciais.

Não é, contudo, o que vem ocorrendo à vista das resistências que serão examinadas no tópico 6.3 e seus desdobramentos.

E o problema não se resume somente às resistências à aplicação do caput do artigo 489 e seu § 1º, do Código de Processo Civil. Uma questão mais grave foi desencadeada pela polêmica gerada em torno da má compreensão que tem levado à rejeição do detalhamento da fundamentação da decisão judicial. É para isso que alertam Tassinari e Lopes (2015), no artigo, de título bem sugestivo, denominado “Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, parágrafo 1º, do NCPC: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação?”

Para os autores, o problema reside no velamento que vem sendo imposto ao discurso de primeiro nível de compreensão do referido dispositivo, em outras palavras, o *logos* hermenêutico, o que, em face da recepção equivocada do polêmico § 1º, acabaria por reduzir a fundamentação a um problema de “mera analítica”, como se tudo, em termos de fundamentação, se esgotasse no plano do *logos* apofântico. No limite, pensar dessa forma equivale a admitir, em decorrência do estrito cumprimento da literalidade da lei, que uma decisão judicial se considera fundamentada pela simples conferência dos itens listados no inciso IV, do § 1º, só para ficar nesse exemplo.

De acordo com Tassinari e Lopes (2015), as reações provocadas pelo surgimento do § 1º do artigo 489 foram direcionadas especialmente para a discussão acerca da exigência daquilo que vem sendo chamado de “uma *fundamentação analítica*, isto é, que perpassa ponto a ponto a determinação contida nos incisos, em especial, no que diz respeito ao IV, que institui o dever de que sejam enfrentados todos os argumentos trazidos pelas partes capazes de infirmar a decisão do julgador”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 92).

Como já registrado anteriormente, há uma variedade de argumentos utilizados para fins de objeção ao detalhamento da fundamentação, mas aqui o que interessa é destacar que para Tassinari e Lopes (2015), a questão central da problemática reside no fato de que a discussão em torno da exigência ou não de uma fundamentação analítica, da maneira como vem sendo abordada, acaba por encobrir aquele que é o aspecto fundamental quando se trata do cumprimento da obrigação de fundamentar uma decisão judicial, que é a análise de seu conteúdo, da questão de fundo.

Nesse sentido, dizem os mencionados autores que a concentração da discussão em torno da fundamentação analítica acaba por desviar o foco da atenção em torno daquilo que é o mais importante: o conteúdo material da decisão, que fica relegado a um segundo plano, sendo que “o §1º não pode ser compreendido e recepcionado como se dele fosse autorizado ser simplesmente feito um técnico e descomprometido check list”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 92, grifos dos autores).

Em síntese, Tassinari e Lopes (2015) alertam para o fato de que uma análise puramente lógica do artigo 489, § 1º, do CPC de 2015, com o objetivo de aferir se determinada decisão judicial se considera fundamentada é uma análise que se esquece²³³ de uma das dimensões (*logos* hermenêutico) da compreensão, pois se fixou somente no discurso de segundo nível (*logos* apofântico ou dimensão lógica da compreensão). Enfim: a discussão em torno de uma fundamentação analítica acabou por desviar o foco do principal problema: a fundamentação substancial.

Na avaliação dos autores, foi o estado da arte da interpretação e aplicação judicial do direito no Brasil, da qual se destacou, dentre outras questões, o estímulo ao protagonismo judicial, muitas vezes sem limites, que fez com que surgisse na cena jurídica a adoção de medidas voltadas para o controle hermenêutico sobre as decisões judiciais, o que resultou na positivação de critérios indispensáveis para a fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido, Tassinari e Lopes (2015) reconhecem que o detalhamento da fundamentação judicial não deixa de ser o primeiro passo com o objetivo de estabelecer limites ao ativismo judicial, mas não se pode perder de vista, contudo, que não se constitui no único meio para esse fim e tampouco se mostra satisfatório.

Tassinari e Lopes (2015) também fazem questão de destacar que é equivocada a ideia de pensar que a decisão judicial pode se dar ao luxo de dispensar uma fundamentação no plano da analítica²³⁴, dado que isso decorre de sua própria estrutura e organização, mesmo porque a utilização da expressão “fundamentação analítica” não é o alvo principal das críticas, mas sim a postura de “compreender a fundamentação como suficiente a partir de critérios meramente formais”, posto que entendimento nesse sentido, em certa medida, encobre o verdadeiro problema, que é “a tendência de privilegiar efetividades quantitativas em

²³³ De se lembrar que para Stein (1996), uma análise lógica do compreender sempre esquece uma dimensão do ato de compreender.

²³⁴ Como leciona Stein (1996), em matéria de racionalidade, a hermenêutica trabalha com dois planos, dois níveis de discurso (*logos* apofântico ou lógico formal e o *logos* hermenêutico, que é o discurso de primeiro nível e de profundidade). É justo esse aspecto que a difere da filosofia analítica, que só trabalha com o primeiro nível da linguagem. É nesse sentido que há que ser entendida a assertiva de Tassinari e Lopes (2015).

detrimento das qualitativas, ou, então, a prioridade que se dá à técnica em prejuízo do conteúdo”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 93).

De acordo ainda com os articulistas:

O tratamento superficial que tem sido dado a este tema, no fundo, acaba por reeditar o debate entre formalismo e instrumentalidade das formas em termos muito mais sofisticados e complexos, quando, na verdade, essa dicotomia já devia aparecer como superada pelas pretensões abrangentes do novo código. Isto tudo, somado à recepção equivocada do precedentalismo como mero reforço da hierarquia judicial, favorece um imaginário neo-exegético: o julgador fundamenta por fundamentar; fundamenta porque deve cumprir a estrita legalidade – e, nessa hipótese, não fundamenta de fato, criando uma fundamentação artificial, isto é, que apenas aparenta ser criteriosa. A verdade é que o conceito de *fundamentação analítica* faz parte, sim, do processo decisório e tem efeitos importantes e significativos, mas é insuficiente para cumprir com os objetivos que a inserção deste parágrafo visava atingir se considerado exclusivamente. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 93, grifos dos autores).

Em defesa de seu entendimento, Tassinari e Lopes (2015) sustentam que ainda que se reconheça a importância do conceito de “*fundamentação analítica*”, bem como o fato inegável de que ele está inserido no processo de uma decisão judicial, tal circunstância não é suficiente para o alcance dos objetivos que o detalhamento da fundamentação na nova legislação processual visava atingir se considerado exclusivamente, razão pela qual o § 1º do artigo 489 não pode ser lido de modo isolado e sim inserido dentro de um contexto de um projeto que propôs uma revolução científica que implica uma mudança de paradigmas (KUHN, 2017) no direito processual.

Nesse sentido, dizem os autores, a questão não se resume em um mero aprimoramento da técnica processual. Mais que isso, a mudança proposta tem como objetivo promover “uma radical modificação na *estrutura de pensamento*: a superação do imaginário em que o juiz é “dono do processo”, razão pela qual compreender o sentido do referido dispositivo “como a exigência de *mera fundamentação analítica* é não entender o dilema que afeta o direito contemporâneo: a necessidade de resgatar o comprometimento do julgador com os pressupostos da democracia”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 93).

Em síntese, pode-se afirmar que da leitura do artigo de Tassinari e Lopes (2015) que, em cumprimento do que se anuncia no próprio título, fazem, com maestria, aproximações entre hermenêutica e o artigo 489 do CPC, se deduz que as resistências à aplicação do artigo 489 acabam por provocar dois efeitos danosos. O primeiro consiste na negação pura e simples da própria literalidade da disposição legal, no sentido de se saber se deve ou não ser

estritamente cumprida, como que a reprimin o vetusto aforismo que diz que *aplicar a letra da lei é uma atitude positivista*. É como se, por trás dessa reação, estivesse o fantasma do exegetismo e o juiz *boca da lei*, seu principal produto, a assombrar, mais uma vez, os juízes.

A par disso, o segundo efeito danoso vem a reboque do primeiro. Explica-se: é que centrar a discussão em torno do estrito cumprimento do dispositivo legal acaba por encobrir aquela que é a principal preocupação em ordem de controle hermenêutico das decisões judiciais: a fundamentação substancial e adequada à ordem constitucional. E não há como fazer esse controle ou aferir se ela, em dado caso concreto, foi satisfeita no plano dos fatos se o discurso de primeiro nível permanecer velado pelo discurso lógico-formal. Dito de outro modo: toda discussão não passaria de uma cortina de fumaça, uma tática diversionista, predestinada a preservar o encobrimento.

Com efeito, falando em linguagem hermenêutica, a aferição da satisfação da fundamentação substancial só pode ser feita com o desvelamento do discurso judicial de fundo, aquele de profundidade que não é comunicado diretamente no discurso lógico, mas que, como dirá Stein (1996, p. 26) – e isso é quase um paradoxo – só aparece quando se dá a comunicação por meio desse mesmo discurso, o enunciado que expressa uma proposição.

É que, segundo o entendimento do grande filósofo gaúcho, na Hermenêutica existem dois modos de compreender. E entre eles há uma relação de velamento/desvelamento, pois “se trata de um método que sempre olha por dois focos: prestando atenção a um e encobrendo o outro ou falando do outro e encobrendo o primeiro”. (STEIN, 1996, p. 26). Há, portanto, uma relação de circularidade entre os dois olhares. O que não pode é um desses modos encobrir permanentemente o outro como parece que é o que ocorre na denúncia de Tassinari e Lopes (2015), ao afirmarem que o debate não pode se prender unicamente em torno da aplicação ou não da literalidade do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015.

Proceder desse modo é eternizar o encobrimento e isso é anti-hermenêutico, com prejuízo para a efetiva fundamentação das decisões judiciais, também entendida, como vem sustentando Streck, no conjunto de sua obra, como a “fundamentação da fundamentação”. Isso exige uma verdadeira cruzada fenomenológica incompatível com a compreensão superficial que vem sendo dada ao detalhamento da fundamentação das decisões judiciais.

Para finalizar esta parte, é preciso registrar o seguinte: para que uma decisão judicial seja minimamente considerada substancialmente fundamentada, portanto, atravessada por suas três dimensões, é essencial que, pelo menos, um elemento contextual, de fundo, seja observado, ainda que não esteja perceptível num primeiro momento. Sua presença é indispensável porque, de todas as garantias processuais constitucionais que têm como

horizonte o Estado Democrático de Direito, há uma que, desenganadamente, de um modo ou de outro, com maior ou menor grau, perpassa todos os incisos do § 1º do artigo 489 do CPC, numa prova de que entre ele e a fundamentação das decisões judiciais há uma profunda conexão.

A referência, por óbvio, é ao contraditório e sua ressignificação²³⁵ introduzida pelo Código de Processo Civil que, como expresso no seu primeiro artigo, é ordenado, disciplinado

²³⁵ Trata-se do princípio-garantia, de raiz constitucional (artigo 5º, incisos LIV e LV), mais representativo e de maior envergadura do processo jurisdicional democrático e que nos últimos tempos vem sendo objeto de ressignificação, no sentido de outro nível de compreensão, a partir da qual a leitura do contraditório passa a ser feita como sinônimo de garantia de influência no desenvolvimento e no resultado do processo, bem como de não surpresa. O contraditório, ao lado do dever de o juiz fundamentar as decisões, se constitui em das duas grandes pilstras do processo jurisdicional democrático. É nesse sentido que pode ser lido no Código de Processo Civil de 2015, à vista do artigo 7º, quando diz que é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório; do artigo 9º, quando estabelece que não se proferirá decisão contra uma das partes, sem que ela seja previamente ouvida e, por fim, do artigo 10, na medida em que este prescreve que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Os referidos artigos, no plano do processo, densificam o princípio da igualdade e consagram o princípio do contraditório. No seu conjunto, os referidos dispositivos legais representam a passagem da perspectiva do estudo do direito processual centrado na jurisdição, ação, processo para a perspectiva do estudo do processo como uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões judiciais, em harmonia com o modelo de estado democrático de direito abraçado pela Constituição Federal de 1988. De acordo com Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015) o direito ao contraditório se constitui na mais expressiva condição do processo justo, sendo de tal grandeza sua importância que o próprio conceito de processo no Estado Constitucional é construído em conformidade com as bases estabelecidas pelo contraditório. Por sua vez, Gonçalves (2012) diz que “o contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor”. (GONÇALVES, 2012, p. 103). Por sua vez, para Theodoro Junior *et al.* (2015, p. 83), o contraditório foi projetado no CPC de 2015 como “direito de participação na construção do provimento sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” Nessa linha de raciocínio, o contraditório compreende: a) o direito de as partes serem ouvidas e de influenciarem na formação do convencimento do juiz, o que corresponde ao dever não só de ouvir as partes (contraditório formal), tomando conhecimento das razões apresentadas, mas também o de considerá-las séria e detidamente; b) o direito de acompanhar todos os atos processuais; c) o direito de produzir prova e influir na convicção do juiz, tal como disposto no artigo. 369, do CPC de 2015; d) o direito de ser regularmente informado de todos os atos praticados no processo; e) direito das partes de obterem do juiz uma decisão devidamente fundamentada; f) enfim, o direito de impugnar as decisões. Nesse sentido, o contraditório não se resume mais na mera bilateralidade assinalada às partes em uma da audiência, por exemplo, quando o juiz oferece a uma das partes o direito de “dizer” e, à outra, o de “contradizer”. Mais que tudo isso, uma vez ressignificado, o contraditório passa a ser compreendido como igualdade de oportunidade e de tratamento no processo, cujo fundamento é a liberdade de todos e de qualquer um nos termos da lei. Nesse contexto, pode-se dizer que a igualdade de oportunidade se constitui no núcleo do contraditório, que reverbera, no processo, o princípio da igualdade, na medida em que contraditório significa igualdade de tratamento, de oportunidades e de paridade de armas, igualdade de condições que envolve tanto a preparação como a construção da decisão judicial. Trata-se, portanto, de garantia de influência no resultado do processo, em decorrência do qual, o juiz tem o dever de ouvir e de consultar as partes, de modo a evitar que a resolução do caso concreto a ele submetido para julgamento possa, de alguma forma, se constituir em decisão surpresa. É que, no processo jurisdicional democrático, o juiz também se insere no contraditório. Não é só direito (garantia) de influências das partes, mas também dever do juiz de levar em consideração os argumentos das partes. Não é só ouvir, é considerar os argumentos levantados pelos litigantes na hora de

e interpretado em harmonia com as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Sobre o contraditório e suas conexões com a fundamentação das decisões judiciais, a ponto daquele se constituir em condição de possibilidade desta, é o que se tratará em seguida.

Sim, porque é da relação bem-sucedida entre contraditório e fundamentação (dimensão filosófica) em cada caso concreto (dimensão histórica) de que muito dependerá a resposta à indagação inicial lançada no título deste tópico. Ao fim e ao cabo, dela dependerá a própria fundamentação das decisões judiciais enquanto dimensão jurídica no sentido estrito.

E é do exame dessa relação que, ao final, mais uma conclusão parcial desta pesquisa, a segunda, exsurgirá, como adiante será demonstrado.

6.2.2 Contraditório e Fundamentação: as conexões de uma relação necessária

Aqui se falará de contraditório e fundamentação e de como entre eles há uma forte conexão, de como essa relação é necessária e de como o seu resultado é fundamental para fins de se considerar fundamentada uma decisão judicial. Tamanho e forte é o vínculo existente que não seria exagero dizer que o contraditório, em última análise, se constitui em condição de possibilidade da própria fundamentação.

Este é um dos propósitos deste tópico. Para esse fim, atente-se, inicialmente, para o seguinte enunciado de Silva e Bahia (2018, p. 42, grifo nosso):

julgar, enfrentando-os plenamente, por isso também se inclui na ideia de contraditório a garantia de não surpresa. De esclarecer que dizer que o juiz se insere no contraditório não significa, como diz Gonçalves (2012), que ele próprio se transforme em um contraditor, visto que o contraditório é estabelecido entre as partes. Contudo, “o contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo”. (GONÇALVES, 201, p. 105). Ademais, se as partes têm o direito de influência, o juiz tem o dever de consulta (art. 10, CPC) e de examinar as alegações por elas levantadas (art. 489, § 1º, IV, CPC), bem como de zelar pelo contraditório (art. 7º, CPC). Com efeito, no que se refere a este último dispositivo, ao dispor que o juiz deve zelar pelo efetivo contraditório, isso significa dizer que o próprio juiz faz parte do contraditório (embora não se trate de um contraditor, insista-se), no sentido de que é sujeito ativo de sua observância. A propósito, a par da leitura ressignificada do contraditório, na forma delineada acima, registre-se que existe doutrina que já trabalha com uma concepção ainda mais avançada de contraditório, ou seja, para além do direito de simetria e paridade das partes ou de influência no resultado do processo e da vedação da decisão surpresa. Nesse sentido, essa compreensão estaria mais relacionada com o poder-dever de o juiz de manter o equilíbrio (das partes) no processo. É que de nada adiantaria o direito de influência e a vedação da decisão surpresa, se não se garantir o equilíbrio das partes em suas posições no processo. Exemplo disso é o que sustenta Rafael Sirangelo Abreu, em *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito* (2019). De acordo com o autor, não basta que o processo trate de forma igual os litigantes durante sua tramitação. Para Abreu (2019), isso de nada adianta se a estrutura processual não proporcionar igualdade de condições de acesso ao próprio processo, sobretudo se o resultado dessa igualdade de condições não permitir que se outorgue tratamento desigual para situações que exigem tratamento similar, naquilo que ele denomina posições processuais equilibradas, caracterizando assim a passagem, em relação ao contraditório, da garantia da simetria das partes para a promoção do equilíbrio dos sujeitos no processo. Em termos de direito posto, essa é uma segunda leitura que vem sendo feita do artigo 7º do CPC de 2015.

A grande aposta para a eliminação da arbitrariedade e enquadramento da atividade jurisdicional nos ditames do Estado Democrático de Direito é a regulamentação de uma fundamentação com caráter argumentativo e a noção de que *o contraditório é entendido como direito de participação na construção jurisdicional*. Ou seja, os argumentos das partes devem ser levados em conta no momento da produção jurídica, não sendo apenas pretextos para a decisão: as teses das partes e a reconstrução dos fatos e do direito promovida durante o processo são causa da qual a sentença é conclusão lógica.

A proposição noticia a existência de uma íntima imbricação entre contraditório e fundamentação, sendo aquele o elemento que perpassa todas as razões de decidir de um órgão judicial.

É que, como afirma Schmitz (2015), dizer que o direito fundamental do cidadão ao contraditório se trata de uma garantia diz muito pouco sobre o seu conteúdo e importância, uma vez que como requisito essencial, no processo jurisdicional democrático, o contraditório “deve ser encarado como a base formadora do diálogo²³⁶ entre as partes, os interessados e o julgador”. (GONÇALVES, 2012, p. 238).

Quem ajuda a entender como isso acontece e os fundamentos que estão por trás da relação entre contraditório e fundamentação é Gonçalves (2012) que, na condição de um dos pioneiros na reflexão sobre o tema, em importante estudo inspirado em Elio Fazzalari,²³⁷ acerca do processo como procedimento realizado em contraditório, diz que caracterizar o processo como uma espécie de procedimento exigiu a resignificação de seu sentido.

De fato, a reelaboração de seu conceito, que importou numa inversão na qual procedimento passa a ser gênero, do qual o processo é espécie, importou numa verdadeira mudança de paradigma. Diante desse giro, processo passa a ser entendido como procedimento caracterizado como uma atividade processual preparatória de um ato de estado visando à prática de um provimento final. Nesse cenário, o procedimento se move como uma “atividade regulada por uma estrutura normativa composta de uma sequência de normas, de atos e

²³⁶ Perceba-se que, em certa medida, o sentido de processo jurisdicional democrático, assim como sua principal ferramenta, o contraditório substancial, transportam para o processo, em determinado caso concreto, a ideia de intersubjetividade, de relação sujeito-sujeito e de círculo hermenêutico, quanto a este último porque, quando se compreende a fundamentação de uma decisão judicial é porque antes já se compreendeu o contraditório.

²³⁷ Jurista italiano que, segundo Gonçalves (2012) contribuiu de forma definitiva para a renovação do conceito de procedimento, que rompe com o paradigma da teoria relacionista do processo, segundo a qual o processo é o instrumento da jurisdição. Com a mudança de paradigma, processo passa significar procedimento em contraditório, que consiste numa atividade preparatória do provimento final do processo, a sentença. Esses fundamentos serviram de fonte de inspiração para o surgimento da já conhecida “Escola mineira de processo”, várias escolas, para alguns, da qual se destacam, dentre outros: Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Bretas Coelho, Marcelo Cattoni de Oliveira, Dierle Nunes e André Cordeiro Leal. Para uma leitura mais detalhada do tema, ver Jobim (2018).

posições subjetivas²³⁸, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento”. (GONÇALVES, 2012, p. 87).

E não se trata de um contraditório qualquer. Como apontam Sousa e Delfino (2016), o contraditório deve assumir um aspecto substancial, “de asseguarção de uma atuação ativa das partes, que lhes permita *influir* nos conteúdos (fáticos e jurídicos) das decisões judiciais – as partes não apenas *participam* do processo, mas *animam* o seu resultado”. (SOUSA; DELFINO, 2016, p. 71). De acordo com os autores, a concepção moderna de contraditório importa mesmo no redimensionamento de seu conceito, na medida em que – e isso rompe com a sua feição anterior de mera bilateralidade de audiência – incorpora outra função, que é a de controlar o poder de julgar, além de conferir às partes o direito de influir efetivamente no convencimento do julgador. Resultante disso, para o juiz, é a obrigação de levar em conta o diálogo processual travado entres as partes e entre estas e o órgão julgador, no momento de se proferir a decisão, o que inclui a vedação de decidir questões que não foram discutidas nos autos ou em relação aquelas acerca das quais as partes não tiveram oportunidade de se manifestar.

Ao fim e ao cabo, tudo se resume numa prestação de contas, essas dirigidas diretamente às partes, o que não exclui, antes exige, a obrigação de prestar contas à própria sociedade. Este, portanto, o novo perfil do contraditório. Mas dizer isso também não é tudo. Consequência da tonicidade que lhe é conferida, o próprio *iter* procedimental passa a ter contornos bem mais definidos e diferenciados. Esse aspecto é relevante para os propósitos aqui estabelecidos, que é o de demonstrar como a relação e as conexões entre contraditório e fundamentação impactam na decisão judicial, a ponto de se poder dizer que, sem contraditório não haverá fundamentação. É que o que está em jogo é uma intrincada cadeia de atos, como se fossem praticados em rede, na qual um é pressuposto do outro e este é do seguinte, cuja observância é essencial para a validade do provimento final, do qual o procedimento é ato preparatório.

Quem explica isso é Gonçalves (2012). Por ser diferenciado, o procedimento, como atividade, esclarece o autor, não se exaure pelo cumprimento de um único e isolado ato, visto que requer uma série deles, assim como de normas disciplinando-os. Mas não é só. Trata-se de uma série de atos que se desenvolvem de forma sequenciada e consequente, por força da qual a prática de um enseja a de outro subsequente, todos eles conectados entre si. Essa a

²³⁸ Gonçalves (2012), para evitar eventuais mal-entendidos, faz questão de esclarecer que a expressão “posição subjetiva tem um sentido específico e que não guarda qualquer relação com a posição do sujeito no esquema *sujeito-objeto*, próprio das metafísicas clássica e moderna e nem mesmo com a relação sujeito-sujeito: “Não se refere à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas”. (GONÇALVES, 2012, p. 93).

razão do fato de a menção à expressão *procedimento* sugerir a imagem de uma sequência de atos, normas e posições subjetivas sucessivas e coordenadas entre si, tudo visando ao alcance de um fim, que é a produção daquele que é considerado o mais importante ponto de chegada do procedimento: o provimento final.

No caso específico do Poder Judiciário, dado que procedimento é atividade comum no âmbito de todos os poderes constituídos, referido provimento, que é final, mas tem no procedimento sua atividade preparatória, é a decisão judicial, que tem o caráter de imperatividade. Dizer que o provimento final tem o caráter imperativo não é, contudo, suficiente para Gonçalves (2012), não esgota sua definição, pois a atividade que a precede “é constituída de atos que são disciplinados segundo um modelo normativo próprio, que determina sua especial forma de coordenação e de conexão, no desenvolvimento, ou, no *iter* do procedimento, até o final”. (GONÇALVES, 2012, p. 93).

A pista de que o pressuposto para a incidência de uma norma (a decisão judicial no caso concreto) é o estrito cumprimento de uma atividade (*iter* procedimental ou simplesmente procedimento) prevista numa norma que a precede – ambas integrantes de um complexo normativo mais abrangente (regras, princípios e garantias processuais), é dada por Gonçalves (2012) quando ele deixa claro que o procedimento não implica numa simples cadeia de sucessão de atos lineares e descompromissados entre si. Diferentemente, nesse contexto, o procedimento funciona como verdadeiro pressuposto, dado que “os atos e posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado”. Esclarece ainda o autor que não é somente a existência do provimento final que fica na dependência do procedimento correito, “mas a própria *validade* desse ato e conseqüentemente, sua *eficácia*, *dependerão do correto desenvolvimento do procedimento*”. (GONÇALVES, 2012, p. 93-94, grifos nossos).

Gonçalves explica que a expressão *pressuposto* é utilizada em linguagem filosófica e lógica, ou seja, como premissa não explícita, sentido em que pressuposto “é a proposição da qual são extraídas outras proposições, pelo processo de inferência”. (GONÇALVES, 2012, p. 94). Disso decorre que “as conclusões podem se tornar novas premissas de novas conclusões, na cadeia de proposições, no raciocínio dedutivo”, noção que é “fundamental para a apreensão do novo conceito de procedimento” (GONÇALVES, 2012, p. 94), tido, repita-se, como a atividade preparatória do ato final imperativo, o provimento, atividade essa que é de tal forma constituída que, na cadeia normativa que disciplina os atos que se sucedem, assim como o lugar de cada um dos sujeitos da relação jurídico processual, “a incidência de uma norma só poderá se verificar validamente sobre os atos de sequência, se a norma anterior houver sido

observada e cumprida, na sua previsão de atos que poderiam ter sido exercidos ou que deveriam ter sido cumpridos”. (GONÇALVES, 2012, p. 94-95).

Dito de outro modo, é isso o que Gonçalves (2012) quer dizer: para a validade do procedimento, que é estruturado por um conjunto de atos preparativos do provimento final, é de rigor a estrita observância da incidência da norma que prevê uma série de atos a serem praticados em sequência, de tal sorte que a prática de um ato se constitui no pressuposto da prática do ato seguinte, numa palavra: *“é condição de validade, da incidência de outro ato, sendo deste o pressuposto, assim até que o procedimento se esgota atingindo seu ato final, quando se verificarem todos os pressupostos normativamente previstos para a emanção do provimento”*. (GONÇALVES, 2012, p. 95, grifos nossos).

Da leitura do conteúdo proposicional acima, chamando especial atenção para as expressões grifadas, veja-se que o contraditório há de ser substancial, além de ser norma pressuposta daquela que será o provimento final, a decisão judicial. Disso decorre que a condição de validade (ou de possibilidade) da decisão judicial (a norma posta) está na dependência direta de todos os atos e normas que lhe são anteriores, portanto, pressupostas. Percebe-se também da mesma leitura que não se trata de um amontoado de atos anteriores soltos, desconectados, embora praticados de forma sucessiva e linear. Fosse assim, não haveria que se falar em condição de possibilidade, muito menos numa relação de norma pressuposta para norma posta.

Ao contrário, para além disso, é mais que uma mera sucessão de atos, como assevera Gonçalves quando afirma que *“se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele seus efeitos”*. (GONÇALVES, 2012, p. 95).

Não é o que ocorre, contudo, uma vez que, insista-se, o procedimento vai além de um conjunto sequenciado de atos normativos disciplinando a prática dos atos processuais e o papel e as prerrogativas de cada sujeito do processo,

[...] porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode por ela ser acolhido validamente, porque não pode nela ser inserido. (GONÇALVES, 2012, p. 95, grifos nossos).

Numa palavra: uma sentença judicial fundamentada analiticamente (superficialmente) apenas para cumprir um protocolo ou para demonstrar eficiência quantitativa, para fins de estatísticas e cumprimento de metas, ainda que diga que assim o faz em observância do que

dispõe o § 1º do artigo 489 do CPC, padece de validade por ter sido praticada fora da estrutura normativa prevista de atos sequenciados, conectados e co-dependentes. E se tiver pulado uma ou várias das etapas que lhe precedem, não pode ser acolhida validamente na estrutura.

É o caso da decisão judicial que não observa a norma pressuposta do contraditório substancial. A hipótese é de nulidade por ausência de fundamentação, mais propriamente de um de seus elementos que lhe é intrínseco: o contraditório que, de todos os atos pressupostos, é o mais aderente.

Perceber isso é tarefa simples. Basta que se deite um olhar sobre as várias hipóteses alinhadas no § 1º (norma posta) do artigo 489 do CPC. A ocorrência de qualquer delas (ou, a contrário *sensu*, a sua não observância) não fará da decisão judicial um ato justificado nos termos da norma constitucional de regência.

De fato, a partir da simples leitura se constatará que em cada um daqueles incisos há um discurso de primeiro nível, aquele que ninguém vê, que é esquecido pela análise lógica do discurso enunciativo (de segundo nível), mas que é condição de possibilidade de sua compreensão. É essa dimensão “esquecida” da compreensão que possibilita que a mensagem da primeira comunicação (as situações descritas nos incisos) seja repassada. Não é produzida pela linguagem lógico-apofântica, mas só é descoberta quando o discurso lógico (logos apofântico) é proferido. Como dirá Stein (1996), essa comunicação “é trazida pelo ser-no-mundo e está ligada ao projeto de sentido”. (STEIN, 1996, p. 26). E atende pelo nome de *contraditório*. Não um contraditório qualquer, formal, caracterizado pela bilateralidade da audiência, e sim material, efetivo. Dele, como elemento de fundo, e que não dispensa o elemento da superfície,²³⁹ pode ser dito, com Streck, que é um dos aspectos da *fundamentação* da fundamentação.

E trata-se, na linha defendida por Gonçalves (2012) de um dos mais importantes pressupostos do procedimento como atividade preparatória do provimento final. Examinando-se a proposição de Gonçalves (2012), com base na ideia de pressuposto, vê-se que sua leitura está alinhada com a hermenêutica filosófica. Nesse sentido diz-se que o contraditório é um dos pressupostos da cadeia normativa da atividade preparatória (procedimento) da decisão judicial, seguramente o mais importante e relevante deles, porque no universo hermenêutico é impossível esgotar todos os pressupostos. Aliás, o próprio objeto da hermenêutica filosófica, como, de resto, da filosofia de um modo geral, no dizer de Stein (1996), é inesgotável. É

²³⁹ Como na metáfora da imagem da superfície das águas paradas de um lago.

nessa perspectiva que há de ser *compreendida* a relação existente entre contraditório e fundamentação à luz da hermenêutica-fenomenológica.

De todo o exposto, pode se concluir com Nunes e Delfino (2018) que entre contraditório e fundamentação há uma conexão umbilical.

Isso, porém, não é tudo. Como reforço, é possível dizer que as conexões produzem impactos diretos nas dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais. E mais: cada uma das dimensões isoladamente consideradas, de igual como ocorre com a decisão judicial na sua totalidade, é dependente do contraditório, condição de possibilidade de cada uma delas.

Com efeito, a satisfação da dimensão jurídica da fundamentação é dependente do respeito e da observância ao contraditório (efetivo) por parte do magistrado. Ora, desde que um dos pressupostos da fundamentação consiste no enfrentamento, pelo juiz, de todas as questões relevantes que, de algum modo, possam interferir no provimento final, o desprezo por esse pressuposto implica nulidade da decisão por ausência da fundamentação.

Idêntico fenômeno de dependência ocorre na perspectiva histórica da dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais, isto por uma razão bem mais trivial. Falar de prestação de contas, *accountability* judicial e de processo jurisdicional democrático (em cuja base está a intersubjetividade, a relação dialógica) pressupõe a participação das partes com direito de influência na preparação do provimento final do processo. E, há de se convir: nenhum juiz presta contas de seus atos ou se legitima sem que ofereça às partes a oportunidade de exercerem o efetivo contraditório.

Por fim, o contraditório se conecta com a dimensão filosófica na medida em que o contraditório é o exemplo mais acabado, no processo, do discurso e da linguagem públicos, da dialeticidade, do rompimento da relação sujeito-objeto, que dá lugar à relação sujeito-sujeito (terceiro momento (social) da filosofia), enfim, da intersubjetividade, como paradigma filosófico.

A título de síntese: em decorrência da relação entre contraditório e fundamentação e da leitura hermenêutico-filosófico dessa imbricação, pode ser dito que: *i*) há uma conexão direta entre contraditório e a fundamentação das decisões judiciais considerada no seu conjunto (tríplice dimensionalidade); *ii*) há idêntica conexão entre contraditório e cada uma das dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais isoladamente consideradas; *iii*) sem contraditório não há fundamentação das decisões judiciais.

Dito de outro modo: sem contraditório não há que se falar em paradigma da intersubjetividade no processo, não há relação processual dialógica, muito menos relação sujeito-sujeito. Enfim, não há processo jurisdicional democrático.

6.2.3 O Dever de Fundamentação no CPC/2015 como Dever Geral da Magistratura – Segunda Conclusão Parcial

O desafio problematizado na presente pesquisa foi o de saber em que medida uma adequada compreensão do dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais aponta para a universalização da exigência da fundamentação detalhada das decisões judiciais estabelecida na legislação processual civil em vigor.

Os tópicos que se seguirão reivindicam a pretensão de confirmar, naquilo que é a segunda hipótese da pesquisa, esse achado: a fundamentação detalhada do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil se constitui em um dever geral da magistratura brasileira, portanto, de todo e qualquer juiz, independentemente, dentre os diversos órgãos jurisdicionais, do segmento a que ele pertença. Dito de outro modo: embora a fundamentação detalhada seja uma invenção do Código de Processo Civil, ela assume o caráter de universalidade, no sentido de que pode ser estendido para todos os outros ramos do direito processual de um modo geral. Essa condição deve ser creditada ao fato de que, no universo das diversas legislações processuais brasileiras, trata-se do único dispositivo legal, circunstância que faz dele um exemplo privilegiado, que estabelece uma conexão direta com a fonte primária da fundamentação das decisões judiciais, que, por sua natureza tridimensional, nesta pesquisa vem sendo chamado de *direito-dever-garantia*: a Constituição Federal, por seu artigo 93, inciso IX.

Antes de chegar aqui, a primeira hipótese, pressuposta no problema da pesquisa, foi confirmada: a de que o sentido que é dado à fundamentação das decisões judiciais, aquilo que lhe dá sustentação, assume uma perspectiva significativa paradigmática, porque atravessada por paradigmas, e isso é condição de possibilidade, que se manifesta em três níveis distintos (filosófico, histórico e jurídico), daí se dizer que sua estrutura é tridimensional. Adiante (subitem 6.3 e seguintes), uma terceira e última hipótese, será confirmada: a de que a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentação é uma questão de paradigma.

A seguir, os fundamentos pelos quais é possível se afirmar que a fundamentação detalhada do Código de Processo Civil é um dever geral da magistratura.

6.2.3.1 Considerações Iniciais

O Poder Judiciário é um só. É claro que, por razões repúblico-federativas e de política judiciária, o exercício da função jurisdicional é descentralizado em vários órgãos. Nesse sentido, há divisão de trabalho entre juízes de primeira e de instâncias superiores. Há repartição de competência e de funcionalidades. Isso, contudo, não faz do Judiciário vários poderes. Apenas a administração da justiça é que funciona de forma descentralizada, sendo exercida por diversos órgãos.

Todavia, a responsabilidade política e o dever de prestar contas valem para qualquer juiz. Não é relevante que tenha ingressado na carreira para exercer a função jurisdicional inicialmente no primeiro grau de jurisdição ou diretamente nas cortes superiores. Ministros, desembargadores, juízes de primeiro grau, todos são igualmente juízes e exercem a mesma função. Distinguem-se na competência para conhecer e julgar determinada matéria. O dever judicial, contudo, é um só.

Dessa premissa, se infere que o dever de fundamentar as decisões judiciais é o mesmo para qualquer juiz, seja o do processo civil, do processo do trabalho, eleitoral, do juizado especial ou até mesmo o do processo penal, em que pese suas peculiaridades²⁴⁰.

Trata-se não somente de um dever que também é uma garantia. Há algo anterior que se antecipa, quando se diz que é um dever ou uma garantia. É um direito fundamental do cidadão de obter do juiz uma decisão fundamentada, se acaso envolvido num conflito de interesse e necessite judicializá-lo.

²⁴⁰ A propósito, numa evidente prova de que a fundamentação detalhada do artigo 489, do CPC, tem vocação universal, como defendido nesta tese, recentemente foi aprovada e publicada a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que dispõe sobre o aperfeiçoamento dos Códigos Penal e Processual. A referida lei promoveu várias alterações em ambos os códigos, com destaque para a nova redação dada ao caput do art. 315 do Código de Processo Penal. Ao referido artigo foram acrescentados, ainda, os parágrafos 1º e 2º, sendo que, neste último, se lista os critérios ou condições (os mesmos do § 1º, do artigo 489, num total de seis incisos) sem as quais uma decisão penal não se considera fundamentada. Como pode ser constatado da leitura abaixo, o referido parágrafo reproduz literalmente a fundamentação detalhada do CPC de 2015: “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se 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 - limitar-se 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”. (grifos nossos).

Sem correr o risco de mergulhar numa tautologia: trata-se de um dever (do juiz) e de uma garantia (do cidadão) porque antes disso, e correspondente a eles, como se fora uma contraface, já é desde sempre um direito fundamental do cidadão. Dizer o contrário não é equivocado. É um direito fundamental do cidadão de obter uma resposta correta (fundamentada) porque na outra ponta há um dever cujo cumprimento é exigido por uma garantia que assegura o cumprimento desse mesmo dever em atenção ao reclamo de um direito fundamental. Há, portanto, uma boa circularidade envolvendo essas categorias do dever-garantia-direito ou do direito-garantia-dever. Que eles somente podem se movimentar em um ambiente onde o modelo de Estado é democrático e de direito, dispensa comentários, porque imanente.

Substancialmente, pode-se dizer que é mais garantia e mais direito do que dever. Por essa razão, de se dizer que a adoção de uma técnica legislativa mais rigorosa recomendaria que, topicamente, a fundamentação das decisões judiciais nem deveria estar inserida no capítulo do Poder Judiciário e sim no Título I, da Constituição Federal, que consagra os direitos e garantias fundamentais, como defende Conte (2016).

Isso, contudo, não se constitui em um problema na medida em que o § 2º do artigo 5º, da Constituição Federal, deixa claro que a lista que se segue ao *caput* do referido dispositivo constitucional não é fechada, não exclui, portanto, outros direitos e garantias decorrentes do próprio sistema jurídico ou de acordos e tratados internacionais dos quais faça parte o Brasil.

Não é, portanto, o simples deslocamento para o capítulo que trata da estrutura e das funções do Poder Judiciário que irá retirar do instituto sua natureza de direito e de garantia fundamentais. Não teria sentido e muito menos força para tanto. Ao reverso, reforça-a, na medida em que, ali, tópica e cirurgicamente (art. 93, IX) localizado, nas suas entrelinhas, deixa transparecer que muito antes de ser um dever há, como já dito, duas questões anteriores: é um direito fundamental e garantia constitucional. Dito de outro modo: em seu favor pode ser arguido que o inciso IX do artigo 93 é hermenêutico, sua linguagem tem dupla estrutura: a de obrigação (*logos apofântico*) e de direito/garantia (*logos hermenêutico*).

Em conclusão: tal como ocorre com Janus, o deus romano de dupla face, acontece com a fundamentação das decisões judiciais: tem duas faces, quiçá três – dever, direito e garantia.

Nesse sentido, com outras palavras, é o que diz Conte (2016) ao afirmar que “a motivação das decisões judiciais não se confina ao espaço de uma mera garantia constitucional-formal, tampouco se adstringe a um singelo discurso técnico-dogmático”. (CONTE, 2016, p. 169). Para o autor, que invoca a igualdade como valor universal, “a motivação jurídica dos pronunciamentos jurisdicionais traduz direito fundamental do jurisdicionado e valor universal. O dever de motivar

as decisões judiciais é a fotografia institucional da mais elevada conquista civilizatória do processo civil.²⁴¹ (CONTE, 2016, p. 169).

Para Conte (2016), a exigência da fundamentação das decisões judiciais é uma “garantia de jaez essencialmente político-garantístico” (CONTE, 2016, p. 170), por essa razão mesma, entende que seria mais adequado seu deslocamento do Capítulo do Poder Judiciário para o artigo 5º, “por configurar, antes de dever do juiz, uma garantia de natureza objetiva e estrutural do cidadão e direito fundamental das partes, dos jurisdicionados e da sociedade em geral, peculiar à vida do Estado Constitucional Democrático de Direito”. (CONTE, 2016, p. 170).

Como já mencionado, fora o fato de a técnica legislativa recomendar uma topografia diferente, isso está longe de se constituir num problema porque, por extensão ou equiparação, a fundamentação, como garantia, está alcançada pelo título I da Constituição Federal. Segue-se que, por força do § 2º do artigo 5º, não importa onde esteja localizado. E nem o legislador constituinte, ainda que com responsabilidade maior do que o ordinário, não sendo um oráculo, não tem o poder de estabelecer hipoteticamente todas as situações possíveis, dado que a vida é mais complexa.

Ademais, a história registra que a tentativa de aprisionar a vida numa caixinha, levada a sério pelo legislador revolucionário francês, sempre resulta frustrada. Como já dito, a fundamentação das decisões judiciais, a exemplo de outras tantas categorias jurídicas, é afetada pela síndrome de Janus. É dever, sendo antes uma garantia e um direito fundamental.

Pode-se até intuir que, estando a garantia topograficamente inserida no Capítulo do Poder Judiciário, isso poderia produzir o efeito de encobri-lo enquanto garantia. E, de fato, se a leitura se esgotar no plano lógico-formal, o que se lê ali é somente o dever. Uma leitura hermenêutico-filosófica, entretanto, revela o direito e a garantia que lhe são subjacentes²⁴².

Reforçando a ideia de garantia, Conte (2016) diz ainda que, como, legitimamente, não se pode conceber o exercício da jurisdição divorciado da obrigatoriedade de enunciar as

²⁴¹ No capítulo 2, ao tracejar a genealogia da fundamentação das decisões judiciais, com o que foi feito um resgate histórico, foi visto como, na tradição continental, a história desse instituto, enquanto obrigação, foi marcada por fragmentações, marchas e contramarchas, avanços e retrocessos, a partir de sua origem mais remota: o velho direito (processual) romano. Por isso, com muita propriedade, Conte afirma, e ele está se referindo ao panorama atual, que sua consolidação representa a mais alta e elevada conquista civilizatória que, em verdade, corrigindo um pouco o que foi dito anteriormente, começa mesmo com os gregos, como visto também no histórico referido, fonte de inspiração para os romanos.

²⁴² Para além disso, é possível também que se faça outro raciocínio que, muito mais que o dever, privilegia a fundamentação enquanto garantia. É só considerar que sua localização (art. 93, IX), no capítulo do Poder Judiciário, tem como propósito impor ao juiz uma vigília, para que não se deixe vencer pelo sono ou pelo esquecimento. Nesse sentido, sua localização no capítulo que integra o Título IV (Organização dos Poderes) deve ser entendida como um dever de prontidão dirigido ao juiz, para que, ele, diuturnamente, nunca esqueça, e internalize, que a matriz desse dever, em verdade, é uma garantia e, por extensão, um direito fundamental cravado no artigo 5º da norma fundamental.

razões de decidir, “não seria despropositado sustentar que, na dogmática jurídico-constitucional, a motivação obrigatória e pública das decisões caracteriza cláusula pétrea” (CONTE, 2016, p. 170), entendimento este que já era expressado por Zavare (2004).

Não obstante, pode se observar que ambos os autores, em verdade, dizem o óbvio. Em se tratando de uma garantia (§ 2º do artigo 5º, CF), como de fato é, afirmar que se trata de uma cláusula pétrea não chega a ser nenhuma novidade.

Se assim é, esta pesquisa está no caminho certo, quando diz como uma de suas hipóteses ou conclusões parciais, como segunda contribuição, que a obrigação fundamental da fundamentação detalhada das decisões judiciais na forma estabelecida no § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 *é um dever geral da magistratura*. O fato de o referido detalhamento se encontrar presente somente no CPC de 2015 não obriga somente o juiz do processo civil. Ao reverso, obriga sim todo e qualquer juiz constitucionalmente investido no cargo, independentemente do tipo de processo ou do segmento do Poder Judiciário brasileiro a que ele pertença.

É o que será retomado adiante, por outros argumentos. E, para esse fim, o princípio-garantia do contraditório, mais uma vez, assume um papel de relevância. Porque, como se sabe, e já foi dito, a fundamentação é dependente do contraditório.

6.2.3.2 O Contraditório como Fiador do Detalhamento da Fundamentação como Dever Geral da Magistratura

No subitem 6.2.2 acima foi demonstrado a existência de uma relação entre contraditório e fundamentação das decisões judiciais, da qual decorre uma conexão de tal modo forte a ponto de se dizer que o contraditório é pressuposto da fundamentação, não sendo exagero concluir que sem contraditório não há fundamentação.

Aqui se pretende aprofundar essa questão. O objetivo é o de, por outros fundamentos, e em adição às razões anteriores, confirmar a segunda hipótese encontrada nesta pesquisa: a de que a fundamentação das decisões judiciais, tal como estabelecido no artigo 489 do CPC, § 1º, se constitui em um dever geral de toda a magistratura, obriga todo e qualquer juiz, sendo irrelevante o segmento ao qual se encontra vinculado. A essa conclusão se chega a partir de duas perspectivas.

Na primeira, por meio de um raciocínio lógico que leva em conta alguns pressupostos, cenário em que o contraditório é uma questão central, por conta de sua íntima conexão com o dever de fundamentar do qual já se falou.

Esse contexto, contudo, exige que, antes, se recorra mais uma vez ao magistério de Gonçalves (2012), e no ponto em que ele fala do processo como espécie do gênero procedimento. Trata-se, como visto, de um procedimento privilegiado, visto que consiste numa atividade preparatória para a prática do principal ato processual: a decisão judicial.

O próprio processo, entretanto, enquanto procedimento específico (em contraditório) tem suas divisões, suas subclasses. Daí se poder falar em processos administrativo, legislativo e jurisdicional. Cada um deles é desenvolvido por um dos poderes estatais constituídos.

Quando se fala em processo administrativo, a referência é àquele em que se desenvolve a atividade administrativa do Estado, de regra não contenciosa. Sobre processo legislativo, talvez o mais difundido de todos, se diz daquele que se desenvolve nos parlamentos e decorre da sua principal atividade: a elaboração de normas de caráter geral, a exemplo das leis e outros atos normativos qualificados por terem força cogente e a todos obrigarem. Por fim, o processo jurisdicional diz respeito àquele em que o Estado, por meio dos órgãos de administração de justiça e seus juízes, declara ou faz valer no plano dos fatos a norma geral posta, no mais das vezes, aquela criada pelo Poder Legislativo. Todos eles, igualmente, são processos e possuem um *iter* procedimental próprio que os faz distintos. Dentre eles, o processo jurisdicional – e isso pode ser afirmado com boa margem de segurança – é o único que se desenvolve preponderantemente em contraditório²⁴³.

Estabelecidas as premissas acima, o momento é o de, a partir de um raciocínio de lógica, desfiar aqui mais um argumento com o propósito de demonstrar que o dever de fundamentar as decisões judiciais, previsto no § 1º do artigo 489, do CPC de 2015, mas cujo horizonte prospectivo é a norma constitucional cravada no inciso IX do artigo 93, da Constituição Federal, é um dever geral da magistratura brasileira.

Para esse fim, considere-se que o processo jurisdicional, segundo a moderna concepção da teoria do processo jurisdicional democrático, é caracterizado como procedimento em contraditório, constituindo-se, por via de consequência, como uma espécie do gênero procedimento. Isso sem dizer que, a rigor, como já mencionado, é o único que se desenvolve marcadamente em contraditório.

De fato, o mesmo não pode ser dito em relação às outras espécies de processos mencionadas acima. Tecnicamente, nenhum dos outros dois pode ser chamado de processo

²⁴³ Isso em regra, que comporta exceções. A chamada jurisdição voluntária é um exemplo. Como não é voltada para a solução de conflito de interesses, tratando-se apenas de administração de interesses privados, a atividade se desenvolve sem contraditório, não é por ele animada. Diz-se, então, que há procedimento, mas não há processo jurisdicional, que esse só existe quando há conflito de interesse, o que faz do contraditório uma presença indispensável. Se não há processo, então o contraditório não imprescindível, sua ausência não traz prejuízo para atividade.

porque não existe contraditório. O processo legislativo, por exemplo, não é ordenado e nem disciplinado pelo contraditório, por mais que as discussões em torno de um projeto de lei possam parecer. Com muito esforço, até que se pode dizer, o que vale também para o processo administrativo, que existe contraditório na discussão e aprovação de um projeto de lei.

Contudo, o contraditório que ali se desenvolve é praticado no próprio interesse, primário, por assim dizer, dos Poderes Legislativo e Executivo. Explicando: o contraditório, quando instaurado no legislativo, tem como propósito final a aprovação de uma lei, por isso existem as discussões prévias nas comissões e, ao final, no plenário, antes da votação. Por outro lado, quando a Administração abre o contraditório em um processo administrativo, isso faz parte de uma etapa cujo objetivo final é a prática de um ato perseguido pela própria administração, a exemplo de um processo administrativo disciplinar instaurado para a apuração de uma infração disciplinar de um servidor. Mesma situação ocorre no procedimento administrativo licitatório, cujo objetivo final é obter a melhor oferta para a Administração Pública, no oferecimento de um serviço ou na aquisição de um bem.

No processo jurisdicional é diferente. Ali não se resolve nada com a finalidade de atender a um interesse primário do próprio Judiciário. Ao contrário do que ocorre no Legislativo e no Executivo, no processo jurisdicional, a resolução da controvérsia produz efeitos externos, porque, ao julgar um processo, o juiz pratica um ato em razão do interesse das partes envolvidas no conflito.

Claro que, em relação à atividade administrativa, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal estende as garantias do contraditório e da ampla defesa aos litigantes em processo administrativo. Entretanto, o contencioso administrativo, além de ser instaurado, repita-se, no interesse da própria Administração Pública, está longe de se constituir na principal prática no âmbito do Poder Executivo. Na sua principal atividade, o processo administrativo se desenvolve sem contraditório.

Prosseguindo, é oportuno levar em consideração que, como subespécies do processo jurisdicional, existem os seguintes processos: civil, do trabalho, penal e o processo jurisdicional eleitoral.

Em seguida, tendo como horizonte a norma constitucional prescrita no inciso IX do artigo 93, da submissão de todas as subespécies de processos acima mencionadas a uma mesma circularidade, a conclusão, inarredável, é a de que os juízes que presidem essas variedades de processos, todos eles, por se obrigarem igualmente (e antes) ao contraditório (inciso LV, artigo 5º, CF), também se obrigam ao cumprimento da fundamentação detalhada do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, na medida em que naquele dispositivo se encontra a

melhor representação, a síntese mais acabada, do dever de fundamentar, que tem na Constituição o seu horizonte prospectivo, tanto como ponto de partida como de chegada.

Mais que isso: se o contraditório (efetivo) tem raiz constitucional (obriga os juízes em geral) e é pressuposto da fundamentação (processo é procedimento em contraditório, que se caracteriza como uma atividade preparatória e indispensável do provimento final), qualquer tentativa de eximir juízes do trabalho, juízes criminais, juízes eleitorais ou juízes dos juizados especiais cíveis da obrigação de aplicar o referido dispositivo legal não encontra qualquer tipo de justificativa, sob qualquer perspectiva (filosófica, histórica ou jurídica).

Com efeito, se o contraditório é um direito fundamental elevado à condição de princípio-garantia; se em sendo um direito fundamental e uma garantia, há uma contraface que lhe é correspondente: a de um dever que se dirige a todos os segmentos do poder judiciário e a todos os juízes; se, por fim, o contraditório é condição de possibilidade da fundamentação das decisões judiciais, em razão direta disso não há justificativa técnica ou científica, sobretudo no modelo de Estado Democrático de Direito, para restringir a aplicação do 1º do artigo 489, do CPC, a determinadas subespécies de processo jurisdicional.

Dito de outro modo: considerando que, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, o contraditório é um direito fundamental elevado à condição de princípio-garantia, do qual emerge uma contraface correspondente, que é dever universal que obriga a todos os juízes a observá-lo; considerando que a legislação processual civil atual é a única que incorpora o processo jurisdicional democrático e, em conformidade com esse fundamento, assegura o contraditório efetivo; considerando que o contraditório é elemento de conexão obrigatória com a fundamentação das decisões judiciais, sendo dela pressuposto, o que leva à conclusão de que, sem contraditório, não há fundamentação; considerando, por fim, que o artigo 489, § 1º do CPC, é o único dispositivo da atual legislação processual brasileira que estabelece uma conexão direta com a Constituição Federal em matéria de fundamentação das decisões judiciais, a partir dessas premissas, se infere que a obrigação do detalhamento da fundamentação se dirige a toda magistratura nacional. Nesse sentido, trata-se de um *dever geral* que vincula todos os magistrados brasileiros e não somente o juiz do processo civil.

É que tudo passa pelo contraditório, do qual a fundamentação é dependente. Além disso, é o contraditório que permite aferir se determinada decisão judicial contempla uma fundamentação substancial. É a partir da constatação da presença ou não do contraditório efetivo que se pode considerar uma decisão judicial como fundamentada. Ausente o contraditório, se considera como não fundamentada a decisão judicial, ainda que, aparentemente, cumpra as condições inscritas no § 1º do artigo 489 do Código de Processo

Civil, caso em que tudo não passaria de uma mera fundamentação analítica, sem qualquer compromisso com a primeira dimensão da compreensão do dever de fundamentar. Esse é, portanto, o caráter essencial do contraditório no processo jurisdicional democrático inserido no modelo de Estado Democrático de Direito. É nesse sentido que o contraditório se constitui em condição de possibilidade. É ele quem possibilita um salto adiante, aquilo que Streck vem denominando de *fundamentação da fundamentação*.

Compreendida a questão nos termos estabelecidos, eis a conclusão incontestável: o contraditório é o fiador da fundamentação das decisões judiciais. E, como afirma Schmitz (2016), sendo o contraditório a base formadora do diálogo entre as partes, segue que a fundamentação deve ser o resultado desse diálogo, portanto, do contraditório.

Noutra perspectiva, a segunda mencionada acima, pode se afirmar também que a fundamentação detalhada é dever geral de toda magistratura porque a norma contida no texto legal (§ 1º, art. 489, CPC), à vista da legislação processual existente no Brasil, é a única que proporciona uma conexão direta com a CF, art. 93, IX.

De fato, no Brasil existem pelo menos três grandes codificações em matéria de legislação processual. Código de Processo Civil (CPC), Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e Código de Processo Penal (CPP). A par disso, existem leis com conteúdo de direito material e direito processual ao mesmo tempo, a exemplo do Código Eleitoral, Código Tributário Nacional e leis ordinárias como a da Ação Civil Pública, a do Mandado de Segurança e a dos juizados especiais, dentre outras. Nenhuma delas, à exceção do CPC de 2015, trata de fundamentação das decisões judiciais. Grande parte se limita a falar de como a sentença, como ato judicial, se estrutura (relatório, fundamentação e dispositivo). O próprio CPC de 1973 era portador dessa anemia normativa. O CPC de 2015 corrige essa grave distorção, numa demonstração de alinhamento com o modelo de Estado Democrático de Direito abraçado pela Constituição Federal.

Insistindo, para reforçar: nenhuma legislação processual anterior tratou do tema, nem mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nenhuma cominou com nulidade a decisão judicial sem fundamentação. Enfim, nenhuma outra fez algo parecido com o disposto no artigo 489, § 1º, do CPC de 2015, que densifica a norma constitucional estabelecida no artigo 93, IX, da CF. É a que se presta, dentre outras finalidades, a fundamentação detalhada. Não que o dispositivo constitucional precise de uma norma regulamentadora no plano infraconstitucional. Não se trata disso. A fundamentação detalhada apenas reforça a norma constitucional, confere a ela densidade, força normativa. Trata-se, como já reiteradas vezes já foi dito, de um inédito e alvissareiro ajuste com sintonia fina,

fenômeno que não encontra nada parecido nas demais legislações processuais infraconstitucionais, que apenas noticiam que as decisões devem ser fundamentadas.

Com efeito, o CPC de 2015, com o detalhamento da fundamentação, é a primeira grande legislação processual editada no Estado Democrático de Direito, pós CF88, portanto, a estabelecer uma ponte direta entre norma constitucional (art. 93, IX, CF) e norma infraconstitucional (art. 489, § 1º, CPC/2015). Não há registro paralelo, que pelo menos se aproxime desse acoplamento, nas outras legislações processuais brasileiras.

E por se tratar de uma relação tão umbilicalmente forte, é que Conte (2106) chega afirmar, numa leitura fenomenológica, embora sem qualquer menção a qualquer situação hermenêutica, que o artigo 489 do CPC/2015 se constitui numa espécie de garantia das garantias processuais²⁴⁴. Ilustrando sua afirmação, o autor destaca que:

[...] quatro satélites gravitam em torno do cânone da motivação da decisão judicial, expressando-lhe as razões, como garantia *in concreto*: (i) verificação da atuação equilibrada e imparcial do órgão julgador; (ii) controle da juridicidade das decisões judiciais; (iii) aferição sobre se o juiz levou em consideração, aquilatou as alegações deduzidas pelas partes e se procedeu à valoração da prova em contraditório, assegurando-se aos litigantes efetiva participação no procedimento, de arte a influir no resultado final da atividade jurisdicional, dando-se, nesse singular aspecto, efetividade ao direito de defesa (de ser ouvido e de ver estimadas pelo juiz as questões suscitadas); e (iv) razoável expectativa das partes, dos jurisdicionados e da sociedade de segurança e confiança na jurisdição e na concreta administração de justiça. (CONTE, 2016, p. 183, grifo do autor).

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, é dada como confirmada a hipótese de que o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 se constitui em um *dever geral da magistratura brasileira*, à razão do seguinte: *a)* por se tratar o contraditório de uma garantia constitucional que vincula todos os juízes brasileiros e por existir entre contraditório e fundamentação uma estrita conexão, por força da qual esta é dependente daquele, que se constitui na sua condição de possibilidade, a ponto de se poder dizer que sem contraditório não há fundamentação, segue-se que não há outra conclusão possível senão a de que a fundamentação detalhada é dever geral de toda a magistratura nacional, obrigando a todos os juízes, sendo irrelevante investigar a que órgão jurisdicional ele pertence; *b)* se todos os juízes brasileiros (cíveis, criminais, trabalhistas, eleitorais, dos juizados especiais cíveis, etc) que presidem as diferentes espécies de processo se obrigam ao

²⁴⁴ De fato, numa dada decisão judicial fundamentada, pode ser vislumbrada a presença das principais garantias processuais, a saber: imparcialidade do juiz, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, julgamento com base no direito. De todas elas, contudo, o contraditório é aquela garantia que desponta como a mais evidente de todas.

contraditório (têm o dever de observar e zelar pela garantia constitucional), por se obrigarem ao contraditório (inciso LV, artigo 5º, CF), que é condição de possibilidade da fundamentação para que se considere fundamentada uma decisão judicial, também se obrigam ao cumprimento da fundamentação detalhada do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, tratando-se, nesse sentido, de um dever geral da magistratura nacional; c) o artigo 489, § 1º do CPC, por ser o único dispositivo da atual legislação processual brasileira que estabelece uma conexão direta com a Constituição Federal (artigo 93, IX), cumpre a função de densificar, conferindo-lhe força normativa, o direito-garantia da fundamentação das decisões judiciais e disso se infere, de novo, que a obrigação do detalhamento da fundamentação do Código de Processo Civil se dirige a toda magistratura nacional.

Por fim, como reforço final da tese, neste particular, acrescente-se, na forma que se segue, como mera amostragem, a situação hermenêutica do artigo 832 da Consolidação das Leis do Trabalho.

6.2.3.3 A Aplicação do Artigo 489, § 1º, do CPC DE 2015 no Processo do Trabalho e a Situação Hermenêutica do Artigo 832 da CLT

Como se verá adiante, no subitem 6.3.4, boa parte das resistências antecipadas ao artigo 489 e § 1º, do CPC de 2015, vieram de um segmento específico da magistratura nacional, a trabalhista. Uma série de argumentos foi levantada contra a aplicação do artigo 489 e seu parágrafo único ao processo do trabalho. Desde o argumento levantado por determinado juiz, quando afirmou que, se fosse obrigado a cumpri-lo, iria embora para o Zimbábue,²⁴⁵ até aquele que dizia que o artigo em referência se aplicaria somente ao processo civil, porque, neste, os pedidos constantes das petições iniciais são em número reduzido, diferente das iniciais em matéria trabalhista, caracterizadas por um extenso rol de pedidos.

Outro argumento recorrente dizia respeito à necessidade de estabelecer um verdadeiro cordão sanitário em torno do processo do trabalho para protegê-lo do Código de Processo Civil. Na mesma linha de raciocínio, defendeu-se a ideia de que a aplicação do CPC ao processo do trabalho se constituiria em um retrocesso. Por fim, o argumento que, dentre todos, vislumbra-se como o mais insustentável: o de que o artigo 832 da CLT já atende a exigência de fundamentação estabelecida na Constituição Federal. E como não haveria que se falar em omissão, nada justificaria a aplicação do artigo 489 do CPC.

²⁴⁵ Como já demonstrado, a polêmica foi alvo de reportagem na revista eletrônica *Consultor Jurídico*.

De fato, o último dos argumentos, qualquer que seja a perspectiva que se o examine, é aquele que menos se justifica, pois a situação hermenêutica do artigo 832 não é exatamente aquela invocada por quem objeta a aplicação da fundamentação detalhada ao processo do trabalho.

É que, em matéria de fundamentação, o art. 832 da CLT diz muito pouco para que se defenda a ideia de que ele atende a norma constitucional do artigo 93, inciso IX.

Como já demonstrado à saciedade, a interpretação do artigo 489, § 1^a do CPC, não escapa do círculo hermenêutico, ao contrário disso, é feita dentro dele. Por isso que se fala de uma circularidade com várias conexões. O artigo 489 e o § 1^o se conectam com o artigo 1^a, que, por sua vez se conecta com o artigo 11, tudo do CPC de 2015 e todos eles, em conjunto e separadamente, em especial o artigo 489, se conectam com o artigo 93, IX, da CF, vale dizer: nele se confirmam, retiram sua fonte de legitimidade.

O mesmo, contudo, não se pode afirmar do art. 832, da CLT. Não há conexão possível entre o referido dispositivo e o art. 93, IX, da CF, até mesmo porque é anterior ao atual ordenamento constitucional. Embora fosse possível por mera recepção, não é a hipótese, porque o referido artigo diz menos do que deveria e, por essa razão mesma, não se confirma perante a Constituição.

De fato, veja-se qual é a situação hermenêutica do artigo 832 da CLT: de sua leitura, se torna fácil perceber que ali não se antecipa nenhum tipo de compreensão a qualquer tipo de explicação lógico-semântica. (STEIN, 1996, p. 46). Não diz o que é fundamentação, em que consiste e nem quando se considera fundamentada uma decisão judicial. Há um vazio hermenêutico, não diz *algo* sobre algo²⁴⁶. E como se sabe, e quem ensina mais uma vez é Stein (1996), para a hermenêutica, “não há proposição que seja feita no vácuo”, uma vez que “todas pressupõem uma determinada história, cultura, então toda proposição, de certo modo, permite uma interpretação”. (STEIN, 1996, p. 43).

Não é o que ocorre com o artigo 832 da CLT, que se limita a falar da estrutura formal de uma sentença, descreve a forma como ela é constituída e estruturada²⁴⁷. Comunica apenas o

²⁴⁶ De se esclarecer que a afirmação acima não trafega em rota de contramão do que defende Streck (2014, p. 431) quando diz que “não existe texto sem norma” ou “não há texto sem coisas”. Sendo assim, quando se diz que o artigo 832 da CLT é vazio hermenêuticamente falando ou que nele não existe uma norma pressuposta, é no sentido de que entre o referido dispositivo e o dever de fundamentar previsto no artigo 93, IX, da Constituição, não há conexão alguma, não há como compatibilizá-lo com a raiz constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Neste aspecto, trata-se sim de um texto sem uma *coisa* correspondente. Se acaso exista, e deve existir, uma norma no texto daquele dispositivo, certamente não guarda qualquer relação com o *direito-dever-garantia* de fundamentação das decisões judiciais, diferentemente do que ocorre com a relação entre o artigo 489, § 1^o do CPC e a norma constitucional referenciada.

²⁴⁷ Art. 832, da CLT: “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

discurso lógico-formal, de segundo nível, não permite uma leitura de fundo, pois se esgota naquilo que, para a hermenêutica, se chama de a primeira dobra da linguagem, o *logos* apofântico. Sequer possibilita uma interpretação, porque vazio de qualquer sentido do que seja uma decisão judicial fundamentada. Dito de outro modo: nele só existe a norma posta e ela não revela nenhuma conexão com o dever de fundamentação das decisões judiciais e nem com o contraditório como garantia essencial do processo, sem o qual não se pode falar em fundamentação. Enfim, não se lê ali, nas entrelinhas, uma norma pressuposta.

Do mesmo modo, pode-se dizer que, levando-se em conta o artigo 832, da CLT, não se vislumbra nele a existência de uma relação entre regra e princípio, tal como ocorre com o artigo 489 e seu parágrafo primeiro, do CPC. Explicando: subjacente a uma regra sempre existirá um princípio, pois, segundo o magistério de Streck (2006), a existência de um princípio se constitui em condição de possibilidade para a interpretação de uma regra, daí se dizer que o princípio é subjacente à regra, estabelecendo-se entre eles uma relação de (des)velamento: “a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto”. (STRECK, 2006, p. 93).

Esse fenômeno, decorrente dessa relação de velamento e desvelamento, é perfeitamente perceptível no artigo 489, § 1º, do artigo 489, do CPC.

De fato, sabe-se que, no nível do discurso lógico-formal (*logos* apofântico), o juiz fundamenta uma decisão judicial quando explicita o modo como decidiu, o caminho percorrido até chegar a uma conclusão. Sabe-se, porém, que a fundamentação não se esgota neste plano. Contudo, se em determinado caso concreto, ao se fazer o cotejo entre o discurso lógico-formal (fundamentação analítica) com as disposições expressas no § 1º do artigo 489 do CPC, é possível “enxergar” na referida decisão judicial se os princípios pressupostos (encoberto pela regra) foram ou não observados, tais como o contraditório efetivo, a ampla defesa, imparcialidade do juiz, enfim, se foi observado o devido processo jurisdicional democrático. Se presentes, a hipótese é a de uma decisão substancialmente fundamentada. Se ausentes, a decisão judicial expressa apenas uma fundamentação superficial, não passando do plano analítico.

De acordo com Streck (2006) – e esta é a hipótese do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 – isso ocorre porque “*a regra não está despojada do princípio*. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva”. (STRECK, 2006, p. 93). Para Streck, dito encobrimento ocorre em dois planos distintos, sendo que no primeiro “ele se dá pela

explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, qual ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo”. (STRECK, 2006, p. 93).

Reparando-se bem, esse fenômeno não acontece quando se faz uma leitura hermenêutica do artigo 832, da CLT. Ali, por exemplo, não se “enxerga” o contraditório que, como visto, é condição de possibilidade da fundamentação de uma decisão judicial de tal forma que não é temerário dizer que, sem contraditório, não há fundamentação.

De fato, a rigor, o art. 832 da CLT sequer pode ser submetido a uma análise fenomenológica, no sentido de que fala Stein (1996) acerca das duas dimensões da fenomenologia-hermenêutica. Nesse sentido, enquanto *logia* ela vai tratar do discurso lógico, é apofântica, portanto. Por outro lado, a fenomenologia, enquanto *fenômeno*, como método fenomenológico, “trata daquilo que se esconde sob o *logos*, que é a singularidade, que tenta se expressar no *logos*, mas que o *logos* sempre oculta”. (STEIN, 1996, p. 56). Essa singularidade de que fala Stein é o *elemento hermenêutico* e ele é ausente na norma disposta no artigo 832, da CLT. Por isso, o dizer que sobre ele sequer pode incidir o método fenomenológico. Formulando de outro modo: a norma expressa no artigo 832 da CLT só trata do *logos* do discurso apofântico. Não há fenômeno nele.

Por isso, em face das razões expostas ao longo desta pesquisa, não há justificativas para o argumento, porque insustentável, de que o CPC de 2015, no tema de fundamentação da decisão judicial (art. 489, § 1º), não se aplica ao Processo do Trabalho, dado que não haveria omissão em torno da matéria, em razão do que não se justificaria, desse modo, a aplicação subsidiária da legislação processual civil, nos termos autorizados pelo artigo 15, do CPC²⁴⁸.

Pode se concluir que a objeção à aplicação das regras do processo civil ao processo do trabalho não encontra amparo na perspectiva do indigitado argumento.

De resto, a matéria em discussão, a esta altura, se revela prejudicada, dado que perdeu o objeto diante da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, do Tribunal Superior do Trabalho, que editou a Instrução Normativa nº 39, dispondo sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015, aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Embora não tenha caráter cogente e vinculativo, muito menos garantia de rigorosa aplicação, a referida instrução, por meio de seu artigo 3º, recepciona a aplicação do art. 489

²⁴⁸ Artigo 15. “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

no Processo do Trabalho²⁴⁹, muito embora isso não signifique garantia de observação, em razão de não ter caráter cogente e vinculativo.

Todavia, não obstante a Instrução Normativa nº 39, do TST, os próprios tribunais regionais tribunais continuam ignorando a aplicação do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil quando, por exemplo, com fundamento no artigo 895, § 1º, inciso IV, da Consolidação das Leis Trabalhistas²⁵⁰, insistem na fundamentação *per relationem* ou referencial.

Conhecida também como fundamentação “por seus próprios fundamentos”, diz-se daquela que faz uma mera remissão ou referência a uma decisão, às alegações das partes ou a um parecer do ministério público, dentre outras hipóteses. Em síntese, toma emprestado, fazendo como suas, as mesmas razões invocadas em outro ato processual da mesma relação jurídico-processual, podendo ser das próprias partes, do ministério público ou de outro órgão jurisdicional referencial.

Por força da Lei nº 9.957/2000, que introduziu no processo do trabalho, o procedimento sumaríssimo, das decisões submetidas ao referido procedimento, cabe recurso ordinário, cujo acórdão consistirá unicamente numa certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir do voto prevalente. Acrescenta, ainda, que se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão.

Exemplo disso é o seguinte, dentre outros, acórdão²⁵¹ do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (TRT 22), expresso em certidão de julgamento, cujo teor parcial é reproduzido abaixo:

PROCESSO TRR – ROPS Nº 0001645-55.2016.5.22.0004 (PJE)
 RELATOR: Desembargador Manoel Edilson Cardoso
 RECORRENTE: Vetor Construções Ltda.
 ADVOGADO: Welder de Sousa Melo (OAP/PI – 6580)
 RECORRIDO: Luís Elinaldo Mendes da Silva
 ADVOGADO: João Martins de Carvalho Júnior (OAB/PI – 6108)
 RECORRIDA: M J Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda.

²⁴⁹ Art. 3º “Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: ...; IX - art. 489 (fundamentação da sentença)”. Em reforço desse entendimento e dando mostra de incorporação dos fundamentos do processo jurisdicional democrático que ressignificam o contraditório, dispõe o artigo 4º: “Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa”.

²⁵⁰ Art. 895 “Cabe recurso ordinário para a instância superior:... § 1º - Nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o recurso ordinário:... IV - terá acórdão consistente unicamente na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir do voto prevalente. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão”.

²⁵¹ Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho no dia 27.08.2019.

ADVOGADO; Roberto Napoleão do Rego Moura (OAB/PI – 7272)
 ORIGEM: 4ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA
 CERTIDÃO DE JULGAMENTO – RITO SUMARÍSSIMO

Acórdão:

Nos termos do artigo 895, 1º, IV, da CLT, a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Segunda Região, em sessão ordinária realizada no dia 13 de agosto de 2019, sob a Presidência do Exmo. Sr. Desembargador do Trabalho GIORGI ALAN MACHADO ARAÚJO, presentes os Exmos. Srs. Desembargador do Trabalho MANOEL EDILSON CARDOSO e Juíza do Trabalho BASILIÇA ALVES DA SILVA (convocada), bem como o Sr. Procurador Regional do Trabalho MARCO AURÉLIO LUSTOSA CAMINHA, representante do d. Ministério Público do Trabalho da 22ª Região; ausente a Exma. Sra. Desembargadora do Trabalho LIANA CHAIB (Presidente); *decidiu*, por unanimidade, conhecer do recursos e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação os honorários de advogado, *mantendo-se no mais a sentença de primeiro grau (ID. 0F422E9), por seus próprios fundamentos (art. 895, § 1º, IV, da CLT)*, e pelas razões acrescidas pelo Relator, inclusive quanto ao valor arbitrado à condenação e das custas processuais. A seguir, as razões de decidir do Exmo. Sr. Desembargador Relator [...]. (Grifo nosso).

Decisões judiciais a exemplo da indicada acima, muito comum, que confirmam uma anterior por seus próprios fundamentos, violam expressamente o § 1º do artigo 489 do CPC de 2015. Mais que isso, por extensão, ao se recusar a enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, teoricamente, afastar a conclusão a que chegou o órgão julgador, as referidas decisões violam também o inciso IV do mesmo dispositivo legal.

E não é só. O mesmo fenômeno ocorre nos juizados especiais cíveis e criminais.

De fato, como também será registrado no subitem 6.3.4, adiante, quando se abordará o tema das resistências antecipadas ao Código de Processo Civil, antes mesmo do início de sua vigência, em um encontro de magistrados realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), foi aprovado o Enunciado 47, segundo o qual “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais”.

Lado outro, naquilo que pode ter sido a fonte de inspiração do procedimento sumaríssimo no processo do trabalho, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre juizados cíveis e criminais, a par de dispor sobre outras providências, contempla alguns artigos incompatíveis com o dever de fundamentar as decisões judiciais prescrito na Constituição Federal.

É o caso do artigo 38²⁵² ao estabelecer que a sentença apenas mencionará os elementos de convicção do juiz, dispensando-se, inclusive, o relatório. A par disso, o artigo 46

²⁵² Art. 38 “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”. Art. 46 “O julgamento em segunda instância constará apenas

estabelece que, na fase recursal, a sentença pode ser confirmada por seus próprios fundamentos, tudo a demonstrar completa incompatibilidade com o que dispõe o artigo 489, § 1º, do CPC de 2015 e com o artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Tanto num caso como noutro, como ambos os procedimentos (sumaríssimo no processo do trabalho e especial dos juizados especiais) são orientados pelos critérios da oralidade, celeridade, informalidade, um dos principais argumentos para a objeção à aplicação do artigo 489 do CPC reside na alegação de que o detalhamento da fundamentação seria incompatível com os fundamentos dos referidos procedimentos. Tais argumentos, contudo, não resistem a uma análise meramente perfunctória. Qualquer que seja o rito procedimental, ele não pode prevalecer diante do comando constitucional da obrigação de fundamentar uma decisão, sob pena de nulidade. Todos eles padecem de constitucionalidade frente ao que dispõe o inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal. E o artigo 489 do CPC de 2015 apenas deixa isso bem mais evidente, na medida em que lhe confere mais força normativa ao texto constitucional.

A título de síntese, no que se refere à segunda conclusão parcial desta pesquisa, dir-se-á que existem pelo menos três razões distintas para se apostar que a fundamentação detalhada estabelecida no § 1º do artigo 489 do CPC obriga a todos os juízes brasileiros, se constituindo em um dever geral da magistratura: *i)* num plano mais geral, trata-se de um dever geral da magistratura pela razão de que, antes de se constituir um dever, tem natureza de garantia que assegura um direito fundamental de natureza universal do qual todos os indivíduos são titulares. Segue-se que o dever há de ser também geral; *ii)* se o princípio-garantia do contraditório obriga a todos os juízes brasileiros e, além disso, é pressuposto da fundamentação, o § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 é uma obrigação geral de toda a magistratura brasileira, dado que o indigitado dispositivo é a mais acabada representação do dever de fundamentar que tem na Constituição a sua raiz; *iii)* por fim, trata-se de um dever geral da magistratura nacional na medida em que o § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 se constitui no único dispositivo legal que proporciona um ajuste e uma sintonia fina com o art. 93, IX, da Constituição Federal, havendo entre eles uma relação de circularidade, em decorrência da qual só se pode compreender o dispositivo infraconstitucional se antes já se estiver compreendido o dispositivo constitucional, sendo a recíproca verdadeira, pois, nas palavras de Gadamer (2013, p. 349): “todo compreender acaba sendo um compreender-se”.

da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”.

Infelizmente, essa não é a compreensão de boa parte da magistratura, pois como se verá em seguida, muito embora o § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 represente a conjugação dos elementos paradigmáticos da fundamentação das decisões judiciais, ele, desde a origem, vem sendo objeto de resistência no que se refere à sua aplicação. É do que se tratará em seguida, de cujo subitem surgirá também mais uma hipótese original da pesquisa.

6.3 A Propósito dos Paradigmas e de suas Resistências: considerações iniciais e uma questão metodológica

No final do subitem 2.2, do Prólogo, quando se tratou do sentido de paradigma, foi dito, dentre outras coisas, que em matéria de teoria e filosofia do direito no Brasil, as condições prévias para uma ruptura total com os paradigmas filosóficos da metafísica clássica e da metafísica moderna não emergiram totalmente, tanto é isso verdadeiro, que se torna pertinente discutir o fato de que as decisões judiciais continuam a oscilar entre o objetivismo e o subjetivismo, o que só vem a demonstrar que esses modelos paradigmáticos ainda não se esgotaram e resistem.

Não obstante, se disse também que, conquanto não tenha ainda se operado uma mudança paradigmática (no sentido de uma revolução científica, que ocorre quando um paradigma é substituído por outro) não se pode ignorar as fissuras provocadas pelo paradigma da intersubjetividade, para cujo fim tem exercido importante papel a hermenêutica filosófica, que no Brasil é representada pela Crítica Hermenêutica do Direito, comandada pelo Prof. Streck e que já tem produzido resultados concretos na dogmática jurídica.

Com efeito, deve-se destacar, entre eles, a instituição, pela Lei 13.105/2015, de um código de processo civil que chancela a obrigação de as decisões judiciais observarem os institutos da coerência, da integridade do direito, além da necessidade do controle hermenêutico das decisões judiciais, tão bem representada pela fundamentação detalhada, disposta no § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil. Tais avanços, ao lado de alguns dos principais fundamentos da nova legislação processual civil, a exemplo da incorporação da ideia do processo jurisdicional democrático e da adoção do contraditório no sentido forte, foram, por si só, capazes de provocar profundos abalos nas estruturas do paradigma da subjetividade, muito embora não suficientes para quebrar a resistência que insiste em preservar velhos paradigmas.

Para poder entender como determinada postura judicial de resistência ou não ao dever de fundamentação das decisões judiciais, ao fim e ao cabo, é uma questão de paradigma,

pretende-se retomar aqui o tema a partir de Kuhn (2017) e sua leitura sobre as condições que possibilitam a ocorrência das revoluções científicas e mudanças de paradigmas.

Antes, se faz necessário que se resolva uma questão metodológica, que consiste em saber se é possível falar em revoluções científicas, paradigmas e mudanças de paradigmas nas ciências sociais e, mais precisamente, no direito. E haveria um paralelismo entre o que se entende por revolução política e revolução científica?

Com efeito, ao falar das transformações paradigmáticas, Kuhn (2017) usa o exemplo privilegiado da Física Ótica, um dos ramos do conhecimento das ciências da natureza. Ali, Kuhn (2017, p. 74) afirma que mudanças de paradigmas são revoluções científicas, que, por sua vez, se constituem nos meios apropriados para que ocorra a transição sucessiva de um paradigma para outro.

De fato, Kuhn (2017) confere às mudanças de paradigmas a natureza de revoluções científicas, entendidas como “aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”. (KUHN, 2017, p. 177).

Para responder uma indagação que ele mesmo formula, no sentido de saber a razão pela qual se pode chamar de revolução uma mudança de paradigma, Kuhn (2017, p. 177) faz um paralelismo entre desenvolvimento político e científico que, mesmo sendo fenômenos distintos, em ambos os casos pode ser invocada a mesma metáfora.

De acordo com o autor (2017), não é difícil ver paralelismo entre os dois campos de conhecimento, percepção que ele deixa claro ao lembrar que da mesma forma como ocorre com as revoluções políticas, que quase sempre começam com um sentimento crescente de que suas instituições não estão mais respondendo, de forma satisfatória, aos problemas que se apresentam, as revoluções científicas surgem com idêntico sentimento, também em ritmo ascendente, de que o paradigma, até então existente, é incapaz de responder adequadamente. Nas duas situações, “o sentimento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução”. (KUHN, 2017, p. 178).

Por outro lado, muito embora Kuhn, para justificar a tomada como empréstimo de uma expressão dos movimentos políticos, invoque a existência de um paralelismo entre desenvolvimento político e científico, sabe-se que o lugar da fala de seu estudo é o das ciências físicas.

Oportuna, então, para os propósitos desta pesquisa, se faz a indagação: é possível se fazer idêntico paralelismo entre as ciências físicas e as demais ciências, em especial, as ciências humanas? Dito de outro modo: é possível uma revolução científica (mudança de

paradigma) no âmbito desses ramos de conhecimento, especialmente no direito e na filosofia do direito e na própria filosofia, de tal modo que tudo o que Kuhn diz das ciências físicas possa ser invocado para as ciências humanas? Em síntese: suas teses, sobretudo aquelas principais, dentre elas, a de que uma transformação paradigmática quase sempre é precedida de uma crise, podem ser aplicadas a outros campos que não sejam propriamente o das ciências naturais?

O próprio Kuhn, em seu Posfácio (2017, p. 279-323) dá um indicativo dessa possibilidade, ao admitir que as teses principais, dentre as quais a questão do paradigma e suas mudanças, podem sim ser estendidas e legitimamente aplicadas a outros campos, além das ciências da natureza.

Além disso, ao tratar, no capítulo 12, do progresso através das revoluções, Kuhn (2017, p. 261-262) dá a entender que o progresso, que ocorre por meio de revoluções, não é uma prerrogativa reservada somente para a atividade que se costuma chamar de ciência propriamente dita e pode ser estendida para outros ramos de conhecimento que não são tidos rigorosamente como ciências, como é o caso das ciências sociais ou das ciências humanas.

Para o autor, tudo não passaria de uma questão de semântica, dado que “o termo ciência está reservado, em grande medida, para aquelas áreas que progridem de uma maneira óbvia” (KUHN, 2017, p. 262), o que se percebe facilmente “nos debates recorrentes sobre a cientificidade de uma ou outra ciência social contemporânea”. (KUHN, 2017. p. 262).

Ou seja, para Kuhn (2017), pode até acontecer que outras áreas de estudo não progridam com a mesma desenvoltura ou do mesmo modo que as ciências físicas, por exemplo, o que não significa dizer que isso não ocorra progresso nessas outras áreas de conhecimento.

De fato, as ciências humanas, de um modo geral, também são atravessadas por revoluções, mesmo porque uma mudança de paradigma, qualquer que seja a área, é tida como um progresso, fenômeno também comum nas ciências do espírito.

De acordo com Kuhn (2017, p. 260), não existe diferença entre os progressos científicos obtidos numa área tida como rigorosamente científica se comparada com outra que não goza de idêntico conceito. Na prática, o que ocorre é que o progresso científico é de mais fácil percepção numa “comunidade científica normal”, dado que nas outras áreas há uma “ausência, na maior parte dos casos, de escolas competidoras que questionem mutuamente seus objetivos e critérios”. (KUHN, 2017, p. 266).

Estabelecida essa premissa, este subitem, metodologicamente falando, tem o propósito de reforçar a ideia de que é possível se traçar também um paralelismo entre ciências da

natureza e ciências humanas, em matéria de paradigma e suas revoluções. Aliás, uma das conclusões parciais desta pesquisa é diretamente dependente desse ponto de vista²⁵³.

Isso se prende também ao fato de que um dos objetos de preocupação desta pesquisa consiste em entender as razões pelas quais o paradigma da intersubjetividade (o terceiro momento da filosofia), em suas diferentes perspectivas e desdobramentos (reviravolta linguística, controle hermenêutico das decisões judiciais, discurso público da justiça, caráter dialógico do processo, participação efetiva das partes na construção da decisão judicial, dentre outros) não produziu no direito os mesmos efeitos produzidos em outras áreas de conhecimento. Dito de outro modo: investigar as razões pelas quais não houve uma ruptura (total) com os paradigmas anteriores (objetivista e subjetivista, sobretudo) que ainda provocam eco na dogmática jurídica em plena era de processo jurisdicional democrático, cujo exemplo mais emblemático pode ser apontado como sendo a resistência à aplicação do Código de Processo Civil, especialmente o artigo 489 e seu § 1º.

Para esse fim, será utilizado Kuhn (2017) com seu estudo sobre a estrutura das revoluções, a partir do qual se estabelecerão vários paralelos com o objetivo de se chegar às respostas procuradas.

6.3.1 Considerações Gerais Acerca da Emergência de Novos Paradigmas

De acordo com Kuhn (2017, p. 85), um novo paradigma somente se firma quando os seus fundamentos estão estabelecidos, sendo necessário que haja um comprometimento com o paradigma para que ele produza seus resultados. Diz ainda o teórico que os avanços somente serão possíveis, se algumas crenças ou procedimentos anteriormente aceitos forem descartados e simultaneamente substituídos por outros.

De acordo com Kuhn (2017), nesse contexto, quando uma nova teoria emerge, geralmente ela é precedida por um período de insegurança, uma vez que exige a destruição em larga escala de paradigmas, além de provocar alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Lembra o

²⁵³ A propósito, Morin (2011), lembra que as culturas humanista e científica têm um tronco comum, “são oriundas da mesma fonte grega, emergem do mesmo fenômeno histórico (o Renascimento), obedecem à mesma regra fundamental (a troca de argumentos e a discussão crítica), bem como aos valores supremos (ética do conhecimento pelo conhecimento, busca da verdade)”. (MORIN, 2017, p. 83). De acordo com o pensador francês, será somente a partir dos séculos XVII e XVIII, e de maneira progressiva, que elas irão se afastar e se distinguir uma da outra, muito embora permaneça entre ambas uma coexistência e um diálogo “até que se opere radicalmente, a partir do século XIX, a grande disjunção entre as duas culturas, cada uma comportando desde então o seu reino, o seu modo interno de organização, as suas instituições, a sua *intelligentsia* própria”. (MORIN, 2017, p. 83). No mesmo sentido, Kuhn (2017, p. 263) lembra que, pelo menos até a Renascença, nunca se estabeleceu uma clivagem entre ciência e arte, separação essa, que de modo radical, somente veio a ocorrer muito tempo depois.

autor que “como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras”. (KUHN, 2017, p. 147).

Como se observa da leitura acima, para Kuhn (2017), as crises estão na origem e exercem um importante papel na mudança de paradigmas e podem se constituir em uma pré-condição para o surgimento de novos paradigmas. Um dos sintomas da crise ocorre quando começam a surgir várias versões sobre uma determinada teoria e o seu significado “consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos”, o que leva a crer que “a crise, ao provocar uma proliferação de versões do paradigma, enfraquece as regras de resolução dos quebra-cabeças da ciência normal, de tal modo que acaba permitindo a emergência de um novo paradigma”. (KUHN, 2017, p. 158-163).

Contudo, esclarece o citado autor que, diante de um cenário no qual se defrontam com anomalias prolongadas e graves, os cientistas, embora possam perder a fé e pensar em outras alternativas, não abandonam o paradigma que os conduziu a uma crise, uma vez que “uma teoria científica, após ter atingido o status de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la”. (KUHN, 2017, p. 159-160). E mais: de acordo com o autor, quando se decide pela rejeição de um paradigma, fatalmente se está decidindo ao mesmo tempo pela aceitação de outro, mesmo porque “rejeitar um paradigma sem simultaneamente substituí-lo por outro é rejeitar a própria ciência”. (KUHN, 2017, p. 162)²⁵⁴.

Para Kuhn (2017, p. 168-169), “todas as crises iniciam com o obscurecimento de um paradigma e o conseqüente relaxamento das regras que orientam a pesquisa normal”, ou seja, os fundamentos que sustentam o paradigma, crises essas que, para o autor, podem terminar de três maneiras distintas²⁵⁵.

²⁵⁴ Fazendo-se aqui, a partir dos ensinamentos de Kuhn, uma aproximação entre dois paradigmas da história da filosofia, é possível dizer então que a crise do paradigma objetivista se constituiu em condição de possibilidade para a emergência do paradigma da subjetividade. Adiantando-se um pouco do que será tratado adiante, de igual modo, talvez isso explique também a resistência dos paradigmas representacionais (esquema sujeito-objeto) representados pela metafísica clássica e pela metafísica moderna. Por que eles ainda persistem? Por que o direito é refratário ao paradigma da intersubjetividade? De lembrar que, no direito, e em matéria de decisão judicial, há uma oscilação entre os dois paradigmas. Conforme o caso, ora a decisão judicial é representativa de um paradigma, ora de outro. Quando isso ocorre, para Morin (2011) é porque o novo paradigma (no caso, o da intersubjetividade) ainda não alcançou a sua maioria, ainda não está suficientemente maduro. Ou como diz Kuhn (2017, p. 165), é preciso mais que uma simples anomalia para uma mudança de paradigma. Noutro modo de dizer: sem crise não é possível uma mudança de paradigma. Seria o caso então de se perguntar, se no direito a crise dos paradigmas representacionais do esquema sujeito-objeto não foi suficiente para uma mudança radical de paradigma com a emergência do paradigma da intersubjetividade em substituição dos dois primeiros?

²⁵⁵ Embora o exemplo utilizado leve em conta as ciências da natureza, mudando o que deve ser mudado, é possível vislumbrar sua aplicação nas ciências do espírito.

Na primeira delas, “algumas vezes a ciência normal acaba revelando-se capaz de tratar o problema que provoca crise, apesar do desespero daqueles que o viam como o fim do paradigma existente (KUHN, 2017, p. 168), enquanto que, em outras ocasiões, o problema continuará resistindo, mesmo quando as novas abordagens se mostram radicais. Nesses casos, “os cientistas podem concluir que nenhuma solução para o problema poderá surgir no estado atual da área de estudo”, quando então ele receberá um rótulo e será colocado de lado à espera de uma resolução no futuro, pelas novas gerações que possam dispor de instrumentos mais elaborados e capazes de solucioná-lo. Por fim, a terceira maneira, sendo que é a que mais interessa na avaliação de Kuhn (2017, p. 168), “uma crise pode terminar com a emergência de um novo paradigma e com uma subsequente batalha por sua aceitação”.²⁵⁶

Aspecto interessante é o destacado por Kuhn (2017), quando esclarece que a passagem de um paradigma em crise para um novo paradigma não decorre de um processo cumulativo que se obtém a partir de uma articulação com o velho paradigma. Na verdade, se trata de uma ruptura mesmo, sendo “antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios²⁵⁷, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muito de seus métodos e aplicações”. (KUHN, 2017, p. 169).

Na avaliação de Kuhn (2017), o período de transição entre um paradigma e outro será marcado por uma grande coincidência entre os problemas que poderão ser resolvidos pelo novo paradigma, assim como, igualmente, pode ocorrer uma diferença decisiva no que diz respeito à forma de solucioná-los, de tal sorte que uma vez concluída a passagem de um paradigma para outro, “os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos”. (KUHN, 2017, p. 169).

²⁵⁶ Aparentemente, foi o que aconteceu com o paradigma da metafísica clássica ou objetivista, que cedeu lugar ao paradigma da metafísica moderna ou da subjetividade. No lugar da essência, o sujeito, a consciência de si. Mas, observe-se que o esquema sujeito-objeto continuou o mesmo, houve apenas uma troca de posição. A diferença é que o sujeito passou a assujeitar o objeto, invertendo assim o polo dominante da relação. A ruptura com o referido esquema somente irá acontecer com a emergência do paradigma da intersubjetividade, que inaugura o esquema *sujeito-sujeito*. A ausência de uma ruptura radical com o referido esquema representacional, mesmo na emergência do paradigma da subjetividade, talvez explique a sobrevivência do paradigma objetivista, bem como a convivência alternada entre os dois paradigmas metafísicos, o que, aliás, persiste ainda nos dias de hoje em algumas áreas de conhecimento, como no direito e, especificamente, no que diz respeito à sua interpretação judicial. É que, como já dito, não são raras as decisões judiciais ainda presas aos referidos paradigmas, mesmo diante reviravolta linguística que deu lugar ao paradigma da intersubjetividade e que provocou uma ruptura total com o antigo esquema representacional. Por outro lado, de certa forma, o fenômeno da aparente convivência entre os dois paradigmas da metafísica, de certa forma contraria Kuhn (2017, p. 190-191), quando afirma que entre paradigmas sucessivos há um pressuposto: o de que suas diferenças são ao mesmo tempo necessárias e inconciliáveis.

²⁵⁷ Tomando-se como exemplo o paradigma da intersubjetividade e seus reflexos no direito, esses princípios são a reviravolta linguística, o discurso público, dialógico e intersubjetivo do direito, ultimamente reforçado pela introdução do processo jurisdicional democrático na legislação processual civil.

Para Kuhn (2017, p. 170), “é exatamente pelo fato de a emergência de uma nova teoria romper com a tradição anterior e introduzir uma nova teoria ditada por regras diferentes, que a referida emergência só terá chances de ocorrer quando a prática científica anterior reconhecer que se equivocou gravemente”.

Da leitura acima, percebe-se que, para Kuhn (2017), a transição para um novo paradigma é uma revolução científica, assim como uma teoria ou um paradigma somente se desenvolve com a destruição de outro paradigma.

Provavelmente seja disso de que se resente o paradigma da intersubjetividade no direito brasileiro, por não ter sido ainda totalmente recepcionado, prova disso é a de que, como já visto, particularmente no que se refere à decisão judicial, persiste a convivência com um misto dos paradigmas da metafísica clássica com o da moderna, que não foram totalmente suplantados.

De fato, no Direito, para que o paradigma da intersubjetividade fosse inteiramente aceito, haveria a necessidade de que se reconhecesse que os dois outros que lhe são anteriores, mormente o da subjetividade, estão errados ou totalmente superados. E isso, há que se reconhecer, é difícil de ser admitido, sobretudo num ambiente no qual a discricionariedade judicial se revela como uma herança estamental, como bem lembra Lima (2017, p. 169-174).

Kuhn diz ainda que os paradigmas “são fonte de métodos, áreas problemáticas e padrões de solução por qualquer comunidade científica amadurecida, em qualquer época que considerarmos” (KUHNS, 2017, p. 191), do que decorre que a recepção de um novo paradigma vai exigir uma redefinição de seus fundamentos.

Ao tratar da emergência de novos paradigmas, Kuhn (2017, p. 241-242) começa por indagar qual é o processo pelo qual um novo candidato a paradigma substitui o antecessor e o que leva um grupo a abandonar uma tradição de pesquisa normal por outra.

Kuhn (2017) anota que no princípio o candidato a um novo paradigma dificilmente terá muito adeptos, podendo até, em determinadas ocasiões, despertar suspeitas quanto as suas motivações, situação que pode ser revertida desde que se demonstre competência para aperfeiçoá-lo, explorando assim suas possibilidades e demonstrando as vantagens de se pertencer a uma comunidade orientada por ele. De acordo com Kuhn (2017, p. 259), “na medida em que esse processo avança, se o paradigma estiver destinado a vencer a luta, o número e a força de seus argumentos persuasivos aumentará. Muitos cientistas serão convertidos e a exploração do novo paradigma prosseguirá”²⁵⁸.

²⁵⁸ Entre os juízes, de um modo geral, o paradigma da intersubjetividade ainda é visto com desconfiança. Isso se deve ao fato de que ainda se faz confusão entre controle hermenêutico das decisões judiciais com proibição

O referido autor vai dizer ainda que “o teste de um paradigma ocorre somente depois que o fracasso persistente na resolução de um quebra-cabeça importante dá origem a uma crise”. (KUHN, 2017, p. 242). Contudo, como ele próprio já afirmara, o simples surgimento de uma crise não conduz necessariamente a um novo paradigma, sendo necessário que a crise seja aguda, mesmo porque há sempre uma resistência aos novos paradigmas.

É disso, sobre resistências, que se tratará em seguida.

6.3.2 Sobre as Resistências à Mudança de Paradigmas: aspectos gerais

Para Kuhn (2017), a resistência oferecida à emergência de um novo paradigma faz parte do jogo, trata-se de um processo natural, próprio da natureza do paradigma questionado, o instinto de preservação, por isso mesmo, além de legítima, a resistência é inevitável.

Com efeito, Kuhn (2017, p. 250) diz que:

A transferência de adesão de um paradigma a outro é uma experiência de conversão que não pode ser forçada. A resistência de toda uma vida, especialmente por parte daqueles cujas carreiras produtivas comprometeram-nos com uma tradição mais antiga da ciência normal, não é uma violação dos padrões científicos, mas um índice da própria natureza da pesquisa científica. A fonte dessa resistência é a certeza de que o paradigma antigo acabará resolvendo todos os seus problemas e que a natureza pode ser enquadrada na estrutura proporcionada pelo modelo paradigmático. Inevitavelmente, em períodos de revolução, tal certeza parece ser obstinação e teimosia e em alguns casos chega realmente a sê-lo.

Por outro lado, para Kuhn (2017), afirmar que a resistência é inevitável e legítima não impede que haja argumentos relevantes para uma mudança de paradigmas ou que seus defensores não possam ser persuadidos a mudar de ideia. Muito embora algumas vezes se faça necessário pelo menos uma geração para que a mudança se opere, a história registra que as comunidades científicas seguidamente vêm admitindo a mudança de paradigmas com a conversão de um velho para um novo paradigma, mesmo porque se trata de uma condição do próprio ser humano, como reconhece Kuhn (2017) ao afirmar que a resistência à conversão de um paradigma para outro ocorre apesar de os cientistas serem humanos, mas sim porque eles são exatamente isso: seres humanos.

de interpretar, numa espécie de repristinação do juiz boca da lei, o que não é verdade, visto que são fenômenos distintos como, aliás, já se demonstrou no subitem 5.4.3. Talvez fosse o caso de se fazer um esforço concentrado no sentido de afastar esses mal-entendidos, para cujo fim a doutrina pode exercer um papel fundamental, como vem fazendo Streck ao longo de várias décadas. Dentro desse esforço, outra medida de caráter pedagógico seria, com argumentos persuasivos, demonstrar que se alinhar ao paradigma da intersubjetividade significa sujeitar-se aos ditames do Estado Democrático de Direito, ao império do direito e ao caráter público do discurso judicial.

Destaca, contudo, Kuhn (2017) que muito embora alguns cientistas, sobretudo aqueles mais velhos e experientes, persistam em resistir indefinidamente a uma mudança de paradigma, a grande maioria deles pode ser atingida de um modo ou de outro, quando então “ocorrerão algumas conversões de cada vez, até que, morrendo os últimos opositores, todos os membros da profissão passarão a orientar-se por um único – mas diferente paradigma”. (KUHN, 2017, p. 251).

Kuhn (2017) lembra também que, quando um cientista abraça um novo paradigma, o faz por uma variada sorte de razões, destacando-se, como a mais eficaz de todas, a alegação de que os defensores de um novo paradigma seriam “capazes de resolver problemas que conduziram o antigo paradigma a uma crise”. (KUHN, 2017, p. 252).

Diz ainda o teórico das revoluções científicas que “em geral é somente muito mais tarde, após o desenvolvimento, a aceitação e a exploração do novo paradigma, que os argumentos aparentemente decisivos são desenvolvidos”. (KUHN, 2017, p. 256). Além disso, acrescenta que para que um novo paradigma possa triunfar, se faz necessário que ele, inicialmente, conquiste alguns adeptos que irão desenvolvê-los “até o ponto em que argumentos objetivos possam ser produzidos e multiplicados”. (KUHN, 2017, p. 258-259).

Refletindo sobre o assunto e fazendo-se um paralelo com a teoria e a filosofia do direito no Brasil, uma indagação se faz necessária: em que medida uma teoria da decisão judicial, problema que vem sendo desprezado desde Hans Kelsen, poderia ajudar na efetiva superação do paradigma da subjetividade, sobretudo diante de um modelo de Estado Democrático de Direito e de um processo jurisdicional democrático?²⁵⁹

Sabe-se que o paradigma da intersubjetividade vem de longa data e há muito tempo que produz efeitos em outras áreas de conhecimento, excetuando-se no direito onde parece existir uma resistência enraizada a esse paradigma.

Essa é uma das grandes dificuldades encontradas quando o assunto é interpretação e aplicação judicial do direito no Brasil. Até mesmo no âmbito da doutrina se percebe que nem todos os teóricos são conscientes de seu papel, que é o de provocar constrangimentos, necessidade que vem sendo defendida por Streck (2017c) em seus escritos.

De fato, até mesmo na doutrina se percebe que há resistência ao paradigma da intersubjetividade, ainda que, na contramão direta dos avanços proporcionados pelo Código de Processo Civil de 2015, que introduziu a ideia do processo jurisdicional democrático, cujos

²⁵⁹ Como poderá ser constatado adiante, o Epílogo desta pesquisa apresenta uma proposta nesse tema.

fundamentos guardam sintonia com o terceiro momento da história filosofia²⁶⁰. Com efeito, no CPC de 2015, o processo é condição de possibilidade e marcadamente dialógico. Trata-se da transposição para o processo da relação sujeito-sujeito, que caracteriza o paradigma da intersubjetividade.

Ora, se isso (a resistência) ocorre dentro da própria doutrina, cujo papel é o de produzir constrangimento epistemológico, segundo o magistério de Streck (2017a), o que se dirá então no âmbito da magistratura, no qual a resistência tem raízes mais profundas e longínquas?

É disso que tratará o próximo subitem a partir da experiência com a edição do Código de Processo Civil de 2015. Antes, porém, uma questão anterior.

6.3.3 É Preciso Falar sobre Paradigmas Filosóficos?

Como se sabe, a história da filosofia é marcada por três momentos²⁶¹ sucessivos e opostos no tempo, cada um representando a proeminência de um determinado paradigma, sendo certo dizer que a sucessão de um pelo outro significa a ruptura do sucessor com o sucedido.

Qual o impacto que um paradigma filosófico pode produzir em outras áreas de conhecimento e, particularmente, em que medida isso é importante para o direito e pode ajudar na sua compreensão?

Aqui já foi dito, outras vezes, que em uma decisão judicial há sempre um fundamento filosófico que a sustenta, pois como vai dizer Stein (2017): sempre existe um *standard* de racionalidade por trás das ações humanas.

²⁶⁰ Libânio (1982) usa o termo *esquema mental* como significado de horizonte de compreensão que “assume a função de uma espécie de ‘lugar cultural’, a partir do qual ou contra o qual entendemos, valoramos, assumimos a realidade”. (LIBÂNIO, 1982, p. 24-25). Didaticamente, ele divide o esquema mental em três momentos, onde o termo *momento* sugere uma sucessão histórica. De acordo com o autor “os três momentos deixam-se compreender e organizar-se a partir das categorias: objeto, sujeito e social” e disso resulta que os esquemas mentais possuem, portanto, três momentos principais: “momento do Objeto, momento do Sujeito e momento Social”. (LIBÂNIO, 1982, p. 31). No primeiro momento, segundo o autor, o termo objeto assume o sentido ordinário em filosofia e em relação ao sujeito, opõe-se a este. “O objeto assume aqui o sentido de ‘coisa em si’, cuja existência é independente do conhecimento que os sujeitos pensantes têm dele. Esta compreensão realista da relação sujeito-objeto já caracteriza esse primeiro momento”. Em síntese, “cabe ao sujeito se conformar com a realidade”. (LIBÂNIO, 1982, p. 33). Por outro lado, no segundo momento, que supera o anterior, é o da descoberta da subjetividade, entendida esta como “a interioridade da consciência, enquanto se opõe à exterioridade do mundo e que se revela precisamente como sujeito de significação e valores pelos quais o homem compreende o mundo”. Nesse sentido, “a verdade se apresenta como exigência do sujeito e não do objeto”. (LIBÂNIO, 1982, p. 60). Por fim, o terceiro momento é denominado social ou dialético. Se o primeiro momento acentuava o objeto, o segundo o sujeito, o terceiro “focaliza antes o próprio aspecto da dialeticidade da relação, e portanto supera o caráter subjetivista do momento anterior numa integração social”. (LIBÂNIO, 1982, p. 84).

²⁶¹ Não custa repetir: paradigmas das teorias da representação (objetivista), da consciência e da intersubjetividade.

Alinhado com esse discurso, Ferreira Neto (2015, p. 21) vai dizer que “é importante ter-se consciência de que as teorias justificadoras que são produzidas no direito jamais formulam as suas premissas nem alcançam as suas conclusões partindo do zero”. Destaca ainda o autor que:

Qualquer pretensão teórico-explicativa mais profunda que seja elaborada no campo jurídico deverá ter algum interesse em defender um critério que explique como e porque utilizamos o vocabulário certo/justo/bom e errado/injusto/mau aplicável à conduta humana. Isso, na verdade, *é apenas um corolário necessário do fato de o direito ser um fragmento do campo maior da filosofia prática, ou seja, o ramo filosófico que se dedica a compreender, refletir e criticar os elementos necessários que compõem a ação humana* (racionalidade, voluntariedade, emoções, intencionalidade etc...) e que justificam como produzimos, em relação a ela, juízos de valor. Assim, a filosofia do direito, que integra – juntamente com a filosófica moral e a filosofia política – o universo teórico da filosofia prática, está, invariavelmente, engajada em definir critérios que facilitem o entendimento da ação humana e que permitam identificar o que é correto/bom/justo em relação a ações humanas que são realizadas dentro de determinado contexto qualificado como jurídico. (FERREIRA NETO, 2015, p. 21-22, grifos nossos).

Streck (2015), por sua vez, pontua que, para sobreviver, a teoria do direito precisa da filosofia e não se pode falar de paradigmas jurídicos sem considerar que antes se deve falar dos paradigmas filosóficos “que, invariavelmente, atravessam os diversos campos do conhecimento”. (STRECK, 2015, p. 106). Em síntese: tudo é uma questão de paradigmas.

Essa questão se compreende melhor quando se lê o que Stein (1996) ensina ao tratar do objeto da filosofia.

Com efeito, é Stein (1996) quem diz que, diferentemente das ciências, que não tratam de si mesma e sim de um objeto que é exterior ao próprio discurso, a filosofia fala a partir de uma perspectiva sobre o mundo, ou seja, enquanto que as ciências falam de dentro do mundo, a filosofia fala sobre o mundo. De acordo com Stein (1996, p. 15), “quem fala sobre o mundo, trata de algo que não se limita e sempre que alguém fala de dentro do mundo fala de algo que se limita. O objeto das ciências pode ser delimitado, o objeto da filosofia não pode ser delimitado”. Para o filósofo gaúcho, o que torna a filosofia um exemplo privilegiado é o fato de que ela “faz uma coisa que a ciência não consegue fazer: tratar de si mesma. Enquanto as ciências tratam de um objeto, a filosófica trata de um universo que o discurso das ciências humanas pressupõe”. (STEIN, 1996, p. 15).

Segue-se daí que, uma vez admitindo-se que o universo da filosofia é pressuposto do discurso das ciências humanas, de que o direito constitui um dos exemplos privilegiados, é perfeitamente compreensível e justificável se dizer que por trás de uma decisão judicial há um

paradigma filosófico que lhe dá sustentação. Dito de outro modo: existe uma base sobre a qual ela se assenta.

Isso ocorre quando o juiz, ao interpretar e aplicar uma norma, confere à mesma, de forma livre, sem qualquer constrangimento, o sentido que ele bem entende, pouco se importando que o sentido dado tenha sido fundado em um critério jurídico.

Do mesmo modo, isso ocorre quando a decisão judicial, evidenciando o caráter dialógico do processo, resultar de atos compartilhados por todos os sujeitos do processo, hipótese em que fica demonstrado que o julgador levou a sério os argumentos levantados por ambas as partes, bem como a prova produzida. Em síntese: as partes, embora em polos opostos, influenciaram efetivamente na decisão judicial.

No primeiro caso, pode-se dizer que a referida decisão é bem representativa de um determinado paradigma filosófico predominante em dada época da história, o da subjetividade. Para a hipótese, a sentença, juntamente com a verdade que ela encerra, é uma qualidade da consciência do sujeito. É uma exigência dela própria e não viria à tona se não passasse por sua mediação. Não é algo que vem de fora e se impõe (objeto). Nem é fruto de um diálogo, muito menos se chega a ela pela linguagem.

No segundo caso, de modo diverso, a decisão judicial se mostra coerente com o paradigma que, na filosofia, rompeu, tomando o seu lugar, com o paradigma anterior e que, no tempo, representa o terceiro momento da filosofia: o paradigma da intersubjetividade. No exemplo dado, a sentença e a verdade que ela encerra não é fruto da consciência em si do sujeito pensante e consigo mesmo, mas sim de um esforço conjunto, participativo, no qual o discurso deixa de ser privado e passa a ser público e compartilhado, daí seu caráter dialógico e social.

Todavia, a julgar pelo estado da arte da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, o paradigma da intersubjetividade, que pressupõe a ruptura com o que lhe foi anterior (da subjetividade ou da “consciência de si”), para o direito é uma revolução inacabada, dado que não foi capaz de promover uma ruptura total com o paradigma da subjetividade.

De fato, no Brasil, não são raras as decisões judiciais nas quais os juízes, no ato de decidir, invocam a mais autêntica expressão da filosofia da consciência: o livre convencimento motivado, acerca do qual, mesmo diante de uma legislação processual civil que incorpora o processo jurisdicional democrático e celebra o processo como procedimento

em contraditório, há ainda quem defenda que o mesmo não deixou de existir com a edição do CPC de 2015²⁶².

Esse estado de coisa é percebido por Pedron (2018), ao afirmar que é fácil ver o modo e a forma com os quais a dogmática jurídica parece compreender a figura do livre convencimento motivado mesmo diante do que dispõe a Constituição Federal no inciso IX, do artigo 93, no que diz respeito às exigências de fundamentação das decisões judiciais. Para ele, não são poucas as vozes ainda presas a uma “confusão epistemológica entre o que vem a ser o ato de motivação e uma fundamentação adequada”.²⁶³ (PEDRON, 2018, p. 75). Diz ainda que a raiz do problema é decorrente de uma dificuldade: o resistente apego à tradição do positivismo jurídico, de um lado e, de outro, pelo fato de que boa parte dos teóricos do processo ainda não percebeu o esgotamento do paradigma teórico da teoria relacionista²⁶⁴ do processo, que, no Brasil, ganhou uma versão potencializada, a teoria instrumentalista do processo²⁶⁵.

O aspecto negativo de tal miopia paradigmática parece, na verdade, sinalizar para o enfraquecimento daquilo que Hesse (1991) denominava por *força normativa da Constituição*; afinal, as discussões – e, **principalmente, a resistência por parte dos membros da magistratura brasileira à norma constitucional** – somente ganharam mais relevância e espaço nos fóruns de discussões jurídicas a partir da entrada do CPC/2015, que em seu art. 489, §1º, estabelece parâmetros a partir de condutas negativas, ou seja, a legislação fixa exemplos de decisões que não observam a exigência normativa principiológica para demarcar os contornos de uma fundamentação suficientemente democrática. (PEDRON, 2018, p. 76, grifos do autor).

De fato, para Pedron (2018, p. 78-79), ao não perceber a diferença ontológica entre o ato de motivar e o ato de fundamentar, tratando-os como se fossem sinônimos, a doutrina

²⁶² Nesse sentido, ver o artigo “O livre convencimento motivado não acabou no CPC”, de Fernando da Fonseca Gajardoni, publicado na Revista Eletrônica Jota em 06.04.2015. (GAJARDONI, 2015).

²⁶³ Acerca da diferença entre motivação e fundamentação, ver: Nascimento (2015).

²⁶⁴ De acordo com Pedron (2018), a teoria relacionista do processo “tem por base a implementação de um modelo processual apoiado no *solipsismo* judicial, no qual ao magistrado é atribuída uma constelação de poderes e faculdades para controlar o processo, acabando por assumir uma posição de superioridade sobre os demais partícipes da dinâmica processual”. (PEDRON, 2018, p. 82). Fazendo-se uma aproximação entre paradigmas, é correto dizer que o paradigma da teoria relacionista do processo é o correspondente, no direito, do paradigma da filosofia da consciência ou da subjetividade na filosofia. Referido modelo, contudo, é incompatível com o Estado Democrático de Direito, paradigma e modelo em que há uma ressignificação dos conceitos de processo, de procedimento e do contraditório, o primeiro passando a se chamar processo jurisdicional democrático, enquanto os dois outros de procedimento em contraditório e de contraditório dinâmico ou efetivo. Nesse sentido, a obrigação de fundamentação das decisões judiciais é apenas e tão somente um corolário que se impõe como demonstração de ajuste e sintonia fina com os referidos paradigmas, muito embora, como lembra Pedron, “a práxis forense ainda não rompeu para com o modelo anterior”. (PEDRON, 2018, p. 83).

²⁶⁵ De fato, a fase instrumentalista do processo tem como uma das suas principais características a aposta no protagonismo do juiz.

tradicional da Teoria Geral do Processo reduz a fundamentação à ideia de motivação, de tal modo que qualquer motivo apresentado pelo juiz seria suficiente para o estrito cumprimento da norma constitucional inscrita no artigo 93, inciso IX. Dito de outro modo: “a motivação seria o apontamento pelo juiz dos elementos que ele – de modo individual e solitário – considerou mais relevantes no caso e que fizeram que *ele* tomasse tal decisão em determinado sentido – e não em outro”. (PEDRON, 2018, p. 79).

Ocorre que, como destaca Pedron (2018), a Teoria Geral do Processo ainda não se deu conta da mudança de paradigma representada pelo processo jurisdicional democrático introduzido recentemente na legislação processual civil, em razão do que escapa “a ideia exatamente de abertura dialógica – inerente a uma leitura contemporânea de contraditório – que é exigida na fundamentação, por meio da qual deverá o magistrado convencer as partes e a sociedade da correção de sua decisão”. (PEDRON, 2018, p. 79). Em síntese: não basta a simples anotação dos elementos que o juiz elegeu como sendo os formadores de sua convicção. Para além disso, um reforço a mais se faz necessário: a tarefa hermenêutica do juiz reside em convencer as partes e a sociedade que sua resposta é adequada e pode ser confirmada na Constituição.

No mesmo sentido, aduz Omatti (2014, p. 109) quando diz que “fundamentação não serve para estabelecer o que determinado juiz, desembargador ou ministro acha sobre o Direito”. Para o autor, isso é apenas motivação, que é irrelevante para o processo jurisdicional democrático. Em razão disso, “a fundamentação tem como objetivo fixar a decisão juridicamente correta e, portanto, prescinde das posições pessoais dos magistrados”. (OMATTI, 2014, p. 109).

Do mesmo modo pensa Ramires (2010), para quem se faz necessário estabelecer uma diferenciação entre fundamentação válida e meras simulações. Para o autor, fundamentar validamente uma decisão não é explicá-la, o que confere à mesma apenas uma falsa aparência de validade, o que ocorre quando o juiz diz que decide de uma forma ou de outra porque é a hipótese de incidência de determinada norma.

Para Ramires (2010), a atitude do juiz que se limita a repetir o texto da lei que entendeu como aplicável ao caso concreto, “sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicasse de forma alguma o motivo da decisão”. (RAMIRES, 2010, p. 41). Ademais, ao juiz contemporâneo a simples declaração do vencedor com a repetição de seus argumentos não é o bastante para justificar uma decisão adequadamente. Para além disso, “é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirma as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente”. (RAMIRES, 2010, p. 42).

Em razão disso, na avaliação de Ramires (2010), a exigência de fundamentação sequer necessitaria constar expressamente prevista na ordem constitucional para se constituir em uma blindagem, como garantia política, contra as arbitrariedades judiciais, visto a fundamentação, desde que compreendida de forma correta, decorre diretamente do princípio-garantia do contraditório, “isso porque o contraditório, por óbvio, não pode ser entendido como o direito apenas de alegar e provar em juízo, mas também o de obter ‘respostas’ a estas alegações ou provas. E tal direito deve ser necessariamente assegurado a ambas as partes: vencido e vencedor”. (RAMIRES, 2010, p. 42).

O que Ramires (2010) expressa na citação acima apenas confirma o que foi dito no subitem 6.2.2, retro, quando se tratou da relação entre contraditório e fundamentação. Ali foi dito e demonstrado que a conexão é tão forte que não é exagero dizer que sem contraditório não há fundamentação, que é dependente daquele, que, por sua vez, se constitui em condição de possibilidade para que uma decisão se considere fundamentada.

6.3.4 Sobre as Reações ao CPC/2015 e ao Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais: a discricionariedade resiste

De acordo com Kuhn (2017), as revoluções terminam com a vitória total de um dos dois campos que se colocam em lados opostos e para o lado que se consagra vencedor “o resultado de uma revolução deve ser o progresso” (KUHN, 2017, p. 269), dito de outro modo: a mudança de paradigma implica necessariamente o progresso da ciência.

Considerando que no direito, o paradigma da subjetividade ainda se mostra resistente, seria o caso de indagar se o paradigma da intersubjetividade não passaria de uma revolução inacabada?²⁶⁶ Ou tudo não seria o resultado de uma equivocada compreensão de que o paradigma da subjetividade, no cenário de um modelo de Estado Democrático de Direito, não tem mais como se sustentar?

A propósito de compreensão dos sentidos das coisas, como diz Gadamer (2013), toda compreensão começa com os preconceitos (no sentido de pré-compreensão) herdados da tradição e que se constituem nos horizontes de sentidos²⁶⁷. Noutro modo de dizer, a pré-

²⁶⁶ Streck tem uma maneira bem própria para compreender esse fenômeno que ele chama de crise de paradigma, que é quando o velho paradigma não morre e o novo paradigma não nasce. Para uma leitura mais aprofundada, ver do autor: *Hermenêutica Jurídica em crise*, 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (2014) e *Verdade e Consenso*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁶⁷ Como é de notório conhecimento, Gadamer é responsável pelo resgate do preconceito (expulso pelo Iluminismo e seu pretendido método (in)falível de descobrimento da verdade) como elemento necessário à produção de sentido, como condição da compreensão, portanto. Para o mestre de Marburgo, “se quisermos fazer justiça ao modo de ser

compreensão é a condição de possibilidade da compreensão. O problema é que os preconceitos podem se revelar autênticos, legítimos ou não, e não há um *método* seguro para se escapar dos indesejados. O desafio, pois, é identificar aqueles considerados positivos e afastar – ou, no mínimo, suspender – os negativos, no momento do processo de compreensão. Tudo faz parte de um esforço hermenêutico que se dá dentro de um círculo virtuoso. Para bem compreender, se faz necessário, sem escapar do círculo hermenêutico, como sustentou Heidegger (2013), pelo menos suspender, quando não for possível eliminar, os preconceitos inautênticos.

No mínimo, essa é uma questão (como se conferir sentido às coisas e quais são os paradigmas que estão por trás disso) para reflexão, dado que em torno dela uma discussão vem sendo retroalimentada, a partir da aprovação e publicação da Lei 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 15 de março de 2016.

Com efeito, a partir da edição do CPC de 2015 imaginou-se que, finalmente, e de forma definitiva, ocorreria aquilo que Lopes (2015) chamaria de deslocamento da jurisdição (até então mergulhada no paradigma da subjetividade e refém do esquema sujeito-objeto) para o paradigma da intersubjetividade, viabilizando assim um controle público das decisões judiciais. Momento para celebrar, com a introdução da fundamentação detalhada das decisões judiciais, a queda do grande bastião da resistência ao novo paradigma: a discricionariedade judicial.

Nesse sentido, Streck, Delfino e Lopes (2017, p. 193) afirmam que “o novo Código se pautou por uma preocupação maior – o aprofundamento democrático do direito brasileiro”. Formulando de outro modo, nas palavras dos próprios articulistas: “trata-se de uma opção paradigmática feita pelo legislador, perfeitamente afinada aos ditames democráticos e republicanos nos quais se assentam o Estado Democrático de Direito”. (STRECK; DELFINO; LOPES, 2017, p. 197).

Contudo, não foi bem assim, pois, na prática, a teoria tem sido outra, cujo estado da arte conduz à seguinte conclusão: o paradigma da subjetividade resiste. Trata-se ainda de uma reação qualificada pelo seu objeto: a resistência para especificamente sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais no Brasil, muito embora, grosso modo, não seja temerário afirmar que as resistências, de um modo geral, se voltam contra a aplicação da própria lei, do Código de Processo Civil, ao fim e ao cabo, da própria Constituição Federal.

finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos”. (GADAMER, 2013, p. 368). De acordo com Schmitdt (2012, p. 165) “Gadamer desenvolve a hermenêutica filosófica a partir da descrição ontológica da compreensão de Heidegger, onde as estruturas prévias da compreensão são chamadas de preconceitos”.

Nesse cenário, o que está em jogo é o respeito à lei. E trata-se de uma problemática que não é de hoje, vem de longe, tem raízes históricas.

A questão da resistência, de certo modo, já foi trabalhada quando, no capítulo 1, abordaram-se as questões dos paradigmas e as dificuldades em rompê-los. Ali ficou registrado que, para toda mudança, há uma resistência natural e mesmo quando o novo surge ainda persiste o fenômeno de olhá-lo com os olhos do velho, como vem insistindo Streck²⁶⁸.

De fato, da simples leitura da história da dogmática jurídica no Brasil é possível inferir que o estrito cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais nunca foi observado de forma rigorosa, sempre pairando sobre ele um tanto de desprezo, subestima ou encobrimento. A gênese do problema tem raízes num passado longínquo, dado que houve um momento histórico, como visto no segundo capítulo, no qual não apenas se entendia que os juízes estavam desobrigados de fundamentar suas decisões, mas também inexistia a preocupação com o controle hermenêutico delas. E nem mesmo a revolução conceitual representada pela Constituição Federal de 1988, que introduziu a obrigatoriedade de fundamentação, sob pena de nulidade (art. 93, IX), foi capaz de resolver o problema. Diz-se de uma revolução conceitual porque, até seu advento, nenhuma Constituição punia com nulidade uma sentença desfundamentada.

Em síntese: ao longo de toda a tradição jurídica, e apesar da mudança de paradigma representada pela CF/88, o dever de fundamentar quase sempre foi desprezado ou, no mínimo, ocultado – nesse último caso, por conta da manutenção, mesmo no atual Código de Processo Civil (CPC), do instituto dos embargos de declaração²⁶⁹.

Sousa e Delfino (2018) chegam a afirmar que, por conta da crise de paradigma de que fala Streck, mesmo com a Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se um verdadeiro abismo entre a norma constitucional e a prática da fundamentação das decisões judiciais:

De acordo com os autores, a Constituição Federal consagrou o direito de participação do cidadão na formação de todos os atos processuais, para cujo fim se lhe confere, dentre outras, a garantia do direito ao contraditório e à fundamentação das decisões judiciais. Ressaltam, por outro lado, os articulistas, que isso raramente vem sendo observado pela dogmática jurídica, uma vez que é cada vez mais frequente a prolatação de decisões judiciais com base em fundamentações genéricas, insuficientes, isso sem dizer que em boa parte das

²⁶⁸ Ver, por todos, o livro *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

²⁶⁹ Há quem veja no recurso de Embargos de Declaração a função de aperfeiçoar as decisões judiciais, chegando ao ponto de conferir ao referido instituto o *status* constitucional. Quem assim pensa, não percebe que a verdadeira função dos embargos é a de velar o dever de fundamentar as decisões judiciais, tanto que sua extinção prestaria um bom serviço ao direito, pois a partir disso surgiria a clara possibilidade de os juízes, porque a tanto se obrigariam, proferirem decisões sem os defeitos que ensejam o indigitado recurso.

vezes elas são totalmente destituídas de fundamentação, sendo que “ninguém ignora que grassa por todos os setores do Judiciário, até mesmo nas Cortes Supremas, o entendimento de que o juiz não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha fundamento suficiente para embasar a decisão”. (SOUSA; DELFINO, 2018, p. 67).

Alvissareira, contudo, se revelou a expectativa com o advento do Código de Processo Civil de 2015. De fato, a nova legislação processual, a par de promover uma verdadeira revolução conceitual nos seus principais fundamentos, em matéria de fundamentação, numa conexão direta com a Constituição Federal (art. 93, IX), trouxe um detalhamento do significado da fundamentação de uma decisão judicial. Com essa medida, percebeu-se que essa poderia ser a oportunidade de se recuperar a necessidade de concretizar a garantia constitucional do dever de fundamentação, assegurando-lhe máxima eficácia.

Para Tassinari e Lopes (2015), como já registrado no subitem 5.5, do capítulo anterior, não há dúvida de que as modificações introduzidas pelo CPC de 2015 não foram apenas pontuais, porquanto as alterações atingiram o próprio núcleo da legislação processual civil e de sua teoria, visto que promoveram profundas transformações no papel do processo, da jurisdição, bem como dos juízes e das partes, razão pela qual se pode afirmar que o novo Código de Processo Civil brasileiro é paradigmático.

Lembram os autores que o ambiente no qual foi gestado o novo modelo de processo civil no Brasil foi marcado por uma tensão constante entre um judiciário ativista e um imaginário voltado para a necessidade de se conferir força normativa à Constituição, cenário em que surge o CPC de 2015 e a fundamentação detalhada de que trata o § 1º do artigo 489.

De acordo com Tassinari e Lopes (2015), dizer que, no embate, o resultado representou um ponto em favor da Constituição não diz tudo, dado que, mais que isso, o ajuste e a sintonia fina entre norma infraconstitucional e norma constitucional têm como objetivo funcionar como verdadeiros constrangimentos para o juiz, de tal sorte que, na hora de julgar um caso, seu horizonte prospectivo não poderá ser outro senão o propiciado pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Contudo, como de ressabido conhecimento, a expectativa resultou frustrada. Mal foi publicado e, antes mesmo de entrar em vigor, o atual Código de Processo Civil recebeu forte ataque quanto aos seus fundamentos e a alguns de seus dispositivos, a exemplo do artigo 489 e seu parágrafo primeiro, que se tornaram os principais alvos das objeções.

Como se sabe, coerente com o que dispõe a Constituição Federal, o § 1º do artigo 489 do CPC estabelece, analiticamente²⁷⁰, os requisitos a serem observados pelo magistrado no momento de decidir, implicando a inobservância na ausência de fundamentação da decisão. Em síntese, traz o detalhamento do que é uma decisão judicial fundamentada, embora ali se diga o que *não* se considera decisão fundamentada. Por conta disso, houve quem, de imediato, apostasse, como que num exercício de adivinhação, que o referido dispositivo legal *não iria pegar*²⁷¹.

Analisando o assunto na perspectiva do referido dispositivo legal, Tassinari e Lopes (2015) lembram que essa questão não foi mesmo bem recepcionada pela dogmática jurídica e o detalhamento da fundamentação estabelecido no parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC de 2015 acabou por gerar polêmicas e muita resistência em torno da exigência de sua aplicação.

Nesse sentido, numa demonstração de que qualquer processo de mudança nunca se dá sem resistência, Tassinari e Lopes (2015) lembram que José Reinaldo de Lima Lopes, no livro intitulado *O direito na história* (2014), “sugere que, diante de um processo de mudança, há duas posturas a serem seguidas: ou de rejeição, pela qual se procura um retorno aos modelos tradicionais; ou de aceitação, que exige a busca por compreender os sentidos que podem ser a ele atribuídos”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 91).

Para os autores, foi bem o que aconteceu com o §1º do art. 489 do CPC de 2015 que, juntamente com outros dispositivos, representa *o novo* na atual legislação processual civil.

O modo como ele tem sido compreendido por alguns setores parece ficar no meio termo dessas duas hipóteses apresentadas por Lima Lopes: as discussões até então proporcionadas demonstram um acentuado interesse da comunidade jurídica em promover o que vem sendo chamado de constitucionalização do processo civil, mas, ao mesmo tempo, a condução desses debates tem gerado a rejeição do §1º, a partir do questionamento de sua permanência através da (inconsciente ou não) recuperação do modelo tradicional de fundamentação vinculado ao estrito cumprimento da lei (o que pode ser lido como um resgate do exegetismo) ou, então, por meio da retomada dos pressupostos do paradigma procedimentalista de compreender o fenômeno jurídico. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 92).

²⁷⁰ Para Tassinari e Lopes (2015), como já visto acima, a leitura equivocada de que o § 1º trata apenas da exigência de uma fundamentação analítica acabou por contribuir para o encobrimento de uma fundamentação substancial.

²⁷¹ No Brasil é assim: quando uma lei é publicada, logo surge uma bolsa de apostas em que as fichas são jogadas na sua observância ou não. Essa foi uma preocupação demonstrada, segundo consta, por Teresa Arruda Wambier, como noticiado pelo juiz do Trabalho Homero Batista Mateus da Silva, no Simpósio *O Novo CPC e os impactos no Processo do Trabalho*, realizado em Brasília-DF pela Escola Nacional da Magistratura Trabalhista – ENAMAT, no período de 15 a 16 de setembro de 2014.

Aliás, uma das mais fortes reações ao mencionado dispositivo legal veio da magistratura, setor do qual se espera justamente observância e aplicação, salvo, evidentemente, a hipótese de inconstitucionalidade, que poderá ser declarada mediante controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal ou por qualquer juiz, via controle difuso. Configurada uma hipótese de inconstitucionalidade, o juiz, justificadamente, pode deixar de aplicar uma lei.²⁷²

De fato, não obstante a justificação das decisões judiciais se trate de um dever (que é uma garantia/um direito do cidadão) fundamental, decorrente, dentre outras razões, da necessidade de prestação de contas de seus atos, tão logo aprovado o Código de Processo Civil de 2015, várias vozes da magistratura, isoladas ou por meio de suas entidades de classe, se insurgiram contra o mencionado dispositivo. Destaque para o movimento que solicitou à então presidente da República que fosse ele vetado. Como não se obteve êxito no pretendido veto, o próximo passo do movimento foi propor estender para 2018 o início da vigência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu a nova legislação processual. Acaso exitosa a proposta, a *vacatio legis* seria ampliada de um para três anos. Isso levou Streck, em reportagem assinada por Rover (2015), na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, a dizer que a pretendida extensão parecia dizer duas coisas: não sendo suficiente para o judiciário fazer desobediência civil, o que faz quando produz enunciados despistadores sobre o novo Código de Processo Civil, agora, de forma mais incisiva, pressiona diretamente o parlamento²⁷³.

Os argumentos insurgentes foram os mais variados. Inconstitucionalidade. Necessidade de amadurecimento do Código em razão das transformações radicais. Não aplicação aos juizados especiais cíveis. Incompatibilidade com o Processo do Trabalho. Violação do princípio da razoável duração do processo e da independência funcional dos juízes, dentre outros.

Tassinari e Lopes (2015) também destacam os seguintes argumentos contrários à plena aplicação da fundamentação detalhada estabelecida no referido dispositivo legal: entraves processuais e morosidade nos julgamentos decorrentes da burocratização propiciada pelo referido dispositivo legal, além de se constituir numa interferência legislativa indevida nas prerrogativas do juiz.

²⁷² Para Streck (2013, p. 347-348), isso somente poderá ocorrer em seis hipóteses: quando a lei for inconstitucional; quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendido este não como standards retóricos ou enunciado performativo. De acordo com Streck, não se fazendo presente nenhuma delas, em conjunto ou isoladamente, a obrigação do juiz é aplicar a lei, seja ela boa ou não.

²⁷³ Rover (2015).

Do conjunto de argumentos contrários, particularmente, chamou a atenção o Enunciado 47, aprovado no seminário O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil, realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), conforme noticiado na revista eletrônica *Consultor Jurídico* (2015)²⁷⁴. De acordo com a matéria, os enunciados aprovados serviriam para orientar a magistratura nacional a aplicar o Código de Processo Civil e foram aprovados por cerca de 500 magistrados durante o referido seminário.

Com efeito, de acordo com o Enunciado 47, “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais”. Ora, na época da realização do indigitado seminário, a Lei 13.105/2015 sequer tinha entrado em vigor e, numa evidente demonstração de resistência antecipada, já se falava de sua não aplicação em casos futuros, numa clara demonstração de antecipação de sentidos – circunstância que não encontra explicação pelo viés de uma hermenêutica crítica.

Em síntese: nem a chance de falar se deu ao texto do art. 489 do CPC/2015. Não se conferiu, por exemplo, a ele a oportunidade de dizer algo, que aqui pode ser entendido como o fato de que o texto em apreço, numa perfeita conexão com a Constituição Federal, realiza a norma constitucional inscrita no artigo 93, IX.

Com efeito, a aprovação do referido enunciado contrariou um dos principais postulados *gadamerianos*, que diz que, se o intérprete quer compreender um texto, deve deixar que este lhe diga algo, não se guiando, simplesmente, por posturas isoladas, pois “aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto de maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão” (GADAMER, 2013, p. 358), pois como diz o mestre de Marburgo, a princípio, quem quer que pretenda compreender um texto deve dar-lhe uma chance, deixar que ele fale, diga alguma coisa.

Em síntese, esse é o significado da aprovação do Enunciado 47, assim como os demais, durante o referido seminário. Todos eles foram guiados por compreensões prévias inadequadas, com o agravante de que isso se deu ainda antes do acontecer mesmo da coisa, no caso, o início da vigência do CPC de 2015 e sua aplicação nos casos concretos. Dizendo de um modo diferente, para lembrar Streck²⁷⁵: são as respostas que se antecipam às perguntas.

²⁷⁴ ENFAM- Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (2015).

²⁷⁵ Ver a propósito disso a coluna Senso Incomum publicada na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, em 10 de setembro de 2015. (STRECK, 2015).

Noutra perspectiva, ou seja, quando se leva em conta a questão dos paradigmas, pode-se dizer, sem receios, que referidas posturas são próprias de quem ainda se encontra preso ao paradigma da subjetividade da metafísica moderna.

A par disso, registre-se, por oportuno, que antes da sanção presidencial, mais uma articulação, dessa vez especificamente contra o dever de fundamentação detalhada, foi orquestrada. De fato, de acordo com a revista eletrônica *Consultor Jurídico – Conjur*²⁷⁶, em reportagem de capa, publicada em 04.03.2015, e assinada por Vasconcellos e Rover (2015a), intitulada “Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação das decisões”, noticiou-se o seguinte: “Entidades de magistrados encaminharam à presidente Dilma Rousseff ofícios solicitando vetos a dispositivos do Novo Código de Processo Civil”. (VASCONCELOS; ROVER, 2015a).

Nos termos da referida reportagem, “entre as principais preocupações dos juízes estão a fundamentação das decisões judiciais, a cronologia dos julgamentos e a ampliação da colegialidade”. (VASCONCELOS; ROVER, 2015a)

Veja-se, a propósito, para fins de diagnóstico do problema, o seguinte trecho:

Para os magistrados, os artigos que tratam desses temas ‘terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos’. No documento enviado à presidente da República, as associações pedem o veto aos artigos 12, 153 e 942, além dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489 e do parágrafo 1º do artigo 927. O texto é assinado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra). A reclamação das associações, no entanto, não é bem vista por especialistas. Consultados pela Revista Eletrônica Consultor Jurídico, eles criticaram principalmente o pedido para vetar o artigo que exige a fundamentação das decisões, considerado um dos maiores avanços no novo CPC. Para alguns, o que as associações querem é não aumentar o trabalho de seus associados. (VASCONCELOS; ROVER, 2015a).

Atendendo a pedido da mencionada reportagem (VASCONCELOS; ROVER, 2015a), Streck se pergunta, se afinal de contas os magistrados estariam pensando neles próprios ou no país, uma vez que, segundo ele, exigir dos juízes o exame detalhado das petições não é pedir demais, razão pela qual se revelava deveras preocupante que partissem de entidades ligadas à magistratura a iniciativa de propor vetos a dispositivos que impõem aos juízes mais obrigações.

²⁷⁶ Vasconcelos e Rover (2015a).

Trilhando a mesma linha de raciocínio, a mesma reportagem registrou a manifestação de Ada Pellegrini Grinover, para quem “a justiça tem que ser distribuída *ex parte populi* e não *ex parte judicis*”. Para a renomada processualista paulista, “os vetos propostos só querem menos trabalho para o juiz, sem beneficiar o jurisdicionado. Uma boa fundamentação é essencial para as partes e para a garantia política da motivação. Em muitos casos, a fundamentação do juiz é absolutamente insuficiente”. (VASCONCELOS; ROVER, 2015a).

Em outra reportagem da revista eletrônica *Consultor Jurídico*²⁷⁷, assinada pelos mesmos jornalistas e intitulada “Advogados e juízes disputam vetos de Dilma no novo CPC”, a polêmica em torno do tema ressurgiu. Foram ouvidos advogados, juízes e algumas entidades associativas de juízes, com destaque para a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), que insistiu na ideia de veto ao artigo que trata do dever de fundamentação, por entender que o Congresso Nacional restringiu o conceito de fundamentação previsto no art. 93 da Constituição Federal. Nessa oportunidade, o juiz Paulo Luiz Schimdt, presidente da entidade, registrou que “o Poder Legislativo não pode ditar ao Poder Judiciário como deve interpretar a Constituição. Esse papel cabe sumamente ao próprio Judiciário; e, em derradeira instância, ao Supremo Tribunal Federal, guardião constitucional da Carta Maior”. (VASCONCELOS; ROVER, 2015b).

Por sua vez, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que congrega todos os magistrados brasileiros, por seu então presidente, o juiz João Ricardo Costa, sustentou a ideia de que, ao exigir que o juiz analise todos os argumentos das partes, o CPC/2015 burocratiza o processo, aduzindo ainda que “há uma liberdade nas petições que permitem que sejam elencados todo e qualquer fundamento, inclusive as que são impertinentes”. (VASCONCELOS; ROVER, 2015b).

Contudo, consta da mesma reportagem que nem todos os magistrados comungaram do mesmo pensamento, a exemplo de Alexandre Morais da Rosa, juiz do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para quem a nova compreensão da teoria da decisão acolhida pelo atual CPC democratiza a decisão judicial, que deixa de ser decisionista e passa a respeitar as pretensões de validade levantadas pelas partes. De acordo com o magistrado, se faz necessário que se encerre de vez a vetusta e autoritária concepção de que as partes devem levar os fatos ao conhecimento do juiz que, de pronto, entrega o direito. Para Rosa “a teoria da decisão se moderniza, ainda que com resistência de boa parte da magistratura”. (VASCONCELOS; ROVER, 2015b).

²⁷⁷ Vasconcelos e Rover (2015b).

Felizmente, como registrado, a Lei 13.105/2015 obteve a sanção da Presidente da República sem os vetos pretendidos pelas entidades de classe representativas dos juizes. Isso não deixa de ser um salto de qualidade para a democracia, porquanto é inconcebível que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda seja possível que juizes decidam conforme a sua livre vontade ou consciência, com base em juízos morais ou adotando critérios de ordem pessoal, religiosa ou política ou qualquer outro argumento metajurídico, postura que revela, escancaradamente, verdadeiro desprezo pelo dever de fundamentação instituído no texto constitucional, o que só contribui pra fragilizar a norma fundamental, sem dizer que isso representa um déficit de democracia.

Sousa e Delfino (2018) lembram que a sanção presidencial não foi suficiente para que as entidades da magistratura se convencessem, dado que tão logo sancionada a Lei n. 13.105/2015, vários encontros de magistrados foram realizados e resultaram na edição de enunciados que, se utilizados como parâmetro interpretativo, provocariam o esvaziamento do conteúdo do art. 489, § 1º, com prejuízo, ainda que indiretos, para alguns dispositivos que compõem o núcleo dos princípios fundamentais do novo código de processo civil, a exemplo dos artigos. 7º, 8º e 10 que, embora não tenham sido um alvo direto da insurgência, acabariam por sofrer as consequências da neutralização da fundamentação detalhada, eis que a eficácia do contraditório estaria na dependência de sua conjugação com o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Para os autores, em verdade, como já dito aqui, o que está em jogo não é exatamente o cumprimento ou não do CPC de 2015, mas a própria normatividade da Constituição Federal:

O que estamos a dizer é que, com relação aos dispositivos por nós já indicados, as pretensões das associações de magistrados não estão somente contra o CPC2015: consciente *ou não ataca frontalmente a CRFB*. E não é possível que em pleno Estado Democrático de Direito, parcela da magistratura pretenda enfraquecer ou manter o *habitus* de flagrante violação das garantias processuais fundamentais. O Estado Democrático de Direito se caracteriza pela controlabilidade dos atos de poder, sendo a fundamentação verdadeiro remédio contra o arbítrio. Insista-se que é na justificação que o Estado Democrático de Direito legitima sua atuação. Logo, não há razão legítima para liberação dos juizes dos deveres de respeitar o contraditório como garantia de influência e de não surpresa e de fundamentar minuciosamente suas decisões, seja qual for a instância em que atuam, mais ainda num sistema normativo que a cada dia valoriza e fortalece os provimentos vinculativos. (SOUSA; DELFINO, 2018, p.76, grifos nossos).

De fato, a polêmica em torno da aplicação do §1º do artigo 489 do CPC de 2015 rendeu tantos *rounds*, que uma das conclusões que se pode extrair é de que, a rigor, o alvo da resistência é a própria lei, e, o que é mais grave, à própria norma fundamental.

Por fim, em outra reportagem publicada também na revista eletrônica *Consultor Jurídico*²⁷⁸, assinada por Rodas (2015) e veiculada com o título “Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz”, o jornalista destacou a contenda entre o jurista Streck e o juiz do trabalho Gusmão, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, durante a realização de um congresso que reuniu a magistratura trabalhista e que teve como foco o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais previsto no parágrafo primeiro do art. 489 do CPC.

De acordo com o repórter, Streck fez uma defesa da fundamentação das decisões judiciais afirmando que os juízes são obrigados a explorar todos os argumentos apontados pelas partes, “pois precisam seguir as leis e não aplicar o que acham ‘certo’: Direito não é Filosofia nem moral. Se fosse, não iria querer que juízes aplicassem as leis, e sim moralistas e filósofos”. (RODAS, 2015).

A reportagem destaca ainda que, para fortalecer seu ponto de vista, Streck cita como exemplo o caso de um genro que mata seu sogro para ficar com a herança²⁷⁹. De acordo com o jusfilósofo, é evidente que o assassino não é merecedor dos bens, destacando, por outro lado, que o juiz deve fundamentar sua decisão na lei, caso contrário, não terá nenhuma validade, independentemente da justiça ou injustiça do caso. Streck sustentou na ocasião que o sentimento do justo pode ser invocado por qualquer pessoa, mais a questão vai mais além: “O problema é saber se o Direito dá a mesma resposta. Se não der, a opinião do juiz tem o mesmo peso da opinião do porteiro. [...] Temos que tomar cuidado para que a democracia não seja substituída pela juristocracia, que é a substituição do legislador pelo juiz”. (RODAS, 2015).

Ao dar por concluída sua manifestação, ainda de acordo com a reportagem, Streck lembrou que não se trata de nenhuma novidade a necessidade de o juiz fundamentar as decisões, acrescentando que é direito constitucional de todo e qualquer cidadão o de submeter suas demandas ao Poder Judiciário, que deverá analisá-las e fornecer respostas legítimas e em

²⁷⁸ Rodas (2015).

²⁷⁹ A referência é ao famoso *caso Elmer brasileiro* (uma referência ao homônimo nova-iorquino contado por Ronald Dworkin em *Levando os direitos a sério* e em *O império do direito*). Os dois casos têm suas aproximações. O contado por Dworkin envolvia a discussão judicial sobre se saber se um descendente (neto) que mata um ascendente (avô) tem ou não direito à sucessão. No caso brasileiro, a discussão girou em torno de se saber se genro que mata o sogro, em caso de divórcio, tem direito à herança, na verdade, à partilha sobre os bens herdados pela ex-mulher por herança decorrente da morte do pai.

conformidade com o ordenamento jurídico, que é quem deve solucionar os litígios sociais. (RODAS, 2015).

Em contraponto aos argumentos lançados por Streck, o juiz do trabalho Gusmão, comentando o art. 489 do novo CPC, “sustentou ser irreal a exigência de analisar todas as alegações apresentadas pelas partes. Para o juiz, se a regra for aplicada literalmente, a Justiça irá parar, uma vez que, em muitos casos, os autores e réus elencam mais de 50 argumentos”. (RODAS, 2015).

Prosseguindo, o magistrado trabalhista argumentou que “se o magistrado se basear nas principais alegações, nas provas mais relevantes e no direito aplicado ao caso concreto, a decisão estará suficientemente fundamentada”. (RODAS, 2015).

Por fim, em contraponto final à afirmação de que “o Judiciário não teria o mesmo poder democrático que o Legislativo”, dita por Streck, o magistrado objetou dizendo que o juiz deve ter autonomia para decidir do jeito que quiser e acrescentou: “os magistrados devem ter autonomia para decidir como quiserem: ‘Ainda que [nós, juízes] não sejamos eleitos, passamos por concurso. Não me parece adequado falar o que o juiz tem que pôr nas decisões. Cabe aos tribunais anular as decisões que não o fizerem’”. (RODAS, 2015).

Pelo que se percebe, o eminente magistrado faz tábula rasa do significado simbólico da dimensão histórica da fundamentação das decisões judiciais, objeto do segundo capítulo desta pesquisa, cuja síntese, conforme demonstrado, é a seguinte: no Estado do Direito, mais precisamente no modelo do Estado Democrático de Direito, entendendo-se este como aquele que se justifica, todo e qualquer agente estatal, o que inclui o juiz, deve prestar contas dos seus atos.

Nesse sentido, a transição da legitimidade do Judiciário fundada na autoridade (a decisão judicial é dotada de uma espécie de autojustificação, ou seja, é legítima por si só, porque se trata de um ato emanado de uma autoridade) para uma ideia de responsabilidade política (prestação de contas) já foi feita e é um caminho sem volta. Essa passagem, como visto no segundo capítulo, simboliza a síntese da dimensão histórica paradigmática da fundamentação das decisões judiciais²⁸⁰.

²⁸⁰ Aliás, não obstante a alegação do magistrado trabalhista quando diz que a investidura por concurso público é que confere legitimidade a seus atos, se comparada entre si, das três dimensões paradigmáticas da fundamentação aqui tratadas, aquela que pode ser considerada como a mais consolidada é a dimensão histórica. São comuns decisões judiciais que, do ponto de vista filosófico, se sustentam no paradigma da subjetividade, assim como, do ponto de vista da dimensão jurídica, são habituais as decisões que lançam mão de critérios metajurídicos, ignorando o império do direito. Contudo, atualmente são raras as decisões que reivindicam a pretensão de se justificar como simples ato de autoridade. Essa postura, felizmente, parece ser uma espécie em extinção.

Por outro lado, é bom que se deixe claro, na companhia de Streck (2017), sobretudo no posfácio de *Verdade e Consenso*, que tudo se resume a uma questão de democracia. Isso tem a ver com a seguinte indagação: de onde os juízes retiram legitimidade para a prática de seus atos? Em outro modo de perguntar: como eles se justificam perante a sociedade? Ou, pelo fato de os juízes, diferentemente dos membros do Legislativo e do Executivo, não serem eleitos pelo voto para exercer a função jurisdicional, estariam liberados de qualquer tipo de prestação de contas para a sociedade?

A resposta, como já foi visto, é negativa. Não é pelo fato de não serem eleitos para o exercício do cargo que os juízes estão desonerados de prestar contas de seus atos. Não se deve perder de vista que eles são agentes estatais, como os parlamentares ou o chefe do Poder Executivo e, como tais, também se submetem ao controle e à fiscalização dos cidadãos²⁸¹. Para os membros do Legislativo e do Executivo, o controle e a fiscalização são feitos diretamente pela população, ainda que minimamente, por ocasião das eleições e a possibilidade de renovação ou não dos mandatos. É nesta ocasião que o cidadão, com seu voto, aprova ou não os atos estatais praticados pelos mandatários. Isso tudo *parece* ser muito claro hoje, porque a sociedade brasileira vive sob a égide de um Estado Constitucional, circunstância que, por outro lado, também explica a razão pela qual esta tese adota a postura de enfrentar as *resistências paradigmáticas* a este entendimento. E como visto no capítulo 2, a história do direito registra que nem sempre foi assim. Nesse sentido, a concepção da necessidade de o juiz prestar contas de seus atos, trata-se, em verdade, de uma *revolução paradigmática* relativamente recente.

Por outro lado, em face do modo de recrutamento de juízes no Brasil, estes não se submetem à vontade popular, pois ingressam na magistratura por meio de concurso público, o que, em si, não deixa de ser um processo de controle e filtragem. Mas o modo mesmo de prestação de contas dos juízes está diretamente ligado ao ofício que desenvolvem, ou seja, ao exercício da função jurisdicional, ao seu modo de atuação, cujo principal ato consiste em

²⁸¹ Seria uma ingenuidade imaginar que, para além dos sujeitos de determinada relação jurídico-processual – que têm a faculdade de fazerem, pessoalmente, o controle direto de uma decisão mediante impugnação –, o controle e a fiscalização externos sobre os atos do juiz podem ser efetivamente realizados no dia a dia pela sociedade de um modo geral e por cada um dos cidadãos, em particular. Não se trata disso. Trata-se, sim, de se garantir uma condição de possibilidade. No dizer de Taruffo (2015, p. 343), “aquilo que é necessário garantir em todos os casos, em termos jurídicos, não é a efetiva possibilidade deste controle: o modo e a intensidade com que essa possibilidade se traduz em ato dependem de problemas não jurídicos, mas sociológicos e políticos”. Na esteira do pensamento do mestre italiano, Schmitz (2015, p. 214), vai dizer que “o prestar contas não significa necessariamente que alguém, alheio a uma lide individual, vá exercer alguma espécie de correção da decisão; a ideia de controle externo é uma construção decorrente das exigências constitucionais feitas ao Judiciário. Em outras palavras, o controle da fundamentação pela sociedade, embora seja uma ficção, é uma ficção da qual depende a legitimidade das decisões jurisdicionais”.

dizer o direito no caso concreto, diante de um conflito de interesses, na medida em que o próprio Estado proibiu o exercício da justiça privada. E o ato representativo do exercício desta função é a entrega da prestação jurisdicional (requerida pela parte interessada), que atende por um nome: decisão judicial.

É justamente por meio de uma decisão judicial que o juiz presta contas de seus atos perante a sociedade. Em outro modo de dizer: ao oferecer uma resposta em atenção ao direito fundamental do cidadão de obter uma sentença constitucionalmente adequada (STRECK, 2017) é que o Judiciário se legitima perante a sociedade. Trata-se de um dever que decorre da responsabilidade política dos juízes, e de outro direito igualmente fundamental: o de todo e qualquer sujeito, pessoa natural ou jurídica, de obter a solução adequada para o conflito de interesse submetido ao conhecimento do magistrado. E, para que esse dever seja devidamente cumprido, o legislador constituinte estabeleceu a obrigação de ser conferida à decisão judicial a mais ampla publicidade e, mais que isso, a necessária fundamentação, sob pena de a prestação de contas ser rejeitada pela sociedade.

Noutras palavras: a decisão judicial, como ato de prestação de contas, deve ser, além de pública, para que todos dela tomem conhecimento, rigorosamente fundamentada, de sorte que as razões pelas quais o juiz ofereceu a solução para o caso concreto sejam reveladas para a sociedade e, em particular, até mesmo para que, na eventualidade de insatisfação, qualquer um dos sujeitos do conflito possa utilizar os meios e recursos necessários para revertê-la.

Sendo assim, definitivamente, não é o crivo do concurso público que legitima a atuação do Judiciário. Trata-se, repita-se, apenas de uma forma de recrutamento, democrático, por certo, em substituição à vontade popular, mas que não dispensa o dever de prestar contas à sociedade. E embora o sistema de recrutamento do juiz, sobretudo no Brasil, não seja pelo voto e sim pelo concurso público, nem por isso o cidadão fica alijado de participação para a formação dos atos judiciais.

A par da prestação de contas por meio de uma decisão judicial fundamentada como meio de legitimar a atuação do judiciário, para afastar de vez a equivocada ideia de que o concurso público satisfaz o princípio democrático, deve se destacar que a observância ao referido princípio, como corolário também da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, se dá pela participação obrigatória do cidadão no processo judicial pelo contraditório, que é condição de possibilidade do cumprimento do próprio dever de fundamentação das decisões, dada a conexão existente entre a referida obrigação e aquela garantia processual, como, aliás, já pontuado anteriormente.

É que, como visto, na perspectiva democrática, o processo é um procedimento animado pelo contraditório, entendido este como o espaço por meio do qual os interessados têm o direito de participar ativamente dos atos preparatórios que resultarão na solução do conflito através de uma decisão judicial devidamente fundamentada, daí a mencionada conexão. Trata-se, portanto, de uma questão intrínseca da fundamentação da decisão judicial: a participação, que não se resume numa simples dinâmica de dizer e contradizer, mas sim que importe em influência do cidadão nos atos que preparam a futura decisão, o que pode ser aferida na medida em que for constatado que o juiz levou em consideração os argumentos desfiados pelas partes na sua decisão. Sem isso não haverá fundamentação do provimento judicial, muito menos legitimação do ato ou prestação de contas.

Portanto, à luz de qualquer perspectiva, não é a aprovação em concurso público que legitima o Judiciário. Aliás, referido argumento não resiste a seis segundos de análise, do contrário teríamos que admitir que as decisões dos juízes dos tribunais superiores, sobretudo os do STF, não são legítimas, uma vez que eles não se submetem a concurso público para o exercício do cargo.

A propósito, no mesmo sentido é o entendimento de Schmitz (2016), quando diz que não é a autoridade da decisão o que garante sua legitimidade e sim sua fundamentação.

De acordo com Schmitz (2016), nos regimes democráticos, a legitimação do Poder Judiciário não é decorrente da forma de investidura no cargo de juiz, mas sim a partir do modo como se exerce a função jurisdicional. Nesse sentido, vai dizer Schmitz, “a atividade do Judiciário não é legítima por si só; ela depende de *como* é exercido o poder jurisdicional”, razão pela qual, “nesse contexto, o exercício da jurisdição precisa encontrar limites, e a verificação dessa limitação ocorre materialmente, em concreto, a partir de como fundamentam os julgadores”. (SCHMITZ, 2016, p. 412).

Na mesma linha de entendimento defendida nesta pesquisa, como se demonstrou no capítulo relativo à dimensão histórica da fundamentação das decisões judiciais, Schmitz (2016) sustenta que não é o caráter impositivo das decisões, por se tratar de ato de poder, que lhe confere legitimidade, pois se assim fosse, “estaríamos voltando às interpretações autênticas de Hans Kelsen, que são válidas pelo simples fato de serem produzidas por agentes investidos de autoridade, e por isso legitimadas por sua própria formalidade. Significaria admitir qualquer conteúdo como legítimo”. (SCHMITZ, 2016, p. 412-413).

Por outro lado, essa questão é abordada por Costa (2019) em artigo de sua autoria intitulado “O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia”, publicado na revista eletrônica *Empório do Direito* em 13.02.2019.

De fato, no referido artigo, o autor sustenta que, diferentemente dos demais poderes, a legitimidade democrática dos juízes é atuacional, pois se confirma posteriormente com a aplicação rigorosa das leis e da Constituição no ato de julgar e na prática dos demais atos jurisdicionais, ou seja, “o Poder Judiciário não ganha democraticidade diretamente de seu modo de composição [legitimidade estrutural], mas indiretamente de seu modo de atuação [legitimidade funcional]”. (COSTA, 2019).

A par disso, de igual modo, Costa (2019) repele a ideia de que a legitimidade do juiz seria derivativa de sua aprovação em concurso público:

Alguns dizem, conquanto não escrevam, que o concurso público de prova e títulos (CF, art. 93, I) confere por si só legitimidade democrática aos juízes. Sem razão, porém. Quem diz isso não sabe o que significa ‘legitimidade’ nem ‘democracia’. Atendem mais ao *princípio republicano* que ao princípio democrático tanto a escolha dos agentes públicos em geral mediante seleção por critérios objetivos de mérito quanto a escolha dos juízes em particular mediante concurso público de prova e títulos. Da mesma forma, o elo de ligação entre concursos públicos e as eleições é menos o princípio democrático e mais o *princípio republicano*. Na verdade, a expressão imediata do princípio democrático são as eleições populares, não o concurso público. A seiva democrática provém do voto secreto, imotivado e incontrolável feito pelo povo, não da seleção pública, motivada e controlável feita pela banca examinadora. Logo, não se pode divisar força democratizante equivalente entre uma coisa e outra. Ainda que assim não fosse, a suposta força democratizante do concurso de provas e título somente imantaria os juízes concursados, não os nomeados. (COSTA, 2019, grifos do autor).

O problema, porém, não parou aí. As reações, como já registrado, continuaram e não se limitaram ao Judiciário. Para além disso, a própria doutrina, se mostrou refratária ao novo paradigma em matéria de fundamentação das decisões judiciais, como registram Streck, Delfino e Lopes (2017).

Com efeito, os autores pontuam que parte da doutrina processual brasileira faz confusão entre o sentido da independência funcional do magistrado, tal como estabelecida no artigo 95 da Constituição Federal e na lei orgânica da magistratura nacional (LC nº 35/1979, arts. 35, 40 e 41) e o que eles denominam de “independência epistêmica”, em nome da qual ignoram que a linguagem é pública e que os sentidos deitam suas raízes no solo comum de compreensibilidade, por força do que ao intérprete não é dado dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Nesse sentido, arrematam os autores, “se nenhum sujeito é dono dos sentidos, se eles são públicos, e, mais ainda, se esses sentidos são normativos, revestidos de poder cogente pelo Estado, então o juiz precisa prestar contas do uso que faz deles perante os demais intérpretes”. (STRECK; DELFINO; LOPES, 2017, p. 199).

No prefácio ao livro *O fim do livre convencimento motivado*, Streck (2018, p. 7), afirma que num cenário de paradigma democrático, referindo-se com isso, à evidência, ao modelo de Estado Democrático de Direito, só há um modo de o juiz decidir de forma responsável: observando-se o dever de fundamentar as decisões judiciais, tal como estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição Federal, cuja previsão já deveria ser suficiente para que não houvesse mais espaço para “o livre convencimento, até então previsto no art. 131 do CPC/73, pelo simples fato de que livre convencimento, discricionariedade judicial e ausência de fundamento jurídico para a decisão judicial podem ser lidos como sinônimos”. (STRECK, 2018, p. 7).

Para Streck (2018), o CPC de 2015 vem a reboque da ideia de democratizar o sistema de justiça brasileiro e qualificar a prestação jurisdicional, além de proporcionar maior “controle da comunidade de intérpretes sobre a decisão judicial” (STRECK, 2018, p. 7), cenário em que o artigo 489, ao estabelecer, no seu § 1º, uma série de critérios sem os quais uma decisão judicial não pode ser considerada fundamentada, instituiu uma verdadeira barreira contra o livre convencimento motivado.

Não obstante, algumas vozes na doutrina se levantaram contra o entendimento da expunção do livre convencimento no CPC de 2015, cujos fundamentos, como já vistos, são incompatíveis com essa liberdade. É o caso do Gajardoni (2015), em artigo intitulado “O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC, publicado na revista eletrônica *Jota*²⁸². Ali, muito embora reconheça que no atual Código de Processo Civil não existe nenhum dispositivo correlato com o antigo artigo 131 do CPC de 1973²⁸³, o articulista sustenta que “o fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir”. (GAJARDONI, 2015). De acordo com o mencionado articulista, o que ele chama de princípio do livre convencimento motivado continua hígido na legislação processual pela simples razão de que jamais fora concebido como liberdade para o juiz decidir da forma como bem entende, mas sim “como um antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais”. (GAJARDONI, 2015).

²⁸² O artigo pode ser visto em: Gajardoni (2015).

²⁸³ Artigo 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Numa velada crítica aos hermeneutas, supostamente os intérpretes que, com o advento do CPC de 2015, passaram a apregoar o fim do livre convencimento motivado, Gajardoni (2015) afirma que:

Diversamente do almejado por alguns ‘hermeneutas’ do Novo Código, o CPC/2015 não ‘coisificou’ ou ‘robotizou’²⁸⁴ o julgador, tolhendo qualquer espaço de liberdade decisória. Além da autonomia na valoração motivada da prova, mesmo em matéria de interpretação do Direito há espaço para a liberdade de convicção. O art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, ao indicar, a contrario sensu, que o juiz pode deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, desde que demonstre, através de fundamentação idônea, a existência de distinção no caso em julgamento (distinguishing) ou a superação do entendimento (overruling), prova isso. O que houve, portanto, foi apenas o advento de uma disciplina mais clara do método de trabalho do juiz, não a extinção da autonomia de julgamento.

Por fim, Gajardoni (2015) finaliza dizendo que “para nosso bem, na Justiça dos homens o fator humano é insuprimível. Por isso, enquanto os julgamentos forem humanos, a livre convicção do julgador, dentro de algumas importantes balizas, sempre estará presente”.

Em resposta aos argumentos desfiados no referido artigo, Delfino e Lopes (2015), no artigo intitulado “A expulsão do livre convencimento motivado do novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas”, afirmam que:

a verdade é que o ‘princípio’ do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais. O que se quer do juiz não é que se torne *simplex estátua na proa do navio* (ou um *robô*), em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma definitivamente sua *responsabilidade política*. Suas pré-compreensões, seu pensar individual ou sua consciência não interessam aos jurisdicionados. Pertencem a ele e interessam a si próprio e àqueles com quem convive ou que com ele pretendam coexistir. A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes com DNA constitucional. E é nele, no direito construído intersubjetivamente no ambiente processual, que as atenções de todos os atores processuais devem se voltar. (DELFINO; LOPES, 2015, p. 310-311).

²⁸⁴ Em verdade, os hermeneutas, em momento algum afirmaram isso. O articulista, como vem sendo cada vez mais comum, confunde controle hermenêutico das decisões judiciais com proibição de interpretar. Trata-se, contudo, já se torna até cansativo dizer, de dois fenômenos distintos.

A par disso, como bem lembram Delfino e Lopes (2015), diante do modelo de Estado Democrático de Direito, a decisão judicial, que é pública²⁸⁵, não pode ficar na dependência judicial da vontade pessoal do juiz, dado que decidir não é escolher.

Registros de resistência como os que foram vistos acima, tanto na perspectiva da magistratura como no plano da própria doutrina, bem demonstram que a edição do CPC de 2015, e toda mudança que ele representa a partir de seus fundamentos, não foram suficientes para uma verdadeira revolução científica (mudança de paradigma) no melhor sentido *kuhniano*, cujo pressuposto é a transição de um velho para um novo paradigma.

É curioso que, por outro lado, conforme Kuhn (2017), como visto acima, a emergência de um novo paradigma só pode ser sustentada quando seus fundamentos se encontram devidamente estabelecidos, visto que as revoluções somente terminam com a vitória de um dos lados que se contrapõem. Isso pode ser dito em relação ao paradigma da intersubjetividade, cujo reflexo, no direito e no Brasil, foi a introdução na legislação processual do processo jurisdicional democrático e tudo o que ele representa: dialogicidade, relação sujeito-sujeito, portanto; contraditório dinâmico, forte e efetivo como ato preparatório do provimento final (decisão judicial devidamente fundamentada e que reflita todos os pressupostos que lhe são anteriores). Ademais, todos os seus fundamentos são diametralmente opostos ao paradigma da subjetividade. O que estaria faltando então para dar certo?

A resposta talvez esteja com o próprio Kuhn (2017), quando ele fala da necessidade de um comprometimento com o (novo) paradigma para que ele produza os resultados propostos. E o estado da arte da fundamentação das decisões, ou de sua ausência, revela que esse comprometimento não é total, portanto, é insuficiente. Ao contrário, o novo paradigma é alvo de resistência de todos os lados, como se vem demonstrando à saciedade, o que conduz à conclusão de que o paradigma da intersubjetividade para o direito e no direito é uma revolução inacabada, fenômeno que ocorre quando, nas palavras de Streck, o velho resiste em morrer e o novo não consegue nascer.

Em verdade, é bom que se registre que toda essa discussão, longe de constituir um fato inusitado, porquanto deflagrada antes do início da vigência do CPC de 2015, era mesmo de se esperar, pelas razões já tantas vezes reiteradas. É que o vigente Código de Processo Civil tem uma proposta que envolve uma quebra de paradigma²⁸⁶, o que quase sempre é doloroso e nem

²⁸⁵ O que remete a Rorty (2007) e a Wittgenstein (1999).

²⁸⁶ Comparado com o anterior, pode-se dizer, recuperando o segundo Wittgenstein (1999), que, enquanto o CPC de 1973 adota uma linguagem privada em matéria de construção da decisão judicial, o CPC de 2015 abraça a tese da linguagem pública, como pode se constatar a partir da leitura de seus fundamentos nucleares estabelecidos nos onze primeiros artigos, com destaque para os artigos 7º e 10, que consagram o contraditório

sempre acontece sem que ocorra alguma resistência. E como registra Morin (2011), quebra de paradigma significa também um giro copernicano naquilo que ele representa de essencial, que é o abandono de velhas práticas, o que pressupõe o rompimento de um estado inercial, de uma zona de conforto, de um estado mental, sobretudo, dos sujeitos do processo, implicando, enfim, a quebra de um *status quo*.

Ou talvez a razão esteja com Luft (2006), com o desconto para o seu viés hegeliano, quando diz que:

A transição do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem é apenas um novo movimento no interior da própria modernidade. É verdade que a subjetividade que ora emerge na vida filosófica da academia é uma subjetividade amputada, ferida em suas pretensões de realizar o saber incondicionado, mas ainda assim uma mera subjetividade. Ainda somos reféns das figurações idealistas, sendo a transição da teoria da consciência para a Filosofia da Linguagem apenas o ruflar das asas mesmas da mesma mosca, na mesma garrafa. (LUFT, 2006, p. 75).

Dito de outro modo: a resistência da discricionariedade é um claro indício de que, pelo menos no sentido *kuhniano*, ainda não se operou uma revolução científica, uma mudança de paradigma, pela razão de que, no direito, o paradigma da intersubjetividade ainda não superou o paradigma da filosofia da consciência ou da subjetividade.

6.3.5 A (In)Compreensível Resistência ao Dever de Fundamentar – Uma Questão de Paradigma Visto sob Dupla Perspectiva: Terceira Conclusão Parcial

Como é de notório conhecimento, na dogmática jurídica há uma clara dificuldade, decorrente do senso comum teórico²⁸⁷ e do *habitus dogmaticus*²⁸⁸, em se livrar das velhas

efetivo que, de acordo com Gonçalves (2012) é o elemento responsável pela caracterização, no modelo de processo jurisdicional democrático, do processo como procedimento em contraditório. E isso é quebra de paradigma se comparada com a ideia, fruto do paradigma do processo como uma relação jurídica, do processo como instrumento da jurisdição, no qual há o protagonismo total do juiz e que, no direito, reproduz o paradigma da filosofia da consciência ou paradigma da subjetividade.

²⁸⁷ *Sentido comum teórico*, na concepção de Luiz Alberto Warat, em *Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei*: temas para uma reformulação é um conjunto de crenças (ou “verdades jurídicas”) seguido pelos juristas como se fossem verdades científicas. “De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo de verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas”. (WARAT, 1994, p. 13).

²⁸⁸ A expressão foi criada por Streck, mas tem sua fonte de inspiração em Bourdieu (2012). De acordo com Bourdieu (2012), *habitus* é uma expressão latina resultante da conversão, pela escolástica, da equivalente em grego (*hexis*) e que tem origem em Aristóteles e, “como indica a palavra, é um conhecimento adquirido e também um *haver*, um capital (de um sujeito transcendental na tradição idealista) o *habitus*, a *hexis*, indica a disposição incorporada, quase postural”. (BOURDIEU, 2012, p. 61). De acordo com o pequeno glossário de

práticas que impedem que o novo se afirme. São práticas centenárias, de difícil remoção ou superação.

Retomando-se a questão da produção do sentido abordada no início, pode-se dizer também que tudo é uma questão de paradigma, tudo vai depender do lugar da fala. No paradigma da intersubjetividade, forjado a partir da invasão da filosofia pela linguagem, não há lugar para a produção do sentido de forma isolada e egoística. Nesse contexto, compreender o verdadeiro sentido do *ser* do dever de fundamentar as decisões judiciais é um desafio hermenêutico que envolve adequada compreensão e aplicação do artigo 93, IX, da Constituição Federal, assunto, aliás, tratado no início deste capítulo, item 6 e subitem 6.1. E a compreensão, como sustenta Gadamer (2013), logo na introdução de *Verdade e Método* “jamais é um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido”. (GADAMER, 2013, p. 18).

Nesse sentido, o que se percebe é que todos os argumentos contrários à aplicação do art. 489, § 1º, do CPC, são oriundos de posturas subjetivistas que se recusam a reconhecer a conexão entre o referido dispositivo legal e o sentido do *ser* do dever de fundamentar as decisões judiciais estabelecido na Constituição Federal. É uma clara demonstração de que

Bourdieu publicado na Revista Cult (n. 128, ano 11, set., 2008) e elaborado por Socha (2008), por *habitus* pode ser compreendido o “sistema aberto de disposições, ações e percepções que os indivíduos adquirem com o tempo em suas experiências sociais (tanto na dimensão material, corpórea, quanto simbólica, cultural, entre outras). O *habitus* vai, no entanto, além do indivíduo, diz respeito às estruturas relacionais nas quais está inserido, possibilitando a compreensão tanto de sua posição num campo quanto seu conjunto de capitais. Bourdieu pretende, assim, superar a antinomia entre objetivismo (no caso, preponderância das estruturas sociais sobre as ações do sujeito) e subjetivismo (primazia da ação do sujeito em relação às determinações sociais) nas ciências humanas (ver estratégia). Segundo Maria Drosila Vasconcelos, trata-se de “uma matriz, determinada pela posição social do indivíduo que lhe permite pensar, ver e agir nas mais variadas situações. O *habitus* traduz, dessa forma, estilos de vida, julgamentos políticos, morais, estéticos. Ele é também um meio de ação que permite criar ou desenvolver estratégias individuais ou coletivas”. (SOCHA, 2008). Por sua vez, para Streck (2014a), que acrescentou a palavra *dogmaticus* à expressão *habitus* – para indicar se trata de um conjunto de crença da dogmática jurídica, ou seja, do sistema oficial do direito – equivale ou é o resultado de um senso comum teórico, no qual os juristas estariam inseridos. Para Streck (2014a), esse *habitus* é o que impede os juristas de perceberem as contradições do sistema jurídico, visto que não aparecem aos seus olhos porque eles estão presos a um processo de justificação da coerência do próprio discurso. Neste sentido, diz Streck (2014a): “o senso comum teórico é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O senso comum teórico institui uma espécie de *habitus* (Bourdieu), ou seja, predisposições compartilhadas, no âmbito do imaginário dos juristas. Isso porque, segundo Bourdieu, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero *habitus*, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte seu saber profissional em uma espécie de ‘capital simbólico’, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos”. (STRECK, 2014a, p. 85). Tudo não seria outra coisa senão o resultado daquilo que Bourdieu (2012) chama de violência simbólica, “termo que explicaria a adesão dos dominados em um campo: trata-se da dominação consentida, pela aceitação das regras e crenças partilhadas como se fossem “naturais”, e da incapacidade crítica de reconhecer o caráter arbitrário de tais regras impostas pelas autoridades dominantes de um campo”. (SOCHA, 2008).

ignoram uma das principais construções de Heidegger (2013), quando diz que *ser* e *ente* não se separam, havendo entre eles apenas uma diferença ontológica, por força de que todo *ser* é *ser* de um *ente* e o *ente* só existe em seu *ser*.

Isso significa dizer que as posturas que desprezam o papel que representa o artigo 489, § 1º, do atual CPC, dependendo da perspectiva, tanto podem ser compreensivas como incompreensivas.

De fato, a se considerar a dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais abordada no capítulo 3, o sentido do detalhamento da fundamentação é o de densificar a garantia constitucional do dever de fundamentar as decisões judiciais (art. 93, IX, CF), fazendo o fechamento dessa obrigação como sistema, na medida em que o referido dispositivo legal adere, cola mesmo, por assim dizer, ao dever/garantia constitucional. E a conexão entre eles se revela tão forte que, da mesma forma que se dá a relação entre o *ser* e o seu *ente*, na produção do sentido do dever de fundamentar (que é paradigmático), um (§ 1º do artigo 489, CPC) não pode ser compreendido sem o outro (norma constitucional do art. 93, IX).

É por força da diferença ontológica, no melhor sentido *heideggeriano*, entre os textos e as normas de ambos os dispositivos (legal e constitucional), bem como diante da estrita relação entre eles, que, na presente pesquisa, como uma das contribuições pessoais, se reivindicou, na forma do subitem 6.2 e seguintes, a pretensão, não obstante se tratar de uma regulação prevista apenas na atual legislação processual civil, de elevar o *status* da norma contida no § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 à condição de *dever geral* (dirigido a todos os órgãos do Poder Judiciário) de fundamentar, dado que nenhuma outra legislação processual (trabalhista, penal ou eleitoral) consegue fazer semelhante acoplagem.

De acordo com Morin (2011, p. 265), “os indivíduos conhecem, pensam e agem conforme os paradigmas neles inscritos culturalmente” e os sistemas de ideias são radicalmente organizados a partir de um paradigma. Romper com um paradigma não é mesmo fácil, tanto que o pensador francês chega a comparar as teorias vinculadas a determinados paradigmas como verdadeiros cães de guarda dispostos a atacar furiosamente tudo aquilo que pode representar uma ameaça.

Ainda de acordo com Morin (2011), uma mudança de paradigma revoluciona porque ataca as evidências, lesa interesses e suscita enormes resistências. Destaca ainda que “a revolução paradigmática depende de condições históricas, sociais e culturais que nenhuma consciência seria capaz de controlar. Mas depende também de uma revolução própria à consciência”. (MORIN, 2011, p. 293-294).

Como então justificar, ou pelo menos explicar, a resistência dos juízes em fundamentar detalhadamente suas decisões com estrita observância das condições estabelecidas no Código de Processo Civil?

De todas as respostas possíveis, opta-se por uma delas: tudo é uma questão de paradigma, que pode ser vista a partir de uma dupla perspectiva. Isso permite chegar à conclusão de que a resistência é incompreensível, sem deixar de ser compreensível. Tudo dependerá do *locus* da fala, dos paradigmas que estão por trás das decisões. Dito de outro modo: tudo é uma questão de paradigmas, ainda que, dependendo da leitura, se trate de um paradigma superado.

Em síntese, a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais comporta duas leituras: é compreensível porque é paradigmática (no sentido de ligada a um determinado *standard* de racionalidade); por outro lado, ela é incompreensível, porque o paradigma ao qual se liga é ultrapassado e incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito abraçado pela República Federativa brasileira, daí se dizer que a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais é (in)compreensível, numa palavra: *tudo é uma questão de paradigma*.

É disso que se tratará em seguida, quando então se concluirá que a resistência é compreensível, se vista na perspectiva do paradigma da subjetividade ou da filosofia da consciência. Mas será radicalmente incompreensível, se vista sob a ótica do paradigma da intersubjetividade.

Deve se esclarecer, contudo, que, embora a resistência ao dever de fundamentar admita uma dupla leitura, a depender do paradigma filosófico dentro do qual o intérprete judicial se movimenta, uma decisão judicial somente será considerada fundamentada, quando essa resistência é zero, o que significa dizer que naquela decisão as três dimensões (filosófica, histórica e jurídica) paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais se encontram presentes. Elas atravessaram-na.

Nesse sentido, dependendo da lente com que se dirija o olhar, uma decisão judicial em que a fundamentação seja deficiente, ou completamente ausente, pode até ser compreensível, ou seja, ela carrega com ela determinadas pré-compreensões que denunciam o *standard* de racionalidade ao qual se encontra vinculada. Jamais, porém, será considerada devidamente fundamentada, hipótese em que o inciso IX do artigo 93 da CFB e o § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 foram ignorados. Vilipendiados, por assim dizer. E se não se trata de uma decisão fundamentada, atribui-se ao fato de que a referida decisão não se encontra atravessada

pelas dimensões paradigmáticas. Na prática, uma delas ou o próprio conjunto das três dimensões não se faz presente na decisão.

6.3.5.1 A Perspectiva do Sujeito: resistência compreensível

No prólogo do presente estudo foi demonstrado que o destino dos juízes, na França revolucionária, foi, em certa medida, o resultado do embate entre o Emmanuel Joseph Sieyès, que os queria fora da República, tal como Platão fez com os poetas. Se o abade foi tão radical a ponto de querer expungir o juiz do Estado Moderno²⁸⁹, o barão Charles de Montesquieu, cuja

²⁸⁹ Muito embora centralizado entre Sieyès e Montesquieu, o embate não se limitou a eles. Para um histórico acerca desse debate de ideias, consultar o clássico *O juiz e a função jurisdicional* (Rio de Janeiro: Forense, 1958), de Mário Guimarães. Dentre outros registros, Guimarães (1958) aponta que desde a revolução francesa já se dizia que não havia lugar senão para dois poderes: o Legislativo que elabora a lei e o Executivo, que a executa. “Toda a atividade judiciária não é mais do que um incidente na aplicação das normas legais. Coube a Cazalès expender, pela primeira vez, tal opinião, durante a Assembleia francesa, a 5 de maio de 1790. Outros parlamentares – Mirabeau, Mounier, Marvy, Garat, lhe deram força”. (GUIMARÃES, 1958, p. 42). De acordo ainda com Guimarães, para aqueles teóricos, numa decisão judicial não se manifesta ato de vontade e, mesmo quando um juiz interpreta a lei, sua vontade não intervém ou pelo menos não dever intervir. Guimarães (1958) também registra que o jurista francês Maurice Hauriou reconhece três poderes no Estado, nenhum deles, contudo, é o Judiciário: “Hauriou reconhece no Estado três poderes: o executivo, o deliberativo ou legislativo e o poder de sufrágio. Não inclui o Judiciário. E proclama ser chegado o momento de declarar francamente que o sistema administrativo francês exclui, do rol dos poderes públicos, o poder de julgar. Como o juiz não cria o Direito, e apenas o aplica na conformidade da lei, não lhe concebe Hauriou nenhum poder político. O grande defeito do sistema americano, sustenta ele, foi ter feito do juiz poder político e submetido os Estados Unidos ao *governo dos juízes*”. (GUIMARÃES, 1958, p. 43, grifo do autor). Essa questão, contudo, embora superada, ainda produz alguns estragos. No Brasil, por exemplo, não há dúvida de que os poderes constituídos do Estado são em número de três, Legislativo, Executivo e Judiciário. Tais poderes, contudo, são exercidos em nome do povo, que é o seu verdadeiro titular. Não há dúvida, portanto, que o Estado brasileiro, como todo estado moderno, é estruturado a partir de três poderes independentes e harmônicos entre si, como registra o artigo 2º da Constituição Federal. Esses poderes, contudo, são exercidos em nome do povo, que é o verdadeiro titular, como fica claro no parágrafo único do artigo 1º, da Constituição Federal, muito embora ali se diga que o poder que emana do povo, quando não exercido diretamente por ele, o é por meio de seus representantes eleitos, o que restringiria essa representação popular aos membros do Legislativo e ao Chefe do Executivo. Uma leitura apressada, portanto, do referido parágrafo pode levar à conclusão de que o Poder Judiciário não teria representação popular, não falaria em nome do povo, uma vez que, no caso brasileiro, os juízes não são detentores de um mandato popular, não são eleitos pelo voto, visto que a forma de recrutamento e ingresso na carreira se dá pelo concurso público, com a ressalva das hipóteses de nomeação política (livre ou diante de uma lista tríplice) previstas na própria Constituição, como é o caso do preenchimento de vagas de ministros do Supremo Tribunal Federal, dos tribunais superiores e das vagas destinados ao quinto constitucional nos tribunais superiores e regionais. Portanto, embora não haja uma referência expressa, os juízes também são representantes do povo. Para Costa (2019), a enunciação da soberania popular no parágrafo único do artigo 1º da CF é restritiva, pois reduz a representatividade do povo aos membros eleitos do Legislativo e do Executivo, com o que exclui os juízes dessa representação, omissão essa que não deixa de ser um equívoco porque, embora não eleitos, os juízes também exercem o poder emanado do povo. Essa circunstância faz com que Costa (2019) sustente que, diante da restrição, o referido parágrafo deve ser lido da seguinte forma: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos e não eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (COSTA, 2019). Imaginar o contrário seria o mesmo que alimentar uma velha discussão em cujo contexto se sustenta que jurisdição não é, rigorosamente, um poder, sendo apenas uma função do serviço público. Talvez esteja aí uma das raízes do problema. É provável que juízes que hoje agem como se fosse o dono da lei, conferindo-lhe o sentido de acordo com a sua consciência,

teoria da separação dos poderes se sagrou vencedora, manteve o Poder Judiciário dentro da estrutura do poder estatal, mas, ressabiado, por conta do histórico da magistratura vinculada ao regime absolutista, minimizou seu papel²⁹⁰, precavendo-se com um antídoto poderoso: os códigos, em decorrência dos quais, ao juiz coube apenas a função de pronunciar a letra da lei. O resto é história e essa muda com o tempo. Com o juiz e as decisões ocorrem o mesmo. Nenhum juiz pode se dar ao luxo de decidir fora do tempo. Como dirá Streck, o juiz não é mais a boca da lei, mas, também não pode se converter (de novo) no dono da lei. Os tempos são outros. O século XIX não passa de um retrato na parede. Ou como diz Riguax (1997), atualmente ninguém mais ousa dizer e sustentar que o juiz é apenas a boca que expressa a vontade da lei, muito embora “as opiniões continuam a divergir sobre a necessidade e, em princípio, sobre o alcance do seu poder de apreciação”. (RIGUAX, 1997, p. 72).

O jurista belga deixa claro que a aplicação do direito não pode ser reduzida a um mero mecanismo, muito menos a uma série de operações puramente lógicas, isso por uma razão bem simples e de já há muito conhecida: nem sempre um fato se ajusta a uma regra jurídica previamente estabelecida, pois, por mais variadas e hipotéticas que se apresentem, não bastam, não conseguem abarcar a complexidade da vida. De acordo com Riguax (1997), não apenas os fatos não são facilmente verificáveis, como também o direito aplicável, muitas vezes, se mostra vago, antinômico ou incompleto. Nesses casos, se ao juiz é conferida “uma função propriamente criadora” é a de fazer um mútuo ajustamento entre fato e direito, mesmo porque “nunca ninguém pretendeu que ela tivesse a ilusória facilidade de uma operação puramente lógica ou mecânica”. (RIGUAX, 1997, p. 73).

Intui-se da fala de Riguax que esse “mútuo ajustamento”, embora possa até ser entendido como função criadora do juiz, tem seus limites. Dito do outro modo: uma coisa é fazer um ajuste dentro de determinadas balizas. Coisa diferente é subverter a lei ou criar outra para ajustá-la ao fato. Ou talvez isso seja uma questão de paradigma.

É o que deixa claro no seguinte enunciado:

Contudo, a ideia que por vezes surge, segundo a qual a intuição do juiz é suficiente para tudo, tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os factos e adaptar-lhes o dispositivo, dever ser decididamente combatida. Na sua variante mais perversa, esta doutrina mostra a motivação do julgamento como sendo um raciocínio fictício que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão que teria por única fonte a consciência, o

assim o fazem porque ainda são reféns de uma crise de identidade entre ser ou não poder. E, muitas vezes, para reafirmar essa condição de poder, acabam por abusar desse mesmo poder.

²⁹⁰ Garapon (1996) vai chamar esse fenômeno de “hostilidade secular para com o juiz”, em decorrência do qual a França se tornou “um laboratório interessante da transformação da democracia”. (GARAPON, 1996, p. 31).

sentido de justiça ou a retidão do magistrado. Não é impossível que existam juízes a trabalhar dessa forma, mas o papel da doutrina não é o de os encorajar ou de lhes dar razão²⁹¹. Se a razão prática tem um sentido, é o de orientar a acção e, no caso dos juristas, o de preparar e levar a cabo os conselhos que dão ou as decisões que produzem. (RIGUAX, 1997, p. 73).

Já se passaram mais de 200 anos (do século XIX para o XXI). A partir da segunda metade do século XX, o espaço conquistado pelo Judiciário em relação ao Legislativo só tem aumentado. Por outro lado, há um esforço constante no sentido de demonstrar que proibição de interpretação e controle hermenêutico das decisões judiciais são fenômenos distintos, pois, ao fim e ao cabo, trata-se de uma questão de democracia, mesmo porque atualmente não há quem ouse dizer que o juiz deve ser apenas a boca da lei, como diz Riguax (1997). A despeito de tudo isso, ainda assim espalham-se decisões judiciais no Brasil em relação às quais não se vislumbra a presença de nenhuma das dimensões paradigmáticas do dever de fundamentar. Dizendo com outras palavras: não são fundamentadas. Não atendem a nenhum critério jurídico, não se submetem ao império da lei ou do direito. Em verdade, boa parte delas se trata de decisões fundadas em leis particulares, criadas pelos próprios juízes²⁹².

Como se existisse uma questão ontológica nunca superada ou efeito de um atavismo acerca do qual nunca houve libertação, como se os juízes, de um modo geral, ainda vivessem sob um estado de eterna ressaca moral. São ondas que sempre voltam como que para verrumar-lhe o juízo. É como se a figura do *juiz boca da lei* fosse uma cadáver insepulto a rondar o dia a dia do magistrado na hora de decidir ou um fantasma a assombrar sua consciência a ponto de provocar-lhe pesadelos, como se, em pleno século XXI, ainda pudesse ser possível o juiz cumprir apenas o papel de mero pronunciador da boca da lei.

O trauma é antigo e para esse estado de coisa muito contribuiu a ideia, também surgida na Europa Ocidental, e na esteira da teoria da separação dos poderes, de que o poder do juiz é nulo. Enfim, aquela velha condição existencial de ser ou não poder que sempre volta, tal como abordado na nota de rodapé explicativa nº. 289.

Com efeito, de acordo com que registra Tarello (1995), na estruturação dos poderes do Estado Moderno concebida por Montesquieu, o Judiciário, do ponto de vista cultural e estrutural, não tem a configuração de um poder político, tanto que os juízes não respondem politicamente por seus atos, tratando-se, portanto, à vista de seus pares, sobretudo o

²⁹¹ Streck vai mais além: diz que o papel da doutrina é o de constrangimento.

²⁹² Que fique claro que essa postura não se aplica a todos os juízes, mas a uma boa parte deles.

Legislativo, de um poder nulo no sentido de que não cria direito novo, limitando-se a aplicar a regra pré-constituída²⁹³.

É o que se deduz do seguinte trecho:

La separación dos los poderes encuentra, como ponto de partida histórico, em la mitad del siglo XVIII, una doctrina de Montesquieu. Este último, adaptando conceptualizaciones precedentes, considera poder individualizaf em cada Estado três poderes típicos, denominados por el ‘poder legislativo’, ‘poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil’ (o ‘poder de juzgar’) y ‘poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de las gentes’. El ‘poder legislativo’ se entendia como poder de producir reglas normativas de carácter general em las materias del derecho privado y del derecho penal para aplicarse al interior del Estado; esto ES, de producir aquello que en su conjunto em el léxico montesquieano constituía el *derecho civil*. El ‘poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil’ se entendia como poder de declarar, em el caso concreto, la consecuencia derivable silogísticamente de subsumir el caso concreto bajo una regal general preconstituída: si trata de um ‘poder nulo’], em el sentido de que no produce derecho novo sino que se limita a actuar el derecho preconstituído, asi que esta teoria montesquieana del poder judicial está em la base de toda configuración cultural y estructural, em la Europa continental, del juez como apolítico y por ello no responsable políticamente. El ‘poder ejecutivo delas cosas que dependen del derecho de las gentes’ era entendido como poder pleno, ya que la materia ‘derecho de las gentes’ para Montesquieu comprendía las relaciones entre Estados o soberanos [...] y las relaciones entre soberano y súbditos. (TARELLO, 1995, p. 148, grifo do autor).

Por outro lado, Tarello (1995) lembra que na mesma medida em que se dissemina a ideia segundo a qual o Poder Judiciário se configura como um poder nulo, e por essa razão mesma os juízes não exercem um poder político porque atuam somente na aplicação e não na criação do direito, também se concebe os juízes como garantidores da ordem jurídica, bem como independentes em relação aos outros poderes, ficando sujeitos somente à lei, visto que na medida em se incorpora a ideia segundo a qual “lós jueces no ejercen um poder “político” porque actúan pero no innovan el derecho preconstituído, em aquella misma medida los jueces se conciben como garantes de la organización jurídica y se pretende que Sean independientes de cualquier otro poder y sometidos solo ala ley”. (TARELLO, 1995, p. 149).

²⁹³ Ao que parece, desde a origem (revolução francesa), toda a teoria que sustentou a ideia de que o Poder Judiciário não seria um *poder político* e, em não sendo, seria um poder nulo, parte do pressuposto que só é poder, quando ele pode criar o direito, por isso o Judiciário, por não criar, exerceria apenas uma função como órgão do serviço público. O argumento, contudo, não tem consistência ou é, no mínimo, contraditório. Nesse sentido, a prevalecer essa ideia, o Executivo também não seria *poder* porque não cria direito. E contra o Executivo nunca, desde sempre, se lançou qualquer dúvida. E nem poderia, na medida em que, muito antes do alvorecer do Estado moderno, o monarca tinha na figura do governante o seu principal papel, que abarcava também as funções de legislador e de juiz. Sendo assim, muito provavelmente o que justifica o tratamento, desde sempre, diferenciado ao Judiciário tenha relação direta com o seu passado histórico. A verdadeira motivação, nesse sentido, seria política e não qualquer outra.

Contudo, a contrapartida de que fala Tarello (1995), como uma espécie de compensação diante da nulidade do Poder Judiciário no sentido ali expresso, não parece ser suficiente. Pelo menos é o que se constata do estado da arte das decisões judiciais no Brasil, dado que boa parte dos juízes, quando não negam, não se contentam simplesmente com a aplicação da lei diante de um caso concreto. Querem mais que isso. Ou quem sabe, não se trate de uma espécie de síndrome de Prometeu. Nesse sentido, o juiz seria um Prometeu tardio. Explica-se.

A mitologia grega revela que o desejo do homem de ser à imagem e semelhança de Deus é tão antigo quanto o próprio homem. Na verdade, está na sua própria origem. A história é conhecida. Foi contada pelo poeta Hesíodo e pelo dramaturgo Ésquilo.

De acordo com Domingues (1999), Hesíodo ao retratar a história de Prometeu, considerado o pai dos homens, revela, ao final, todo o peso do destino e da dualidade da condição dos homens: “mortais e miseráveis, mas também desejosos de serem deuses, buscando no conhecimento e no trabalho o meio de se igualarem-se às potências divinas e de medirem forças com elas”. (DOMINGUES, 1999, p. 17).

Conta-se que Prometeu, um titã²⁹⁴, ao misturar com suas lágrimas o próprio barro que arranca com as mãos, fez o homem à imagem dos deuses. Ao final, achou a obra tão perfeita, em tudo semelhante aos deuses, mas ainda lhe faltava o mais importante: a vida. E deu-lhes a vida. Mas ainda faltava alguma coisa: o sopro divino, ou seja, “a faísca do espírito divino, aquela que os tornará capazes de pensar, deliberar e de agir, e, assim, de igualarem-se aos deuses”. (DOMINGUES, 1999, p. 18).

E foi graças à ajuda da deusa Atena que ao homem foi concedida uma alma, tornando-o quase um deus. O homem tem uma alma, mas ainda não sabe o que fazer com ela. Faltava-lhe, portanto, o conhecimento. Então Prometeu rouba o fogo de Zeus, o que lhe vai custar caro, pois Zeus lhe imporá um castigo²⁹⁵.

Domingues (1999) lembra que com o sacrifício de Prometeu, abandonado que foi a si mesmo, o estado final no qual resultou o homem, resume-se no seguinte: permaneceu portador do espírito divino, visto que continua possuindo uma alma; é perfeito, tal como os deuses; mas, por ser feito de barro, é imperfeito. E por ser mortal e miserável, jamais se livrará dessa condição, isso sem dizer de outro paradoxo: o trabalho, por meio do qual o homem pode se

²⁹⁴ Nem Deus e nem homem

²⁹⁵ Vingativo, Zeus, que temia que os homens (mortais) ficassem tão poderosos quanto os deuses (imortais), não perdoou o insulto e o acorrentou numa rocha por toda a eternidade, onde uma grande águia toda noite comia-lhe o fígado que, no dia seguinte, se regenerava. Esse castigo só tem fim quando Herácles, um dos heróis gregos, mata a águia com uma flechada e liberta Prometeu, que se torna um deus em seguida.

igualar-se aos deuses, também é pena, fadiga, “testemunho de sua condição mortal, e, como a doença, desse fardo ele só se livra com a morte”. (DOMINGUES, 1999, p. 18).

Segundo Domingues (1999, p. 18), “essa narrativa, tão rica em ensinamentos, nos mostra que desde os tempos arcaicos os antigos estavam convencidos de que é na alma que reside a natureza do próprio homem, e de que é seu espírito divino que faz dele a mais divina das criaturas”.

Lembra, contudo, Domingues (1999) que, se no momento inicial em que foram dotados de uma alma, os homens não souberam o que fazer com ela, a não ser dedicar devoção e respeito, afinal era ela que os aproximava dos deuses, com o surgimento do conhecimento (*logos*), que também implicou a redescoberta da própria alma, “o homem logo aprende o que fazer com ela: usá-la como instrumento de conhecimento, primeiro das coisas, depois dos homens, quando finalmente ela se dobra sobre si mesma (consciência de si)”. (DOMINGUES, 1999, p. 18).

E como se sabe, no plano temporal ou na história da humanidade, essa virada tem uma data certa: ocorre na modernidade. E como diz Domingues (1999), a modernidade vem a ser a época em que a alma se transfere do mundo das coisas para o mundo dos homens. É a partir desse momento que os homens passam a acreditar que são suficientemente fortes e poderosos, tal qual um novo Prometeu, “se não para elevarem-se contra a divindade e se imporem aos deuses, ao menos para prescindirem de sua proteção e dispensarem seus serviços”. (DOMINGUES, 1999, p. 32).

Segundo Domingues (1999), é na modernidade que o homem se torna Deus e começa a falar de um conhecimento absolutamente fundado:

Torna-se Deus porque perdeu a alteridade e só tem a si mesmo em seu horizonte, ficando o conhecimento a depender só dele. Começa a falar de um conhecimento absolutamente fundado, porque reconhece que as faculdades que nos levam à verdade podem induzir-nos ao erro (a razão e os sentidos nos podem enganar), e a desconfiança em relação aos seus poderes, experienciada na solidão do *cogito*, leva-o a duvidar de tudo antes de instalar a verdade e fixá-la como certeza. De novo é o homem-medida que funda a verdade, mas dele se espera bem mais. Descartes leva a sério Montaigne que diz que a batalha das certezas do conhecimento é decidida pelo próprio sujeito, e trata de fundar o conhecimento na subjetividade. (DOMINGUES, 1999, p. 353-354, grifo do autor.).

Como destaca Domingues (1999, p. 352), sendo o homem um ser da falta, o seu grande problema reside no fato de que ele queria ser deus, mas os deuses não permitiram que

ele realizasse esse desejo. Mais que isso, o castigaram com a morte, com a decadência do corpo, com as doenças e as penas do trabalho.

Talvez, no fundo, seja essa a grande questão. Como sem criação ninguém pode ser deus e como o desejo de produzir divindades ainda é latente, para superar o trauma ainda persistente da ausência do poder político, da configuração do Poder Judiciário como poder nulo, no sentido de que não produz, apenas aplica o direito, já se tornou comum o fato de juízes subverterem a lei. Isso ocorre, quando o juiz resiste à aplicação de uma lei ou manifesta o desejo de ter uma para chamá-la de sua. É o que acontece, quando não admite que suas decisões sejam objeto de controle ou quando decide de acordo com a sua consciência, típica postura de quem ainda está preso às teias da modernidade²⁹⁶.

Nesse cenário, a resistência ao dever de fundamentar, em verdade, tem como causa duas questões anteriores: uma imediata, outra remota. Quanto à imediata, trata-se de resistência à lei e à própria Constituição. A questão remota diz respeito à não aceitação por parte do juiz de sua função dentro da estrutura do Estado. Embora se trate de uma questão superada, o juiz está sempre às voltas com um dilema de ser ou não ser um poder político pleno. Esse papel não lhe basta, quer mais. É quando se sente um deus. Isso ocorre quando ele se movimenta dentro de um determinado paradigma.

No Pós-fácio ao livro *Discrecionabilidade administrativa e judicial*, de autoria de Abboud (2014), na mesma linha de entendimento de Stein (2004), Streck (2014, p. 498) afirma que não há teoria do direito sem filosofia e nem se pode falar de paradigmas jurídicos sem falar de paradigmas filosóficos, uma vez que eles necessariamente atravessam os diversos campos de conhecimento.

Para Streck (2014, p. 498), ao se falar em poder discricionário, há uma referência necessária ao paradigma da subjetividade, que seria o *locus* natural da discrecionabilidade subjetiva, sendo neste caso ao falar de positivismo exegetico, necessariamente terá que se reportar ao objetivismo filosófico. Por outro lado, quando se trata da superação do subjetivismo e do objetivismo, ele está falando a partir do terceiro grande paradigma

²⁹⁶ Voltando novamente ao tema: trata-se, de fato, de um problema que assume ares dramáticos. No fundo, ainda hoje há juízes que se debatem com a questão de ser ou não ser poder. Pegue-se o exemplo do parágrafo único do artigo 1º, da Constituição Federal. Ali se diz que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes *eleitos* ou diretamente, nos termos do próprio texto constitucional. A se considerar que juízes não são eleitos para o cargo de magistrado, por exclusão, o Judiciário não é Poder. Lado outro, a considerar como Poder somente aquele que tem o poder de criação de algo (o direito, a lei), então o Judiciário, de novo, não é Poder, porque não cria lei, apenas aplica a norma precedentemente criada, voltando os olhos para o passado, nunca para o futuro. E nada é mais frustrante para quem alimenta desejos divinatórios ou tem sede de poder do que não ter o poder de interferir diretamente no futuro. De novo: talvez isso explique o grande dilema no qual se encontra mergulhado o juiz: o de dividir-se entre a maldição de ser a boca da lei e a tentação divina de ser dono dela.

filosófico que invade o século XX, o paradigma da intersubjetividade, responsável pelo deslocamento do problema representado pelo esquema sujeito-objeto em direção da relação sujeito-sujeito, o que significa dizer que “tenho de me referir aos dois movimentos que se deram a partir dos anos 10-20 do século XX, o *linguistic turn* e o *ontologic turn*”. (STRECK, 2014, p. 498).

É possível, então, entender que a resistência é compreensível a partir de determinado paradigma. E a questão vem de longe. Em verdade, remonta a Hans Kelsen.

De fato, Kelsen é tido como o primeiro positivista normativo. Responsável por ter superado o primitivo positivismo exegético, o jurista austríaco não enfrentou o resultado decorrente da superação: a discricionariedade (subjetivismo) judicial. Agiu como quem liberta um cavalo selvagem das peias, sem domá-lo antes. As consequências, portanto, vieram depois: domá-lo em pleno galope ficou mais difícil.

É por isso que hoje não se pode falar em controle hermenêutico das decisões judiciais porque esse discurso facilmente é confundido como uma pretensão de repristinar a proibição do juiz interpretar.

Kelsen libertou o juiz do cativo sem enfrentar o problema da discricionariedade. É por isso que Streck não demonstra exaustão ao repetir um mantra: o de que todos os positivismos que vieram depois de Kelsen, a exemplo do de Hart, assim como algumas teorias argumentativas, apenas repetem o que Kelsen já fizera: dão um salto sobre o positivismo exegético. Nenhum deles, contudo, enfrenta o principal problema do positivismo jurídico, que é a discricionariedade. Dentre outras obras, isso pode ser visto em *Verdade e Consenso* (2017c).

Nesse sentido, pode-se dizer que a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais, em verdade, é apenas um dos aspectos de um problema mais geral, que é a resistência ao controle hermenêutico das decisões judiciais, uma vez que, mesmo depois de passados mais de dois séculos após a superação do positivismo exegético por Kelsen, ainda hoje se aposta no protagonismo judicial.

Então, quando um juiz se recusa a cumprir o que dispõe o CPC de 2015 em matéria de fundamentação das decisões judiciais, em verdade ele apenas está demonstrando que ainda está vinculado a um paradigma já superado, o que não garante que ele tenha essa percepção.

De acordo com Stein (2004), se costuma chamar de *a priori* os pressupostos de uma filosofia, sendo que “é por isso que não existem linguagens filosóficas coincidentes”. E diz mais: “um filósofo propriamente só pode falar de outro filósofo assumindo a posição do outro filósofo, pois ele entra no *a priori* do outro”. (STEIN, 2004, p. 124).

É isso que ocorre com o juiz quando ele decide de acordo com a sua consciência. Ao fazê-lo, ignora a dimensão filosófica da fundamentação das decisões judiciais. Talvez seja isso que explique um pouco o fenômeno: ele fala de dentro de um paradigma e é preciso que haja uma revolução científica para que ele mude de um paradigma para outro. Ele precisa ser efetivamente constrangido a fazer isso, caso contrário nunca terá a percepção de que uma revolução científica aconteceu e um novo paradigma ocupa o lugar do velho.

Enquanto isso não ocorrer, a história de juízes que agem como se fossem donos da lei continuará a acontecer, como aquela que noticia a atitude que determinado juiz adotou, logo que o CPC de 2015 entrou em vigor. Conta-se que ele colocou uma placa no seu gabinete dizendo que o Código de Processo Civil, naquela vara, somente entraria em vigor um ano depois, data em que se afastaria do cargo em decorrência de sua aposentadoria.

Não se sabe exatamente se a narrativa contada é fato ou lenda. O que se sabe é que, quando a lenda é maior que o fato, normalmente é a lenda que é publicada, com prejuízo para o fato.

De toda sorte, fato ou não, não custa lembrar que, ao tomar posse e ser investido no cargo, o juiz firma o compromisso de cumprir e fazer cumprir as leis e a Constituição de seu país. Portanto, tamanha é a arbitrariedade na história contada, que é melhor que a narrativa seja classificada como lenda, caso contrário, o reconhecimento de que o direito fracassou seria inevitável.

Outro exemplo de onipotência é a resposta do juiz que deixou de apreciar uma solicitação de outro colega somente pelo fato de que este não usara o pronome de tratamento adequado. No lugar do sonoro e imponente “vossa excelência”, o colega, inadvertidamente, lançou mão de um simples “vossa senhoria”. Foi o bastante para ser solenemente ignorado, com direito a ouvir que sua solicitação não seria atendida, por conta do erro no tratamento pronominal.

Para o sim e para o não, corre a lenda, o que leva a uma conclusão: juízes como aquele que prorrogou o prazo de vacância da Lei. 13.105/17 até a data de sua aposentadoria, são assim uma espécie de Prometeu da modernidade tardio. Não desistiu de ser Deus. Ele tem sua própria lei ou aplica aquela que atende aos seus instintos. Sendo necessário, para fazer impor sua vontade, cria uma lei *ad hoc* para cada caso concreto. Ele está preso a um paradigma. Por escolha própria ou porque ainda não se deu conta de que o paradigma sobre o qual se movimenta está superado.

E se por acaso não se trata bem de um Prometeu tardio que não desistiu de ser Deus, é porque ainda se recusa a ser um mero exemplar da *espécie do reino do meio*. Explica-se: trata-

se da descrição do lugar que o homem ocupa no universo segundo a concepção de Giovanni Pico della Mirandola. De acordo com o filósofo florentino, considerando que no universo há diversos tipos de vida, tanto no reino animal como no vegetal, o homem sendo o mínimo do máximo não podia ser Deus. Por outro lado, sendo o máximo do mínimo, não poderia ser comparado a um vegetal ou a um animal irracional. Disso, resulta que o homem é o mínimo do máximo e é também o máximo do mínimo, ou seja, uma espécie de reino do meio, dilema que nunca conseguiu superar, por isso, quando tem uma chance, faz as vezes de Deus²⁹⁷.

Esforços divinos à parte, há se registrar também que Stein (2004) considera que a escolha definitiva de um paradigma dependerá de motivações e acrescenta que o problema das motivações “talvez vez se constitua o maior enigma da atividade filosófica”. (STEIN, 2004, p. 128).

Talvez essa seja uma das chaves de leitura da postura do juiz que se recusou a aplicar o CPC de 2015: não teve nenhuma motivação para reconhecer que a nova legislação processual representa uma mudança de paradigma e que aquele no qual ele se sustentava e se movimentava não mais se justifica. E isso mesmo a despeito do constrangimento de boa parte da doutrina que diariamente demonstra que, em pleno século XXI, portanto há mais de 200 da modernidade, e diante de um modelo de Estado Democrático de Direito abraçado pelo Brasil com a Constituição de 1988, não há mais espaço para a discricionariedade, para a apropriação dos sentidos, para o sentimento de justiça ou propriedade sobre uma lei.

Esse juiz se sente confortável, ainda que a doutrina venha cumprindo o seu papel de constrangimento ao demonstrar de forma exaustiva que o momento é outro. Ele não se abala e segue incólume. Trata-se de um Prometeu tardio que, por opção própria, se encontra preso às correntes da modernidade que, como afirma Domingues (1999), é o tempo em que o homem se torna Deus. E ainda que a doutrina prossiga no cumprimento de seu papel, suas bicadas constrangedoras não são suficientes, à vista da razão prática: no dia seguinte o sujeito da modernidade se regenera e segue confortável decidindo conforme sua consciência.

Para concluir: talvez não exista exemplo mais emblemático a ilustrar a ideia do juiz que, ao contrário do poeta que se sente pequeno diante da grandeza do mundo²⁹⁸, se sente capaz de captar todos os sentimentos do mundo a partir de sua consciência, uma espécie de antena parabólica, que, dentro do mundo, o situa “em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material”, como registra Pinheiro (2007) na reportagem intitulada “Deusa da corte: o juiz é superior a qualquer ser

²⁹⁷ Esse relato é lembrado por Stein (1996).

²⁹⁸ A referência, por óbvio, é ao poeta Drummond que no poema *O sentimento do mundo*, no qual ele afirma que só tem duas mãos e o sentimento do mundo.

matéria, diz juíza” publicada na revista eletrônica *Consultor Jurídico*. Trata-se, em outras palavras, do próprio Deus em movimento.

Vista a questão sob essa perspectiva, ou seja, a partir de um ser iluminado que tem uma visão privilegiada do mundo e que se acha absoluto, a resistência ao dever de fundamentação é perfeitamente compreensível. E é uma questão de paradigma.

6.3.5.2 A Perspectiva Dialógica (Intersubjetividade): resistência incompreensível

De acordo com Silva e Bahia (2018, p. 37), “a fundamentação [da decisão judicial] tem um sentido substancial de submissão dos atos jurisdicionais ao Estado do Direito”. Isso significa, a três tempos, dizer que o discurso do juiz ao decidir: *i*) é público, portanto compartilhado, intersubjetivo, o que aponta para presença de uma dimensão filosófica; *ii*) é, diante de sua responsabilidade política, modo de prestação de contas de seus atos, instrumento por meio do qual se legitima perante a sociedade e representa o ponto de chegada da dimensão histórica; *iii*) demonstra que, em reconhecimento da autonomia e do império do direito, o critério utilizado para decidir foi exclusivamente jurídico, no sentido de que resultou do triunfo do direito frente às ilegítimas pretensões de sua correção por parte de agentes externos, o que revela na decisão judicial a presença da terceira dimensão (jurídica) paradigmática da fundamentação.

Essa é a fisiologia. É o que se espera de uma decisão judicial. Mas, e quando isso não ocorre, o que dizer? Diz-se que o cenário é de um quadro patológico.

Diante disso, na companhia de Schmitz (2015), oportuno indagar: no modelo do Estado Democrático de Direito, existem condições de possibilidade do ponto de vista do princípio democrático para que o sentido do direito seja atribuído livremente por um juiz?

Dito de outro modo: “é possível, legitimamente, pretender que o cidadão que submete sua controvérsia ao Poder Judiciário esteja à mercê da subjetividade de um ou outro intérprete do direito?”. (SCHMITZ, 2015, p. 28). O próprio autor afirma que, ao se aceitar tais práticas como legítimas, há o risco de se transformar os juízes “em entidades dotadas de uma suposta visão privilegiada do mundo, como se fossem mediadores entre aquilo que o direito realmente é e aquilo que dizem os textos legais”. (SCHMITZ, 2015, p. 31).

No mesmo sentido, e na esteira do entendimento de Gadamer (2013), quando diz que o processo de compreensão não pode ser resultado de um comportamento de um sujeito isolado e iluminado, Nunes (2012) sustenta que, na perspectiva do processo como procedimento em contraditório, inaugurada pelo Estado Democrático de Direito, não há mais como insistir no

sentido de processo a partir de um viés técnico e instrumental, mas como uma garantia de legitimidade e participação do cidadão e dos interessados em geral na formação das decisões judiciais.

Por força disso, a leitura do processo como procedimento – que só faz sentido na perspectiva de um Estado Democrático de Direito – ganha enorme dimensão ao se transformar em espaço no qual todos os temas e contribuições devem ser intersubjetivamente discutidos. Dizendo de outro modo, a palavra de ordem passa a ser *comparticipação*, o que implica uma relação sujeito-sujeito, com superação do esquema sujeito-objeto. Do que se estar a falar atende pelo nome de intersubjetividade, que representa o terceiro momento do esquema mental da relação do homem com o mundo e que segundo Libânio (1982, p. 32-33) é composto de três momentos que se deixam compreender e se organizar a partir de três categorias distintas: objeto, sujeito e social (dialógico).

Acerca do momento dialógico da relação do homem com o mundo, acentua Libânio (1982) que o caráter dialético, que já era presente nos momentos anteriores²⁹⁹, se torna mais claro e evidente no terceiro momento da filosofia, “pois a partir de um extremo subjetivismo, esbarra o homem com a rigidez inexorável da realidade”. Para Libânio (1982, p. 85), “toda vez que um voluntarismo quis fazer a realidade, os valores, o bem e a verdade serem o fruto exclusivo de sua vontade criadora, defrontou-se com a ineludível concretude do já existente, do dado, que marcam profundamente sua consciência”.

E se é que se pode fazer alguma aproximação entre o terceiro momento paradigmático da história da filosofia e o direito, mais precisamente, o direito processual, ela deve ser feita entre intersubjetividade e processo jurisdicional democrático.

A perspectiva intersubjetiva do processo jurisdicional, caracterizada pela *comparticipação*, funciona como uma espécie de antídoto contra posturas egoísticas do juiz no momento de decidir. Ou, como assevera Nunes (2012, p. 27), “o processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui possibilidade para que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a formação da decisão mais adequada a cada caso em análise”. Trata-se, em última instância, de recepcionar, no direito, o paradigma filosófico da intersubjetividade que, em outros ramos de conhecimento, rompeu com o paradigma filosófico do sujeito da modernidade.

²⁹⁹ Embora presente nos momentos anteriores, antes da virada linguística ou do terceiro momento, como se sabe, a linguagem era apenas uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto.

Ora, o artigo 489, § 1º, do CPC, bem cumpre esse papel e atende a essa lógica, facilmente constatável, pois, quando o juiz profere uma decisão satisfatoriamente fundamentada, é sinal de que ele ouviu as partes e levou em consideração os argumentos invocados pelos sujeitos da lide. Numa palavra: a decisão judicial se dá necessariamente, a partir de uma *linguagem pública*, nos moldes propostos pelo segundo Wittgenstein (1999).

De fato, na mesma linha de raciocínio e em harmonia com a *cruzada* de Streck e Oliveira (2004, p. 48) sustenta que “o que justifica a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes as garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões judiciais”. A mesma diretriz se percebe presente em Leal (2002, p. 20), quando diz que, diante da ordem constitucional em vigor, das garantias do processo e do Estado Democrático de Direito, a interpretação do direito e sua aplicação nos casos concretos não podem passar ao largo desse contexto, nem o provimento jurisdicional deve mais resultar de um ato solitário do julgador.

Falando a propósito da recepção do CPC 2015 pelos tribunais, em especial no que se refere à fundamentação detalhada, Streck, Delfino e Lopes (2017), no artigo intitulado “Ainda sobre o livre convencimento: a resistência dos tribunais ao novo CPC”, aduzem que muito mais difícil tem sido o modo como os tribunais vêm recepcionando, em termos de compreensão, o fim do livre convencimento motivado. De acordo com os articulistas, “a jurisprudência formada após o novo Código e que trata do tema, mostra que, em muitos casos, juízes e tribunais seguem valendo-se do “livre convencimento” como álibi teórico para justificar a manipulação do material probatório”. (STRECK; DELFINO; LOPES, 2017, p. 203).

De sua parte, no artigo denominado “Algo mudou na fundamentação do novo CPC?”, Dellore (2017), diz que o Superior Tribunal de Justiça continua aplicando, hoje, o mesmo entendimento que aplicava durante a vigência do CPC de 1973, dado que em comparação com a legislação processual anterior, na prática, não houve mudanças nas decisões judiciais.

Dellore (2017) afirma que, numa pesquisa de jurisprudência realizada naquele tribunal superior, tendo como foco o artigo 489, foram encontradas 68 (sessenta e oito) decisões, isso sem considerar os diversos julgados sucessivos e, desses julgados, em somente em dois deles foi decretada a nulidade do acórdão por ausência de fundamentação, destacando ainda que nesse universo, há julgados que foram proferidos se reproduzindo exatamente as mesmas expressões utilizadas antes da vigência do CPC de 2015, “demonstrando como tem se firmado a posição do STJ a respeito da ‘inovação’”. (DELLORE, 2017).

Dentre eles, Dellore (2017) destaca os seguintes acórdãos do STJ:

1) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ÁGUA. VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/2105 INEXISTENTES. ARTS. 29, I E 30, I, DA LEI 11.445/2007. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO EM RAZÃO DE DÉBITOS PRETÉRITOS. TESE DE REFATURAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Afasta-se a alegada violação dos artigos 489 e 1022 do CPC/2015, porquanto é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola tais dispositivos, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pela recorrente. [...] 5. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1663459/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJE 10/05/2017).

2) PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Os embargos de declaração têm por escopo sanar decisão judicial eivada de obscuridade, contradição, omissão ou erro material. 2. À luz dos incisos III e IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015, o órgão julgador não necessita construir textos individuados para cada um dos casos analisados, quando é possível aferir, sem qualquer esforço, que a fundamentação não é genérica. 3. Hipótese em que não há omissão quanto à fundamentação utilizada para afastar as preliminares de não conhecimento do recurso especial. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1322791/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 20/02/2017)

3) PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. [...] 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016). (DELLORE, 2017, grifos do autor).

Concluindo, e deixando claro que a culpa não pode ser atribuída somente à magistratura, mas também aos advogados, que seriam responsáveis por alguns abusos processuais, sobretudo, em sede de embargos de declaração, Dellore (2017) afirma que não obstante a inovação trazida pelo § 1º do art. 489 do CPC de 2015, “a jurisprudência do STJ segue aplicando o entendimento firmado à luz do CPC /1973. Portanto, nesse ponto o Novo Código ainda não entrou em vigor e, talvez nunca venha a entrar. E isso a ser atribuído a magistrados e advogados”. (DELLORE, 2017).

Por sua vez, Rossi (2016) em artigo intitulado “Tribunais maculam o dever de fundamentar decisões” e publicado no portal jurídico *Jota*, afirma que o CPC de 2015, em verdade, não trouxe nenhuma novidade, uma vez que há mais de quatrocentos anos o dever de fundamentar as decisões judiciais faz parte da tradição jurídica brasileira e “ao que parece, apenas e tão-somente procurou de forma sintética estabelecer as principais – talvez porque as mais recorrentes – causas de vício tão caro ao jurisdicionado e ao Estado de Direito”. (ROSSI, 2016, p. 3-6). Acrescenta, contudo, que, mesmo diante da literalidade da lei, os tribunais, insistem em oferecer injustificável resistência ao dever de fundamentar e aponta o Superior Tribunal de Justiça como um dos exemplos emblemáticos nesse sentido:

[...] O Código de Processo Civil, reproduzindo anterior determinação do diploma processual, contempla a regra oriunda do direito francês do pas de nullité sans grief (art. 283 do CPC/15), segundo a qual não se decreta a nulidade do ato se dela não resultar prejuízo para as partes. Nessa esteira, ressalto que esta Corte e o STF possuem jurisprudência pacífica sobre a necessidade de demonstração do efetivo prejuízo para que se possa decretar nulidade de julgamento. IV – A fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo quê ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração. V – Preliminar de nulidade e Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1377449/ES, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016

Na verdade, a questão não foi decidida como objetivava a Agravante, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É cediço, no STJ, que o Juiz não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu (AgRg no REsp 1262677/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 26/10/2016).

[...].

[...] ‘Se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte, como ocorreu na espécie. Violação do art. 489, § 1º, do CPC/2015 não configurada’ (AgInt no REsp 1.584.831/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 21/6/2016). (AgInt no REsp 1600922/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 04/10/2016). (ROSSI, 2016, p. 3-4).

No subitem 6.3.5.1, acima, demonstrou-se como e por que a postura de resistência é compreensível, se analisada na perspectiva de um modelo de juiz, assim como de sua decisão, ainda preso aos paradigmas da metafísica moderna (filosofia da consciência), que pressupõe o ato judicial como produto de um *sujeito iluminado*, que só deve obediência à própria consciência.

Essa postura, contudo, é refratária à mudança de paradigma representada pelo giro ontológico-linguístico explicitado na nota de rodapé explicativa de n.º 59, página 66, constante do Prólogo (item 2) desta pesquisa.

Entretanto, tal comportamento é incompreensível, se analisado à luz das transformações ocorridas na Filosofia e no Direito, mais especificamente a emergência do paradigma da intersubjetividade (no âmbito filosófico) e do atual modelo de Estado (Democrático de Direito), que, por sua vez, intensifica o projeto de publicização, constitucionalização e democratização do direito.

Como se pode perceber, os impactos da legislação processual civil aprovada em 2015 dependem da compreensão do modo como se *sustenta* o dever de fundamentar as decisões judiciais. E como visto nos subitens anteriores, o cumprimento da obrigação de fundamentar somente se dá de forma satisfatória e plena quando presente a chamada tríplice dimensão paradigmática.

Infelizmente, a exemplo das decisões aqui trazidas que diagnosticam boa parte do estado da arte da aplicação judicial do direito no Brasil, tem se tornando cada vez mais frequente, muitas vezes chegando a ser habitual mesmo, o descumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais. Em grande parte delas, o critério jurídico dá lugar a juízos morais, a critérios pessoais ou fica na dependência do famigerado sentimento de justiça do magistrado. São decisões que fazem tábula rasa de todos os avanços e conquistas descritas ao longo dos três primeiros capítulos e que podem ser sintetizados na adoção da ideia do processo jurisdicional democrático incorporada pelo CPC de 2015, na medida em que ele é sinônimo de um discurso público e dialógico, legitimador da atividade jurisdicional e do reconhecimento e da sujeição de todos, inclusive, do juiz, ao império do direito.

Nesse cenário de resistência, Schmitz (2015) identifica dois problemas que devem ser combatidos: o vetusto enunciado que diz que sentença vem de “sentire” e a livre atribuição de sentidos pelo juiz. Para o autor, conquistas como a influência da linguagem na compreensão (giro ontológico-linguístico, por força da qual não se pode mais considerar o sujeito como algo desconectado do objeto e do mundo) fazem com que se conclua que “não pode haver espaço para que a decisão jurídica seja fruto de uma vontade, um sentimento íntimo e pessoal, mesmo que baseado nas melhores intenções de quem julga”. (SCHMITZ, 2015, p. 104).

Nesse sentido, Schmitz (2015) descarta veementemente a ideia profundamente arraigada no âmbito da dogmática jurídica que vincula a decisão judicial a um sentimento, por força do que, fruto de um senso comum teórico, se diz que a expressão “sentença” viria do latim “sentire”, hipótese em que, ao julgar, o juiz declara o que sente. Para Schmitz (2015),

isso equivale a apostar “numa espécie de psicologismo, como se inevitavelmente o ato de decidir dependesse unicamente da vontade (do “livre convencimento”) de quem julga”, o que afasta a racionalidade como critério da decisão, fazendo com que “o pronunciamento judicial recaia sobre um suposto “sentimento de justiça”, que é uma valoração tão genérica quanto duvidosa”. (SCHMITZ, 2015, p. 104).

Se no plano da filosofia do direito e à luz do paradigma filosófico da intersubjetividade, tido como superador do paradigma subjetivista, a resistência ao dever de fundamentar não se sustenta, que dirá, então, se analisada a questão frente ao modelo de Estado Democrático de Direito, cenário em que, qualquer que seja o argumento em contrário, se revela totalmente inadmissível que o juiz decida escolhendo, invocando o seu sentimento de justiça ou à luz do que dita sua consciência.

Por fim, e nunca é demais repetir, do ponto de vista estritamente jurídico, diferentemente do que sustenta Hart (2012), ainda que diante de um “caso difícil”, segundo a sua concepção, o direito pode e deve fundamentar as decisões judiciais, não havendo necessidade de o juiz recorrer a critérios estranhos ao mundo jurídico.

Conclusivamente, segue-se que, vista a questão sob uma tripla perspectiva (filosófica, histórica e jurídica), a resistência ao dever de fundamentação é totalmente incompreensível, razão pela qual se faz cada vez necessário se estabelecer o controle hermenêutico das decisões judiciais.

É que, ao contrário do imaginário compartilhado por boa parte da magistratura, o juiz não é um ser iluminado que goza de uma capacidade infinita por meio da qual capta toda sorte de sentimento, anseios e expectativas de uma sociedade.

E como sugere Schmitz (2015), a solução não pode ser a de se contentar com a aplicação dos valores e das convicções desse magistrado. Daí a necessidade de se superar os obstáculos representados pela resistência ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

Vista, portanto, a questão na perspectiva, do modelo do Estado Democrático do Direito, do processo jurisdicional democrático, do discurso público da justiça, do paradigma da intersubjetividade e da relação dialógica mediada pela linguagem, da *accountability* judicial e, enfim, do império do direito, a resistência ao dever de fundamentação é, repita-se, totalmente incompreensível. E isso é uma questão de paradigma.

7 EPÍLOGO: UMA VOLTA A MAIS NO PARAFUSO

Todo o esforço desenvolvido nos subitens 6.3.5, 6.3.5.1 e 6.3.5.2 foi no sentido de confirmar uma das hipóteses desta pesquisa: a de que a *(in)compreensível* resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma. Demonstrou-se através de duas perspectivas distintas. Na perspectiva do sujeito, se fez ver que a resistência é compreensível, enquanto que, na perspectiva dialógica ou social, ela se configura como incompreensível.

Viu-se também que, muito embora, para os propósitos da pesquisa, as duas hipóteses possam ser confirmadas, se examinada a questão à luz do Estado Democrático de Direito, ao qual os juízes se sujeitam, não há como se adotar uma postura contemplativa diante de uma postura totalmente incompatível com o modelo de estado adotado pela República Federativa do Brasil e com o processo jurisdicional democrático adotado pela Constituição Federal e incorporado ao Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, como se registrou no projeto inicial, a presente pesquisa foi desenvolvida na perspectiva contrária à resistência do dever de fundamentação, detalhado no parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil e da necessidade de seu enfrentamento, na medida em que a famigerada resistência é caudatária de posturas fundadas em paradigmas filosóficos superados e incompatíveis com o Estado Constitucional, aquele que se justifica.

A simples discordância, contudo, não basta. Algo mais precisa ser feito. Como, então, superar as posturas refratárias ao dever de fundamentar as decisões judiciais? Schmitz (2015) lança uma luz sobre o problema, ao dizer que uma adequada compreensão da fundamentação das decisões judiciais pressupõe a introjeção de algumas ideias básicas como a teoria interpretativa de Ronald Dworkin, a superação do pós-positivismo, a partir de Friedrich Müller e o adequado conceito de Estado Constitucional. Para o autor, referidas construções teóricas são essenciais para tudo o que for dito a respeito da fundamentação das decisões judiciais.

Ocorre que, para que sejam bem sucedidas, essas ditas construções teóricas ficam na dependência de uma questão anterior: a superação do paradigma da filosofia da consciência pelo paradigma da filosofia da linguagem, justo pelo fato de que, diz ele, na esteira de Streck, não há mais espaço para subjetivismos “no sentido de o intérprete (o julgador ou as partes litigantes) atribuir, ao texto jurídico, os sentidos que melhor entenderem”. (SCHMITZ, 2015, p. 49).

Tudo passa, então, pela ultrapassagem do paradigma da filosofia da consciência. Trata-se assim do ponto de partida, do primeiro obstáculo a ser superado. Por essa razão, sendo a coisa primeira, nesta pesquisa, se optou por abordar a questão filosófica como a

primeira dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido, ela se consitui no pressuposto essencial para o que vem depois: as dimensões históricas e jurídicas. Numa palavra: a assunção da dimensão filosófica, com a consagração do paradigma da intersubjetividade, que pressupõe a superação da resistência (paradigma da subjetividade) é que abrirá passagem para que as outras dimensões da fundamentação se afirmem e se consolidem. Em síntese: o primeiro combate é ao sujeito consciente de si mesmo, ao sujeito da modernidade.

E desde que se tenha como entendido que o primeiro obstáculo a ser ultrapassado é o paradigma da filosofia da consciência, como superá-lo? É aí que entra o papel da Hermenêutica, com o que já se acostumou chamar aqui de controle hermenêutico das decisões judiciais.

Colocada nestes termos a questão, a pretensão aqui é a de revisitar, a título de reforço, um tema que já foi tratado no primeiro capítulo, todo ele dedicado à dimensão filosófica da fundamentação das decisões judiciais.

De fato, ali, no subitem 3.4.2 antecipou-se que a hermenêutica filosófica e a Crítica Hermenêutica do Direito, sua representação em terras brasileiras, reivindicam para si o papel de funcionar como uma forma de antídoto ou de blindagem contra as posturas subjetivas no ato de interpretar e aplicar judicialmente o direito no Brasil. E isso tem a ver com o modo como o direito, na lição de Stein (2004), pode ser “habitado” pela filosofia hermenêutica, pela hermenêutica filosófica e, por que não dizer, pela Crítica Hermenêutica do Direito. Ao fim e ao cabo, com o modo como a fenomenologia hermenêutica se desenvolve: fazendo a distinção entre dois tipos de discurso, o apofântico e o hermenêutico.

Na compreensão de Stein (2004), se levada a sério como *standard* de racionalidade, a filosofia hermenêutica poderá proporcionar a descoberta “de um movimento profundo que percorre a lei fundamental e todos os códigos”, sendo que será ela que proporcionará uma imunização “contra qualquer discurso jurídico auto-suficiente e positivista”, hipótese em que se descobrirá que “fundamentar no Direito não deve ser confundido com um simples procedimento argumentativo. Para além dele, é preciso descobrir, no Direito, um modo de ser”. Para o filósofo, somente com essa percepção, é que “compreenderemos que o fundamentar no Direito, ainda que represente procedimentos expostos em forma lógica discursiva, dever ser entendido como um modo de ser”. (STEIN, 2004, p. 169).

De forma conclusiva, Stein (2004) afirma que “todo o trabalho do Direito, uma vez que fomos atingidos pela fenomenologia hermenêutica, passa a ser realizado sob os cuidados de uma dupla interpretação”. (STEIN, 2004, p. 170). Para o filósofo brasileiro, quando se faz

filosofia do direito, a dimensão hermenêutica não pode ser desprezada, visto que “como ela nunca se dá separada do discurso apofântico, explicitador do Direito, todo o exercício deste como hermenêutica opera com a hermenêutica como pré-compreensão”. (STEIN, 2004, p. 170).

A propósito, Streck (2013) – que, segundo Stein (2004), foi o pioneiro no modo de incorporar no direito o modelo hermenêutico – afirma que uma reflexão crítica sobre a aplicação do direito não pode prescindir dos pressupostos hermenêuticos que apontam para a superação do esquema sujeito-objeto e dos diversos dualismos próprios da metafísica clássica e da filosofia da consciência.

Aliás, no que se refere ao sentido do dever de fundamentar, Streck verticaliza ainda mais a questão ao dizer que “mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado”, naquilo que ele denomina de “fundamentar a fundamentação” e que se constitui em uma “conquista democrática e barreira contra decisionismos e arbitrariedades” (STRECK, 2013, p. 583), tratando-se de uma questão fundamental, porque também se trata de um direito fundamental. Para Streck (2013), é a justificação da decisão, mais propriamente a fundamentação do compreendido, que faz com que “o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico interpretativo”, razão pela qual “não importam os juízos particulares (a subjetividade própria do esquema sujeito-objeto) que o juiz (intérprete) tem sobre o mundo”. (STRECK, 2013, p. 583).

Nesse sentido, o tema é aqui retomado como uma volta a mais no parafuso.

7.1 A Superação da Resistência ao Dever de Fundamentação: possibilidades à luz da hermenêutica filosófica e da crítica hermenêutica do direito

A resistência ao dever de fundamentar, como já afirmado, pode e deve ser superada desde que uma questão, que lhe é anterior, seja enfrentada. De fato, para se quebrar a espinha dorsal da resistência, antes de tudo, deve-se ir em direção às coisas primeiras: a imprescindível necessidade de se promover uma ruptura definitiva e total com o paradigma filosófico que a sustenta. É que promover uma revolução paradigmática é sempre uma tarefa complicada, às vezes, como diz Morin (2011), demora séculos para acontecer.

De fato, Morin (2011) lembra ainda que maiores obstáculos deverão ser enfrentados, quando o campo de atuação da revolução paradigmática ocorre no âmbito das ciências sociais.

É que, de acordo com Morin (2011), é comum no âmbito do domínio social, a revolução representada por uma mudança de paradigma

[...] ser precedida ou acompanhada de crises, tormentas, abalos; mas o princípio que comanda as regras da organização social se transforma em profundidade de maneira ao mesmo tempo invisível e subterrânea, e essa revolução pode ser tão profunda a ponto de só ser percebida e admitida bem mais tarde. (MORIN, 2011, p. 291).

Segundo o magistério de Morin (2011), em situações que tais, o que normalmente se percebe e se sente são as tempestades de superfície e não os abalos subterrâneos, além do que “falta ao espírito de um indivíduo o tempo e o distanciamento para perceber a revolução em curso. Os grandes paradigmas têm uma vida multissecular e sua agonia pode demorar um século”. (MORIN, 2011, p. 291).

Não obstante a reconhecida dificuldade de se romper com um paradigma dominante, o que implica a expulsão dos seus cães de guardas para uma espécie de *tártaro epistemológico*, o caminho para a sua superação pode ser proporcionado pela hermenêutica filosófica³⁰⁰ que, no dizer de Stein (1996), com base em Heidegger, é uma cadeira que se coloca entre os dois grandes paradigmas da metafísica.

Em artigo publicado ainda no ano de 2006, Streck, em tom de desabafo, já dizia que não havia como esconder uma evidência, a de que “no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem”. (STRECK, 2006, p. 141).

O mesmo diagnóstico está prescrito em outro artigo publicado no mesmo ano da aprovação da Lei 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil. Neste ensaio, Streck (2015) demonstra que nenhuma alteração ocorreu na dogmática jurídica, que continua apostando em um modelo de processo e de decisão judicial ainda preso a um paradigma há muito tempo superado na filosofia e em outras áreas de conhecimento, mas que, no direito, se mostra resistente ao giro hermenêutico.

Para Streck (2015), referido modelo possibilita a sobrevivência das velhas teses positivistas (exegéticas e pós-exegéticas) acerca da interpretação, a exemplo da subsunção, do silogismo, da individualização do direito na “regra geral”, a partir de “critérios puramente cognitivos e lógicos”, da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade dos juízes, o que confere à Constituição o papel de um estatuto meramente regulamentador do exercício do poder.

³⁰⁰ No Brasil, representada pela Crítica Hermenêutica do Direito de Streck.

Por tais razões é que, sustenta Streck (2015, p. 110), assume absoluta relevância o rompimento paradigmático proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma “questão de método” e passa a ser filosofia.

Entre a publicação do primeiro artigo em 2006 e os dias atuais, a grande mudança ocorrida, e tida como capaz de alterar o estado da arte da interpretação e aplicação judicial do direito no Brasil, à toda evidência, foi o surgimento do Código de Processo Civil, aproximadamente dez depois. Tal expectativa, contudo, acabou sendo frustrada diante de toda sorte de resistência que vem enfrentando sua aplicação, como já visto à saciedade.

Não obstante a incontestável frustração, Lenio Streck se mantém firme na cruzada em favor do controle hermenêutico das decisões judiciais.

Nesse contexto, com base nos aportes teóricos oferecidos pela Crítica Hermenêutica do Direito, esta pesquisa, ao longo de seu desenvolvimento, vem defendendo a tese de que um dos desafios, na tentativa de superar as resistências à aplicação do CPC de 2015, é compreender adequadamente o dever de fundamentar as decisões judiciais à luz de suas dimensões significativas paradigmáticas³⁰¹, pois a compreensão desse sentido é que possibilitará libertar o julgador do ambiente de resistência ao dever constitucional de fundamentar, o que não ocorrerá enquanto a obrigação judicial for entendida, a partir de concepções à margem das revoluções paradigmáticas que ocorreram na filosofia e no direito, sobretudo em face da ascensão das Constituições normativas que surgiram a partir do pós-segunda guerra mundial e que conferiram ao direito um cariz publicista.

É que isso vai influenciar sobremaneira a leitura que será feita do §1º do art. 489 do CPC/2015, pois, na medida em que o dever de fundamentar a decisão judicial é compreendido sob o viés de uma tríplice dimensão paradigmática, a existência dos incisos que compõem o referido dispositivo deve ser interpretada neste mesmo horizonte de sentido: estruturante (e não procedimental ou meramente numa perspectiva analítica).

Nesse sentido, as condições de possibilidade para o acontecimento da superação de determinado paradigma dominante podem ser proporcionadas pela hermenêutica filosófica e pela Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Streck. E há um motivo para esse entendimento: dentre as diversas teorias, a hermenêutica é aquela se constitui como a vertente da teoria crítica do direito de viés pós-positivista – no sentido de superação –, com verdadeira aptidão para o estabelecimento de um controle das decisões judiciais em cujo interior será

³⁰¹ A propósito, cumpre lembrar que abordar a fundamentação das decisões judiciais numa perspectiva que envolve três dimensões paradigmáticas já é, em si, uma tarefa hermenêutica no melhor sentido da palavra.

possível demonstrar que a superação dos obstáculos (paradigmas dominantes) que impedem o desvelamento do dever de fundamentar as decisões judiciais é uma possibilidade. Isso, graças, dentre outros fatores, a uma característica que lhe é bem própria: a de trabalhar com uma dupla estrutura da linguagem.

Como fazer isso na prática, o próprio corifeu da Crítica Hermenêutica do Direito, sinaliza dizendo que “a hermenêutica proporciona a possibilidade de se encontrar sempre uma resposta de acordo com a Constituição, que será, assim, a “resposta hermeneuticamente correta” para aquele caso, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*”. (STRECK, 2006, p. 129).

De acordo com o que vem pregando Streck (2006), a resposta que deve ser propiciada pela hermenêutica deverá, como não poderia ser diferente, estar justificada, visto que a fundamentação tal como exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar, “no plano de uma argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação, não prescinde da racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico)”. (STRECK, 2006, p. 129).

Para Streck (2006), se interpretar, como assevera Gadamer, é explicitar o compreendido, “a tarefa de explicitar o que foi compreendido é reservada às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica”. (STRECK, 2006, p. 129). Nesse sentido, Streck (2006) afirma que muito embora seja possível afirmar que não se confunde com a teoria da argumentação ou qualquer outra teoria discursiva, a hermenêutica não prescinde da argumentação visando a explicitação do compreendido, e isso ocorre pela razão de que a tese da resposta correta constitucionalmente adequada, o que equivale a uma resposta correta para o caso concreto, pressupõe uma sustentação argumentativa. Para Streck (2006, p. 129-130), “a diferença entre hermenêutica e esta teoria argumentação-discursiva é que aquela trabalha com uma justificação substantiva, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental”.

O que, em síntese, Streck (2006) quer dizer é que ainda que o direito tenha um caráter inexoravelmente indeterminado, é possível o juiz se guiar no ato de interpretar, noutra modo de dizer, “é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta”. (STRECK, 2006, p. 84).

Esse é o grande salto proporcionado pela hermenêutica filosófica e que se resume no seguinte: trabalha com a dupla estrutura da linguagem. Porque, como diz Stein (1996), à tradição hermenêutica se credita a tarefa de ter começado tudo isso, de proporcionar a possibilidade de se ler nas entrelinhas, de descobrir o texto não escrito que está atrás do texto,

“na medida em que mais que a verdade do texto, no texto está o sentido que envolve, abrange e carrega a verdade do texto, através dos processos históricos e culturais”. (STEIN, 1996, p. 52), sendo que é nisso que se constituirá a principal diferença entre a hermenêutica como filosofia e a filosofia analítica: enquanto esta só confere atenção a um lado do discurso (lógico-apofântico), aquela procura dar atenção aos dois lados do mesmo discurso (apofântico e hermenêutico), o que remete a um dos principais teoremas heideggerianos, a diferença ontológica que, segundo Streck (2006), “nada mais é do que um axioma que comanda a antecipação de sentido (o texto só é no seu sentido e o sentido só é no seu texto, fenômeno que se dá sempre em um mundo prático, ou, se se quiser, na situação concreta do caso jurídico)”. (STRECK, 2006, p. 123). E é por isso, acrescenta-se, que hermenêutica não é procedimental e sim contudística, o que deve ser creditado também à peculiar circunstância da fenomenologia hermenêutica trabalhar com a dupla estrutura da linguagem e com a diferença ontológica, distintamente do que ocorre com as teorias discursivas-argumentativas do direito.

É por essas e por outras razões que Tassinari e Lopes (2015) afirmam que com a “utilização de categorias como fundamentação analítica não se possibilita uma leitura adequada das exigências constitucionais (e, portanto, democráticas) que envolvem o processo decisório jurisdicional”, o que sinaliza para a necessidade de que se estabeleça um diálogo que possa oferecer uma resposta para uma pergunta que se faz cada vez mais inadiável nessa discussão, o de saber o que significa fundamentar? Mais que isso, acrescentam os autores: “a partir de uma intenção filosófica, é possível aprofundar radicalmente esta reflexão, provocando um questionamento ainda mais denso: o que fundamenta a fundamentação?”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 93-94).

Com efeito, para Tassinari e Lopes (2015), muito embora não se negue a importância do estabelecimento de diretrizes que devam guiar a fundamentação das decisões judiciais, “não há como pensar numa autêntica fundamentação *apenas* através do cumprimento de requisitos formais, privilegiando o que pode ser entendido como uma *fundamentação analítica*”, daí a necessidade de um mergulho no universo hermenêutico, para a adequada compreensão do sentido de fundamentação.

Nesse sentido, para Tassinari e Lopes (2015), da imersão na hermenêutica filosófica emerge a clara ideia da compreensão como o fio condutor do conhecimento humano, o que pode ajudar a esclarecer as razões pelas quais o ato de fundamentar não pode ser reduzido a uma mera conferência dos critérios estabelecidos no § 1º do artigo 489, do CPC. É por força disso que a uma fundamentação meramente protocolar, “tal como presente na ideia de

fundamentação analítica, carece de referente substancial e não avança no trato do decisionismo”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 95).

Para os autores, desde que considerados todos esses elementos, “é preciso entender que cumprimento da constituição, estabelecimento de critérios constitucionais e legais para a decisão, dever de fundamentação e qualidade da tutela jurisdicional são temas que estão profundamente conectados”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 97). Diante desse contexto, de acordo com os articulistas, não há como se conceber uma autêntica fundamentação que não vá além do cumprimento de requisitos formais, privilegiando aquilo que pode ser entendido como uma fundamentação meramente analítica, muito embora, fazem questão de ressaltar, não se negue “a importância do estabelecimento e da institucionalização, por meio de uma manifestação democrática (que é a lei), de parâmetros que devem guiar a fundamentação das decisões judiciais – ao contrário, é louvável essa iniciativa”. (TASSINARI; LOPES, 2015, p. 97-98).

Nesse sentido, é por conta da dupla estrutura da linguagem trabalhada pela hermenêutica que é possível investigar se, em determinada decisão judicial, o detalhamento da fundamentação (os requisitos do § 1º do artigo 489 do CPC) que se mostra visível, no sentido de compreensível como discurso lógico-formal e explicativo, se encontra ali apenas para “cumprir tabela”, sem qualquer compromisso com uma fundamentação substancial, de conteúdo mesmo.

Se comparada com a filosofia analítica, esse é o grande diferencial da hermenêutica e, por extensão, da Crítica Hermenêutica do Direito: ela se movimenta dentro de um espaço no qual o discurso não é apenas o lógico-semântico, vai além dele, porque trabalha com dois níveis. Isso significa dizer que a hermenêutica atravessa a superfície do discurso lógico-explicativo e desce até um nível de profundidade por meio do qual investiga o contexto em que está inserido o discurso de superfície, que só acontece em razão dos sentidos que já são antecipados, dado que somente se compreende porque antes já se compreendeu algo que foi antecipado desde sempre. Em síntese, hermenêutica é interpretação³⁰², o que se alinha com a ideia do direito como um conceito interpretativo, razão pela qual a Crítica Hermenêutica do Direito, com afirma o próprio Streck, é uma mixagem teórica da filosofia hermenêutica de

³⁰² A propósito, ao fazer a distinção entre a tradição analítica e a tradição ocidental (na qual se insere a hermenêutica), Pecoraro (2013) sustenta que a primeira privilegia a relação com as ciências da natureza e exatas, enquanto que o pensamento ocidental tem mais proximidade com as ciências histórico-sociais. Enquanto a tradição analítica se expressa numa linguagem descritiva, sistemática e num estilo formal, o pensamento ocidental se expressa numa linguagem não formal, literária e interpretativa. Enquanto uma, a partir da difusão das ideias da filosofia analítica britânica e do positivismo lógico, se enraizou nos países anglo-saxões, a outra se espraçou pela Europa ocidental.

Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer com o conceito interpretativo do direito em Dworkin, fundado na integridade e na coerência.

Em síntese: é a partir desse diferencial privilegiado que se torna possível saber se, numa dada decisão judicial, a fundamentação é substancial ou se limita a atender critérios meramente analíticos. Para ser considerada substancial, atendendo assim a exigência de fundamentação, a referida decisão deve propiciar uma leitura entre suas linhas, de sorte a se saber se a fundamentação está *fundamentada*. Essa leitura, que é de profundidade, permitirá concluir pela presença ou não de alguns pressupostos imprescindíveis que o enunciado lógico-explicativo expressado na decisão judicial deve carregar como elemento antecipador da compreensão, por isso que, na perspectiva da hermenêutica, a compreensão não se exaure com o discurso lógico-semântico e de superfície.

É que, muito embora o universo hermenêutico seja inesgotável (não há um fundamento último), a hermenêutica não trabalha com o vazio. Com diz Stein (1996), em hermenêutica não há proposição que possa ser feita no vácuo. Mesmo em se tratando de discurso lógico-explicativo, ele se dá sempre em um contexto determinado (embora por ele encoberto), por isso que ele sempre vai pressupor uma determinada história, cultura, enfim um modo de ser que é contingencial. São os universos de sentidos que estão na estrutura da pré-compreensão. Disso resulta, sobretudo por serem contingenciais, que toda e qualquer proposição enseja uma interpretação, porque é disso que se alimenta a hermenêutica: interpretar sempre³⁰³.

Das considerações acima, se deduz que há uma condição de possibilidade para que se considere fundamentada uma decisão judicial no sentido substancial. Essa condição diz respeito aos elementos (pressupostos) que a vinculam. Uma decisão judicial se sujeita a determinadas amarras e é isso que controla o sujeito. Uma delas, precisamente, é o contraditório efetivo. De sua estrita observação é que resultará, por exemplo, no plano material e não somente formal, o rigoroso cumprimento do inciso IV do § 1º do artigo 489, do CPC de 2015, que diz que uma decisão judicial somente se considera fundamentada se o juiz enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão a que chegou para resolver o conflito.

³⁰³ De acordo com Stein (1996), a hermenêutica se constitui numa incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras. Nem se trata exatamente de uma verdade absoluta, muito menos uma verdade empírica, trata-se sim de “uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem” (STEIN, 1996, p. 45), daí se dizer que os sentidos são historicamente dados dentro de um determinado contexto, uma das razões pelas quais eles não estão à disposição do intérprete (jugador). É mais um aspecto que reforça a ideia do quanto é incompreensível a resistência ao dever de fundamentar uma decisão judicial, uma vez que os sentidos são inapropriáveis.

De todo o exposto, intui-se também que aferir se uma fundamentação está fundamentada passa pelo controle do conteúdo das decisões judiciais, de tal modo a se certificar que a fundamentação analítica não passa de uma capa de sentido colada na decisão apenas para cumprir um protocolo.

Sem esse controle, impossível saber se as decisões judiciais estão sendo substancialmente fundamentadas, daí a razão de ser da denúncia feita por Tassinari e Lopes (2015), quando alertam para o fato de que o foco na discussão acerca de uma fundamentação analítica para fins de cumprimento da exigência contida no § 1º do artigo 489 do CPC estaria servindo a uma estratégia diversionista destinada ao esquecimento daquilo que realmente importa: a fundamentação substancial, o cumprimento rigoroso do dever de fundamentar, enfim, a fundamentação da fundamentação.

A propósito, essa é uma preocupação para a qual Streck (2014) há décadas vem chamando a atenção, sobretudo, quando ele fala da necessidade de uma *teoria da decisão* que estabeleça um meio de controle da interpretação e aplicação judicial do direito. Em repetidas e incansáveis vezes, Streck (2014) vem sustentando que, ao dizer que as decisões judiciais devem ser controladas, no que ele denomina de fundamentação da fundamentação, não prega o retorno do exegetismo naquilo que ficou conhecido como “proibição de interpretar”. Partindo do pressuposto de que interpretar é aplicar, atribuir sentido, o que o jusfilósofo brasileiro sustenta é que o fato de o juiz, a exemplo de qualquer outro intérprete, poder atribuir sentido não o eleva à condição de “senhor dos sentidos” ou a “proprietário dos meios de produção das significações”. (STRECK, 2014, p. 432).

Diferentemente do que possa parecer, Streck (2014) esclarece que, quando cobra do juiz um dever de *accountability*, trata-se de propor uma *fundamentação da fundamentação* e isso significa dizer que o problema da fundamentação das decisões judiciais não vai se resolver no plano do *logos* apofântico, uma vez que, depois de tudo que já escreveu sobre o tema, seria ingenuidade de sua parte pensar que o simples dever de fundamentar resolveria o problema da decisão, uma vez que o vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão, não pode ser substituído por um vetor de racionalidade de segundo nível, o lógico-argumentativo.

É que, segundo Streck (2014), é na compreensão que reside a “razão hermenêutica”, razão pela qual “explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido”, uma vez que

[...] esse é o espaço da epistemologia na hermenêutica. Não esqueçamos, aqui, do dilema das teorias cognitivistas-teleológicas: *não é possível atravessar o abismo do conhecimento – que ‘separa’ o homem das coisas – construindo uma ponte pela qual ele já passou*. Não se pode fazer uma leitura rasa do art. 93, IX, da CF. (STRECK, 2014, p. 432).

Nesse sentido, Streck (2104) sustenta que não se pode fazer uma leitura rasa da norma constitucional disposta no art. 93, IX, razão pela qual a obrigação de fundamentar não se considera satisfeita apenas com a colocação daquilo o que ele chama de “capas argumentativas”, querendo com isso dizer que o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”. Ao contrário disso, o que o juiz deve fazer é *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, “na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política”. (STRECK, 2014, p. 432).

Enfim, para concluir esta parte, é possível dizer que as relevantes contribuições da hermenêutica para a compreensão do dever de fundamentação e superação de suas resistências, podem ser alinhadas da seguinte forma: o aspecto privilegiado de trabalhar com dois lados do discurso, o que a eleva à condição de poder fazer a intermediação entre o texto e norma; a preocupação com uma contenedora da fundamentação, sintetizada na expressão fundamentação da fundamentação; a submissão de todo texto a um círculo de compreensão e a superação da relação sujeito-objeto mediada pela linguagem.

7.1.1 O Microssistema Processual da Fundamentação como Base Normativa para uma Teoria da Decisão Judicial à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito: Bonus Track³⁰⁴

No subitem 2.3 do prólogo que antecede o primeiro capítulo, ao introduzir a questão da dimensão paradigmática do dever de fundamentar as decisões judiciais constituída de três vertentes (filosófica, histórica e jurídica), foi dito que, embora já existente no direito brasileiro há bastante tempo, na prática, o dever de fundamentar não vem sendo efetivamente cumprido,

³⁰⁴ A expressão há que ser compreendida não no sentido de sua tradução literal e sim no contexto em que ela se dá. Nesse sentido, significa complemento, um *plus*, o que implica também considerar seu deslocamento. Trata-se sim de mais uma contribuição da pesquisa que, como tal, deveria estar topicamente localizada no quarto capítulo, destinado às hipóteses da pesquisa e suas possíveis confirmações. Apesar do caráter inegável de contribuição pessoal, seu deslocamento para o Epílogo se deu pela razão de que não guarda relação direta com o núcleo central da pesquisa e sua problematização, tratando-se, por assim dizer, de um complemento ou, se quiser, de um dos seus desdobramentos.

ou seja, a simples previsão da obrigação – e o histórico descrito no capítulo dois bem demonstrou isso – não é suficiente para que ela seja observada com rigor. E talvez uma das razões desse déficit esteja na ausência de uma teoria da decisão judicial tão defendida por Streck no conjunto de sua obra.

Por outro lado, no terceiro capítulo, quando se tratou dos aportes gerais da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, destacou-se quão difícil é definir os limites da discricionariedade, de sorte a evitar a passagem da discricionariedade para a arbitrariedade, uma vez que essa hipótese, até mesmo entre aqueles que a defendem, é real.

Contudo, mesmo ciente da possibilidade cada vez mais frequente de isso ocorrer e dos riscos que essa passagem pode representar para a autonomia do direito, toda vez que se fala da necessidade de se estabelecer um controle hermenêutico através de uma teoria sistematizada da decisão judicial, a proposta, sobretudo no seio da magistratura, assim como no âmbito de boa parte da doutrina, quase sempre é mal recebida e, pior ainda, mal compreendida, sobretudo por conta da frequente confusão que se faz entre controle hermenêutico das decisões judiciais e proibição de interpretar que, como demonstrado no terceiro capítulo, subitem 5.4.3, não se confundem, dado que são fenômenos totalmente distintos um do outro.

Aprofundar um pouco a discussão em torno da falta que faz uma teoria da decisão judicial e da necessidade de se desfazer mal-entendidos entre os dois fenômenos mencionados acima, é um dos objetivos do Epílogo desta pesquisa que, como se percebe do título geral, para fins metodológicos, está metaforizado como sendo *uma volta a mais no parafuso*.

De sorte a cumprir esse desiderato, a pretensão aqui é a de, somando esforços, contribuir para a elaboração e instituição, de forma sistematizada, de uma de uma teoria da decisão judicial, tendo como referência as ideias básicas já desenvolvidas pelo Professor Streck³⁰⁵. Numa palavra: a contribuição a ser oferecida tem natureza complementar.

Nesse sentido, em adição aos princípios fundamentais da teoria *streckniana*, com fundamento no CPC de 2015 e na Constituição Federal e à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, propõe-se a integração de uma base normativa à teoria da decisão judicial de Streck, que atenderia pelo seguinte nome: *microssistema processual da fundamentação das decisões judiciais*.

Inicialmente, tome-se como base o artigo 93, IX, da Constituição Federal. É naquela norma que se encontra cravado o *direito-dever-garantia* de fundamentação das decisões

³⁰⁵ Ver em Streck (2013, p. 322-348), onde se encontram os fundamentos da teoria da decisão judicial, que é constituída da seguinte forma: cinco princípios fundamentais para a adoção de uma hermenêutica adequada ao projeto constitucional brasileiro e seis hipóteses pelas quais o juiz pode deixar de aplicar uma lei.

judiciais. No microsistema proposto, trata-se do núcleo central constitucional, mas que está inserido dentro de um contexto maior, dentro do qual se encontram o artigo 1º, que estabelece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito³⁰⁶ e o artigo 5º, incisos LIV e LV, que asseguram as garantias do devido processo legal e do contraditório.

Fazendo-se a passagem do plano constitucional para o plano infraconstitucional, a base legal do microsistema da fundamentação das decisões judiciais será composta também pelas normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015 e pela norma específica do dever de fundamentação. Das normas fundamentais, a primeira que se apresenta é a inscrita no texto do artigo 1º, que prescreve que a legislação processual civil será interpretada de acordo com as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. A ela se somam as normas fundamentais dos artigos 7º, 9º e 10, em torno das quais há uma comunhão de interesses: consagram o processo jurisdicional democrático e incorporam o contraditório efetivo e a vedação da decisão surpresa.

Acrescente-se ainda a eles o artigo 11 que, no plano da legislação ordinária e em harmonia com a norma fundamental, reproduz no CPC de 2015, no seu inteiro teor, o dever de fundamentar inscrito no inciso IX do artigo 93, da Constituição Federal.

Seguindo-se, numa prova de que entre os dispositivos legais e os constitucionais acima mencionados há uma boa circularidade, e de que é possível, diante de determinado caso concreto, se obter uma resposta adequada e confirmada na Constituição, agrega-se aos demais, o § 1º do artigo 489, também do CPC que, ao estabelecer a exigência de uma fundamentação detalhada, faz o fechamento do microsistema.

Por fim, sem se vincular diretamente a qualquer dos outros comandos normativos antes individualmente referenciados, mas como se gravitasse em torno do sistema (já fechado), tal como num movimento de translação, e de sorte a permitir uma visão panorâmica de seu conjunto, vem a lume o artigo 926 que, no que se refere às decisões judiciais, incorpora ao Código de Processo Civil a ideia de coerência e integridade do direito³⁰⁷. A presença do artigo 926 na base se justifica pelo fato de que ele consagra duas categorias jurídicas que,

³⁰⁶ A justificativa da integração do artigo 1º da Constituição Federal ao *microsistema da fundamentação* é autoexplicativa: trata-se da norma constitucional que consagra o Estado Democrático de Direito como o modelo de estado abraçado pela República Federativa do Brasil. É somente no contexto de um modelo com essa configuração e de um Estado que se justifica que se pode falar em processo jurisdicional democrático, responsabilidade política dos juízes, dever de fundamentação das decisões judiciais, *accountability* judicial e controle da interpretação e aplicação judicial do direito.

³⁰⁷ Enquanto o art. 926, quase como numa posição externa, faz o movimento de translação para fins de observação da coerência e integridade do sistema, os demais comandos normativos (constitucionais e legais), no círculo de compreensão, fazem um duplo movimento, quando individualmente considerados. De rotação, quando (para se compreender, gira em torno do próprio eixo) e de translação, quando (para compreender os outros) gira em torno dos demais.

como diz Streck (2018), se constituem nos dois vetores principiológicos por meio dos quais um sistema jurídico deve ser lido e interpretado, daí a ideia de gravitação³⁰⁸.

Esta é, portanto, a ideia básica a título de contribuição para a construção de uma teoria da decisão judicial no Brasil. O microssistema processual da fundamentação proposto se constituiria na base normativa para a formação de uma teoria da decisão judicial, nos termos da configuração proposta por Streck, com o objetivo não de proibir o juiz de interpretar e sim estabelecer, como padrões mínimos a serem observados, o necessário controle das decisões judiciais, de sorte a preservar a autonomia, a integridade e a coerência do direito.

Uma vez colocada a questão do controle hermenêutico das decisões judiciais nessas bases, para ser válida, ou seja, para que ela seja considerada como devidamente fundamentada, a decisão judicial deverá ser submetida à prova do círculo hermenêutico³⁰⁹, de sorte a se saber se sua construção observou atentamente os comandos do microssistema processual em todas as suas etapas. A confirmação da decisão judicial como fundamentada, portanto, sua validação, somente ocorrerá após a submissão e ultrapassagem de todos os testes de validade, cuja quantidade dependerá das circunstâncias dadas em cada caso concreto, num movimento circular que vai dos dispositivos legais do microssistema no Código de Processo Civil para os comandos do microssistema da fundamentação na Constituição Federal, e desta, fazendo-se o caminho de volta, para o microssistema da fundamentação do Código de Processo Civil³¹⁰. Trata-se, portanto, de um movimento circular, no qual a compreensão de cada etapa pressupõe a compreensão da etapa anterior, algo, portanto, já sempre antecipado³¹¹.

Trata-se, portanto, de colocar o juiz, ao julgar, numa espécie de roda viva da fundamentação da decisão judicial, de submetê-lo ao círculo de compreensão, no qual ele se

³⁰⁸ A ideia de força gravitacional está presente em Dworkin, autor da concepção de integridade e coerência no direito. Nesse sentido, como já assentado, integridade e coerência, segundo Dworkin (2007, p. XIII), resultam da obrigação de os juízes atribuírem às decisões passadas o fenômeno que ele chama de “força gravitacional”.

³⁰⁹ Basicamente, a sujeição aos movimentos de rotação e translação descritos na nota acima.

³¹⁰ Nesse sentido, a observância por parte do juiz ao § 1º do artigo 489, assim como os artigos que integram as normas fundamentais do Código de Processo Civil, pressupõe que ele, enquanto intérprete, já tenha uma pré-compreensão do sentido da Constituição, em matéria de fundamentação das decisões judiciais e do processo como garantia, visto que, como diz Streck (2009), mudando aqui o que deve ser mudado, “não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”. (STRECK, 2009, p. 72).

³¹¹ Aliás, num certo aspecto, o sentido do processo jurisdicional democrático e sua principal ferramenta, o processo como procedimento em contraditório, no qual as partes participam efetivamente da construção da resposta judicial, não deixa de ser uma espécie de transposição para o processo, num dado caso concreto, da ideia do círculo hermenêutico, da compreensão que envolve dois discursos, da intersubjetividade (relação sujeito-sujeito) mediada pela linguagem, enfim da hermenêutica filosófica como um existencial e um modo de ser, que tem como uma das principais características a atribuição de sentido, a produção e não sua mera reprodução. Por outro lado, a ideia de processo como instrumento de jurisdição e sua teoria relacional do processo, no qual o juiz exerce um protagonismo, tem aproximação com a forma da hermenêutica jurídica tradicional, mera técnica de aplicação de silogismos e subsunção, presa à relação sujeito-objeto.

moverá entre idas e vindas, tendo como horizonte prospectivo o microsistema processual da fundamentação das decisões judiciais, tal como aqui proposto. Isso sem dizer que, ao submetê-lo ao teste do círculo hermenêutico, outro grande salto obtido será o de livrá-lo da subsunção e das amarras da relação sujeito-objeto, uma vez que, como bem pontua Schmitz (2015, p. 109-110), a fundamentação das decisões judiciais, para que tenha uma verdadeira relação com o modo de compreender um caso, precisa superar o vetusto esquema filosófico sujeito-objeto e passar a retratar o círculo hermenêutico como recurso indissociável da fundamentação.

Em síntese, e com a permissão para o uso de uma metáfora, pode-se dizer que a submissão da decisão judicial ao círculo hermenêutico se equipara ao processo de criação de uma senha por um usuário de um equipamento eletrônico, para que ele tenha acesso a determinado programa ou aplicativo. O processo de validação envolve vários passos. Todas as etapas do procedimento devem ser seguidas à risca e superadas, sob pena de o objetivo final não ser alcançado. Para que a senha (decisão judicial) seja válida, portanto, considerada fundamentada, ela terá que ser confirmada perante todos os comandos do microsistema. Atendidas todas as prescrições, a senha será criada com sucesso. Por outro lado, qualquer erro ou desvio de procedimento acarretará a sua invalidade.

Pode ser dito também que se trata de um fenômeno parecido com o que descreve Zagrebelski, em trecho reproduzido por Schmitz (2015):

No processo interpretativo do direito, o caso é a mola que move o intérprete e dá a direção. Sobre essa base [fática], dirige-se para interrogá-lo e receber uma resposta. Do caso, o intérprete procede à procura das regras e ao caso retorna, em um procedimento circular (assim chamado ‘círculo interpretativo’) de recondução bipolar que encontra sua paz no momento em que se compõem de modo satisfatório as exigências do caso e as pretensões das regras jurídicas. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 183 *apud* SCHMITZ, 2015. p. 110).

E como arremata Schmitz (2015, p. 110), “o julgador, no caso do direito, participa da interpretação, não guiando seu resultado, mas sendo influenciado pelo que a faticidade e o texto, circularmente, constroem em termos de sentido normativo”. Ou como diz Gadamer, ao falar sobre o círculo hermenêutico e sobre como se dá o processo de compreensão e suas etapas: “o critério que cada vez se há de empregar para constatar a justeza da compreensão é a concordância de todas as partes singulares com o todo. A falta dessa concordância significa o fracasso da compreensão”. (GADAMER, 2011, p. 72).

É nesse sentido, portanto, que aponta a presente proposta: a formação de uma teoria da decisão judicial, cujo alicerce seria composto pelos fundamentos teóricos desenvolvidos pelo Prof. Lenio Luiz Streck aos quais se somariam uma base normativa composta pelo microsistema processual da fundamentação nos termos acima prescritos.

7.1.2 Do Constrangimento Epistemológico³¹² como outra Ferramenta de Superação à Resistência ao Dever de Fundamentar

Por outro lado, até que uma teoria da decisão judicial nos termos propostos venha a ser recepcionada pela dogmática jurídica, à doutrina cabe o papel que lhe é próprio: o de doutrinar e de promover constrangimentos epistemológicos, como defende Streck (2017c), o que não deixa de ser uma forma de contribuição da Crítica Hermenêutica do Direito para a superação da incompreensível resistência, por parte dos juízes ao dever de fundamentar.

Com efeito, de acordo com Streck (2017c, p. 87), a partir dos ensinamentos de Wittgenstein (1999), naquilo que se constitui na principal contribuição do filósofo da linguagem para a virada linguística, não há linguagem privada para se estabelecer os sentidos do mundo, pois esta será sempre pública. Disso resulta a relevância de se estabelecer constrangimentos epistemológicos no direito.

De acordo com Streck (2017a), até mesmo o indivíduo comum no seu dia a dia se sujeita a constrangimentos decorrentes da linguagem pública que é construída na intersubjetividade, “por isso, elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar ‘censuras significativas’, no sentido de poder distinguir, através da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das corretas)”. (STRECK, 2017a, p. 42).

Para o jusfilósofo, no limite, constranger é um modo de se dizer que a doutrina deve continuar doutrinando “e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária e meramente reprodutora das decisões dos tribunais”. (STRECK, 2017a, p. 42).

É que, para Streck (2017a), quando um juiz diz que decide como quer ou conforme sua consciência, em verdade está querendo dizer que nada que possa vir de fora ou que é exterior à sua consciência, pode alterar sua opinião. Noutra modo de dizer, “o constrangimento epistemológico tem direta relação com o dever de fundamentação e com o

³¹² Expressão tomada de empréstimo do verbete n. 6 do livro *Dicionário de Hermenêutica: quarentas temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a, de autoria de Streck.

direito fundamental a obter respostas corretas/adequadas à Constituição. Toda resposta inadequada/incorreta deve ser constrangida”. (STRECK, 2017a, p. 43).

Diariamente a doutrina cumpre o seu papel de constranger epistemologicamente a atuação jurisdicional. Nesse esforço, uma das tarefas hermenêuticas é insistir na demonstração de que o controle hermenêutico das decisões judiciais não guarda qualquer relação com a proibição de interpretar. Diariamente a doutrina procura demonstrar que a hermenêutica, se não é o melhor caminho, é quem melhor pode estabelecer limites interpretativos ao juiz, de sorte a impedir que o direito fique sujeito à sua vontade pessoal.

Com efeito, essa condição cimeira é resultado direto do fato de que a hermenêutica, ao contrário das teorias meramente discursivas, não faz qualquer tipo de concessão à discricionariedade judicial. Decorre também da peculiar circunstância de que é a única teoria (porque essencialmente interpretativa) que trabalha com os dois lados do discurso, o grande diferencial da fenomenologia hermenêutica, com dois níveis de linguagem (o hermenêutico, discurso de profundidade e responsável pela estruturação da compreensão; e o apofântico, discurso de superfície, analítico, de caráter lógico e meramente explicativo). Por isso que Stein (1996), repita-se, afirma que a hermenêutica é uma terceira cadeira que se assenta entre os paradigmas da objetividade e da subjetividade, “é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem”. (STEIN, 1996, p. 45).

Para Streck (2017a), trata-se de uma condição privilegiada da hermenêutica, se comparada com outras teorias do direito que, no plano das decisões judiciais não vão além do primeiro nível da linguagem, uma vez que se preocupam apenas como o modo justificativo do discurso da fundamentação, noutro modo dizer: se limitam a explicar a decisão judicial. Nesse sentido, nas teorias discursivas a desconsideração da dimensão hermenêutica da linguagem permitirá “que se façam raciocínios teleológicos em que o intérprete decide arbitrariamente e, em um segundo momento, procura algum dispositivo legislativo ou jurisprudencial, por exemplo, para justificar sua escolha já tomada”. (STRECK, 2017a, p. 120).

Lado outro, pontua o jusfilósofo brasileiro, diferentemente, no logos hermenêutico o discurso não se esgota no nível meramente enunciativo e lógico, uma vez que já carrega com ele uma carga interpretativa histórica e contextual, isto porque “não interpretamos os fenômenos de um ponto de vista exclusivamente lógico, mas sempre naquilo que ele manifesta em dada situação fática” (STRECK, 2017a, p. 120), o que significa que a interpretação – que é a explicitação daquilo que foi compreendido – será fruto de um determinado contexto histórico intersubjetivamente compartilhado.

Streck (2017a) adverte, contudo, que isso não significa dizer que a hermenêutica, por trabalhar, sobretudo, com o *logos* compreensivo ou hermenêutico (dependente da pré-compreensão), não tenha qualquer tipo de preocupação com a argumentação, com segundo nível de compreensão, denominado *logos* apofântico. Para Streck (2017a), a diferença reside no fato de que, para a hermenêutica, o nível argumentativo não detém plenipotencialidade, pois nunca consegue abarcar toda a complexidade social dentro de seus conceitos. “Contrariamente, para a hermenêutica a verdade não cabe em um enunciado. É possível também dizer que o *logos* hermenêutico não se esgota no *logos* apofântico”. (STRECK, 2017a, p. 121, grifos do autor).

O fato de a hermenêutica trabalhar com a dupla estrutura de linguagem, constituindo-se, também, e fundamentalmente, pelo nível hermenêutico, de profundidade, é o que faz dela um exemplo privilegiado e a coloca numa posição de vantagem em relação a outras teorias do direito, o que inclui aquelas que se arvoram de pós-positivistas, no sentido de superação, mas que, conquanto professem um discurso nesse sentido, frustram as expectativas, na medida em que, como ocorre com a teoria argumentativa-discursiva *alexiana*, ao fim e ao cabo, sucumbe à discricionariedade judicial, ao admiti-la como inexorável³¹³.

É o que sustenta Streck (2017a), ao afirmar que é por conta do “como” hermenêutico que é possível se fazer o controle intersubjetivo das decisões judiciais, de sorte a estabelecer uma blindagem da interpretação que possa enfrentar argumentos solipsistas e arbitrários, pois, “na medida em que o mundo não se esgota na generalidade de conceitos, a hermenêutica permite introduzir uma dimensão de faticidade para dentro do contexto jurídico, diminuindo a possibilidade de quaisquer raciocínios teleológicos ou discricionários”. (STRECK, 2017a, p. 121).

É essa peculiar vocação da hermenêutica que permite – o que as teorias discursivas não são capazes de perceber, visto que trabalham apenas com o nível argumentativo do

³¹³ Para uma consulta, ver Alexy (2008 e 2011). A concepção de direito, para Alexy, é alinhavada, sobretudo, em dois planos distintos, o que pressupõe a leitura conjunta das duas teorias: no primeiro momento, a argumentativa; no segundo, a dos direitos fundamentais, também conhecida por teoria da ponderação. A teoria dos direitos fundamentais, da qual a ponderação é o principal instrumento voltado para a solução da colisão de princípios, se articula com a teoria da argumentação jurídica da seguinte forma: a subjetividade e a discricionariedade que, em tese, podem resultar da ponderação (que, no fundo, é um processo de escolha), poderão ser controladas pela argumentação jurídica, imprimindo-se assim um viés de racionalidade na decisão. A isso se dá o nome de articulação entre as duas teorias, na forma de uma relação de dependência entre elas, na qual a teoria dos direitos fundamentais, para funcionar, vai depender da teoria argumentativa, pois será esta que irá oferecer à primeira um suporte de racionalidade. Oliveira (2008), na esteira das lições do Prof. Streck, faz uma leitura bem crítica da articulação entre as duas teorias de Alexy, que teria como único propósito: o de encobrir outra realidade. Quer dizer com isso que a teoria da argumentação jurídica funcionaria como um *álibi*, uma carta na manga, para conferir um ar de racionalidade à teoria da ponderação, ou seja, como um instrumento encobridor daquilo que, na verdade, acontece: a discricionariedade judicial, que, aliás, é expressamente admitida por Alexy (2008), conforme se depreende do posfácio escrito em 2002. (ALEXY, 2008, p. 575-627).

discurso – denunciar, numa determinada decisão judicial, a inversão entre os *logos* hermenêutico e apofântico, postura que trafega em rota de contramão do axioma gadameriano-heideggeriano, no sentido de que só se interpreta porque antes se compreendeu. Em decisões que tais, o *logos* apofântico, portanto, lógico-semântico, vem antes do *logos* hermenêutico, que é estruturante e de profundidade e que se constitui em condição de possibilidade daquele.

Trata-se, em outras palavras, da postura do juiz que decide antes e depois vai em busca dos argumentos, bem traduzida na metáfora do *dilema da ponte* construída por Streck³¹⁴, para quem, acreditar que tudo se resolve no plano do *logos* apofântico é cair numa armadilha, dado que não é possível ao juiz atravessar o “abismo gnosiológico do conhecimento”, chegar ao outro lado (decidir) e depois fazer o caminho de volta para construir a ponte pela qual ele já passou. De mais a mais, surge outro problema bem lembrado por Schmitz (2015). É que, na passagem do decidir antes, para justificar depois, há um verdadeiro abismo à espera de ser colmatado pelo juiz. Trata-se, por assim dizer, e é nisso que reside o perigo, de “um *gap* hermenêutico, um vão livre para o preenchimento de sentidos”. (SCHMITZ, 2015, p. 225).

A propósito, o ato de decidir antes para justificar após o decidido é questão antiga e tem relação direta com o sujeito da modernidade. Mas, bem antes da aurora da modernidade, que é o tempo, segundo a ótica de Domingues (1999), em que o homem se torna deus, como registra Grossi (2014, p. 212), durante o medievo era comum os juizes primeiro formularem as decisões para depois encontrar uma passagem no *Corpus iuris civilis*, para fins de ajustar a decisão ao ordenamento jurídico medieval.

Calamandrei (2017), por sua vez, apesar de reconhecer que o sinal mais importante e típico da racionalização da função jurisdicional é a sua motivação, à qual deve se seguir a decisão, reconhece que essa cronologia nem sempre é respeitada, hipótese em que “a sentença, como ato de vontade, já nasceu antes que o juiz haja claramente expressado quais são as razões lógicas que o levaram a querer assim. A conclusão do silogismo já está fixada irrevogavelmente, antes que haja sido formulada a premissa”. (CALAMANDREI, 2017, p. 71).

Para o jurista italiano, quando a fundamentação – que ele denomina “motivação” – é um ato posterior à decisão (dispositivo), na verdade, ela se trata de uma explicação e não de uma preparação³¹⁵. Nessa hipótese, a motivação não passaria de uma cortina de fumaça destinada a esconder os verdadeiros motivos da decisão, qual seja, o de “mascarar, com uma

³¹⁴ Ver, por todos, naquela que é a obra de maturidade do autor: Streck (2017c).

³¹⁵ É assim que ocorre na moderna teoria do processo jurisdicional democrático. Nela, o processo consiste em um procedimento em contraditório constituído de um conjunto de atos preparatórios destinados à prática de um provimento final, que é a decisão judicial.

motivação plausível, as verdadeiras razões da decisão, que são inconfessáveis”. (CALAMANDREI, 2017, p. 74).

Tais considerações, colocadas mais em um tom descritivo, parecem, contudo, contrastar com um posicionamento mais prescritivo do jurista italiano expresso na sua famosa obra intitulada *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Nela, ao falar dos (*sic*) sentimentos e da lógica das sentenças, Calamandrei (2013), inicialmente, diz que não há dúvida de que a fundamentação da decisão judicial se constitui em uma grande garantia de justiça, máxime “quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos³¹⁶, em que altura do caminho o magistrado se desorientou”. (CALAMANDREI, 2013, p. 123).

Todavia, em seguida, indaga, querendo saber quantas vezes a fundamentação da decisão judicial reproduz fielmente o caminho trilhado pelo juiz até a sua conclusão. Quais os motivos que o conduziram até aquele ponto de chegada, o próprio juiz, muitas vezes, quer saber. Nesse ponto, Calamandrei (2013), de igual modo como pontuado na obra anteriormente citada, reconhece que “sucede às vezes que ele, juiz, ao elaborar a sentença inverte a ordem normal do silogismo³¹⁷, isto é, encontra primeiro o dispositivo e depois as premissas que o justificam”. (CALAMANDREI, 2013, p. 124).

Mas, ao prosseguir, Calamandrei (2013) deixa uma pista que parece revelar concordância com essa inversão de ordem, muito embora também deixe transparecer que se trata mais de uma autorização legal.

Com efeito, de acordo com o mestre italiano, a inversão da lógica formal parece ser “aconselhada oficialmente ao juiz por certos preceitos jurídicos, como aquele que, ao passo que lhe impõe a obrigação de declarar no final da audiência o dispositivo da sentença (isto é, a conclusão), lhe permite que retarde em alguns dias a publicação dos fundamentos (isto é, as premissas)”. (CALAMANDREI, 2013, p. 125).

³¹⁶ Mesmo sem considerar o logos hermenêutico, mas tão somente o apofântico, Calamandrei (2013) deixa claro que a fundamentação analítica também pode ser objeto de controle, pelo menos no sentido de saber se houve ou não um desvio, se o juiz deixou de adotar um critério jurídico para enveredar por outro caminho. Ainda assim, Schmitz (2015) sustenta que nem sempre é fácil averiguar se determinado fundamento utilizado é falso ou não, uma vez que existe uma grande variedade de possibilidades de argumentação, fundadas em teorias inadequadas, que podem se legitimar “sem expressar o verdadeiro conteúdo do que foi decidido. É justamente a dificuldade de identificar discricionariedades que justifica o desenvolvimento de todas as teorias de argumentação e da decisão judicial”. (SCHMITZ, 2015, p. 230).

³¹⁷ Percebe-se que Calamandrei (2013) ainda é preso ao método e aos conceitos abstratos que não guardam necessariamente qualquer relação com o mundo prático, vivido, e nem com o contexto histórico, como se o mundo fosse dado e não construído historicamente.

Para Calamandrei (2013), a própria legislação parece reconhecer que a dificuldade na tarefa de julgar não consiste exatamente em encontrar a conclusão, o que se pode fazer num dia, “mas em encontrar depois, após longa meditação, as premissas de que aquela conclusão, segundo o vulgo, devia ser consequência. As premissas, não obstante seu nome, são frequentemente postas depois. O teto em matéria jurídica, pode assim construir-se antes das paredes”.³¹⁸ (CALAMANDREI, 2013, p. 125).

Em seguida, como quem pretende justificar uma motivação pessoal do juiz, que não seja necessariamente arbitrária, o que revela como, em matéria de interpretação, ele ainda está preso ao esquema sujeito-objeto, Calamandrei (2013) esclarece que a inversão de ordem não significa dizer, porém, que a parte dispositiva foi elaborada ao acaso e que a fundamentação tenha apenas a finalidade de passar a ideia de que fora fruto de um rigoroso raciocínio, encobrindo, assim, aquilo que aconteceu no plano dos fatos: na realidade, resultou de uma conduta arbitrária. De acordo com Calamandrei (2013) “apenas se quer dizer que, ao julgar, a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece”, sendo que “não foi sem razão que alguém disse que sentença derivava de *sentir*”. (CALAMANDREI, 2013, p. 125-126).

Esse posicionamento é rechaçado contundentemente por Schmitz (2015), ao dizer que o combate às ideias de sentença como *sentire* e da livre atribuição de sentido pelo juiz é uma questão central para a hermenêutica, sobretudo, considerando o direito que emerge a partir da segunda metade do século XX. Schmitz (2015, p. 103-104) sustenta que, por força de um conjunto de fatores, como a forma da influência da linguagem sobre o modo de se compreender algo, o fato de não se poder mais considerar o sujeito separado do objeto e do mundo, bem como da necessidade de se abandonar o “método”, a conclusão a que se pode chegar é a de que não é mais possível aceitar que uma decisão judicial seja fruto de uma vontade de poder ou de um sentimento pessoal do julgador, ainda que este esteja baseado nas melhores intenções.

Sendo assim, diz Schmitz (2015) que não se pode mais concordar com a ultrapassada ideia, presente no imaginário da comunidade jurídica brasileira, “de que *sentença* (decisão judicial) é expressão que viria do latim *sentire*, na qual o juiz declararia aquilo que sente. Aposta-se em uma espécie de psicologismo, como se inevitavelmente o ato de decidir

³¹⁸ Algo parecido com atravessar a ponte e voltar para construí-la depois, como diz Streck.

dependesse unicamente da vontade (do ‘livre convencimento’) de quem julga”. (SCHMITZ, 2015, p. 104)³¹⁹.

Para Schimitz (2015, p. 106), “tratar a sentença como uma questão de sentimento pessoal significa reconhecer na figura subjetiva do julgador, nas suas preferências e características pessoais uma influência sobre o teor da decisão”. Para o processualista, essa forma de se abordar o direito acaba por abrir uma larga porta para a defesa do desrespeito à lei sem que se estabeleça os necessários parâmetros de limitação da atividade interpretativa do juiz.

Na verdade, como já se disse aqui em outros momentos, é como se, para superar o trauma representado pela figura do juiz como *boca da lei*, todas as fichas fossem jogadas no protagonismo judicial com o objetivo superar um formalismo jurídico representado pelo positivismo exegético do século XIX, muito embora já ultrapassado, desde Kelsen, que, com seu positivismo normativo, libertou o juiz das jaulas da lei, na medida em que disse que a interpretação e a aplicação judicial do direito são uma questão de vontade do julgador.

Não obstante, em nome desse cadáver insepulto da figura do juiz como mero pronunciador da letra fria da lei – fato cujas origens remontam à teoria da separação dos poderes que mitigou o papel do Poder Judiciário no Estado moderno –, qualquer tentativa de controle hermenêutico das decisões judiciais é encarada com pavor, como se tratasse de uma reprimenda da proibição de interpretar. Em consequência, se aposta no protagonismo judicial como um vale tudo, em cujo nome se invoca a intuição do juiz, a influência de seu psiquismo na decisão, sua atividade criadora, a mente privilegiada, sua personalidade, seus atributos psicológicos, enfim, a sua sensibilidade e o seu sentimento de justiça e até o fato de ser um bom pai e um ótimo chefe de família³²⁰.

³¹⁹ Em outra passagem, Schmitz (2015) desmitifica a ideia de que sentença vem somente da expressão latina *sentire*, uma vez que “tanto em latim quanto no italiano contemporâneo, significa também *ouvir, escutar*, e não necessariamente *sentir*, em português”. (SCHMITZ, 2015, p. 106). No mesmo sentido, Georges Abboud (2014), ao dizer que atribuir a origem da palavra sentença à expressão *sentire*, trata-se de uma simplificação que não parece contribuir para o preciso esclarecimento do conceito jurídico do vocábulo, seja ele atual ou antigo. Abboud (2014) esclarece que “o verbo ‘*sentio, sentire*’, de que derivaria o substantivo latino ‘*sententia*’ pode significar ‘sentir’, isso é, uma ação de percepção exterior ou interna. Não se trata, entretanto, da única conotação possível, uma vez que o verbo poderia significar – na linguagem jurídica, sobretudo – também “ser de opinião”, e, por conseguinte, o substantivo correspondente (‘*sententia*’), apresentar a acepção de ‘opinião’, ‘julgamento’, ‘parecer’, ‘decisão’”. (ABBOUD, 2014, p. 460).

³²⁰ Todos esses achados, tidos como justificativas para o juiz atribuir livremente os sentidos que assim bem entender ao julgar um caso, podem ser vistos em Prado (2013, p. 37-54). Nesta obra, a autora registra, em nota de rodapé, uma anotação de Luís Recaséns Siches (1963), para quem o juiz decide por intuição. Trata-se de uma confissão colhida pelo filósofo mexicano de um juiz e que é uma pérola em matéria de subjetividade. Eis a íntegra da nota de rodapé: “Siches (op. cit., p. 242). A respeito do tema, o autor transcreve a confissão feita pelo juiz Hutcheson sobre o modo efetivo como a mente funciona no processo judicial. Diz Hutcheson que, depois de haver ponderado minuciosamente sobre todos os dados a sua disposição e haver meditado cuidadosamente sobre eles, deixa que sua *imaginação intervenha. Dorme sobre o processo; espera que se lhe*

Para Schmitz (2015), a relação estabelecida entre sentença e sentimento vai além de um mero postulado doutrinário, dado que se encontra na base de um senso comum teórico a que se encontra presa a própria dogmática jurídica, circunstância que pode provocar o risco de contaminar de forma inadequada as práticas interpretativas no Brasil, o que é atribuído ao fato de que ainda não houve a superação do velho positivismo jurídico do século XIX.

De acordo com o autor, muito embora já se tenha constatado que a *letra fria* da lei não tem o poder de resolver a infinidade de casos concretos decorrentes da complexidade da vida, que não pode ser facilmente abarcada, a solução encontrada por determinadas correntes teóricas, para resolver o problema das lacunas da lei, foi elevar o juiz a uma posição de protagonista absoluto na interpretação e aplicação do direito, cientes de que com isso se estaria corrigindo os erros cometidos pelo legislador. Isso, contudo, estaria longe de resolver o problema, uma vez que as teorias, no afã de se superar os problemas da ambiguidade e da indeterminabilidade do direito, enfrentaram os problemas provocados pelo positivismo jurídico de modo superficial, sem a preocupação de aprofundar-se na problematização. E com uma agravante: sem se dar conta, como lembra Riguax (1997, p. 72), de que, desde o início do século XX, já não era crível se falar em letra fria da lei ou do juiz boca da lei, além de outros mitos engendrados pelo sonho iluminista.

De todos os cenários decorrentes da aposta no protagonismo do Poder Judiciário, a ideia de que se deve confiar no sentimento pessoal ou de justiça do juiz talvez se constitua no alibi mais perigoso dentre as diversas variantes voltadas para permitir que o julgador possa, livremente, sem qualquer tipo de controle, atribuir os sentidos que bem entender, quando do exame de determinado caso.

Para Schmitz (2015, p. 105), em se admitindo que uma sentença tem relação direta com o ato de “sentir”, outro problema irá surgir, pois, nesse caso, será importante saber quem será o julgador, isso sem dizer que, como cada intérprete tem sua visão pessoal do que possa ser ou não justo, tal circunstância poderá acarretar uma descabida influência sobre a decisão judicial. A questão é tão grave que Schmitz (2015, p. 107) lembra que na doutrina se reproduz o pensamento de que o exercício da magistratura depende de um dom ou de uma vocação própria dos sacerdotes, o que faz com que o autor indague em que consistiria esse juiz

apresente uma espécie de premonição, uma suspeita, uma iluminação intuitiva que aclare a conexão entre o problema e a decisão e que indique qual a decisão justa [...] Assim, o magistrado decide por intuição e não por silogismo dos que se estudam na lógica. Decide por convicção que ocorre de modo direto e não em virtude de um raciocínio. O raciocínio é articulado pelo juiz, que só depois passa a redigir a sentença. O impulso que motiva sua decisão é um sentido intuitivo do justo e do injusto a respeito do caso particular que tem diante de si. ‘O juiz astuto, depois de haver decidido dessa maneira, põe todas as suas faculdades mentais a postos para justificar aquela intuição diante da própria razão e para afrontar as críticas que possam ser dirigidas a sua sentença’. (PRADO, 2013, p. 39-40, grifos nossos).

vocacionado e qual seria o destino dos cidadãos que, por azar, submetessem uma controvérsia a um juiz sem a dita vocação para o exercício da judicatura.

De acordo com Schmitz (2015), essas categorias são absolutamente incabíveis ao se tratar do tema da decisão judicial, mesmo porque o ato de interpretar, de aplicar e julgar não pode ficar refém de um vocacionado, uma vez que se trata de uma responsabilidade democrática e de não de algo que dependa da vontade de uma só pessoa ou um grupo colegiado de pessoas. Nesse sentido, “é preciso discordar, nesse ponto, de quem defende que o direito pode ser aquilo que um intérprete quer que ele seja: se assim fosse, dependeríamos, como cidadãos, mais de sorte do que do direito”.³²¹ (SCHMITZ, 2015, p. 107-108).

De todo o exposto, é possível uma conclusão que aponta para o fato de que a hermenêutica filosófica, no Brasil representada pela Crítica Hermenêutica do Direito, por trabalhar com a dupla estrutura da linguagem e seus dois principais teoremas (círculo hermenêutico e diferença ontológica), e dado que a rigorosa fundamentação das decisões judiciais implica necessariamente uma adequada interpretação e aplicação judicial do direito, muito tem a contribuir para o controle das decisões judiciais e a superação da incompreensível resistência ao dever de fundamentar.

Repassando o que foi desenvolvido, de se dizer que até aqui se abordou dois modos pelos quais a hermenêutica filosófica tem como contribuir para uma adequada interpretação e aplicação judicial do direito no Brasil dentro de um contexto da necessidade de superação da incompreensível resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais.

No primeiro, através da formação e consolidação de uma teoria da decisão judicial, nos termos propostos por Streck, para cujo fim esta pesquisa oferece sua contribuição, ao sugerir a incorporação, como base normativa para a referida teoria e à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, daquilo que aqui vem se chamando de *microsistema processual da fundamentação das decisões judiciais*.

No segundo, por meio do um contínuo constrangimento epistemológico como a melhor ferramenta para a ultrapassagem de modelos de juízes ainda presos à filosofia da consciência.

Dentre outras questões, que não cabem no objeto desta pesquisa, é isso que a hermenêutica tem a ensinar e oferecer visando a um controle das decisões judiciais de modo a

³²¹ Ou, como dito no Prólogo deste estudo (item 2), pela sorte dos dados, como pode ser visto em Rabelais (2006). Neste livro, Rabelais narra várias histórias do juiz Bridoye, famoso por se utilizar de um expediente exótico e esdrúxulo na hora de julgar. Bridoye adotava todos os procedimentos próprios de um processo. Instaurava, instruía, ouvia as partes, enfim observava o devido processo legal, menos pelo último ato, a sentença, visto que na hora de decidir, jogava a sorte e os destinos das partes nos dados.

proporcionar que, com os constrangimentos normativos e doutrinários, a fundamentação das decisões judiciais se torne um efetivo acontecimento, concretizando, assim, as normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o tema. Ao fazê-lo, a hermenêutica assume a condição de um novo paradigma incompatível com os paradigmas metafísicos da objetividade e da subjetividade.

Com efeito, para Stein (2017), a hermenêutica toma um lugar de paradigmas entre as filosofias da consciência e as filosofias da ciência do século 20, lugar que não poderia tomar, a menos que isso represente o que ele chama de lugar paradigmático, pois está convencido de que “a hermenêutica, como Filosofia hermenêutica, começou a mostrar um movimento de longa duração, que assumiu a forma de um paradigma” (STEIN, 2017, p. 225), que é pós-metafísico, uma vez que seu modo de fundamentar não vai em busca de uma fundamentação absoluta e objetificadora, por isso que ele o denomina de fundamento pós-metafísico. De acordo com o filósofo, é a partir de meados do século XIX, com o ocaso das teorias da consciência e da representação, que nasce o novo paradigma da compreensão, a hermenêutica, cujo ritmo de afirmação será determinado pela resistência dos velhos paradigmas.

Em síntese, Stein (2017), para quem o paradigma é a dimensão subterrânea de uma filosofia, considera “que com a hermenêutica iniciou-se um novo paradigma na Filosofia ocidental, após a decadência e a superação das teorias kantianas do conhecimento e das filosóficas da representação e da subjetividade e ainda do pensando especulativo dialético de Hegel” (STEIN, 2017, p. 231), muito embora, a exemplo do que entende Morin (2011), também considere que até que ele atinja o seu ponto de maturação, o nascimento de um novo paradigma é um processo lento.

De fato, trata-se de uma longa jornada em cujo caminho há vários obstáculos, sobretudo, porque a dogmática jurídica no Brasil – representada pela legislação, jurisprudência e boa parte da doutrina –, como denuncia Streck (2009), ainda não se deu conta da mudança, ou, no mínimo, se mantém refratária à mudança paradigmática que faz da decisão um *locus* intersubjetivo mediado pela linguagem.

Com efeito, de acordo com Streck (2009), diferentemente do caráter refratário do direito, na filosofia a invasão da filosofia pela linguagem implicou numa verdadeira revolução copernicana no campo da compreensão, ou seja, da hermenêutica. Se até então, historicamente, a linguagem era recepcionada apenas como uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, com o giro linguístico, ela vai alcançar o status de condição de possibilidade de todo processo compreensivo, pois tudo passa pela linguagem, que é a condição de possibilidade de se ter acesso ao mundo. Tornou-se assim, no campo da compreensão,

acrescenta Streck (2009), possível superar o pensamento metafísico que atravessou pelo menos dois mil anos. “Esse giro hermenêutico, que pode ser denominado também de giro lingüístico-ontológico, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo”. (STRECK, 2009, p. 67).

Para Streck (2009), ignorando essa revolução paradigmática, as pesquisas sobre a interpretação do direito no Brasil continuam atreladas ao vetusto postulado do esquema sujeito-objeto, contexto em que a linguagem fica relegada à uma função meramente instrumental e na posição de um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto. Porque que o direito estaria blindado a essa mudança de paradigma é a grande indagação nesse contexto. A propósito, Streck vai dizer (2009, p. 67) que “talvez por assim se pensar é que o Direito continua, até hoje, refém, de um lado, do objetivismo (metafísica clássica) e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência (metafísica moderna)”.

Essa questão, por outro lado, não deixa de ser (in)compreensível, pois, no magistério Streck, “fundamentalmente, a hermenêutica filosófica – derivada da filosofia hermenêutica – vem para romper com a relação sujeito-objeto e representa, assim, uma verdadeira revolução copernicana”. (STRECK, 2009, p. 68). Em outras palavras, isso coloca em xeque os métodos procedimentais de acesso ao conhecimento, o que tem consequências sérias e é por essa razão que ele afirma que se trata de um “problema paradigmático”, como, aliás, propõe esta pesquisa.

De acordo com Streck (2009, p. 67), “os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade”. E por força disso, permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto, que é um problema transcendental, refratários, pois, à relação sujeito-sujeito, esta sim um problema hermenêutico, pois ligada à compreensão.

No modo de pensar do jusfilósofo, a preocupação dos juristas é de ordem meramente metodológica e não ontológica, no melhor sentido concebido por Heidegger e Gadamer. Ou seja: não se deram conta de que a revolução paradigmática provocada pela viragem lingüístico-hermenêutica “tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à ‘fundamentação’ do processo compreensivo-interpretativo do ‘procedimento’ para o ‘modo de ser’”. (STRECK, 2009, p. 66-68, grifo do autor).

E se é que se pode falar em vocação, não no sentido de um sujeito iluminado para o exercício de um mister de forma encapsulada, ela tem um nome: hermenêutica filosófica. Trata-se aqui de vocação para conduzir uma relação dialógica, portanto, intersubjetiva, entre

dois sujeitos e não entre um sujeito separado do objeto, em busca da verdade e de um fundamento que nem é absoluto e nem empírico, dado que o universo hermenêutico nunca se esgota, afinal, como vai dizer Gadamer (2011, p. 247) “o caminho da verdade passa pelo diálogo”; que possui uma força transformadora, de modo que se pode dizer que onde o diálogo foi exitoso “ficou algo para nós e em nós que nos transformou”.

Com efeito, Gadamer (2011) destaca também que a capacidade para o diálogo se constitui num atributo natural do homem, que Aristóteles definiu, lembra ele, como o ser que possui linguagem, que se dá apenas no diálogo. Diferentemente, acrescenta, “a questão da incapacidade para o diálogo refere-se, antes, à possibilidade de alguém abrir-se para o outro e encontrar nesse outro uma abertura para que o fio da conversa possa fluir livremente”. (GADAMER, 2011, p. 244).

Mudando o que deve ser mudado e trazendo o que ensina Gadamer para o direito, talvez seja esse o grande déficit do processo. Mais diálogo é do que se ressent. Mais intersubjetividade, mediada pela linguagem, e menos subjetividade. Chega de se convier com a maldição de Prometeu. O juiz não precisa, a cada decisão, roubar um pouco do fogo de Zeus. Para bem exercer a judicatura não precisa de dons divinatórios ou vocações sacerdotais, portanto, chega de tentar realizar a ilusão de ser Deus. Melhor seria se ele se convencesse de que ele próprio é um ser hermenêutico que somente pode se compreender compreendendo o outro e na medida em que ele próprio se compreende. Isso é, portanto, o que há de mais caro na hermenêutica: a valorização do espaço intersubjetivo, da relação sujeito-sujeito, pois, como vai dizer o mestre de Marburgo, em trecho que, com a sua melhor luz, encerra este parágrafo:

A hermenêutica implica, antes, que toda compreensão de algo ou de um outro vem precedida de uma autocrítica. Aquele que compreende não postula uma posição superior. Confessa, antes, a necessidade de colocar à prova a verdade que supõe própria. É o que está implícito em todo compreender, e por isso todo compreender contribui para o aperfeiçoamento da consciência histórica dos efeitos. O modelo fundamental de todo consenso é o diálogo, a conversa. Sabe-se que uma conversa não é possível se uma das partes crê absolutamente estar numa posição superior em relação à outra, algo como se afirmasse possuir um conhecimento prévio dos preconceitos a que o outro se atém. Com isso, ele ver-se-ia trancado em seus próprios preconceitos. Em princípio, um consenso dialogal torna-se impossível quando um dos interlocutores do diálogo não se libera realmente para a conversa. (GADAMER, 2011b, p. 141).

Para finalizar, insista-se num ponto: de cunho filosófico, a hermenêutica, por se assentar no paradigma da intersubjetividade, portanto na relação sujeito-sujeito, ao contrário das teorias analíticas do direito, se apresenta como a teoria do direito com o perfil mais

adequado para enfrentar o sujeito solipsista e sua principal forma de manifestação: a discricionariedade.

Com efeito, enquanto as demais teorias que são refêns do esquema sujeito-objeto, porque adotam ora posturas objetivistas ora subjetivistas, a hermenêutica, ao contrário, refletindo o paradigma da intersubjetividade, opõe-se ao conceito objetivista do conhecimento e no fenômeno da compreensão afasta o esquema sujeito-objeto.

E é por não trabalhar com a relação sujeito-objeto que, para a hermenêutica, decidir jamais será uma questão de escolha do sujeito, ou seja, do intérprete. Consequência direta disso é que a compreensão não será resultado de um processo isolado, realizado por uma só pessoa. Ao contrário, decorrerá de um projeto compartilhado, intersubjetivamente, e mediado pela linguagem, dado que nunca se compreende sozinho.

Por força disso, ou seja, apoiando-se a hermenêutica no paradigma da intersubjetividade, o espaço para o intérprete atribuir livremente os sentidos das coisas, dos objetos, enfim, do direito, deixará de existir. No caso da decisão judicial, a fundamentação será o resultado do diálogo, em verdade de um *triálogo* estabelecido entre os principais sujeitos do processo (juiz, autor e réu) e nunca da consciência de um sujeito isolado.

8 CONCLUSÃO

Considere, grosso modo, comparar uma decisão judicial, enquanto produto final de um processo, com uma obra de arquitetura e engenharia modernas, uma torre de um grande edifício com sua etapa final concluída. Vista de um ponto de vista externo, e a depender da perspectiva de quem a observa, a torre pode causar diferentes impressões.

A se considerar o observador como um indivíduo mediano qualquer, a impressão que fica é a de que se trata de um prédio suntuoso, sofisticado, moderno e belo. A ele não interessa saber o que estrutura a torre e o que faz da torre uma torre. Ver é o que basta.

Por outro lado, tratando-se o observador de um experto da engenharia ou da arquitetura, suas impressões serão o resultado de um olhar sobre a torre já carregado de alguns elementos prévios que tornaram possível o soerguimento, a hígidez e a estabilidade do prédio. Há um diagnóstico precoce em torno daquela construção. Há nela algo que se antecipa. Uma história, uma tradição, enfim, um projeto de arquitetura e engenharia, em cuja planta baixa se vê vários pilares que se constituem na base de sustentação do prédio. São elas as colunas fundacionais que fazem da torre uma torre.

Com as decisões judiciais sucede algo parecido, daí a comparação. Assim como se dá com a torre, vista do ponto de vista externo e na perspectiva de um observador qualquer, a sentença é apenas uma decisão que põe fim ao processo com ou sem resolução da questão de fundo debatida na demanda levada ao conhecimento de um juiz.

Por outro lado, o observador privilegiado vai enxergar na decisão judicial mais do que um simples ato que põe fim ao processo. Fazendo uma leitura de maior profundidade ele vai perceber que naquela decisão há algo que a precede, que faz da decisão uma decisão. Ela é constituída de algo e é esse *algo* que lhe confere sentido. Tal como ocorre com a torre, a decisão judicial tem uma base de sustentação que a estrutura, constitui, que a torna legítima e hígida. Essa base atende por um nome: fundamentação. É o que faz da decisão judicial uma decisão judicial.

A fundamentação, por sua vez, tem sua própria estrutura. Aqui nesta pesquisa, desde o prólogo, vem se chamando de dimensões paradigmáticas significativas.

Como evidenciado no quarto capítulo, essas dimensões, desde sempre, são responsáveis pela construção do sentido que é conferido ao dever do juiz de fundamentar suas decisões judiciais. Daí a razão de serem paradigmáticas e significativas. Significativas em face da relevância e da importância que assumem na construção do sentido da fundamentação das decisões judiciais. Paradigmáticas na medida em que implicam a superação de um modelo

anterior. Dito de outro modo: ser paradigmática revela a predominância de determinado padrão aceito como o resultado de uma revolução científica, de uma mudança de paradigma.

São elas que, sob três perspectivas distintas, constituem a estrutura da fundamentação das decisões judiciais do ponto de vista filosófico, histórico e jurídico. No modelo de Estado Democrático de Direito será a presença dessas dimensões, devidamente a ele alinhadas, que vai fazer da decisão uma decisão judicial fundamentada. A ausência de uma delas, ou a inconsistência de uma ou outra, bem como a incompatibilidade com o modelo de Estado que se justifica implica o mesmo efeito a que está sujeita uma torre cujas fundações sobre as quais foi erguida não sejam tão sólidas: não se sustentará.

A fundamentação das decisões judiciais é estruturada a partir de três pilares. São esses elementos que vinculam uma decisão judicial. É a partir do modo como eles se apresentam que se pode dizer que uma decisão judicial é fundamentada, se ela se constitui ou não na resposta adequada para o caso concreto.

Foi isso que se procurou demonstrar, ao longo do desenvolvimento desta pesquisa dividida em três grandes seções. Em cada uma delas abordou-se uma dimensão, embora entre elas, e dentro de cada capítulo, haja um entrelaçamento, dado que elas se atravessam mutuamente e vão se encontrar novamente, reunidas, no capítulo 4 como se fossem três linhas paralelas que ao final se fundem.

Fácil perceber no capítulo 4 como as dimensões estão conectadas entre si. Elas são intercambiáveis e, num movimento circular, transitam do individual para o conjunto, da parte para o todo, fazendo, em seguida, o caminho de volta, de tal sorte que se permite que se diga que uma dimensão sozinha não tece uma fundamentação de uma decisão judicial.

Esse foi o primeiro resultado encontrado na pesquisa, perceptível no próprio título da pesquisa. De fato, ali, de saída, já se antecipa o propósito principal deste estudo, de dizer como e por que a fundamentação das decisões judiciais é atravessada por três dimensões paradigmáticas que, enquanto tais, se constituem em condições de possibilidade, para que uma decisão se considere fundamentada, de tal sorte que a simples ausência de uma delas tem o condão de desfigurá-la como fundamentada. Mais que isso: acarretará a nulidade da decisão judicial, por não se configurar fundamentada nos termos estabelecidos pela ordem jurídica brasileira. Numa palavra final: para que a decisão judicial se considere devidamente fundamentada, a presença concomitante das três dimensões paradigmáticas é indispensável. Isso significa dizer que a simples ausência de uma delas, dependendo do caso concreto, poderá resultar em uma decisão não fundamentada, mal fundamentada ou deficientemente fundamentada.

De fato, examinando-se as dimensões paradigmáticas da fundamentação ou do dever de fundamentar as decisões judiciais nas perspectivas filosófica, histórica e jurídica, num primeiro momento se constatou que uma decisão judicial somente se considera fundamentada se ela for concomitantemente atravessada por todas essas dimensões, do que se permitiu concluir, a partir de uma análise estrutural e fenomenológica, que a fundamentação das decisões judiciais tem uma estrutura tridimensional e ontológica.

Tridimensional, em razão de ser composta ou, se preferir, atravessada, por três elementos: filosófico, histórico e jurídico. Não obstante cada uma das dimensões tenha independência e autonomia próprias, elas são consideradas, no seu conjunto, de tal modo que a compreensão de uma delas só é possível na medida em que já compreendidas como totalidade, sendo verdadeira a recíproca. É que, como se demonstrou, as dimensões paradigmáticas estão sujeitas a uma relação de circularidade e são intercambiáveis, de tal maneira que uma se agrega a outra, que é agregada pela seguinte, em decorrência do que a compreensão de uma é pressuposto para a compreensão da outra, no que resulta que só podem ser compreendidas enquanto todo e enquanto parte.

Por outro lado, a fundamentação das decisões judiciais tem natureza ontológica, na medida em que diz respeito ao próprio sentido do ser da fundamentação das decisões judiciais. Dito de outro modo: é ontológica porque o sentido que é dado à concepção do dever de fundamentar as decisões judiciais pressupõe a presença das três dimensões.

Todavia, como foi visto, não é a simples presença das dimensões que fará da decisão uma decisão judicial fundamentada. É preciso mais que isso, sobretudo, quando se leva em conta o modelo de Estado Democrático de Direito abraçado, a forma de Estado que constitui a República Federativa brasileira.

Nesse sentido, é indispensável que cada uma das dimensões represente a superação de um modo ultrapassado de interpretar e aplicar judicialmente o direito. Numa palavra: tem que significar e representar a passagem de um paradigma para outro, pois os contornos tidos como condição de possibilidade para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada resultam de uma revolução científica, que é denominada por Kuhn (2017) de mudança de paradigma.

É que de nada adiantaria a presença das dimensões paradigmáticas atravessando a fundamentação das decisões judiciais se uma delas ou o conjunto delas ainda estiver preso a um paradigma (filosófico, histórico ou jurídico) ultrapassado e incompatível. A incompatibilidade tanto pode residir entre as próprias dimensões como entre elas e o modelo de Estado Democrático de Direito.

Seria a hipótese de uma decisão judicial que, embora compatível com o modelo do Estado Democrático de Direito, do ponto de vista de sua dimensão histórica e jurídica, do ponto de vista filosófico ainda estivesse presa ao paradigma da subjetividade. De tão incompatível essa convivência sequer pode ser imaginada. Uma decisão, nessa hipótese, jamais será considerada fundamentada, uma vez que ela não reflete a mudança de paradigma representada pela passagem do paradigma da subjetividade para o paradigma da intersubjetividade.

Este é o primeiro resultado da pesquisa, que tem o mérito de, a partir de uma forma diferenciada, refletir a decisão judicial na perspectiva da sua fundamentação. De fato, até aqui não se tem conhecimento, daí o seu caráter inédito, de estudo no qual se fez uma abordagem hermenêutico-fenomenológica da fundamentação das decisões judiciais, considerando um tríptico desdobramento: histórico, filosófico e jurídico.

Nesse sentido, naquilo que se constitui na síntese da primeira contribuição pessoal da pesquisa, concluiu-se que uma decisão judicial somente pode ser considerada satisfatoriamente fundamentada, quando ela se encontrar atravessada por três dimensões paradigmáticas e dominantes, nas perspectivas filosófica, histórica e jurídica.

Para se chegar a essa conclusão, examinou-se, em separado, cada uma das dimensões nos três capítulos iniciais com o objetivo de demonstrar como, ao longo da história da fundamentação das decisões judiciais, cada uma delas influenciou na construção do sentido que hoje se confere e se compreende como fundamentação das decisões judiciais.

Em cada um dos três capítulos iniciais foi demonstrado que um longo caminho foi percorrido até que se pudesse alcançar o ponto de chegada representativo da passagem de um paradigma para outro, mesmo porque, como pontua Morin (2011), as mudanças de paradigmas, por vezes, costumam demorar vários séculos para acontecer, sobretudo no campo das ciências sociais, se comparadas com as ciências da natureza.

Sendo assim, do ponto de vista da dimensão filosófica, o primeiro capítulo teve como foco principal o de revisitar os fundamentos responsáveis pela passagem de um discurso da justiça no qual a linguagem é apenas uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, próprio da filosofia da consciência, simbolizada pelo paradigma da subjetividade no qual o sujeito é o senhor dos sentidos, para o paradigma da intersubjetividade, no qual a linguagem assume a condição de protagonista e deixa de ser privada para ser pública. Nesse sentido, vista sob a perspectiva da dimensão filosófica, a fundamentação das decisões judiciais é o resultado de uma relação dialógica, mediada pela linguagem, que bem caracteriza o terceiro momento da história da filosofia.

Por sua vez, o segundo capítulo, ao fazer um resgate da formação e da evolução histórica da fundamentação das decisões judiciais, preocupou-se em refletir a decisão judicial do ponto de vista da dimensão histórica da fundamentação. No referido capítulo descreveu-se o modo como se deu a passagem da concepção que conferia legitimidade à decisão judicial pelo simples fato de se tratar de um ato de autoridade e de poder que, por essa razão mesma, prescindia de qualquer justificação, para uma ideia de responsabilidade e prestação de contas, cenário em que, harmonicamente com o modelo de Estado Democrático de Direito, a decisão judicial se justifica e se legitima a partir de uma accountability judicial. Trata-se da superação do obstáculo à ideia de responsabilidade dos juízes, que pode ser resumida no seguinte enunciado: a responsabilidade política dos juízes é uma questão de democracia.

Dando prosseguindo, o terceiro capítulo foi direcionado para a dimensão jurídica, a terceira das dimensões paradigmáticas, centrando-se na passagem de um direito de viés privatístico para um modelo público, constitucionalizado e democrático de direito, com impacto direto no âmbito do Poder Judiciário. Decorre daí do que os juízos morais, as convicções pessoais, a vontade do intérprete ou qualquer outro critério metajurídico ou pré-juízos estranhos ficam suspensos, no momento da decisão judicial, que deve se guiar por critérios eminentemente jurídicos, numa demonstração de sujeição ao império do direito, celebrando, assim, o primado do direito e sua autonomia diante da política, da moral ou de qualquer outro agente externo.

Uma das conclusões a que se chegou acerca da análise das três dimensões paradigmáticas é a de que elas sofrem influxos recíprocos e são de tal modo intercambiáveis que cada dimensão entra e sai uma da outra. Isso ficou evidente, quando da análise da fundamentação das decisões judiciais na perspectiva jurídica. Ali se demonstrou que, por conta interpenetração de uma dimensão em outra, uma dimensão sempre carrega a anterior, como ocorre com a dimensão histórica que supõe a filosófica, sendo que ambas já estão pressupostas na dimensão jurídica.

Estabelecidas as bases paradigmáticas tridimensionais da fundamentação das decisões judiciais, o passo seguinte da pesquisa objetivou encontrar no sistema de direito brasileiro, ou seja, na ordem jurídica estabelecida, um horizonte prospectivo, uma categoria jurídica que melhor representasse a conjugação dos elementos paradigmáticos da fundamentação das decisões judiciais. Dizendo de outro modo: o esforço hermenêutico, no que diz respeito àquilo que se compreende como fundamentação de uma decisão judicial, consistiu em encontrar um ponto de estofa para ser utilizado como referência, no sentido de se saber e afirmar que determinada decisão judicial se encontra atravessada pelo conjunto das três dimensões.

E como se demonstrou no quarto capítulo, a pesquisa aponta o artigo 489, § 1º, do CPC de 2015, cuja fonte de validade se encontra no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, como o horizonte prospectivo procurado.

Como se constatou no quarto capítulo, essa identificação se prende ao fato de que a condição diferenciada a ponto de fazer do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, que detalha analiticamente a fundamentação das decisões judiciais, um exemplo privilegiado deve ser creditada ao fato de que, no universo das diversas legislações processuais brasileiras, é o único dispositivo legal que estabelece uma conexão direta com a fonte primária da fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da Constituição Federal), que a densifica e lhe confere força normativa, razão pela qual deve servir de espelhamento, quando a matéria em jogo for a fundamentação das decisões judiciais.

Neste sentido, o dispositivo legal mencionado se constitui no referencial necessário por meio do qual se pode aferir, se em determinado caso concreto, a decisão judicial ali proferida pode ser considerada fundamentada ou não, tudo a depender de seu rigoroso cumprimento ou não. Em caso positivo, a hipótese é que a decisão judicial se encontra atravessada por todas as dimensões paradigmáticas.

Segue-se que detalhar a fundamentação de uma decisão judicial, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC de 2015, consiste em reconhecer que a mesma se constitui de três dimensões paradigmáticas significativas sob as perspectivas filosófica, histórica e jurídica.

E como registrado no projeto de pesquisa, um dos desafios problematizados foi o de saber em que medida uma adequada compreensão do dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais aponta para a universalização da exigência da fundamentação detalhada das decisões judiciais estabelecidas na legislação processual civil em vigor.

Nesse sentido, compreendido o dever de fundamentar sob um viés paradigmático, sustentou-se que o detalhamento dos incisos que compõem o referido dispositivo é um produto da dimensão paradigmática significativa do dever de fundamentação. E como tal deve ser interpretado no mesmo horizonte de sentido que se compreende as dimensões paradigmáticas, ou seja, como estruturante da fundamentação das decisões judiciais e não como um mero procedimento criado para o processo civil. E é assim que surge a segunda hipótese original da pesquisa.

De fato, em resposta a um dos desdobramentos do problema da pesquisa, no quarto capítulo demonstrou-se que a adequada compreensão do dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, a partir do que justifica sua existência (as dimensões histórica, filosófica

e jurídica) aponta para a universalização dos critérios estabelecidos no § 1º (concepção de fundamentação detalhada da decisão judicial) do artigo 489 do Código de Processo Civil, o que conduz à conclusão de que o referido dispositivo se constitui em um dever geral de toda a magistratura brasileira.

Isso significa dizer que, por se tratar, repita-se, do único dispositivo do direito processual vocacionado para conjugar os elementos paradigmáticos da fundamentação das decisões judiciais, que são universalizantes, os critérios estabelecidos no § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, da mesma forma que vinculam os juízes do processo civil, igualmente, obrigam os juízes do processo trabalhista, do processo eleitoral, do processo administrativo, dos juizados especiais e até mesmo do processo penal, em certa medida.

O subitem 6.2 e seus desdobramentos, do capítulo 4 destinou-se a demonstrar o segundo resultado da pesquisa, confirmando, assim, a segunda hipótese original, que é a de dizer que o dever de fundamentar contido no § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 se constitui em um dever geral da magistratura brasileira independentemente do órgão jurisdicional a que pertença o juiz.

Inicialmente, essa constatação se deve a uma razão de ordem universal e a partir do pressuposto de que o Poder Judiciário brasileiro é um só, muito embora, por força da descentralização do exercício da função jurisdicional, por razões repúblico-federativas e de política judiciária, exista uma diversidade de órgãos jurisdicionais em relação aos quais, para efeito de administração da justiça, se distribui uma variedade de competência, que não é nada mais do que uma fatia da jurisdição. Essa repartição não faz do Judiciário vários poderes, não se devendo esquecer, contudo, que a responsabilidade política e o dever de prestar contas valem para qualquer juiz, tratando-se, portanto, de um dever universal e dessa premissa se infere que o dever de fundamentar as decisões judiciais é o mesmo para qualquer juiz, seja o do processo civil, do processo do trabalho, eleitoral, do juizado especial ou até mesmo o do processo penal. E nesse sentido, o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais do Código de Processo Civil é o dispositivo que melhor se ajusta à matriz contida na norma constitucional em relação à matéria, na qual se assenta não somente um dever e sim também um direito fundamental do cidadão de obter do juiz uma decisão fundamentada nos termos da Constituição e uma garantia que assegura o referido direito.

Tratando-se, portanto, a norma constitucional inserta no artigo 93, inciso IX, de um dever cuja contraface é um direito fundamental qualificado por uma garantia que o assegura e sendo o § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, com seu detalhamento, o dispositivo que melhor representa um ajuste e uma sintonia fina com a Constituição Federal em matéria de

fundamentação das decisões judiciais, imperiosa é a conclusão de que se constitui ele em um dever geral da magistratura. Quanto à circunstância de seu locus residir no CPC de 2015, isso não é motivo para obrigar apenas o juiz do processo civil e sim todo e qualquer juiz constitucionalmente investido no cargo, independentemente do tipo de processo ou do segmento do Poder Judiciário brasileiro ao qual se vincule.

A questão, porém, não termina aqui. À razão de ordem geral descrita acima, apontaram-se, no capítulo 4, duas outras razões que confirmam a hipótese em comento, e que tem no princípio-garantia do contraditório o seu fio condutor.

Com efeito, demonstrou-se que entre contraditório e fundamentação há uma necessária conexão, de tal modo essencial, que não é temerário dizer que, sem contraditório, não há fundamentação, daí se dizer que o contraditório é fiador da fundamentação.

Nesse sentido, considerando o estreito vínculo entre contraditório e fundamentação, em decorrência do qual aquele é pressuposto desta, tratando-se de verdadeira condição de possibilidade, uma vez que a moderna concepção compreende o processo como procedimento em contraditório caracterizado como atividade preparatória e indispensável do provimento final; considerando que a legislação processual civil atual é a única que incorpora o processo jurisdicional democrático; considerando que tudo passa pelo contraditório, do qual a fundamentação é dependente; considerando, por fim, que, como garantia constitucional, o contraditório obriga a todos os juízes (inciso LV, artigo 5º, CF), chegou-se à conclusão de que não há justificativa racional, sobretudo no modelo de Estado Democrático de Direito, para restringir sua aplicação em determinadas subespécies de processo jurisdicional, sendo que qualquer tentativa de eximir juízes do trabalho, juízes criminais, juízes eleitorais ou juízes dos juizados especiais cíveis da obrigação de aplicar o referido dispositivo legal não encontra qualquer tipo de justificativa, sob as perspectivas filosófica, histórica e jurídica.

Forte nessas razões, o capítulo 4 concluiu também que, de igual modo os juízes, todos eles, também se obrigam a observar a fundamentação detalhada do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, que se dirige a toda magistratura nacional, na medida em que é, no referido dispositivo, que se encontra a síntese mais acabada do dever de fundamentar, que tem na Constituição o seu horizonte prospectivo, tanto como ponto de partida como de chegada.

A par disso, como pontuado no capítulo 4, uma derradeira razão assoma de modo a confirmar a hipótese de que o detalhamento da fundamentação das decisões do Código de Processo Civil se constitui em um dever geral da magistratura.

Muito embora frequentemente se tenha referenciado essa condição, o fato é que, não custa repetir, nenhuma legislação processual anterior tratou do tema, nem fez algo parecido,

nem mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Não se conhece nenhuma outra que tenha cominado com nulidade a decisão judicial sem fundamentação. As demais apenas se limitam a noticiar que as decisões devem ser fundamentadas. Nenhuma outra densificou a norma constitucional estabelecida no artigo 93, IX, da CF. Não há paralelismo em matéria de sintonia e ajuste fino, uma vez que o CPC de 2015, com o detalhamento da fundamentação, é a primeira grande legislação processual editada no Estado Democrático de Direito a estabelecer uma ponte direta entre norma constitucional (art. 93, IX, CF) e norma infraconstitucional (art. 489, § 1º, CPC/2015).

É evidente que essas constatações não representam em si nenhuma novidade. Aqui, se diz, porém, (daí o ineditismo da pesquisa neste aspecto), o que nunca foi dito: todas essas características virtuosas do § 1º do artigo 489 do CPC, por si só, o elevam à condição de dever geral da magistratura brasileira. Eis, portanto, a título de reforço, mais um argumento em favor do caráter universalizante da fundamentação detalhada e que, neste aspecto, demonstra também mais uma particularidade da contribuição original da pesquisa.

Não obstante a confirmação da segunda hipótese da pesquisa na forma acima, não se pode ignorar e fechar os olhos para uma realidade, quando o assunto é interpretação e aplicação judicial do direito no Brasil: mesmo se tratando de um dever geral da magistratura, ainda assim, o dispositivo legal em vitrina é objeto de acirrada resistência, no que se refere à sua rigorosa aplicação. E é nesse cenário que surge a terceira e última hipótese da pesquisa.

Com efeito, no subitem 6.3 e seus desdobramentos, do capítulo 4, a partir de alguns aportes teóricos baseados em Kuhn (2017) e Morin (2011) sobre paradigmas, estabeleceram-se, inicialmente, algumas considerações gerais sobre a emergência dos novos paradigmas e suas resistências, para depois tratar especificamente sobre as reações ao Código de Processo Civil de 2015 e ao dever de fundamentação das decisões judiciais e, de um modo geral, à própria Constituição Federal, como sintomas de resistência da própria discricionariedade judicial, mesmo diante da não recepção, pelo CPC de 2015, do livre convencimento motivado.

De fato, como demonstrado no capítulo 3, quando da abordagem da dimensão jurídica, a discricionariedade judicial é a mãe de todas as posturas subjetivistas e inimigo número um, dado a sua extrema desconformidade, da tríplice dimensão paradigmática da fundamentação das decisões judiciais. E quando o juiz invoca o poder discricionário para julgar, trata-se de uma típica manifestação de postura ainda presa ao paradigma da subjetividade, portanto incompatível com a dimensão paradigmática filosófica da fundamentação, numa evidência de como o direito ainda se mostra refratário ao paradigma da intersubjetividade.

Nesse sentido é que se registrou que os argumentos contrários à aplicação do art. 489, § 1º, do CPC, são oriundos de posturas subjetivistas que se recusam a reconhecer a conexão entre o referido dispositivo legal e o sentido do ser do dever de fundamentar as decisões judiciais estabelecido na Constituição Federal, circunstância que fez com que se chegasse à conclusão de que o referido desprezo, dependendo da perspectiva, pode se revelar compreensível ou incompreensível.

A terceira hipótese da pesquisa surge e se confirma a partir de duas perspectivas, isto porque, como demonstrado, a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais comporta duas leituras.

Num primeiro momento, ela será compreensível porque é paradigmática, isso no sentido de estar ligada a um determinado standard de racionalidade, a um determinado paradigma. Se o paradigma está ou não superado, isso é outra questão. O que se pretendeu demonstrar é que, na perspectiva de determinado paradigma, no caso, o paradigma da subjetividade, a resistência é compreensível, porque as reações são próprias dos paradigmas que querem se manter vivos.

Contudo, uma decisão judicial ainda presa ao paradigma da subjetividade, que pretende se legitimar como ato de autoridade ou que se funda em juízos morais ou de ordem pessoal, jamais será considerada devidamente fundamentada, porque proferida com violação do inciso IX do artigo 93 da CFB e do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, isso sem dizer que também sua fundamentação não estará estruturada com as três dimensões paradigmáticas.

Por outro lado, se considerada a resistência na perspectiva das três dimensões paradigmáticas como resultado das passagens de um momento para outro como demonstrando nos três primeiros capítulos, frente ao paradigma da intersubjetividade e diante do modelo de Estado Democrático de Direito, a resistência à aplicação do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 é totalmente incompreensível, porque o paradigma no qual ela se sustenta e se movimenta está ultrapassado e é incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito abraçado pela República Federativa brasileira, daí se dizer que a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais é (in)compreensível, numa palavra: é uma questão de paradigma.

É que, como demonstrado no capítulo 3, a conexão entre dispositivo legal e norma constitucional é tão forte que não é exagero ou esdrúxulo dizer que a norma constitucional do art. 93, IX, está para o § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil da mesma forma que o *ser* está para o *ente*, sendo que em ambos a recíproca é verdadeira, o que ainda significa dizer que na produção do sentido do dever de fundamentar (que é paradigmático), um (§ 1º do

artigo 489, CPC) não pode ser compreendido, sem o outro (norma constitucional do art. 93, IX).

Em síntese, concluiu-se que: *i*) vista sob essa perspectiva subjetiva, ou seja, a partir de um ser iluminado que tem uma visão privilegiada do mundo e que se acha absoluto, a resistência ao dever de fundamentação é perfeitamente compreensível. E é uma questão de paradigma; *ii*) vista a questão da resistência na perspectiva do modelo do Estado Democrático do Direito, do processo jurisdicional democrático, do discurso público da justiça, do paradigma da intersubjetividade e da relação dialógica mediada pela linguagem, da accountability judicial e, enfim, do império do direito, a resistência ao dever de fundamentação é, repita-se, totalmente incompreensível. E isso é uma questão de paradigma também.

Por fim, decorrente do propósito principal da pesquisa, avultam três conclusões, abaixo resumidas, que se constituem nas hipóteses, como resposta ao problema de pesquisa e como contribuição pessoal com características de originalidade: *i*) uma decisão judicial somente se considerará adequadamente fundamentada se presentes, individualmente e unidas entre si, as três dimensões paradigmáticas (filosófica, histórica e jurídica); *ii*) a fundamentação detalhada de que trata o artigo 489, § 1º do CPC 2015, se constitui em um dever geral de toda magistratura brasileira, independentemente do segmento a que pertença o magistrado; *iii*) a resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais é um fenômeno próprio das revoluções científicas e que ocorre quando um paradigma se sente ameaçado por outro, o que permite concluir que a referida reação, dependendo da perspectiva, é (in)compreensível, numa palavra: é uma questão de paradigma.

Como consta do sumário deste estudo, a presente pesquisa contempla um texto que faz a passagem entre o final do desenvolvimento da pesquisa (capítulo 4, destinado à apresentação de seus resultados) e a presente conclusão. A este texto foi dado o nome de Epílogo, e teve um propósito próprio.

Dworkin (2011), no que pode ser chamada de a metáfora do espaço vazio, compara o poder discricionário com um espaço vazio no centro de uma rosca, para dizer que “o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio que estaria limitado por uma faixa de restrições”. (DWORKIN, 2011, p. 50-51). Ou seja, a discricionariedade ainda que se movimente em um espaço vazio, ela está cercada de restrições. Por essas restrições podem ser entendidos os critérios jurídicos, de que são exemplos os princípios, de sorte a impedir a prática de atos discricionários que, no limite, poderiam resultar em arbitrariedade.

Por um esforço de imaginação, é crível supor que o parafuso representa a decisão judicial que deverá preencher o espaço da rosca. Esse espaço é o espaço da fundamentação das decisões judiciais. Se a fundamentação das decisões judiciais se fundamentar em critérios jurídicos, não haverá espaço vazio na rosca, não se deixará nenhum espaço vazio para ser preenchido pela discricionariedade. O ideal, portanto, é que não se deixe nenhum espaço vazio nessa rosca. O rigoroso cumprimento do dever de fundamentar as decisões não comporta relativismo e, portanto, não admite espaços vazios, que não podem ser preenchidos pela vontade do julgador. Todo o espaço fazia haverá de ser preenchido por argumentos jurídicos, mais precisamente, por princípios, na falta de regras. Dizendo de outro modo, esse espaço vazio deverá ser reduzido ao mínimo possível. No limite, deverá ser eliminado mesmo. Não deverá haver nenhum vácuo. Caso contrário, o resultado será uma sentença deficiente por ser mal fundamentada, não fundamentada ou parcialmente fundamentada ou, de algum modo, inútil, portanto, nula.

O propósito do Epílogo da pesquisa cumpriu o papel de, como se fosse uma volta a mais no parafuso, contribuir para o preenchimento de todo e qualquer espaço vazio, de sorte a combater a discricionariedade e superar a resistência ao dever de fundamentar.

Como visto, parte do esforço desenvolvido no quarto capítulo foi de confirmar uma das hipóteses da pesquisa sintetizada no seguinte enunciado: a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma.

Por outro lado, não se deve perder de vista que a presente pesquisa foi desenvolvida na perspectiva contrária à resistência do dever de fundamentação, e em função da necessidade de seu enfrentamento, na medida em que a resistência é fruto de posturas vinculadas a paradigmas filosóficos superados e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

É dentro desse contexto que pode ser lido o Epílogo, metaforizado como a necessidade de uma volta a mais no parafuso, para que se cubram todos os espaços vazios da rosca de que fala Dworkin (2011) em sua metáfora, não se permitindo assim nenhum espaço para a discricionariedade, que pressupõe, antes, a superação do paradigma da filosofia da consciência.

É a partir deste cenário que se sustentou que as condições de possibilidade para a superação da resistência do dever de fundamentar as decisões judiciais podem ser proporcionadas pela hermenêutica filosófica e pela Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Streck, dado que a hermenêutica, dentre as teorias críticas do direito, é aquela com mais aptidão para estabelecer o controle das decisões judiciais, isso graças a uma característica que lhe é bem própria: a de trabalhar com a dupla estrutura da linguagem, o que

a distingue das demais teorias, sobretudo as analíticas e meramente argumentativas, que se limitam a trabalhar apenas com o nível apofântico do discurso.

Ali se sustentou que o fato de a hermenêutica trabalhar com uma dupla estrutura da linguagem é que torna possível investigar se determinada decisão judicial se encontra devidamente fundamentada, se ela é substancial ou se limita a atender critérios meramente analíticos, enfim, é o esforço hermenêutico que possibilitará saber se a fundamentação está fundamentada.

E foi refletindo sobre essas questões, bem como sobre a necessidade de se superar as resistências, boa parte delas atribuídas à ausência de uma teoria da decisão judicial, como defende Streck no conjunto de sua obra, que a pesquisa, em seu Epílogo, ofereceu mais uma contribuição pessoal ao propor a sistematização do que se chamou de microssistema processual da fundamentação como base normativa para uma teoria da decisão judicial à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, de Streck. Trata-se de um plus, ou, se assim preferir, de um bônus pela razão de que, não obstante seu caráter original, não se trata exatamente de uma hipótese como resposta ao problema de pesquisa.

Nesse sentido, como registrado, o objetivo foi o de, em nome de um esforço conjunto, contribuir para a elaboração e instituição, de forma sistematizada, de uma de uma teoria da decisão judicial, tendo como referência as ideias básicas já desenvolvidas por Streck (2013), que seria integrada por uma base normativa constituída pelos artigos 1º, 5º, incisos LIV e LV, e 93, inciso IX, todos da Constituição Federal aos quais se somariam os artigos 1º, 7º, 9º, 10, 11, 489, § 1º e 926, todos do Código de Processo Civil.

Uma vez constituído em uma base normativa para a formação de uma teoria da decisão judicial, nos termos da configuração proposta por Streck, o microssistema processual proposto funcionaria como vetores de racionalidade impondo-se como padrões mínimos a serem observados pelo juiz ao interpretar e aplicar judicialmente o direito.

Posta a questão nessas bases, o referido microssistema, como se sustentou no Epílogo, irá contribuir para o estabelecimento de um controle hermenêutico das decisões judiciais com o objetivo de preservar a autonomia, a integridade e a coerência do direito. Para esse fim, uma decisão judicial somente será considerada fundamentada, portanto, atravessada pelas três dimensões paradigmáticas, após sua submissão ao círculo de compreensão tendo como horizonte prospectivo o microssistema processual da fundamentação.

Todavia, não se ignora que a assunção de uma teoria da decisão judicial implica uma mudança de paradigma, o que quase nunca é fácil, sobretudo em face de uma notória confusão

que a dogmática jurídica se habituou a fazer entre proibição de interpretar e controle hermenêutico das decisões judiciais.

Diante disso, enquanto essa revolução científica, representada pela mudança de paradigma, e na forma de uma teoria da decisão judicial, não ocorre, no Epílogo se destacou a necessidade de a doutrina continuar cumprindo o papel exaustivamente defendido por Streck (2017a), que é o de provocar constrangimento epistemológico como mais uma ferramenta a ser utilizada, com o objetivo de se superar a resistência ao dever de fundamentar. Foi o que se propôs, como derradeiro esforço.

Passadas em revista as hipóteses formuladas que, em resposta ao problema de pesquisa, foram confirmadas, e sintetizadas nas três conclusões listadas acima, às quais se agregou o bônus, representado pela proposição do microsistema processual da fundamentação das decisões judiciais, bem como demonstrado o caráter original de cada uma delas, constituindo-se, assim, numa importante contribuição pessoal deste pesquisador, o momento é de listar as conclusões gerais a que se chegou, neste estudo e que decorrem dos objetivos perseguidos, na forma que segue abaixo:

1. É de rigor exigir do juiz o estrito cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões, em atenção ao que dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal.

2. Correspondente ao dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais há a contraface iluminada do direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta devidamente adequada e confirmada na própria Constituição Federal.

3. A Lei n. 13.105/2015, ao determinar (art. 1º) que o processo civil será interpretado em conformidade com os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal e que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 11), representa, além de um significado simbólico, um ajuste e uma sintonia fina entre a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal.

4. A exigência de fundamentação detalhada de que trata o art. 489, § 1º, do CPC contribui para conferir força normativa e máxima eficácia à norma constitucional prevista no art. 93, IX (garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade).

5. Considera-se devidamente fundamentada uma decisão judicial quando ela é atravessada pelas três dimensões paradigmáticas significativas e dominantes: filosófica, histórica e jurídica, se constituindo os referidos elementos, por serem vinculantes e estruturantes, no pressuposto indispensável na construção do sentido que é dado ao dever de fundamentar as decisões judiciais.

6. Além de, do ponto de vista estrutural, e na perspectiva da fundamentação, se constituir de forma tridimensional, a decisão judicial adequadamente fundamentada tem natureza ontológica, porque diz respeito ao próprio sentido do ser da fundamentação das decisões judiciais.

7. Compreender que o dever de fundamentar as decisões possui uma dimensão significativa paradigmática conduz à percepção de que a resistência (in)compreensível ao dever de fundamentar as decisões judiciais e, de um modo geral, à lei produzida democraticamente, é uma questão de paradigma, e que, por isso mesmo, impacta na boa ou má recepção que é dada ao art. 489, § 1º, do CPC/2015.

8. São as dimensões paradigmáticas subjacentes à obrigação constitucional imposta aos juízes de fundamentar as decisões judiciais que condicionam o modo como deve ser concebido o § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil e é também através delas que se chega à conclusão de que, num plano mais geral, se trata de um dever geral da magistratura e não mero procedimento criado para o processo civil, isso pela razão de que, antes de se constituir um dever, tem a natureza de garantia que assegura um direito fundamental de natureza universal do qual todos os indivíduos são titulares, razão pela qual o dever há de ser também geral.

9. O resultado do impacto das três dimensões paradigmáticas na fundamentação pressupõe: a) a adoção de um processo como procedimento em contraditório, sendo a sentença (comparticipada) o resultado de uma prática intersubjetiva (perspectiva filosófica); b) demonstra que o juiz assumiu a responsabilidade política de prestar contas de seus atos (perspectiva histórica); c) a existência de uma resposta (decisão judicial) hermeneuticamente adequada e justificada na Constituição Federal (perspectiva jurídica).

10. O giro copernicano do dever de fundamentação das decisões judiciais no CPC de 2015 representa a consagração da dimensão jurídica da fundamentação das decisões judiciais.

11. O artigo 489, § 1º do CPC, por ser o único dispositivo da atual legislação processual brasileira que estabelece uma conexão direta com a Constituição Federal (artigo 93, IX), cumpre a função de densificar, conferindo força normativa, o direito-garantia da fundamentação das decisões judiciais, daí se infere que a obrigação do detalhamento da fundamentação do código de processo civil se dirige a toda a magistratura nacional.

12. Por se tratar o contraditório de uma garantia constitucional que vincula todos os juízes brasileiros e por existir entre contraditório e fundamentação uma estrita conexão, por força da qual esta é dependente daquele, sua condição de possibilidade, a ponto de se poder dizer que, sem contraditório, não há fundamentação. Segue-se que não há outra conclusão

possível senão a de que a fundamentação detalhada é dever geral de toda a magistratura nacional, obrigando a todos os juízes, sendo irrelevante investigar a que órgão jurisdicional ele pertence.

13. Se todos os juízes brasileiros (cíveis, criminais, trabalhistas, eleitorais, dos juizados especiais cíveis, etc) que presidem as diferentes variedades de processos se obrigam ao contraditório (têm o dever de observar e zelar pela garantia constitucional), por se obrigarem ao contraditório (inciso LV, artigo 5º, CF), que é condição de possibilidade da fundamentação para que se considere fundamentada uma decisão judicial, também se obrigam ao cumprimento da fundamentação detalhada do § 1º do artigo 489 do CPC de 2015, tratando-se, nesse sentido, de um dever geral da magistratura nacional.

14. Se o princípio-garantia do contraditório obriga a todos os juízes brasileiros e, além disso, é pressuposto da fundamentação, o § 1º do artigo 489 do CPC de 2015 se constitui em vetor que obriga toda a magistratura brasileira, dado que o indigitado dispositivo é a mais acabada representação do dever de fundamentar que tem na Constituição a sua raiz.

15. O que está em jogo é o contraditório, que é uma das condições de possibilidade para a fundamentação do ponto de vista de sua dimensão jurídica, na medida em que a referida garantia se constituirá na cláusula de barreira a impedir o juiz de justificar a decisão a partir de suas convicções pessoais ou sentimento de justiça. O jogo é o jogo jogado, que se sujeita a um supremo árbitro: o direito.

16. O sentido do processo jurisdicional democrático e sua principal ferramenta, o processo como procedimento em contraditório, esse no sentido forte, em que as partes participam efetivamente da construção da resposta, ao fim e ao cabo, transpõe para o processo, num dado caso concreto, a ideia do círculo hermenêutico, da compreensão, enfim da hermenêutica filosófica, que tem como uma das principais características a atribuição de sentido e não a mera reprodução. Dito de outro modo: a decisão judicial é o resultado do processo comunicativo entre os sujeitos da relação jurídica processual, tratando-se, portanto, de uma linguagem pública.

17. Por outro lado, a ideia de processo como instrumento de jurisdição, no qual o juiz exerce o papel de único protagonista, se aproxima da ideia da hermenêutica tradicional, com mera técnica, que parte do pressuposto de que, quando não estão na consciência do intérprete, os sentidos já estão dados, a espera de serem extraídos. Nessa hipótese, a interpretação não passaria de uma reprodução do sentido que já está dado, o que vale também para a decisão judicial.

18. O efetivo cumprimento do dever fundamental de justificar as decisões judiciais é corolário do modelo do Estado Democrático de Direito abraçado pela Constituição Federal, tratando-se, nesse sentido, de uma questão de democracia, sem esquecer que decorre da necessidade de o juiz prestar contas de seus atos (*accountability*).

19. A legitimidade conferida ao Poder Judiciário decorre de sua forma de atuar. É o dever de prestar contas ou de explicitar as razões (dimensão histórica) que obriga o juiz a considerar e a levar em conta os resultados da participação dos interessados nas atividades de preparação do provimento final; não é a autoridade da decisão que se impõe de forma impositiva o que confere a ela legitimidade.

20. O discurso do juiz: *i*) é público, portanto compartilhado, intersubjetivo, o que aponta para presença de uma dimensão filosófica; *ii*) é, diante de sua responsabilidade política, modo de prestação de contas de seus atos, instrumento por meio do qual se legitima perante a sociedade e representa o ponto de chegada da dimensão histórica; *iii*) demonstra que, em reconhecimento da autonomia e do império do direito, o critério utilizado para decidir foi exclusivamente jurídico, no sentido de que resultou do triunfo do direito frente às ilegítimas pretensões de sua correção por parte de agentes externos, o que revela na decisão judicial a presença da terceira dimensão (jurídica) paradigmática da fundamentação.

21. No Brasil os juízes são agentes políticos que, diferentemente dos que integram o Legislativo e o Executivo, ingressam na carreira não pelo voto popular, mas mediante concurso público e, para bem exercerem a função estatal que lhes foi reservada (jurisdicional), precisam legitimar-se perante a sociedade, objetivo somente alcançado com a entrega da prestação jurisdicional devidamente justificada na Constituição Federal, tratando-se, pois, de uma verdadeira condição de possibilidade.

22. O exercício da função jurisdicional implica a responsabilidade política, como ocorre com qualquer agente estatal, que se traduz no dever (decorrente diretamente dessa responsabilidade) fundamental de fundamentar as decisões judiciais, forma que assume o dever do juiz de prestar contas de seus atos (*accountability*) perante a sociedade organizada.

23. A garantia e o correspondente direito a uma decisão judicial fundamentada se constituem num dever geral de toda a magistratura, razão pela qual o art. 489, § 1º do CPC, por se tratar de dever geral, tem plena aplicação ao demais processos (trabalhista, eleitoral, penal etc.).

24. A exigência do detalhamento da fundamentação da decisão judicial contida no art. 489, § 1º, do CPC se constitui em dever geral de todo e qualquer juiz, independentemente do segmento ou instância a que se vincule, porque o referido dispositivo é o único que

proporciona um ajuste e sintonia fina com a Constituição Federal, fruto de uma conexão direta com o dever-direito-garantia de fundamentação das decisões judiciais estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição Federal, por isso, se pode dizer que entre norma legal e norma constitucional há uma relação de circularidade, em decorrência da qual só se pode compreender o dispositivo infraconstitucional, se antes já se tiver compreendido o dispositivo constitucional, sendo a recíproca verdadeira, pois, nas palavras de Gadamer (2013, p. 349): “todo compreender acaba sendo um compreender-se”.

25. O detalhamento da fundamentação pressupõe a adoção de um processo como procedimento em contraditório, sendo a sentença (comparticipada) o resultado de uma prática intersubjetiva (perspectiva filosófica). Noutra modo de dizer: uma decisão judicial fundamentada na perspectiva filosófica vem ser a decisão que reflete a superação do paradigma da subjetividade (ou da filosofia da consciência) pelo paradigma da intersubjetividade.

26. O detalhamento representa a melhor forma de legitimar a atuação do Poder Judiciário frente ao modelo do Estado Democrático de Direito, além de demonstrar que o juiz assumiu a responsabilidade política de prestar contas de seus atos (perspectiva histórica). Por fim, o detalhamento corresponde a uma resposta hermenêuticamente adequada e justificada na Constituição Federal (perspectiva jurídica).

27. À luz da hermenêutica filosófica e da Crítica Hermenêutica do Direito, a resistência aos novos fundamentos introduzidos pelo CPC é incompreensível – embora compreensível, na perspectiva do paradigma filosófico em que ela se movimenta –, porque reveladora de uma compreensão inautêntica do sentido hermenêutico do direito, em especial do sentido do ser do dever de fundamentar as decisões judiciais.

28. As condições de possibilidades para a superação da compreensão inautêntica do sentido da fundamentação das decisões judiciais poderão ser proporcionadas a partir de uma interpretação judicial inserida no paradigma da intersubjetividade, do qual a hermenêutica filosófica é caudatária.

29. A resistência ao dever de fundamentar, atualmente simbolizada nas reações ao artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil, se revela, do ponto de vista da hermenêutica filosófica e da Crítica Hermenêutica do Direito, incompreensível, porque tem ele a função de realizar/maximizar a diretriz constitucional prevista no art. 93, inciso IX, eis que entre eles há uma estreita conexão e harmonia.

30. A resistência ao dever de fundamentar não deixa de ser um reflexo do livre convencimento inconformado com a expunção da legislação processual civil, sendo o modo

de ser que encontrou para continuar produzindo influência no ato de decidir do intérprete judicial.

31. A resistência ao dever de fundamentar as decisões judiciais se insere num espectro maior de resistência à lei e à própria Constituição Federal, além de estar diretamente relacionada com o modo como os juízes decidem, tratando-se, em verdade, de uma questão de paradigma.

32. A transição de um velho paradigma para um novo paradigma é uma revolução científica, assim como uma teoria ou um paradigma somente se desenvolve com a destruição de outro paradigma. Nas ciências sociais, além de às vezes demorar séculos para acontecer, a superação de um paradigma por outro enfrenta mais obstáculos quando comparado com o mesmo fenômeno nas ciências exatas.

33. O simples surgimento de uma crise não conduz necessariamente a um novo paradigma, sendo necessário que a crise seja aguda, mesmo porque há sempre uma resistência aos novos paradigmas e as resistências são legítimas e fazem parte do jogo.

34. De cunho filosófico, por se assentar no paradigma da intersubjetividade e no esquema sujeito-sujeito, ao contrário das teorias analíticas (argumentação jurídica e discursiva) a hermenêutica é a única teoria com o perfil e a vocação para enfrentar o sujeito solipsista e sua principal forma de manifestação: a discricionariedade.

35. Por trabalhar com uma dupla estrutura de linguagem, ou seja, com os dois lados do discurso, ao contrário das teorias analíticas, a hermenêutica filosófica é quem reúne melhores condições de oferecer relevantes contribuições para o combate à discricionariedade judicial, para a compreensão do dever de fundamentação e para superação de suas resistências.

36. Somente com a assunção de uma teoria da decisão judicial, nos termos propostos por Streck (2013), que vá além de um controle meramente formal da decisão judicial, traduzido naquilo que ele chama de fundamentação da fundamentação, é que será possível estabelecer limites ao poder discricionário do juiz.

37. No esforço hermenêutico com o fim de estabelecer o controle sobre as decisões judiciais, em especial voltado para a superação à resistência ao dever de fundamentar, é que foi proposto, como mais uma contribuição pessoal, a sistematização de um microsistema processual da fundamentação como base normativa para uma teoria da decisão judicial, tendo como referência as ideias básicas da teoria da decisão judicial já desenvolvidas por Streck (2013).

38. Até que sobrevenha uma teoria da decisão judicial devidamente recepcionada pela dogmática jurídica, a doutrina, como defende Streck (2017a), num esforço contínuo e

permanente, deve continuar cumprindo o seu papel de provocar constrangimento epistemológico com o objetivo de se superar a resistência ao dever de fundamentar.

Listadas as conclusões gerais, em atendimento aos objetivos gerais e específicos da pesquisa, seguem-se abaixo uma derradeira reflexão.

Como se depreende da leitura da introdução, toda a pesquisa foi desenvolvida na perspectiva da defesa e observância da Constituição Federal, do respeito à lei e ao princípio democrático, pois, no fundo, a questão fundamentação das decisões judiciais, como já afirmado, passa pela interpretação e aplicação do direito, ou seja, ao fim e ao cabo, da Constituição e das leis do país. É nesse contexto que se há de compreender a necessidade de se dar rigoroso cumprimento ao detalhamento da fundamentação das decisões judiciais, tal como prescrito no § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil.

Em razão disso, uma percepção que vem tomando corpo é a da necessidade de o Poder Judiciário cumprir sua missão constitucional, assim como seus juízes em particular, retomando seu leito natural.

Nesse sentido, em pleno século XXI, e frente ao modelo do Estado Constitucional, entendido este como o Estado que se justifica, se faz cada vez mais urgente e imperiosa a necessidade de que o Poder Judiciário, após a superação dos obstáculos e intempéries, o que inclui os cantos sedutores, retome o seu caminho de volta, como se fosse, mal comparando, uma espécie de volta a Ítaca, mirando-se, assim, no exemplo de Ulisses.

De fato, conta-se que Odisseu, mais conhecido neste lado ocidental como Ulisses³²², não desejava combater na Guerra de Troia, apesar do pacto de mútua defesa firmado entre os reis gregos, em caso de agressão externa ou ofensa à honra de qualquer deles.

Para tentar se livrar do compromisso, um dos estratagemas de Odisseu, no que se revelou sua principal especialidade, foi o de se fingir de louco.

De fato, de acordo com Homero, foi graças ao estratagema do Cavalo de Troia, que passou a ser conhecido como “presente de grego” que os helenos venceram a guerra. Foi a saída encontrada por Ulisses para que os guerreiros gregos entrassem na fortaleza, que era a cidade de Troia.

Contudo, o estratagema de se fingir de louco não deu certo, a trama foi logo descoberta e ele juntou-se aos demais reis com os quais seguiu para vingar a honra de Menelau, irmão de

³²² O título do livro, segundo poema de Homero, é Odisseia, cujo principal personagem é Odisseu, o sagaz herói grego, rei de Ítaca. De se supor, então, que o nome grego do herói, afinal Odisseia é o canto homérico que narra a longa viagem de retorno de Odisseu, fosse o nome transmitido e espreado por todo o ocidente, o que não ocorreu, uma vez que aqui se o conhece como Ulisses, o equivalente latino, tal como passado pela mitologia romana, circunstância que revela que o acesso à mitologia grega não se deu de forma direta e sim através da mitologia romana.

Agamenon, o rei tido como líder da empreitada. Antes, contudo, de singrar os mares, prometeu a Penélope que retornaria à Ítaca, ilha grega da qual era o rei, que ela o aguardasse, preservando-se. Ele voltaria. O resto da história é por todos conhecida. A guerra de Troia durou dez anos. Outro tanto – daí o nome do segundo poema de Homero, Odisseia, cujo tema é a longa jornada de volta – foi o que o herói grego precisou para, enfim, retornar a Ítaca e aos braços de Penélope, que também era uma estrategista. Um dos artificios utilizados por Penélope para recusar as propostas dos príncipes de Ítaca, ávidos por desposá-la, não só por conta de sua beleza, e sim também ao argumento de que a ilha não poderia ficar *ad eternum* sem um rei, foi o de coser uma manta sob a promessa de que ao concluí-la se decidiria por um dos pretendentes. Para ganhar tempo, na esperança de que antes disso Odisseu, dado como morto, retornasse, ela desfazia à noite tudo que fizera durante o dia, adiando assim enquanto pôde sua decisão.

Odisseu voltou. Antes, teve que enfrentar toda sorte de presságios e intempéries. E quando desembarcou na costa da ilha, Penélope, como se disse, também uma estrategista, caso contrário, na ausência de Odisseu, dado como morto, não teria como se defender das constantes investidas de seus pretendentes, estava à sua espera.

Uma das maiores provações de Odisseu foi a de resistir ao canto das sereias, tal como alertado por Circe, como registra Homero (2009), no Livro XII, versículo 25, de Odisseia: “Hás de as sereias primeiro deparar, cuja harmonia adormenta e fascina os que as escuta. Quem se aproxima estulto, esposa e filhos não regozijará nos doces lares”

Atendendo ao conselho da feiticeira, Odisseu determinou que seus homens tampassem os ouvidos com cera e, em seguida, o amarrassem ao mastro do navio para que não houvesse o risco de dali se afastar. Recomendou ainda que, de modo algum, o soltassem, por maior que fosse o desespero seu. Com os ouvidos livres, mas com as mãos, braços e pernas atados, Odisseu consegue ultrapassar os rochedos, de onde se ouvia o canto sedutor, sem, contudo, sucumbir ao mesmo. E em cumprimento de sua promessa, retorna a Ítaca, da qual se afastou por uma circunstância imperativa (a guerra de Troia) e em dado contexto histórico. Superada a causa que o levou à guerra, o momento era o da história voltar a seu curso natural.

A propósito, no prefácio à reedição de Odisseia em verso português, com tradução de Manoel Odorico Mendes (1799-1864) e publicada originariamente pela Atena Editora, de São Paulo, cuja versão digitalizada para *eBook* foi editada pela eBooksBrasil, Bueno (2009) traça as diferenças entre os dois poemas de Homero. *Ilíada* era tida como a obra-prima, e sempre considerada pela crítica como superior ao segundo. Quanto à Odisseia, Bueno (2009) diz que,

embora tenha sido um produto dos últimos tempos do poeta grego, seu valor é tão grande que nenhuma outra obra em toda a literatura clássica pode a ela ser comparada.

De acordo com Bueno (2009), as duas obras se diferenciam uma da outra em alguns aspectos. Trata-se *Iliada* de um poema militar, guerreiro, portanto, e que tem como principal escopo a narração de como se deu a indesejada guerra e de como ela terminou com o extermínio de todo um povo e a destruição de uma cidade, a famosa Ilion (Troia), de cujo nome deriva o título do poema epopeico. Como não poderia ser diferente, o poema *Iliada* é carregado de grandes movimentações, descrições de batalhas, que provocam profundas emoções, entre heróis, estes tão grandes e tão fora dos padrões humanos que os próprios deuses, como se homens fossem, também participam ativamente e decididamente das batalhas.

Bueno (2009) acrescenta que, no famoso poema bélico, tudo exala militarismo, beligerância, devotamentos e sacrifícios heróicos que nunca mais a raça humana iria experimentar no mundo. Destaca ainda o autor que a aproximação era tamanha que céu e terra, assim como homens e deuses, se confundiam, de tal forma que o próprio Olimpo não era apenas uma região abstrata localizada numa região do céu, “mas uma real montanha da Tessália, posta entre a terra e o céu, porque os deuses deviam estar próximos dos homens e estes daqueles, de tal modo que as qualidades e até os defeitos se comunicassem de uns para os outros”. (BUENO, 2009, Prefácio).

Diferentemente, diz Bueno (2009), *Odisseia* é um poema que fala da paz e não da guerra, de uma época posterior à das guerras, das convulsões e da conquista do mundo, enfim “uma criação dos tempos posteriores à tremenda ação guerreira de Ilion, quando todo o povo heleno se refazia da grande empresa e vivia para si exclusivamente, voltados para objetivos puramente sociais e domésticos”. (BUENO, 2009). Os próprios heróis são diferentes, não são mais protótipos e exemplares da perfeição humana. Em *Odisseia*, os tons bélicos desaparecem, cessam as ações guerreiras dos próprios deuses, que, transformados em homens, em *Iliada*, não descem mais para lutar em favor de seu povo. O próprio Olimpo se transforma, deixando de ser aquela montanha material e geograficamente conhecida para ser apenas o céu, acima da terra, tal como se conhece ainda hoje, e de onde os deuses dirigem o destino dos homens.

A par disso, Bueno (2009) acrescenta que outras mudanças vão ocorrer, a exemplo do conceito social que se amplia, além de surgir novas interpretações do direito, da posse da terra, isso sem dizer que as leis passam a regular de modo diferente as relações entre os cidadãos, com destaque para o fato de que o homem já não será mais aquele super-homem do poema *Iliada* e nem o guerreiro amparado pelos deuses ou, de algum modo, transformado em

verdadeiro deus. Diferentemente do que ocorre em *Ilíada*, no poema *Odisseia*, o homem é apenas humano, vive para a família, cuida do campo e, no trato social, aproveita melhor os momentos, ao lado de seus entes familiares, com os quais se reúne para ouvir as façanhas dos heróis.

É possível se traçar um paralelo entre a odisseia (aqui no sentido que a expressão tomou, de jornada) de Ulisses e a Constituição e as leis de um país. Vive-se algo parecido com o Poder Judiciário no mundo e, especialmente, no Brasil.

De fato, em dado momento de um contexto histórico, social e político, o Poder Judiciário foi convocado não exatamente para uma guerra, mas para auxiliar na concretização dos direitos fundamentais. Isso ocorreu a partir da segunda metade do século XX, após o final da segunda grande guerra, cujo cenário foi determinante para o surgimento de um novo direito, materializado, sobretudo, por meio das constituições normativas que surgiram na Europa, fato até então inédito, na medida em que as constituições anteriores eram meramente formais.

Trata-se, como vai dizer Garapon (1996), de uma imigração silenciosa do espaço simbólico da democracia, dando-se a passagem do Estado para justiça, cujas esperanças são para ela voltadas diante das falhas do sistema providente estatal, razão pela qual é “na evolução desse imaginário democrático que é preciso procurar as raízes profundas da ascensão do juiz”. (GARAPON, 1996, p.45- 46). O Judiciário passa então a exercer um papel algo aproximado ao do super-homem da *Ilíada*, à imagem e semelhança de Deus, quando não transformado no próprio.

Para ajudar no esforço conjunto de concretizar as promessas constitucionais do Estado providente ainda não cumpridas, sobretudo em face da redução de espaço provocado pela inabilidade e/ou omissão dos Poderes Legislativos e Executivos, o Judiciário atendeu ao chamado. E para ele se deslocou a grande maioria das tensões na sociedade. Com isso, o Poder Judiciário passou a ocupar um espaço maior do que os poderes congêneres.

A convocação, assim como o atendimento pelo Judiciário, produziu tantos efeitos e resultados, a ponto de Garapon dizer (1996) que seu poder crescente, enquanto administração de justiça, sobre a vida coletiva se tornou tão grande que hoje tudo é judicializável, nada mais pode escapar ao seu controle. O próprio Garapon (1996) diz que, por outro lado, a vertiginosa aceleração da expansão do judiciário “não é conjuntural, antes está relacionada com a própria dinâmica das sociedades democráticas”. (GARAPON, 1996, p. 22). O autor chega, inclusive, a indagar se não seria próprio dos regimes democráticos a postura de possibilitar um espaço para contínuas reivindicações, de tal forma a permitir um movimento constante de

deslocamento de um centro para outro. É que, para o filósofo francês, “a democracia encontra sua unidade e a sua permanência nessa constante busca de si mesma, em nome do direito, nesta procura infinita do seu equilíbrio e no reconhecimento da finitude”. (GARAPON, 1996, p. 50).

Por sua vez, Costa (2019), mais propositivo, sobretudo, quando diz que, na distribuição dos séculos para cada um dos poderes, o século XXI é que será o século do Poder Judiciário, lembra que o equilíbrio entre os poderes marca a tradição constitucional ocidental desde Montesquieu (1689-1755), mas no plano prático-político esse equilíbrio nunca foi satisfatório, à razão dos seguintes fatores: “houve 1) um protagonismo do poder legislativo no século XIX; 2) um protagonismo do poder executivo no século XX e 3) um protagonismo do poder judiciário no século XXI”. (COSTA, 2019).

De acordo ainda com Garapon (1996), a canalização irrefletida de toda sorte de expectativas e frustrações modernas para o Judiciário, assim como o entusiasmo que ele chama de “ingênuo” numa suposta onipotência, podem ser prejudiciais. O Judiciário não foi convocado exatamente para uma guerra, mas age como se estivesse numa e, em grande parte das vezes, emite sinais de que não quer voltar e retomar o seu leito natural. Se isso acontecer, tem que ser como herói.

Mas os sinais de seu esgotamento já são visíveis. E ele precisa voltar à sua Ítaca. A Constituição brasileira de 1988 é a Ítaca que clama pelo retorno do Poder Judiciário às suas funções mais nobres. O Judiciário é o Ulisses para os fins do paralelismo aqui proposto. Resta saber se, tal como o herói grego, resistirá ao canto das sereias. O estado da arte da compreensão, interpretação e aplicação judicial do direito demonstra que a têmpera de Ulisses é somente para os fortes. Boa parte dos juízes – isso quer dizer, por óbvio, e para que não se cometa injustiça, que uma outra parte não foi seduzida – não consegue resistir ao canto sedutor de praticar seus dons divinos e iluminados, o que torna mais dramático o caminho de volta.

A propósito, esse é o apelo feito pelo atual Presidente do Supremo Tribunal, Ministro José Antonio Dias Toffoli, para quem é chegada a hora de a política voltar a conduzir o País e de o Judiciário perder o protagonismo que ganhou nos últimos anos, recolhendo-se ao seu papel tradicional. Disse, ainda, o ministro, em reportagens assinadas por Luna (2018), Fagundes (2018) e Favaro e Spotorno (2019)³²³, que o Judiciário não pode ser o superego da

³²³ Publicado no Portal Terra, Correio Braziliense e Estadão, respectivamente, em 15 de dezembro de 2018, 12 de dezembro de 2018 e 30 de janeiro de 2019.

sociedade e, se o juiz quiser ir além de sua função jurisdicional tradicional, que é a de solucionar o conflito, quando provocado, o caminho a seguir é o do legislativo.

Em uma das reportagens, o ministro Toffoli disse também que “o Legislativo legisla para o futuro, o Executivo, para o presente, e o Judiciário, o passado. Se tudo vai parar no Judiciário, é porque as outras instâncias falharam. Não pode tudo parar no Judiciário” (LUNA, 2019). Para o atual presidente do STF, nos últimos tempos, o poder ficou muito exposto e já é chegada a hora de se recolher. “O juiz não pode acordar de manhã e decidir: vou resolver tal problema da sociedade. Se um juiz quer ter desejos e ir além de sua função tradicional, que vá ser deputado”. (FAVORO; SPOTONRO, 2019).

Nesta altura, o leitor pode estar curioso para saber se é possível se estabelecer uma relação entre o tema central desta pesquisa, o alerta do Ministro Dias Toffoli, quando fala da necessidade de o Poder Judiciário retomar suas funções tradicionais, e a alegoria relacionada com o segundo poema de Homero (sobre a necessidade de se retornar a Ítaca, resistindo ao canto das sereias).

De fato, o tema central deste estudo é a fundamentação das decisões judiciais, com suas dimensões, e as resistências a ela dirigidas. A fundamentação de que aqui se fala tem como referência básica o dispositivo legal inscrito no caput § 1º do artigo 489 do CPC de 2015. Ali se encontram expressadas as condições de possibilidade para que uma decisão judicial se considere fundamentada, numa palavra: para que o dever se considere rigorosamente cumprido. Trata-se, como visto, de um dever que tem previsão legal, mas não se pode perder de vista que ele também se constitui em (i) um direito fundamental e (ii) em uma garantia também fundamental do cidadão e, para além disso, tem raiz constitucional (art. 93, IX). E entre os referidos comandos, como já asseverado, há, portanto, uma circularidade virtuosa.

Por outro lado, como já foi dito em algumas passagens deste estudo, a presente pesquisa foi desenvolvida na perspectiva contrária à resistência (o que equivale a descumprimento, violação) ao dever da fundamentação detalhada do indigitado parágrafo do Código de Processo Civil.

É que, como pontua Grau (2016), juízes não devem decidir por critérios subjetivos do tipo “senso de justiça”, mas sim aplicando o direito, entendendo-se este como a Constituição e as leis. Isso significa dizer, de acordo com Grau (2016), que o intérprete judicial está jungido à objetividade do direito, a quem deve obediência e não àquilo que pessoalmente entende como sendo justiça, muito menos, ao que a multidão enfurecida grita nas ruas, num recado direto para o ministro do STF Luís Roberto Barroso que, como abordado no Prólogo, defende

um papel iluminista para o Supremo Tribunal Federal e que, ao julgar, o juiz ouça o sentimento social.

E como há uma conexão necessária e uma circularidade virtuosa entre dispositivo legal e norma constitucional, disso resulta que o descumprimento daquele produz impacto direto nesta. É que tudo há de ser visto e analisado em um contexto maior, o que implica dizer: se se descumpre um dispositivo legal cuja fonte de validade está encravada na pedra da Constituição, então, esta também é violada; se, por outro lado, é a própria Constituição a primeira vítima da violação, tal como numa pedagogia reversa, isso equivale a uma emissão de sinal, quase uma salvo conduto, para que, na ponta, a lei também seja violada no dia a dia.

Enfim, o que se pretende aqui pontuar é que o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer outro tribunal superior ou regional, assim como qualquer o juiz, descumprem a Constituição quando: (i) violam direta e literal uma norma constitucional; (ii) legislam (ao criar uma lei própria para o caso concreto); (iii) distorcem o sentido da norma; iv) ou atribuem-lhe livremente um sentido inexistente.

É que nem mesmo o STF, ainda que se trate da mais alta corte superior do sistema judicial brasileiro, e tido como o intérprete maior da Constituição Federal, pode dar às palavras o sentido que bem entender, como sustenta Streck (2019), em artigo publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*: “O que importa é que os sentidos das palavras do texto constitucional não pertencem ao STF. Os sentidos da Constituição não são privados, não pertencem aos integrantes da Corte. Eles são públicos, construídos em linguagem pública”. (STRECK, 2019), razão pela qual o Supremo Tribunal Federal não pode conferir às palavras os sentidos que bem entender. Procedendo dessa forma, a mensagem que emite é a de estímulo para que o juiz, que está na base da judicatura, descumpra também a lei.

E descumprir uma lei, democraticamente aprovada pelo parlamento, e sem que sobre ela pese qualquer indício de inconstitucionalidade, ao fim e ao cabo, é o mesmo que descumprir a própria Constituição, especialmente, quando o que está em jogo é uma questão sensível e central: a fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, descumprir ou não observar o dever de fundamentar não implica somente o descumprimento de uma disposição legal isoladamente considerada. A questão é mais grave. Em verdade, o que está em jogo, como já dito, é o cumprimento da legislação processual comum – que, por isso mesmo, se espalha sobre outras legislações processuais – e, no limite, da própria Constituição Federal, na medida em que o direito-garantia-dever de fundamentar tem raiz constitucional. Segue-se que, se a decisão judicial viola o artigo 489, §

1º do CPC, no fundo o que está sendo violado é a norma fundamental, o que contribui para o vilipêndio de sua força normativa.

Noutro modo dizer: o fenômeno e seus efeitos são os parecidos com os retratados pelo poeta e escritor mexicano Eraclio Zepeda, ao tratar do drama que significou a rebelião zapatista que tomou a cidade de San Cristóbal de Las Casas do estado mexicano do Chiapas. E de como a guerra, de repente, chegou naquelas terras numa madrugada fria do dia 1º de janeiro de 1994, como reproduzido por Sánchez (2016): “Cuando las aguas de la creciente derruban las casas, y el rio se desborda arrastrando todo, quiere decir que hace muchos dias que empezó a llover el la sierra” aunque no nos diéramos cuenta”.

A propósito, Streck (2017), na sua cruzada quanto à necessidade de se defender a Constituição do país, sempre tem insistido na bela imagem retratada na narrativa do poeta e escritor mexicano.

Em trecho de sua coluna *Senso Comum*, de sua autoria, publicada na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, Streck (2017) diz que tem insistido com Eraclio Zepeda: “quando as águas da enchente cobrem a tudo e a todos, é porque de há muito começou a chover na serra. Nós é que não damos conta. Desenhando: quando não nos importamos com a primeira violação, criamos a tempestade perfeita”. (STRECK, 2017). Acrescenta ainda Streck (2017) que há mais de trinta anos vem dizendo que “a Constituição deve constituir-a-ação. Fora dela, é o caos. E o conceito de caos é: ‘Depois do primeiro tiro, ninguém mais sabe quem está atirando’”. (STRECK, 2017).

Com efeito, se nada mudar, quando menos se esperar, não haverá mais Constituição para se defender ou ser cumprida. Algo parecido, também, embora num tom sombrio e mais trágico, com a metáfora da Casa Tomada, conto do escritor belga-argentino Julio Cortázar (1971). A narrativa é bem simples, mas carregada de efeito simbólico e alegorias. O conto fala da rotina de dois irmãos e de como a casa em que residem é paulatinamente tomada, o que os obriga a recuar em busca de um refúgio, saindo de um compartimento para outro até que, finalmente, são desalojados e obrigados a deixá-la só com as roupas do corpo. Quem a tomou? Uma força oculta, um monstro, uma entidade, algo terrível? O conto termina sem que se saiba exatamente a resposta, apenas sugere. Sua textura aberta aponta para uma multiplicidade de sentidos possíveis para a tomada da casa.

No que interessa a esta pesquisa, a casa, que é o universo dos personagens, uma espécie de “canto mundo”, equivale a uma determinada ordem jurídica e sua principal norma, a Constituição. Nesse sentido, no Brasil, a Constituição Federal é uma casa que diariamente vem sendo tomada, aos poucos, vem sendo destruída. Quem são os agentes da destruição? Ao

contrário do insondável no conto de Cortázar, em relação à Constituição Federal e ao direito no Brasil, a tarefa de identificá-los não é tão difícil. Streck costuma chamá-los de predadores, que se dividem em externos e internos,

Na mesma coluna indicada antes, Streck (2017), após insistir no valor da lei e da Constituição, diz que há anos vem denunciando que o direito se encontra cercado de predadores, que ele, como dito, divide entre externos e internos. Como predadores externos, nomina a política, a economia e a moral, para ele o mais perigoso de todos os predadores, porque também atua ao lado dos predadores internos, que seriam todos os elementos que, de algum modo, “fragilizam o grau de autonomia que o Direito deve ter (daí o perigo de coisas como ‘os fins justificam os meios’, ‘decido conforme minha consciência’, ‘não importa a forma, vale mesmo é o conteúdo’, ‘decido primeiro e depois fundamento e coisas desse gênero’)”. (STRECK, 2017).

São eles, os predadores, que, ao longo do tempo, vem abalando, ao ponto de o risco de ruir se tornar real, a estrutura da Constituição e das leis do país que os juízes, ao tomar posse no cargo, juraram solenemente obedecer.

E do jeito que as coisas caminham, a passos largos, talvez não tarde o dia em que a única alternativa possível seja a encontrada pelos protagonistas da narrativa cortaziana: jogar a chave da casa no bueiro, para que nenhum desavisado nela entre, pois já está tomada. Nesse caso, será sinal de que o fracasso foi total e nada mais resta senão a espera dos bárbaros. Porque, se o direito sai por uma porta, o caos entra pela primeira que encontrar.

Diante do exposto, fica claro que tudo faz parte de um único cenário, de um mesmo estado de coisas. Descumprir uma lei, por extensão, equivale a descumprir a Constituição Federal. Infelizmente, a circularidade, nesse caso, é negativa. Descumprir a Constituição implica também a implosão de todo o edifício normativo que se posiciona imediatamente abaixo dela.

Em síntese: a Constituição Federal é a Ítaca do Poder Judiciário para a qual ele precisa urgentemente voltar os olhos e sua atenção. Tal como Ulisses (Odisseu) cumpriu o compromisso de retornar, há um juramento feito pelo conjunto de juízes que não deve ser desprezado: o de cumprir e de fazer cumprir a Constituição e as leis do país.

Não existe mais uma guerra a ser travada para provar a relevância da função jurisdicional. O Judiciário, isso não se discute mais, desde sempre é um dos poderes constituídos e constituidores do Estado moderno. Montesquieu venceu Sieyès. O juiz não precisa de um divã para convencer a si próprio que não é mais a boca da lei. Essa superação remonta a Kelsen, mas nem por isso, ele pode reivindicar o lugar do senhor da lei. Há um

imperativo democrático que o impede. Particularmente, no Brasil, há uma Constituição democrática e um sistema de garantias fundamentais voltado para a proteção do cidadão. Uma delas é a de obtenção de uma resposta correta e adequada para cada caso concreto. O direito, como sistema normativo, é composto de regras e de princípios, o que garante sua autonomia frente a outros sistemas de controle social. Passada a tormenta, as águas não se chocam mais com os rochedos, de modo que o Judiciário já pode retornar ao seu lócus próprio. Há uma Constituição que carrega um conjunto de promessas à espera de concretização. E o ponto de partida passa necessariamente pelo seu respeito. Que se faça da *Iliada* uma página virada e que fique na lembrança apenas pelos contrastes que a distinguem da *Odisseia*. O juiz pode, enfim, se livrar de mito da modernidade de querer ser Deus. Não é e nem nunca foi o Deus vingativo de Abraão e dos hebreus do velho testamento ou qualquer um dos deuses mitológicos gregos. Muito menos o deus da modernidade. Além disso, o tempo é outro. O tempo é de *Odisseia*, onde os homens, muito menos os juizes, não precisam ser deuses, contentando-se somente com o fato de serem humanos.

É que, já caminhando para o final: nunca se pode perder de vista que a aceitação de uma Constituição é uma questão fundamental numa determinada sociedade organizada. Este é o preço que uma sociedade moderna e contemporânea e seu povo têm que pagar por ter uma Constituição e um regime democrático.

Vieira (2018) chama a atenção para o risco de não se pagar esse preço e de como é importante a vontade de se ter uma Constituição. Para o constitucionalista, como as constituições não têm à disposição nenhum agente externo capaz de impor suas regras aos diversos atores que, de algum modo, participam da vida constitucional, “o seu desempenho depende, sobretudo, da adesão e do autocomprometimento da sociedade e dos atores políticos e institucionais ao pacto constitucional. Quando isso não acontece, a constituição perde eficácia e, no limite, entra em crise”. (VIEIRA, 2018, p. 69).

Para Vieira (2018), “a Constituição é a principal invenção da modernidade voltada a prover uma solução prática ao problema antigo de conciliar a necessidade de organizar um governo com a aspiração de assegurar o maior grau possível de autonomia e liberdade para as pessoas”. (VIEIRA, 2018, p. 70). Diz ainda que uma Constituição “é fruto da crença iluminista na capacidade das sociedades humanas de tomar a história nas mãos, projetar suas instituições e controlar os seus próprios destinos”. (VIEIRA, 2018, p. 70). Isso não significa, contudo, dizer que algum intérprete privilegiado da Constituição chame para si a prerrogativa de empurrar, ele próprio, com suas decisões, a história como pretende o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal.

Derradeiramente, uma última questão a partir de um milenar aforismo contido na seguinte sentença: “o relâmpago governa o universo”.

O aforismo acima é atribuído a Heráclito de Éfeso, filósofo grego pré-socrático. Várias leituras foram feitas sobre essa sentença. O relâmpago, esse lusco-fusco, instante fugidio, no meio de uma escuridão, representaria o ver algo, o saber, que também se perde ou se transforma logo em seguida ou em outro momento adiante. Pode significar também o abrir de uma porta ou de uma janela que possibilite a entrada de uma fresta de luz ou de sentido que questione, provoque, irrite ou venha a iluminar a zona adormecida, escura, cinzenta ou fechada da mente que resiste aos novos saberes.

Consta que Martin Heidegger, que fez estudo sobre Heráclito, inscreveu essa expressão na porta da entrada de sua cabana, na Floresta Negra. E ele, mais do que ninguém, quis e soube abrir clareiras na densa floresta negra do pensamento humano. Gadamer, outro filósofo alemão, discípulo de Heidegger, em *Verdade e Método*, sua obra seminal, diz que, se o leitor pretende compreender um texto, deve dar oportunidade para que ele (o texto) fale, diga algo. Ao ler um texto, o intérprete estabelece com ele um diálogo, tal como duas pessoas numa conversa, por mais despreziosa que ela se proponha ser. Cada qual tem o direito de falar e ambas a obrigação de ouvir. Somente assim, ao final da conversa, chegarão a um entendimento e à adequada compreensão do problema que as desafiou.

É assim que se produz o sentido das coisas, na visão de Gadamer. É assim que se fundem os horizontes. Quem pretender ler um texto tem que fazê-lo com essa disposição, com desapego e despreendimento. Claro que o leitor, ao defrontar o texto, já virá armado de pré-conceitos, no sentido de visão pessoal de mundo ou conhecimento acumulado indutivamente, bem como de pré-compreensões (legítimas ou não, verdadeiras ou não), sendo que estas não se confundem com aquelas guiadas unicamente pela subjetividade, opiniões pessoais ou visão também pessoal de mundo, mas sim como aquilo que antecipa o sentido e que herdamos pela tradição e que todos carregamos, desde o primeiro momento em que fomos largados no mundo, isto porque, como sustenta Heidegger, o indivíduo não se pergunta por que compreende o mundo pela simples razão de que, quando ele faz a indagação, é porque já o compreendeu e a pergunta (como o método) já chegará tarde.

Isso, contudo, não impede que o texto chegue como o abrir de uma janela, pela qual, ainda que mínima a abertura, entre um pouco de luz que possa abrir clareiras no mais profundo ser. Para que isso aconteça, o leitor precisa dar uma chance ao texto, lendo-o com os pré-juízos suspensos, em *stand by*, colocados ali num dos escaninhos do cérebro, a sua caixa de ressonância, mas, ao seu alcance, para o caso de precisar revisitá-los. Após, deve voltar ao

texto e preparar o espírito para se submeter, pelo número de vezes que se fizer necessário, a constantes movimentos de rotação e translação, imperativos do círculo do hermenêutico, que mal é percebido,

O leitor deve prosseguir, para além da introdução, como quem atravessa uma ponte construindo-a. Caso se sinta questionado ou um estranhamento, uma provocação, isso é forte indício de que o texto já está dizendo algo, o que é um bom sinal, sem dizer que também é a senha para que o leitor se desloque até o escaninho onde foram colocados em suspenso os pré-juízos, quando então deverá reexaminá-los, confrontá-los com o que o texto diz, de modo que possa verificar se se justificam ou se é o texto que fala mais próximo e alto, com a melhor luz ou se – nem uma coisa nem outra – ambos apontam na mesma direção e falam a mesma linguagem, que é a situação ideal.

Enfim, o leitor deve dar oportunidade para que o texto diga algo a partir dos horizontes dele mesmo e confronte-os com os seus, mas permita também que estes sejam expandidos, pois quem sabe, lá na frente, eles poderão se fundir.

Numa última palavra: o leitor deve tratar o texto como um bom apreciador trata um vinho da melhor cepa e que também é bem encorpado. Há que decantá-lo. Há que se permitir que ele respire, afinal estava aprisionado em uma garrafa. Fazendo assim, o primeiro gole representará uma comunhão de interesses, uma conjunção de sabores (e saberes), um verdadeiro sacramento no sentido de confirmação da coisa mesma. Caso contrário, se tiver pressa, se achar que é o senhor de todos os sentidos, se não suspender os pré-conceitos, se não der chance ao vinho (e ao texto), certamente ele travará ao sul do palato no primeiro gole.

De acordo com Gadamer (2011), em se tratando de um texto ou de uma obra de arte, a decantação de seu verdadeiro sentido é um processo infinito e ela é proporcionada pela distância temporal, que “está em constante movimento e ampliação, e este é o lado produtivo que ela oferece à compreensão. Deixa morrer os preconceitos de natureza particular e permite o surgimento daqueles que possibilitam uma verdadeira compreensão”. (GADAMER, 2011, p. 80).

Mudando o que deve ser mudado, e colocando o juiz no lugar do leitor, algo parecido deve se esperar do juiz, ao examinar e julgar um caso. Com obediência à Constituição, respeito à lei e ao princípio democrático, ele deve se submeter ao teste de fogo representado pelo círculo da compreensão e fazer os vários caminhos de idas e voltas, marchas e contramarchas circulares, entre o caso concreto e a base normativa que guiará a fundamentação da decisão judicial, entre as regras e os princípios e entre estes e as normas constitucionais, desde o começo até o fim e deste ao começo, novamente. Agindo assim,

como a fundamentação, no melhor sentido gadameriano, é o resultado do diálogo, o seu acontecer, no plano da decisão judicial, na sua plenitude, isto é, na sua tríplice dimensionalidade, será uma possibilidade. E será sacramentada, no sentido de confirmação da coisa mesma, de algo enquanto algo.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: RT, 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMORIM, Leticia Balsamão. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado democrático de direito. *Revista de Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 38, p. 69-79, maio 2006.
- AQUINO, Ruth de. Juiz não é Deus. O juiz dirigia sem habilitação. Foi multado, estrilou e quis prender a fiscal. Quem ele pensa que é? *Época*, São Paulo, 7 nov. 2014. Disponível em: <https://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/ruth-de-aquino/noticia/2014/11/juiz-bnao-e-deusb.html>. Acesso em: 20 set. 2018.
- ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em file:///C:/Users/trt22/Documents/TESES/Processo%20Civil%20Pragmático%20-0TESE%20-%20Vicente%20de%20Paula%20Ataide%20Jr.pdf. Acesso em 20 dez. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. O nosso papel é empurrar a história. *Migalhas*, [S.l.], 27 mar. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI256311,61044-Ministro+Luis+Roberto+Barroso+O+nosso+papel+e+empurrar+a+historia>. Acesso em: 04 out. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política. *Migalhas*, [S.l.], 8 ago. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. *Os constitucionalistas*, [S.l.], 05 abr. 2017. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BASSETTE, Fernanda. Justiça permite tratar homossexualidade como doença. *Veja*, São Paulo, 20 set. 2017. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/brasil/justica-permite-tratar-homossexualidade-como-doenca/>. Acesso em: 19 set. 2017.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BORGES, Guilherme Ronan. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 5-25.

BRANDT, Ricardo; VASSALLO, Luiz; MACEDO, Fausto. Moro diz que embargos de embargos constituem ‘patologia protelatória’. *Estadão*, São Paulo, 5 abr. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/em-ordem-de-prisao-de-lula-moro-diz-que-embargos-de-embargos-constituem-patologia-protelatoria/>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 4.335-5/AC*. Tribunal Pleno. Voto-vista do Min. Eros Grau. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 de abril de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo 1.068.044 (987)*. Recorrente: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. Recorrido: Janete Cabral Cecin. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 28 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/158823461/stf-30-08-2017-pg-290>. Acesso em: 20 set. 2017.

BUENO, Silveira. Prefácio. In: HOMERO. *Odisseia*. São Paulo: eBooksBrasil, 2009. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/odisseiap.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

CAENEGEM, R. C. Van. “Oráculos da Lei” ou “Bouche de la Loi”. In: HOMEM, Antonio Pedro Barbas; PINTO, Eduardo Veras-Cruz; COSTA E SILVA, Paula; VIDERIA, Susna; FREITA, Pedro (coord.) *Seminário internacional o perfil do juiz na tradição continental*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 35-51.

CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Pillares, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALMON DE PASSOS, J. J. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 218-223.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis.* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47-78.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição.* Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

CORTÁZAR, Júlio. *Bestiário.* 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1971. p. 11-18.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O poder judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia.* São Paulo, SP, 13 fev. 2019. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-71-o-poder-judiciario-diante-da-soberania-popular-o-impasse-entre-a-democracia-e-a-aristocracia>. Acesso em: 23 set. 2019.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Juíza pede desculpas por ter dito que juiz é ser superior. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 nov. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-nov-24/juiza_retrata_dito_juiz_superior. Acesso em: 10 ago. 2018.

DAVID, René. *Os grandes sistemas contemporâneos do direito contemporâneo.* 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermenêutas? In: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). *Processo de conhecimento - Provas.* 1. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2015, v. 3, p. 305-313. (Coleção Novo CPC doutrina selecionada)

DELLORE, Luiz. Algo mudou na fundamentação das decisões judiciais no novo CPC. *Jota*, São Paulo, 26 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>. Acesso em: 29 jul. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOMINGUES, Ivan. *O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas.* São Paulo: Loyola, 1999.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENFAM divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo código de processo civil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-02/enfam-divulga-62-enunciados-aplicacao-cpc>. Acesso em: 20 maio 2019.

FAGUNDES, Murilo. É hora de o Judiciário se recolher ao seu papel tradicional, diz Toffoli. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 12. dez. 2018. Disponível em: https://www.correio.braziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/12/12/interna_politica,724916/toffoli-e-hora-de-o-judiciario-se-recolher-ao-seu-papel-tradicional.shtml. Acesso em: 04 nov. 2019.

FAVORO, Cristian; SPOTORNO, Karla. Se um juiz quer ter desejos e ir além de sua função tradicional qu vá ser deputado, diz Toffoli. *Estadão*, São Paulo, 2019. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,se-um-juiz-quer-ter-desejos-e-ir-alem-de-sua-funcao-tradicional-que-va-ser-deputado-diz-toffoli,70002701070>. Acesso em: 04 nov. 2019.

FERNANDES, José Henrique Lara. *A fundamentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a fundamentação do direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013. v. 2.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. *Jota*, São Paulo, 6 jun. 2015. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015. Acesso em: 20 maio 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O novo CPC ainda não entrou em vigor: algumas disposições do CPC são apenas promessas. *Jota*, São Paulo, 24 out. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-novo-cpc-que-ainda-nao-entrou-em-vigor-24102016>. Acesso em: 29 jul. 2019.

GARAPON, Antoine *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Piaget, 1996.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa: Piaget, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. Juízes que fazem a própria lei. *O Globo*, Rio de Janeiro, 11 dez. 2106b. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opinia/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis-20622275>. Acesso em: 06 out. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016a.

GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. São Paulo: Parábola 2012.

GROSSI, Paulo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. São Paulo: Elsevier, 2010.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HACKING, Ian. Ensaio introdutório. In: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 9-47.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: (hermenêutica da faticidade)*. Petrópolis: 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

HOMERO. *Odisseia*. São Paulo: eBooksBrasil, 2009. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/odisseiap.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 4. ed. Porto alegre, Livraria do Advogado, 2018.

JUDICIALIZAÇÃO não se confunde com ativismo judicial, afirma Barroso. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-07/judicializacao-nao-confunde-ativismo-judicial-barroso>. Acesso em: 18 set. 2017.

JUIZ que barrou audiência porque lavrador usava chinelo terá de pagar R\$ 12 mil. [S.l.], 9 mar. 2017b. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/03/09/uniao-vence-acao-contra-juiz-que-adiou-audiencia-do-lavrador-de-chinelos.htm>. Acesso em: 29 jul. 2019.

JUIZ que suspendeu audiência porque parte usava chinelo ressarcirá União. Pela conduta do magistrado, a União foi condenada a indenizar um trabalhador rural. *Migalhas*, [S.l.], 9 mar. 2017a. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/255260/juiz-que-suspendeu-audiencia-porque-parte-usava-chinelo-ressarcira-uniao>. Acesso em: 29 jul. 2019.

- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LIBÂNIO, João Batista. *Formação da consciência da crítica: subsídios filosófico-culturais*. Petrópolis: Vozes, 1982.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 79-81, jan/1983.
- LIMA, Danilo Pereira. *Constituição e poder: limitas da política no estado de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.
- LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder. In: treck, Lenio Lúiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 161-177.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LOPES, Ziel Ferreira. *Jurisdição e método: limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Público) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5212>. Acesso em: 28 jul. 2019.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX.
- LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- LUFT, Eduardo. Duas questões pendentes no idealismo alemão. In: OLIVEIRA, Nythamar de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (org.). *Hermenêutica e filosofia primeira: festschrift para Ernildo Stein*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 69-75.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LUNA, Denise. *Chegou a hora de a política conduzir o país*. São Paulo, 15 dez. 2018. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/chegou-a-hora-de-a-politica-conduzir-pais-diz-toffoli,a38f5d148f68746552d2dbc2421871f912tm54z2.html>. Acesso em: 04 nov. 2019.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Fausto. Moro diz que embargos de declaração constituem patologia protelatória. *Estadão*, São Paulo, 5 abr. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/em-ordem-de-prisao-de-lula-moro-diz-que-embargos-de-embargos-constituem-patologia-protelatoria/>. Acesso em: 10 fev. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MELO NETO, João Cabral de. *A educação pela pedra e outros poemas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

MERRYMAN; John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da europa e da américa latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 11-125, 1978.

MORIN, Edgar. *O método 4: as ideias: habitat, vida, costumes, organização*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronaldo Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Juspodvim, 2017.

MOURÃO, Juraci Lopes; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Motivação das decisões judiciais; legitimação, controle e poder. In: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVERIA, Rafael Toma de (org.). *Hermenêutica, Constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

- MUNIZ, Mariana. Juiz se nega a inicia audiência com advogado sem gravata. *Jota*, São Paulo, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://jota.info/justica/juiz-se-nega-a-iniciar-audiencia-com-advogado-sem-gravata-15032017>. Acesso em: 19 set. 2017.
- NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. Arrozoado de defesa (O ponderador). In: LOPES, Mônca Sette; SOBRINHO, Fausto Couto (org.). *Pássaro liberto: coletânea em homenagem a Paulo Merçon*. São Paulo: Scortecci, 2015.
- NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. *Do cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais: morte dos embargos de declaração, o Macunaíma da dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. Reforma trabalhista: o abade, o barão e a proibição de interpretar. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-29/joao-nascimento-reforma-trabalhista-proibicao-interpretar>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 525-546.
- NEVES, José Roberto de Castro. *A invenção do direito: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.
- NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995. v. 1 e 3.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Do dever judicial de análise de todos os argumentos (teses) suscitados no processo, a apreciação da prova e a accountability. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 121-143.
- NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio. *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017.
- OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- OLIVEIRA, Manfredo A. *Sobre fundamentação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- OLIVEIRA, Renan Antunes de. 'Nenhum magistrado é Deus', diz Lewandowski sobre ação contra agente no Rio. Florianópolis, 10 nov. 2014. Disponível em: <https://noticias.uol>.

com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/11/10/nenhum-magistrado-e-deus-diz-lewandowski-sobre-acao-contra-agente-no-rio.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

OLIVER, Élide Valarini. Tradução, introdução, notas e comentários. In: RABELAIS, François. *O terceiro livro dos fatos e ditos heroicos do bom pantagruel*. Cotia: Ateliê Editorial; Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie et. al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 3, p. 109.

PECORARO, Rossano. *Analíticos ou continentais: uma introdução à filosofia contemporânea*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 75-92.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

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

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHEIRO, Alice. Deusa da corte: o juiz é superior a qualquer ser matéria, diz juíza. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 nov. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-nov-17/juiz_superior_qualquer_material_juiza. Acesso em: 28 set. 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; BRITO, Michelle Barbosa de. É possível controlar o livre convencimento motivado? Quando a falta de uma teoria transforma discricionariedade em “princípio”. In: OMATTI, José Emílio Medauar (coord.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 95-124.

PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. O teatro e a história do direito: a experiência da tragédia grega. In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (org.). *Direito & literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-89.

PLATÃO. *Crátilo*. São Paulo: Instituto Piaget, 2012.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão jurídica*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

RABELAIS, François. *O terceiro livro dos fatos e ditos heroicos do bom pantagruel*. Cotia: Ateliê Editorial; Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

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

RAPOSO, Adriana Sette da Rocha; MANFRIN, Joarez Luiz. O juiz é superior a qualquer ser material, diz juíza. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 nov. 2007. Acesso em 10 ago. 2018.

RIGUAX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Instituto Piaget, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Juizado Especial da Fazenda Pública. Comarca de Porto Alegre. *Processo n°: 001/3.15.0004596-4*. Autor: Iracelia Zeni. Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Juiz prolator: Juiz de Direito - Dr. Ângelo Furlanetto Ponzoni. Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-juizado-fazenda-publica-porto.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Turmas Recursais. Comarca de Porto Alegre. *Recurso inominado Primeira Turma Recursal da Fazenda Pública. n° 71006447338 (N° CNJ: 0055183-04.2016.8.21.9000)*. Recorrente: Iracelia Zeni. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Dr. Niwton Carpes da Silva. Porto Alegre, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-1a-turma-recursal-fazenda.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

RODAS, Sérgio. Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 maio 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz>. Acesso em: 29 jul. 2019.

RODAS, Sérgio. Juiz proíbe peça de teatro que representa Jesus como transgênero. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 set. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-16/juiz-proibe-peca-representa-jesus-mulher-transgenero>. Acesso em: 19 set. 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

RORTY, Richard. *Contigência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade: escritos filosóficos I*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

ROSSI, Júlio César. Tribunais maculam o dever de fundamentar. *Jota*, São Paulo, 24 nov. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/tribunais-superiores-maculam-o-dever-de-fundamentar-decisoes-24112016>. Acesso em: 29 jul. 2019.

ROVER, Tadeu. Novo CPC não precisa de prazo maior para entrar em vigor, dizem advogados. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-14/vacancia-cpc-nao-ampliada-dizem-advogados>. Acesso em: 10 jul. 2017.

SÁNCHEZ, Fernando Sabido. Eraclio Zepeda. *Portal Poetas Siglo XXI – Antologia Mundial*, [S.l.], 2016. Disponível em: <https://poetassigloveintiuno.blogspot.com/2016/10/eraclio-zepeda-19362.html>. Acesso em 10 out. 2019.

SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SÃO PAULO. Seção Judiciária do Distrito Federal-DF. 14ª Vara Federal. *Ação popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400*. Requerentes: Rozangela Alves Justino e outros. Requerido: Conselho Federal de Psicologia – CFP. Juiz Federal: Waldemar Cláudio de Carvalho. Brasília, 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-cura-gay.pdf> Acesso em: 20 maio 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Comarca de Jundiaí / SP. 1ª Vara Cível. *Processo digital nº: 1016422-86.2017.8.26.0309*. Requerente: Virginia Bossonaro Rampin Paiva. Requerido: Serviço Social do Comércio – Sesc. Juiz de Direito: Dr. Luiz Antonio de Campos Júnior, Jundiaí, 15 de setembro de 2017. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/juiz-proibe-peca-representa-jesus.pdf>. Acesso em: 19 set. 2017.

SAUVEL, M. Tony. Histoire du jugement motivé. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, v. 61, p. 5-53, 1955.

SCHIMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2012.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Porque fundamentar, o que fundamentar, e como (não)fundamentar no CPC/15. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.), *Normas fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 411-450.

SICHES, Luís Recasens. *Panorama del pensamiento jurídico em el siglo XX*. México: Porrúa, 1963.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: SILVA, Ives Granda da; JOBIM, Eduardo (coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartien Latin, 2008. p. 453-482.

SILVA; Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Discricionariedade judicial racionalizada? A aposta do CPCP/2015 na necessidade argumentativa. In: NUNES, Dierle; LEITE, Georges Salomão; STRECK, Lenio Luiz (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018. p. 27-47.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

SOCHA, Eduardo. Pequeno glossário da teoria de Bourdieu. *Revista Cult*, [S.l.], ano 11, n. 128, set. 2008. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/pequeno-glossario-da-teoria-de-bourdieu/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SOUSA, Diego Crevelin; DELFINO, Lúcio. O levante contra o art. 489, § 1º, incisos I a VI, CPC/2015: o autoritarismo nosso de cada dia e a resistência à normatividade constitucional. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo Reis (org.). *Aspectos polêmicos do novo código de processo civil*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2018. v. 1, p. 67-83.

STEIN, Ernildo. *A caminho do paradigma hermenêutico: ensaios e conferências*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2017.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EdPUCRS, 1996.

STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

STF vive momento complexo, diz Luís Roberto Barroso. *Jota*, Brasília, DF, 12 dez. 2016. Disponível em: <https://jota.info/justica/stf-vive-momento-complexo-diz-barroso-12122016>. Acesso em 19 set. 2017.

STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição Europeia. In: HOMEM, Antonio Pedro Barbas; PINTO, Eduardo Veras-Cruz; SILVA, Paula Costa e; VIDERIA, Susna; FREITA, Pedro (coord.) *Seminário internacional o perfil do juiz na tradição continental*. Lisboa: Almedina, 2007. p 21-34.

STRECK, Lenio Luiz, A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-npc-inconstitucionalidade-ofuro>. Acesso em: 20 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. À guisa de posfácio. O fenômeno positivista e a discricionariedade: porque devemos enfrentar de frente esse fantasma. In: ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 495-505.

STRECK, Lenio Luiz. À guisa de prefácio: exorcizando o livre convencimento. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STECK, Lenio. *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Loblanc, 2018. p.7-8.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 20 fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o direito em 2016. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 dez. 2016a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/senso-incomum-breve-ranking-decisoes-fragilizaram-direito-2016>. Acesso em: 06 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. De como o positivismo jurídico tomou o caminho da ontoteologia. In: CULLETON, Alfredo; STRECK, Lenio Luiz; REIS, Robson Ramos do (org.). *Festschrift: um tributo a Ernildo Stein: viveu às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015. p. 101-117.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. É que de há muito começou a chover na serra! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-25/senso-incomum-estado-policia-comecou-chover-serra>. Acesso em: 10 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>. Acesso em: 10 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 65-77 jan./jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como a discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; MACHADO, Felipe Daniel Amorin (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade positivista. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 93, p. 83-147, jan./jun. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC não precisa de prazo maior para entrar em vigor, dizem advogados. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 set. 2015 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-14/vacancia-cpc-nao-ampliada-dizem-advogados>. Acesso em: 15 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Nulidade: nem o Supremo pode dar às palavras o sentido que quer. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 out. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-out-07/streck-nem-supremo-dar-palavras-sentido?fbclid=IwAR3sHpS1QIrLYHckor4-uYZMf7z5rNrrvL9W-kHnJiAicZep-Bm1auyLYBk>. Acesso em: 10 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O ano da submissão final do Direito: só a vergonha nos libertará. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-22/senso-incomum-2016-ano-submissao-final-direito-vergonha-libertara>. Acesso em: 22 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, – livre convencimento motivado e livre apreciação da prova? In: NUNES, Dierle; LEITE, Georges Salomão; STRECK, Lenio Luiz (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018. p. 11-26.

STRECK, Lenio Luiz. Os modelos de juiz e a literatura do positivismo jurídico. *In*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. São Paulo: Atlas, 2015a. p. 227-233.

STRECK, Lenio Luiz. Patogênese do protagonismo judicial em *Terrae Brasilis* ou de como “sentença não vem de *sentire*”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís de Bolzam de (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado / São Leopoldo: Unisinos, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017c.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Luiz; LOPES, Ziel Ferreira. Ainda sobre o livre convencimento: resistência dos tribunais ao novo CPC *In*: Teresa Arruda Alvim; Mirna Cianci; Lúcio Delfino (org.). *Novo CPC aplicado: visto por processualistas*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 193-212.

TARELLO, Giovani. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. L’obbligo di motivazione della sentenza civil tra diritto comune e illuminismo. *Rivista di Diritto Processuale*, [S.l.], ano 29, n. 1, p. 266-295, Genato-Marzo 1974.

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

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do Judiciário. *In*: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionarietà nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: JUSPODVIM, 2017. p. 139-159.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, parágrafo 1º, do NCPC: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação? *In*: ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo (org.). *O novo código de processo civil brasileiro: sistematização: parte geral, parte especial e procedimentos*. São Paulo: Forense, 2015. v. 1, p. 83-103.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 037-058, jan./jun. 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinad. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013.

TORRANO, Bruno. A “aliança estratégica” entre positivismo jurídico e hermenêutica de Lenio Streck. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 mar. 2016a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-23/alianca-estrategica-entre-positivismo-hermeneutica-streck>. Acesso em: 29 jul. 2019.

TORRANO, Bruno. Contra a “função iluminista” do Supremo Tribunal Federal. *Papers. Ssrn*, [S.l.], 17 dez. 2015a Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705223. Acesso em: 05 out. 2017.

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

TORRANO, Bruno. Supremo Tribunal Federal não pode ter papel iluminista no Estado. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 31 jan. 2016b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>. Acesso em: 05 out. 2017.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: JusPodvm, 2017. p. 75-103.

TRINDADE, André Karam. Quem vigia os vigilantes? A questão da responsabilidade dos juízes. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 03 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-03/diario-classe-quem-vigia-vigilantes-questao-responsabilidade-juizes>. Acesso em: 31 out. 2018.

TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

UNIÃO deve indenizar homem que teve audiência adiada. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 4 mar. 2011. Disponível em: www.conjur.com.br/.../uniao-indenizar-homem-teve-audiencia-adiada-usar-chinelo. Acesso em: 29 jul. 2019.

VASCONCELOS, Marcos; ROVER, Tadeu. Advogados e juízes disputam vetos de Dilma novo CPC. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 mar. 2015b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-11/advogados-juizes-disputam-vetos-dilma-cpc>. Acesso em: 01 nov. 2017.

VASCONCELOS; Marcos; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação das decisões. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 04 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 31 out. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. O judiciário e a democracia: devem os juízes obediência à lei ou à opinião pública? *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhena/2019/04/judiciario-e-a-democracia.shtml>. Acesso em: 31 out. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso* (org.) São Paulo, FVG, 2017.

VILLAR, Alfonso Murillo. La motivacion de la sentencia em el processo civil romano. *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, v. 2, n. 11, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkan, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

ZAVARE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millenium, 2004.