

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA (IDP)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CENTRO DE PESQUISA - CEPES

GABRIEL AHID COSTA

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES
COMO INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL: A IMPORTÂNCIA DO CPC/15 NA PROTEÇÃO AO DIREITO
FUNDAMENTAL DE TUTELA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA**

Teresina - PI
2021

GABRIEL AHID COSTA

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES
COMO INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL: A IMPORTÂNCIA DO CPC/15 NA PROTEÇÃO AO DIREITO
FUNDAMENTAL DE TUTELA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Teresina - PI
2021

GABRIEL AHID COSTA

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES
COMO INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL: A IMPORTÂNCIA DO CPC/15 NA PROTEÇÃO AO DIREITO
FUNDAMENTAL DE TUTELA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier.

Aprovado em: ___/___/2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier (**Orientador- Presidente**)
INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA (IDP)

1º Examinador
INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA (IDP)

2º Examinador
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, e acima de tudo, agradeço a Deus, por, em sua generosidade e sabedoria, me permitir sempre estar cercado de pessoas boas e, mesmo em tempos tão difíceis, me permitir estudar e realizar meus sonhos profissionais;

Agradeço a Silvia Maria Mendes Ahid, mãe que me incentivou aos estudos e até hoje me apoia para que eu continue no meio acadêmico, agradecendo, também, por sua valiosa orientação na parte metodológica e na revisão ortográfica desse trabalho;

Ao meu pai, Gerson de Oliveira Costa Filho, por ter me estimulado a ir além dos meus próprios limites e supera os desafios, igualmente um apoiador, crítico, e um visionário quanto no meu crescimento;

Agradeço também a Mariléa Campos dos Santos Costa, que como uma mãe jamais deixou de defender e apoiar todas as minhas decisões, de modo a acreditar em todos os projetos por mim traçados e idealizados, sendo uma incentivadora incondicional nas horas difíceis;

Aos meus irmãos Daniel Taj Ahid Garreto e Ana Valéria Campos dos Santos Costa por me fazerem acreditar em mim mesmo como alguém capaz de vencer, seja no âmbito profissional ou na vida pessoal;

Não poderia deixar de agradecer meu primo e sócio Matheus Pires Ahid que esteve ao meu lado nas horas mais atribuladas do escritório e como um amigo estava pronto para apoiar;

Agradeço imensamente ao amigo e sócio Kalil Sauaia Boahid Mello Almeida por todas as indicações bibliográficas e pelas sugestões na parte mais complexa deste trabalho, especificamente no capítulo a respeito da hermenêutica filosófica;

Ao amigo e sócio Perez Silva da Paz por poder contar com seu apoio na condução do escritório enquanto me concentrava na pesquisa desse trabalho;

Ao meu lindo filho Gabriel Ahid Costa Filho pelo apoio e torcida nessa jornada acadêmica;

Agradeço à minha namorada Larissa Barbosa Teixeira pela paciência e carinho, mesmo nos momentos em que tive estive ausente;

Meu muito obrigado, ainda, a toda a equipe do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), por ter acreditado que seria capaz de chegar ao fim dessa pesquisa, agradecimento este que não poderia deixar de destacar e mencionar expressamente o assessor acadêmico Fernando Rios, um cara sensacional, educado e de uma disponibilidade incrível;

Gratidão ao meu orientador Professor Doutor Luiz Rodrigues Wambier por toda atenção, paciência e por ter dividido comigo os seus ensinamentos para que eu pudesse lograr êxito na pesquisa;

Grato aos Professores Doutores Osmar Mendes Paixão Côrtes e Newton Pereira de Ramos Neto por terem aceitado fazer parte da presente banca de mestrado, contribuindo com as críticas e sugestões para que o trabalho fosse aprimorado;

Por fim, não poderia deixar de agradecer aos meus colegas de MINTER IDP/ICEV, com quem dividi momentos valorosos de aprendizado e crescimento, conhecendo mestres incomparáveis de vários ramos do direito.

RESUMO

O tema do presente trabalho é o estudo do direito processual civil a partir da hermenêutica filosófica. A problema de pesquisa é saber de que maneira o CPC/15 pode contribuir para combater a discricionariedade judicial. O objetivo geral consiste analisar a contribuição do CPC/15, mormente na nova concepção do princípio constitucional do contraditório, bem como no dever de motivação das decisões judiciais, para garantia do direito fundamental de tutela constitucionalmente adequada. Em específico, demonstrou-se que o CPC/73 foi influenciado pelo paradigma de socialização processual, privilegiando um protagonismo do juiz e admitindo que elementos extrajurídicos fundamentassem a decisão. Além disso, provou-se que com a hermenêutica filosófica de Gadamer, não há como se admitir subjetivismos na interpretação, sobretudo na judicial, devendo-se primar pela intersubjetividade. Demonstrou-se, ademais, a contribuição de Dworkin relativamente ao papel dos princípios e a importância da responsabilidade política dos juízes, que possuem o compromisso de achar as melhores respostas para cada caso. Por fim, na análise dos dispositivos do CPC/15, verificou-se que o modelo cooperativo de processo, aliado ao contraditório como garantia de influência e o dever de fundamentação analítica das decisões, favorece um processo judicial mais participativo e democrático, minando o protagonismo judicial e discricionariedade.

Palavras-chave: Hermenêutica; Processo Civil; Contraditório; Motivação das decisões judiciais;

ABSTRACT

The theme of the present work is the study of civil procedural law based on philosophical hermeneutics. The research problem is to know how the CPC/15 can contribute to combat judicial discretion. The general objective is to analyze the contribution of CPC/15, especially in the new conception of the constitutional principle of the contradictory, as well as in the duty to motivate judicial decisions, to guarantee the fundamental right of constitutionally adequate tutelage. In particular, it was demonstrated that the CPC/73 was influenced by the paradigm of procedural socialization, privileging the role of the judge and admitting that extra-legal elements could support the judicial decision. In addition, it has been proved that with Gadamer's philosophical hermeneutics, there is no way to admit subjectivisms in interpretation, especially in the judicial one, with emphasis on intersubjectivity. Furthermore, Dworkin's contribution to the role of principles and the importance of the political responsibility of the judges, who are committed to finding the best answers for each case, were demonstrated. Finally, in the analysis of the provisions of the CPC/15, it was found that the cooperative process model, combined with the contradictory as a guarantee of influence and the duty of analytical reasoning of decisions, favors a more participatory and democratic judicial process, undermining the protagonism and discretion.

Keywords: Philosophical hermeneutics; Civil Process; Right to contradiction; Motivation of judicial decisions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: paradigmas processuais e o ato decisório	15
2.1	O papel do juiz no Processo Civil: do liberalismo a socialização	15
2.2	O CPC/73 e a herança socializadora: discricionariedade no processo civil brasileiro	24
2.3	Discricionariedade na jurisprudência	29
2.3.1	<i>O caso do descabimento de Embargos de Declaração contra decisão de Presidente de Tribunal que nega seguimento a Recursos Extraordinários</i>	29
2.3.2	<i>O caso do enfrentamento de todos os argumentos na fundamentação das decisões judiciais</i>	35
2.3.3	<i>Sobre as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento</i>	37
3	HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E INTEGRIDADE DO DIREITO	41
3.1	Hermenêutica e intersubjetividade	42
3.2	Integridade, coerência e o papel do Poder Judiciário em Democracia	48
4	CONTRADITÓRIO, COOPERAÇÃO E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O CPC/15 e a superação do paradigma discricionário	57
4.1	Constituição e Processo Civil: por uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada	58
4.2	Cooperação processual como modelo de superação do solipsismo judicial	66
4.3	Princípio constitucional do Contraditório e Dever de Motivação das Decisões: instrumentos de controle epistemológico no processo	70
5	CONCLUSÃO	80
	REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

A questão da segurança jurídica é uma das grandes, senão a maior problemática, do direito, mormente no caso brasileiro, onde os debates acerca dos direitos fundamentais são cada vez mais acalorados e as decisões dos Tribunais Superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal (STF), são tópicos de discussão pela sociedade como um todo.

Seja em razão da tecnologia disponível, pelo amplo acesso à informação ou mesmo por curiosidade, o fato é que os principais temas jurídicos concernentes ao Estado de Direito não são mais princípios sacros cuja verdade se encontra nas mãos de meia dúzia de especialistas literatos, tratam-se, isto sim, de temas debatidos por todas as pessoas “comuns” que tomam conhecimento do assunto através de jornais e conversas casuais. Esse fenômeno traduz claros avanços civilizatórios, significa que a sociedade civil está mais atenta ao que acontece no mundo jurídico.

No entanto, o outro lado da moeda é que as decisões judiciais de maior relevância, os temas que estão “na boca do povo” passam a basear-se menos no componente jurídico, trazem no seu bojo um componente político, moral e econômico, alheios ao direito, que por vezes parecem ser até mais importantes enquanto fundamento subjacente aos julgados. Entra em questão, portanto, a segurança jurídica.

A tensão entre segurança jurídica e decisão judicial sempre foi objeto de estudo pelos juristas de todos os tempos, de tal forma que muitas teorias sobre o sentido do direito foram criadas a partir da solução ao problema da discricionariedade judicial. Seja permitindo a livre interpretação do direito ou restringindo a interpretação do julgador, trata-se sempre de uma escolha teórica que gerará consequências para todas as outras áreas jurídicas.

Trata-se de uma questão eminentemente moderna e que tem raízes em um problema metafísico, qual seja, a colocação do “Eu”, do sujeito, no centro da teoria do conhecimento. Ao trazer essa visão paradigmática para o campo jurídico, passa-se de um objetivismo típico da escola exegética, para um arbítrio judicial irrestrito com a escola do direito livre, de modo que, até os dias de hoje busca-se de certa forma conter a discricionariedade judicial.

Ainda assim, após anos e anos de pesquisa, não é raro o jurista se deparar com situações de contrariedade entre o texto normativo e a jurisprudência, mesmo no que diz respeito à hipótese de cabimento de recursos.

Para que isso fique claro, basta verificar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o cabimento do recurso de Embargos de Declaração contra decisão de presidente de Tribunal que nega seguimento à Recurso Especial (REsp). Enquanto que o art. 1.022 do Código de Processo Civil (CPC/15) dispõe sobre o cabimento dos Embargos contra qualquer decisão judicial (BRASIL, 2015), o STJ entende que não cabem os aclaratórios contra a decisão do presidente do Tribunal *a quo* que nega seguimento à Recurso Especial, de modo que a interposição do referido recurso, não tendo condão de interromper a contagem do prazo de interposição de outros recursos, acaba por levar à intempestividade de eventual Agravo posteriormente protocolado (BRASIL, 2017).

O que se verifica, então, é uma decisão judicial emanada do órgão responsável pela pacificação da interpretação de legislação federal que ignora o texto da lei para aplicar seu próprio entendimento, baseado única e exclusivamente naquilo que os julgadores entendem melhor, pouco importando o esforço democrático de deliberação, votação e aprovação de um Código de Processo Civil.

Em outras palavras, a discricionariedade judicial gera uma tensão democrática entre os poderes constituídos (legislativo e judiciário), como também obscurece vários direitos fundamentais garantidos pelo art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), tais como a legalidade (art. 5º, II, CRFB), a inafastabilidade da apreciação jurisdicional (art. 5º XXXV, CRFB), a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CRFB) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB) (BRASIL, 1988). São esses direitos que justificam a ideia de que os cidadãos, ao procurarem o Poder Judiciário, tem o direito fundamental à uma tutela constitucionalmente adequada, uma tutela que atenda às regras e princípios do sistema jurídico-constitucional, garantindo-se que casos semelhantes recebam conclusões semelhantes (STRECK, 2013).

Por outro lado, no âmbito da filosofia de há muito já se compreende que a condição de possibilidade para o entendimento de si e do outro é a linguagem, de modo que qualquer pessoa que queira compreender um texto deve primeiro deixar que o texto lhe diga alguma coisa (GADAMER, 1999).

É com base nesse paradigma filosófico, que Dworkin (2014) fundamenta a ideia de que existem respostas corretas em direito, isto é, que, através da leitura dos textos normativos, da aplicação de princípios e da história institucional do direito, é possível obter parâmetros intersubjetivos de aplicação normativa, sem recair na mera repetição mecânica de textos legais.

Porém, enquanto na filosofia se chega à possibilidade de obtenção de respostas corretas através da intersubjetividade, no direito ainda persiste a noção de que o julgador pode

ser discricionário, ainda que em prejuízo ao direito fundamental de tutela constitucionalmente adequada.

Como se não bastasse essa dicotomia, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), o primeiro grande código totalmente fruto de período democrático, traz uma perspectiva que busca descentralizar a condução do processo, reduzindo o protagonismo judicial e regulamentando um rigoroso dever de fundamentação.

Surge então a grande tensão entre uma prática judicial discricionária e uma perspectiva teórica que busca frear o arbítrio judicial, com objetivo de assegurar maior segurança jurídica aos jurisdicionados e proteção ao direito de tutela constitucionalmente adequada. No meio desse cenário, surge o CPC/15 com institutos novos, com uma proposta de redução do protagonismo judicial através do estabelecimento de um ambiente cooperativo (art. 6º, CPC), de uma nova concepção do contraditório como garantia de influência (arts. 9º e 10, CPC), bem como um rigoroso dever de fundamentação (art. 489) (THEODORO JUNIOR et al, 2016).

Nesse contexto, faz-se premente a pergunta: de que modo a nova face do princípio do contraditório e dever de motivação das decisões judiciais institucionalizados no CPC/15 podem contribuir para uma teoria da decisão judicial que combata o problema da discricionariedade do julgador e garanta a efetividade ao direito fundamental de tutela constitucionalmente adequada?

Parte-se da premissa de que o CPC/15 institui um modelo cooperativo que visa superar os modelos anteriores, sobretudo o socializador, em que se privilegiava um protagonismo judicial, de modo a propiciar um ambiente processual fomentador do diálogo constante como forma de obtenção da melhor resposta possível para os processos.

Mesmo passados mais de cinco anos da entrada em vigor do CPC/15, ainda persiste na prática jurídica traços de uma visão incompatível com o atual estágio de desenvolvimento do sistema normativo processual.

Nisso reside a relevância do problema, até mesmo por ser discussão pertinente ao núcleo essencial da ideia de democracia, isto é, da concepção de uma forma de governo em que as decisões fundamentais são tomadas a partir de efetiva deliberação, não a partir do escrutínio solitário da mente de algumas pessoas. Trata-se de debater o problema da discricionariedade fora sem utopia ou através de medidas alheias à análise jurídica, como seria se se quisesse discutir mudanças legislativas ou mesmo constitucionais.

A hipótese que se levanta é justamente no sentido de que é a própria Constituição Federal de 1988 que fornece os elementos essenciais para forçar a democracia sobre o processo judicial, quais sejam, a garantia de debate (princípio do contraditório) e de fundamentação dos provimentos finais (motivação das decisões). Mais que isso, a legislação processual civil atualmente em vigor, enquanto o primeiro grande Código totalmente elaborado e aprovado em ambiente democrático, desenvolve as normas constitucionais no sentido de garantir que a atividade jurisdicional seja efetivo reflexo de um processo complexo, que não possui um único protagonista (em concepção clássica: o julgador), mas sim de um conjunto de sujeitos processuais que colaboram para um resultado e um provimento final (princípio da cooperação – art. 6º do CPC).

O objetivo da presente pesquisa, portanto, é analisar a contribuição do CPC/15, mormente na nova concepção do princípio constitucional do contraditório, bem como no dever de motivação das decisões judiciais, para garantia do direito fundamental de tutela constitucionalmente adequada.

Em específico, o que se busca é: a) descrever o fenômeno da discricionariedade judicial no âmbito do direito processual civil, para fins de compreensão da tensão entre o subjetivismo do julgador e as diretrizes do Estado Democrático e Constitucional de Direito; b) explicar os rumos tomados pela hermenêutica filosófica que, com Gadamer, proporcionaram a ideia de interpretação como intersubjetividade, e como isso proporcionou a concepção teórica do direito fundamental à tutela constitucionalmente adequada; c) analisar as novas concepções do princípio do contraditório e do dever de motivação das decisões judiciais no CPC/15, e de que modo esses institutos podem ser utilizados para combater a discricionariedade judicial.

O método utilizado, quanto à abordagem do tema, é o hipotético-dedutivo, haja vista que os procedimentos lógicos da pesquisa iniciam a partir do estabelecimento do problema, passando pelo levantamento de uma hipótese (resposta provisória ao problema), e, ao final, passou-se às tentativas de falseamento, ou seja, verificar se a resposta estabelecida inicialmente era contraditória em relação aos elementos extraídos da realidade fática. Ao não se verificar o falseamento da solução, obteve-se uma solução temporária ao problema, de acordo com as condições empíricas e técnicas atualmente disponíveis.

Assim, estabelecidos os fundamentos da pesquisa, o desenvolvimento da presente dissertação foi organizado da seguinte forma: a) O primeiro capítulo (**O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**: paradigmas processuais e o ato decisório) trata especificamente do estabelecimento da discricionariedade como paradigma,

passado por análise da evolução doutrinária a respeito do tema “decisão judicial” no direito processual civil (**2.1 O juiz no Processo Civil: do liberalismo a socialização**), do estabelecimento da forma de decisão discricionária (interpretação da lei de acordo com moralidade, política, economia e de acordo com a “sensibilidade” do julgador) no processo civil brasileiro, mormente através de uma breve análise dos fundamentos do CPC de 1973 e da doutrina da instrumentalidade do processo (**2.2 O CPC/73 e a herança socializadora: discricionariedade no processo civil brasileiro**), e, por fim, exemplificação da relevância da análise, através da demonstração de que mesmo no âmbito do CPC/15, encontra-se na prática judicial posturas de discricionariedade judicial incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito e com os fundamentos constitucionais do processo civil (**2.3 Discricionariedade na jurisprudência**).

Sendo mais específico, nesse capítulo inicial busca-se fazer uma exposição do que é a discricionariedade judicial e porque ela é um problema que merece e deve ser estudado. Nesse sentido, não só se repisa alguns dos passos metodológicos que já são parte da Introdução (Problema e Justificativa), como também busca-se dar uma profundidade e arcabouço teórico à discussão, antes de jogar o leitor diretamente nas discussões mais sofisticadas, inclusive de cunho filosófico, que serão objetos de outros capítulos.

O que se pode adiantar é que não há como admitir-se a delegação de poder discricionário ao julgador no atual estágio da ciência processual. Se é verdade que, enquanto resposta ao modelo liberal, foi necessário um fortalecimento da figura do juiz no início do século XX, com a consolidação das formas democráticas de governo já não há como manter a noção de que o magistrado seja pessoa excepcionalmente qualificada (ou mais qualificada que os demais intérpretes do direito) para escolher as respostas que entende serem mais justas para os casos apresentados (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2020).

Nessa linha, uma vez constatando-se que não se afigura viável a admissão de um poder discricionário aos juízes, passa-se a debater, então, se é possível sustentar um dever desses mesmos intérpretes de encontrarem respostas “corretas” no âmbito dos processos.

b) A partir disso, o segundo capítulo (**3 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E INTEGRIDADE DO DIREITO**), passa a enfrentar as razões por trás da concepção do poder discricionário dos juízes, que tem raízes da filosofia da subjetividade, bem como o modo de superar essa visão de mundo através do paradigma hermenêutico, fundado na intersubjetividade. Embora o objeto estrito da Dissertação não seja a discussão filosófica, esta se faz indispensável nesse momento, até mesmo porque não se pode compreender o direito em

toda sua riqueza, destituído das demais ciências humanas e sociais (filosofia, sociologia e etc.). Dessa forma, faz-se um breve estudo, sem pretensões de esgotamento, da hermenêutica filosófica de Gadamer como marco teórico no que diz respeito à discussão da linguagem e da possibilidade de consensos interpretativos (**3.1 Hermenêutica e intersubjetividade**). Em seguida, o contexto da discussão sobre intersubjetividade é trazido para um debate sobre teoria do direito, principalmente através das concepções trazidas por Dworkin, e teoria do direito constitucional, direcionando a pesquisa para a questão do papel do Poder Judiciário em um Estado de Direito Democrático (**3.2 Integridade, coerência e o papel do Poder Judiciário em Democracia**).

É nesse segundo capítulo, então, que se faz não apenas a contraposição entre discricionariedade judicial, hermenêutica filosófica e Estado Democrático e Constitucional de Direito, como também se constrói uma ideia de direito como integridade que será base tanto para o último capítulo e mesmo para as conclusões do trabalho, isto, claro, caso haja confirmação das hipóteses aventadas.

Um alerta importante a ser feito desde já é que, a despeito da relevância dada às teses de Gadamer e Dworkin no presente trabalho, o que se faz por uma questão metodológica de escolha de referencial teórico, esta não é a única forma de leitura da teoria do direito contemporânea, nem há como dizer em absoluto que as teses dos autores estudados são “melhores” que outras. Contudo, as teorias estudadas parecem dar um suporte mais adequado diante do problema da discricionariedade.

Dizendo de outra maneira, ver a discricionariedade judicial como algo problemático já representa uma escolha metodológica que direciona os estudos na tentativa de sua superação, razão pela qual descartou-se autores que admitem a discricionariedade como obstáculo insuperável.

c) O terceiro capítulo, a sua vez, traz à baila institutos desenvolvidos no CPC/15 como elementos de combate à discricionariedade judicial (**4 CONTRADITÓRIO, COOPERAÇÃO E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**). A ideia, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não é o desenvolvimento de uma concepção de direito processual, mas sim de um processo civil como instrumento de aplicação do direito constitucional (**4.1 Constituição e Processo Civil**: por uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada).

A partir desta perspectiva, se analisa a cooperação (art. 6º do CPC) como desenvolvimento infraconstitucional de uma tutela processual constituída democraticamente,

reflexo do devido processo substantivo, nos termos do art. 5º, LIV, da CRFB (**4.2 Cooperação processual como modelo de superação do solipsismo judicial**). Além disso, estuda-se o contraditório e a fundamentação das decisões, normas de cariz constitucional (art. 5º, LV, e 93, IX, da CRFB) que possuem desenvolvimento no CPC/15 (arts. 9º, 10 e 489, do CPC), enquanto instrumentos de combate à discricionariedade judicial e concretização de um modelo constitucional de processo (**4.3 Princípio constitucional do Contraditório e Dever de Motivação das Decisões**: instrumentos de controle epistemológico no processo).

Busca-se demonstrar que o modelo cooperativo, lido em conjunto com o princípio do contraditório e o dever analítico de motivação das decisões judiciais, apresenta-se como alternativa aos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social, trazendo um equilíbrio entre as liberdades individuais e a necessidade de tutela dos direitos de forma efetiva, em um sistema jurídico íntegro e coerente.

Ao fim de tudo isso, a pretensão é contribuir para a formação de uma cultura jurídica preocupada com devida inserção do direito processual civil no âmbito de um constitucionalismo democrático. Certo é que não se está tentando dizer algo absolutamente novo, mas sim busca-se uma abordagem adequada de normas consolidadas em na CRFB/88 e cujo alcance foi ampliado pelo CPC/15, no intuito de compreender adequadamente o atual estágio do direito processual para, aí sim, enriquecer o debate e analisar sob um outro ângulo temas que já são debatidos pela doutrina.

2 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: paradigmas processuais e o ato decisório

Como visto, o presente estudo busca investigar a possibilidade de superação da discricionariedade judicial no processo civil, a partir da renovação paradigmática representada pelo Código de Processo Civil de 2015, o primeiro a ser inteiramente discutido e aprovado em regime democrático. Antes disso, no entanto, até mesmo para fins de esclarecimentos conceituais, faz-se necessário explicar significado da discricionariedade no direito processual civil, investigando, ainda que de forma breve, as raízes históricas do fenômeno na disciplina.

2.1 O papel do juiz no Processo Civil: do liberalismo a socialização

A pretensão de investigar a história de um conceito jurídico é sempre tormentosa, e isso não só pela vastidão do material bibliográfico, como pela imensa quantidade de teorias diversas, muitas vezes com apenas algumas divergências incidentais. De fato, é impossível querer analisar todas as obras que falam de um dado tema jurídico, independente de qual seja. O que se pode fazer, por outro lado, é o esforço de delinear classificações mais gerais, com especificação das características gerais do eixo central de cada uma.

No direito processual civil é possível identificar três paradigmas, quais sejam: a) liberalismo processual; b) socialização processual¹; e c) processo cooperativo/comparticipativo de processo (NUNES, 2008). O último corresponde ao modelo processual estabelecido pelo CPC/15, que será abordado em capítulo próprio nesta pesquisa, por hora cabe o estudo acerca dos dois primeiros.

Quando se fala em liberalismo processual, remete-se aos primórdios da disciplina, cujo contexto histórico, entre o século XVIII e início do século XX, era correspondente às revoltas burguesas contra o absolutismo, razão pela qual havia especial valorização da ideia de “liberdade”. O que se estudava sobre o processo, ainda buscando uma autonomia em relação ao direito material, partia dos princípios reinantes da liberdade individual e igualdade formal.

¹ Para Ramos (2019) o paradigma aqui designado como de socialização, é chamado de modelo ativista. Para fins de nomeação, apesar da nomenclatura “modelo ativista” focar de maneira mais precisa o objeto de estudo do presente trabalho, preferiu-se o termo socialização, justamente pela dicotomia que se pretende fazer com o liberalismo processual.

Prevalecia, ainda, o positivismo exegético, no qual o juiz era “boca da lei” e deveria assumir postura meramente passiva diante da atuação das partes² (NUNES, 2008).

A ideia de processo, nesse primeiro momento, é inteiramente caudatária do chamado “Estado liberal burguês”, e o papel menor do juiz na solução da controvérsia nada mais é do que a decorrência da não intervenção do próprio Estado nas relações privadas. De fato, comparava-se a função estatal com a do vigia noturno (*night watchman*), prevalecendo a autodeterminação privada até mesmo na formação da vontade política, razão pela qual se verifica um certo privilégio da função Legislativa (BAHIA, NUNES e PEDRON, 2020).

Dito de outra forma, a “[...] concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade” (MENDES, 2000, p. 201). Assim, presumia-se que todos os cidadãos eram livres, autônomos e iguais, independentemente de possuírem ou não tais atributos na vida real. Vale lembrar, para se ter noção, que a ideia de direitos sociais e prestações positivas do Estado só surge no início do século XX. Antes disso, a visão que se tinha de direitos fundamentais correspondia a abstenções da ação estatal, isto é, o que se garantia era a inviolabilidade da liberdade, em suas múltiplas facetas.

Para visualizar melhor o funcionamento do Estado e do direito no paradigma liberal clássico, observe, conforme Quintas (2014, p. 420) o alcance mesmo do conceito de cidadania:

Como se vê, a cidadania – em Constant, Locke e no liberalismo clássico de forma geral – é duplamente acessória na vida social. Primeiramente, porque a cidadania é vista estritamente como meio de preservar a liberdade individual, única expressão legítima da emancipação e subjetividade do ser humano. Segundo, porque a liberdade individual é o aspecto preponderante do pacto social, sendo que a política não deve ocupar o tempo do indivíduo. A cidadania, nesse cenário, abrange exclusivamente a cidadania civil e, no máximo, a política (cujo exercício residirá exclusivamente no voto, que é, de regra, censitário). Diante dessa moldura de cidadania, cabiam ao Estado, na concepção liberal, quase que exclusivamente as funções de proteção da nação contra ameaças externas, salvaguardar os cidadãos de agressões ilegais perpetradas por outros cidadãos (jurisdição) e criação de algumas instituições públicas que não poderiam ser confiadas à iniciativa privada; além, é claro, da garantia das liberdades fundamentais universais do homem (inclusive e especialmente as liberdades de exercício profissional e de um comércio livre para além das fronteiras nacionais).

² Sobre esse ponto, Ovídio Baptista da Silva (2006) destaca que essa limitação da atividade judicial decorre de uma priorização do valor “segurança”, como exigência da construção do modelo de “Estado Industrial”. Tratava-se de uma tentativa de “controlar o azar” ou, seria possível dizer, controlar as externalidades, para se ter um mínimo de previsibilidade no mundo econômico.

Como no direito civil tradicional, valia a autonomia da vontade, o que acarretava em uma certa percepção sobre o princípio do dispositivo que impedia qualquer atuação judicial no sentido de mitigar eventuais desigualdades materiais, isto é, a premissa era a de que a parte soubesse enunciar o seu direito, não cabendo ao magistrado interpretar o ato processual de maneira diversa da literal. Na prática, não fazia sentido falar-se em fungibilidade das formas jurídicas, havia apenas formalismo processual.

Contudo, toda a importância que era dada a elementos como autonomia e liberdade não significa que o processo fosse um procedimento inteiramente privado, cabendo ao Estado-juiz apenas referendar o resultado da atuação das partes. Lembre-se que a despeito da perspectiva de autocontenção, o Estado ainda era soberano e tinha um papel a exercer na vida e no processo. Afinal, ainda no século XIX, no auge do liberalismo processual, a obra de Büllow “Teoria das exceções processuais e pressupostos processuais” inaugurar a autonomia da “ciência” processual³ em relação ao direito material, através da concepção do processo como **relação jurídica de direito público**.

Para Büllow (2008) a “ciência” processual tinha como âmbito de ocupação a determinação das faculdades e deveres decorrentes da relação jurídica processual entre as partes e o Tribunal, diferente da relação material deduzida em juízo. Os particulares atuam na defesa de seus interesses, e esses atos são dirigidos ao Estado-juiz que, ao final, decidirá a causa. É por essa razão, aliás, que se diz que o processo é relação jurídica de direito público.

A partir disso, teoriza o modo de desenvolvimento dessa relação:

O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e se desenrola passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas, que constituem a matéria de debate judicial, se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público por meio do qual, de uma parte, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outra, as partes permanecem obrigadas, por ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum (BÜLLOW, 2008, p. 24, tradução livre⁴).

³ É preciso cuidado na utilização da palavra ciência no direito, até mesmo porque não se pode pretender, neste ramo, atingir as exigências de objetividade e correção daquele. Ainda assim, é usual a utilização de termos como “ciência do direito” e “ciência processual”. A título exemplificativo, e remetendo ao assunto tratado, observe-se: “O que interessa à nova ciência é o estudo da relação processual, enquanto tal, através do exame das condições que lhe determinam o nascimento e das regras sob as quais a *relação jurídica de direito público* desenvolve-se, independentemente dos conteúdos concretos e, muito especialmente, abstraindo das *individualidades procedimentais*, determinadas pelas exigências, porventura impostas pelo direito litigioso” (SILVA, 2007, p. 146, itálicos do original).

⁴ Na versão em espanhol: “El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluídas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por lo cual, de una

Nessa linha, passa a ser necessário definir quais são os requisitos de existência e validade dessa relação jurídica processual. À época, a despeito de não se utilizar o termo “relação jurídica”, a doutrina utilizava-se da categoria das “exceções processuais”, herdada do direito romano, para fins de verificar a regularidade de formação do processo. As exceções, no entanto, dependiam sempre de um encargo das partes, o que não era compatível, na concepção de Büllow (2008), com o papel a ser exercido pelo Estado no processo.

O autor propõe, então, a substituição das exceções pela ideia de pressupostos processuais. Ao invés de fazer com que os requisitos advenham de fatores oriundos da relação de direito material e, assim, dependam de sua invocação pelas partes, passa-se a análise dos pressupostos ao magistrado.

Ora, segundo essa concepção, o resultado do processo deixaria de ser um negócio privado, determinado exclusivamente pela ação dos litigantes, mas sim seria diretamente vinculado a uma participação ativa do Poder Judiciário, representando a autoridade estatal, que substitui a vontade da partes e se apresenta coativamente sobre elas (BÜLLOW, 2008).

Interessante observar que, apesar da teoria do processo como relação jurídica prestigiar a atuação do juiz no controle dos pressupostos processuais, isso não significa que a partir daí seja fundado um novo paradigma em que se defende uma atuação ativa do magistrado. Desde já, é preciso deixar claro que, apesar da socialização processual partir da teoria da relação jurídica, esta teoria, por si só, a despeito dos vínculos de Büllow com o movimento do direito livre (STRECK, 2014b), não implica em uma defesa da discricionariedade judicial.

Basta lembrar que Chiovenda (1998) defendia que o processo tinha como objeto a relação jurídica de direito público, tendente à atuação da vontade da lei no caso concreto. Segundo o autor italiano, o processo desenvolve-se através da atividade de órgãos públicos, destinados ao exercício de uma função estatal, mas não havia que se falar em liberdade do juiz par decidir ou mesmo em correção de injustiças materiais pela via processual.

Sobre a função jurisdicional, inclusive, defendia que a concepção de atuação da vontade da lei necessariamente excluía a possibilidade de criação dessa vontade, por parte do magistrado:

Uma coisa é dizer-se que renovadas condições econômicas, sociais, políticas, culturais determinam correntes e interpretações da lei velha, e que o juiz, como jurispeito,

parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común”.

participa incidentalmente dessa renovação. Outra coisa é considerar isso como mister do juiz, perigosa máxima que pode encorajar as interpretações individuais e cerebrinas. Com dobrada razão podemos dizê-lo (a chamada *escola do direito livre*) e que a exageraram ao ponto de admitir um poder de correção da lei. **Os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias** (CHIOVENDA, 1998, p. 63, grifou-se).

Mais uma vez, embora haja um fortalecimento da ideia de Estado, elemento não tipicamente liberal, ainda há uma primazia do princípio dispositivo e uma submissão do juiz à literalidade da lei⁵. Sem embargo, esse elemento do fortalecimento da atividade estatal será primordial para a transição do liberalismo para a socialização processual.

Pois bem, do ponto de vista da decisão judicial, que é tema central a ser aqui estudado, durante a fase liberal há uma efetiva desconfiança com a atividade judicial, razão pela qual empreende-se todo o esforço para limitá-la. A ideia de autonomia política impunha a primazia do Poder Legislativo para regular a vida em sociedade, e o medo do “arbitrio” dos juízes tem como consequência a demanda de uma produção legislativa cada vez mais específica.

Da tendência e esperança que se tinha nas grandes codificações, passa-se à promulgação de leis cada vez mais específicas, até o ponto de, em dado momento, ser perceptível uma redução da efetividade da legislação⁶. Com o significativo número de normas, delega-se ao Judiciário a competência para julgar as antinomias e conflitos de leis no tempo. Isto é, a própria inflação do Legislativo se desenvolve de tal maneira que, ao promulgar um acervo imenso de leis conflitantes, fortalece o Poder Judiciário, delegando-lhe a função de determinar qual norma prevalecerá em cada caso, preparando a transição do liberalismo, para a socialização processual (PICARDI, 2008).

Por outro lado, o fator verdadeiramente determinante para o surgimento da socialização processual é decorrente da percepção de falhas do próprio modelo liberal de Estado, mormente das desigualdades materiais e que impossibilitavam um efetivo acesso à justiça: “Passa-se a acreditar na capacidade do Estado de solucionar, através da prestação jurisdicional, as deficiências sistêmicas de um modelo de sociedade desigual, gestado notadamente a partir da Revolução Industrial” (RAMOS, 2019, p. 26).

⁵ Ovídio Baptista da Silva (2006), ao analisar a tese chiovendiana da decisão judicial, destaca que o entendimento do processualista italiano implicava que o juiz deveria somente verbalizar a vontade da lei ou a vontade do legislador: “Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente ‘compreendê-la’ mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema ‘algébrico’ da descoberta de sua ‘vontade’” (SILVA, 2006, p. 266).

⁶ No mesmo sentido, é o alerta de Silva (2007, p. 192): “O excesso de regulamentação da vida social; esse autêntico paroxismo legislativo sob o qual vivemos é uma forma de o direito negar-se a si mesmo, cedendo lugar ao reino da insegurança jurídica e do arbitrio”.

No âmbito do processo civil, Menger⁷ (1898) foi pioneiro do paradigma de socialização, para ele, o direito do paradigma liberal privilegiava em demasia os ricos, em detrimento dos pobres. Se o âmbito de proteção jurídica tinha como enfoque a liberdade e a propriedade, os interesses dos mais abastados eram bem mais protegidos do que os interesses dos menos favorecidos.

A solução desse problema, então, passa pela assunção da desigualdade social e por uma tomada de posição substantiva, no sentido de dar tratamento diferenciado entre ricos e pobres, garantindo uma igualdade material. A posição passiva do magistrado é, então, vista como uma tomada de posição em favor da classe dominante.

Assim, para Menger (1898, p. 89-87, tradução livre⁸): “O que sustento contra essas opiniões, é o seguinte: os modernos sistemas de direito privado resultam ser obra, já não de toda uma nação, senão das classes privilegiadas, as quais se impuseram sobre as classes deserdadas mediante uma luta secular”.

Mais ainda:

O Tribunal, [...] mesmo depois de iniciado o litígio, deve ser impulsionado particularmente a realizar todos os atos mais importantes, como o mecanismo de um relógio, que é preciso também impulsionar para que se mova, ainda que seja por breves momentos.

Estas condições jurídicas são cômodas e benéficas para as classes ricas, porque cultas como são e bem acondicionadas, se faz falta, podem tomar oportunamente a iniciativa. Em compensação, os pobres, que para defender seu direito esbarram em mecanismo tão complicado como o procedimento, sem conselho e mal representados, devem colher da passividade judicial gravíssimos prejuízos (MENGER, 1898, p. 122, tradução livre⁹).

Menger (1898) vê no processo o local para correção das desigualdades. O juiz, por sua vez, assumiria função semelhante a de um tutor da sociedade, ele instruiria os jurisdicionados, em especial os mais pobres, na tutela de seus direitos.

⁷ Vale mencionar, para quem tiver interesse em aprofundar os temas aqui debatido, que a obra de Menger (1898) citada foi digitalizada, em sua tradução para língua espanhola, pela Universidad de Alcalá e disponibilizada gratuitamente ao público através do link: <<https://ebuah.uah.es/xmlui/handle/10017/9280>>.

⁸ Na versão em língua espanhola: “Lo que yo sostengo contra esas opiniones, es lo siguiente: los modernos sistemas del Derecho privado resultan ser la obra, no ya de toda una nación, sino de las clases privilegiadas, las cuales los impusieron á las clases desheredadas mediante una lucha de siglos”.

⁹ Na versão em língua espanhola: “El Tribunal, [...] aun después de iniciado el litigio, debe ser impulsado particularmente á realizar todos los actos más importantes, como el mecanismo de un reloj, que es preciso también impulsarlo para que se mueva, aun que sea por breves momentos.

Estas condiciones jurídicas son cómodas y beneficiosas para las clases ricas, porque cultas como son y bien acondicionadas, si hace falta, pueden tomar oportunamente la iniciativa. En cambio las pobres, que para defender su derecho tropiezan con un mecanismo tan complicado como es el procedimiento, sin consejo y malamente representadas, deben recoger de la pasividad judicial gravísimos perjuicios”.

É possível afirmar que Menger rompeu com os primados liberais, concebendo a jurisdição através de uma atuação voltada à satisfação de valores sociais, como se o juiz fosse um representante do interesse geral. Por isso mesmo percebe-se, com essa socialização, um aumento dos poderes do magistrado dentro do processo, acarretando, por sua vez, um protagonismo judicial (RAMOS, 2019).

Essa concepção socializadora do processo não limitou-se apenas ao campo doutrinário, um dos alunos de Menger, Franz Klein, foi o grande responsável não só pela continuação das teses de seu mestre, quanto pela institucionalização da teoria no Código de Processo Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895 (BAHIA, NUNES e PEDRON, 2020).

A partir de então, o paradigma da socialização processual começou a consolidar-se, sendo recepcionado por legislações de países socialistas e nazi-fascistas, justamente em razão do fato de que a idealização de uma atuação do juiz tendente à correção da sociedade e à aplicação da justiça social, amoldava-se ao discurso externado por Estados totalitários. Além disso, houve grande recepção do modelo pelos países que adotaram o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), o que afasta a interpretação que reduz a socialização ao autoritarismo¹⁰ (NUNES, 2008; RAMOS, 2019).

Com efeito, entre as décadas de 1960 e 1970, no auge do Estado de Bem-Estar Social, percebia-se a influência da socialização processual em vários países da Europa Ocidental, assim como em desdobramentos do processo civil nos países da *commom law* (CAPPELLETTI, 1973).

Nesse sentido, a concepção dominante sobre a função jurisdicional era:

Em outros termos, o juiz não é somente um árbitro que fiscaliza a observância das ‘regras do jogo’, mas sim é um sujeito que pode e deve intervir ativamente a fim de evitar que uma parte perca a litis em razão de sua habilidade escassa, e não em virtude de sua falta de razões válidas. A esse respeito, e quiçá com certo exagero, Franz Klein falou do processo civil como de um *Wohlfahrtseinrichtung* (instituição de beneficência), ou seja de um instituto dirigido a promover o bem-estar coletivo; e se tem falado por consequência de uma função assistencial e também de uma ‘*materielle Prozessleitung*’ (direção material do processo) pelo juiz (CAPPELLETTI, 1973, p. 72-73, tradução livre¹¹).

¹⁰ É importante destacar o *Welfare State* para que a crítica ao modelo de socialização não se limite à uma *reduction ad hitlerum* (redução a Hitler). A incompatibilidade com o modelo de socialização com o Estado Democrático de Direito se dá do ponto de vista de uma incompatibilidade hermenêutico-constitucional, não havendo que afastar a teoria pela simples associação com Estados totalitários.

¹¹ Na versão espanhola: “En otros términos, el juez no es solamente un árbitro que vigila la observancia de las ‘reglas del juego’, sino que es un sujeto que puede y debe intervenir activamente a fin de evitar que una parte perda la litis a causa de su escasa habilidad, y no en virtud de su falta de razones válidas. A este respecto, y quizá con una certa exageración, Franz Klein ha hablado del proceso civil como de una *Wohlfahrtseinrichtung* (institución de beneficencia), o sea de un instituto dirigido a promover el bienestar colectivo; y se ha hablado

Ora, com o *Welfare State*, o Estado assume várias responsabilidades que, à época do liberalismo processual, eram inconcebíveis, tais como a promoção do emprego, assistência social, fiscalização ambiental e intervenção do Estado na econômica (legislação antitruste). A tutela desses novos direitos erigiria um papel mais ativo do juiz, assim como um espaço de discricionariedade. As legislações que consagram esses direitos são, em geral, mais vagas e abstratas, de modo que se exigiria uma maior criatividade da atividade judicial para complementar os espaços deixados pela lei (CAPPELLETTI, 1973).

Segundo Quintas (2014, p. 424):

[...] no século XX, os direitos sociais são incorporados à cidadania, de modo que a participação no corpo civil também implica a existência de deveres públicos, que ora se revestem como obrigações estatais (direito à educação, por exemplo), ora aparecem como a interferência do Estado na liberdade individual como forma de tutelar o bem-estar da comunidade (interferência do Estado nos contratos trabalhistas tanto para declarar uma greve abusiva como para defender o padrão de vida dos empregados, por exemplo). Esse movimento de atuação estatal seria fruto da mobilização das classes sociais, novos atores sociais.

Esclarece Marshall que a novidade presente no século XX não seria exatamente a criação dos direitos sociais, que já remontam ao século XVII, mas a sua incorporação à cidadania. Antes do século XX, os direitos sociais elidiam a cidadania, como demonstrou a experiência inglesa acerca da Poor Law.

Com o estabelecimento da discricionariedade do juiz, ocorre um enfraquecimento da segurança jurídica e da própria noção de direitos dos cidadãos. De fato, ao conceder poderes¹² ao magistrado, o modelo de socialização retira autonomia do jurisdicionado, afinal, se o processo civil passa a ser visto como instrumento para a realização valores sociais ou de um interesse de Estado, perde-se a noção fundamental de tutela dos direitos.

Quando se fala, nos termos do paradigma da socialização processual, em atuação do magistrado tendente à justiça social, há uma quebra da inércia e da imparcialidade jurisdicional, comprometendo-se a imparcialidade e a legitimidade do provimento:

O princípio da inércia jurisdicional veda qualquer iniciativa do julgador nesse sentido. Não há espaço, em na sistemática anterior, nem na atual, para que o juiz deixe de lado sua imparcialidade e isenção para, por exemplo, determinar emendas à inicial voltadas ao requerimento da declaração de nulidade sobre cláusulas contratuais em relação às quais o conflito não havia sido posto (WAMBIER e GONZALEZ, 2017, p. 37).

consiguiendo de una función asistencial y también de una ‘*materielle Prozessleitung*’ (dirección material del proceso) del juez”.

¹² Conforme Picardi (2008, p.15): “[...] adquirir poder é adquirir discricionariedade; perder poder é perder discricionariedade”.

Essa crítica não significa, a seu turno, um clamor pelo retorno de um juiz “boca da lei” ou de um liberalismo processual, é que no atual Estado Democrático e Constitucional de Direito a efetiva proteção dos direitos fundamentais, exige que o resultado do processo seja decorrente de um procedimento em contraditório, com ampla proteção das garantias constitucionais processuais, e com exigência de ampla fundamentação do ato decisório, para fins de controle dos pressupostos adotados pelo julgador. Essa noção demanda o reconhecimento da possibilidade de respostas corretas ou, melhor dizendo, mais adequadas constitucionalmente (STRECK, 2014a), o que será trabalhado em tópico próprio.

Nesse sentido, e para que fique claro o descabimento de um posicionamento em favor da discricionariedade, é possível perguntar-se, por exemplo, existe poder discricionário do juiz para analisar um pedido de tutela provisória de urgência?

A resposta pode se desdobrar em dois sentidos: a) em relação à concessão da tutela, uma vez preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, não cabe ao magistrado escolher se concede o pedido, trata-se de um direito subjetivo da parte e de um correspondente dever jurisdicional; b) em relação às medidas que irá deferir, isto é, aos atos concretos que comporão a tutela, é até possível defender uma ponderação do julgador, mas mesmo assim há que se atentar para a adstrição ao pedido, e às exigências de fundamentação da decisão (LARA, 1994).

Em sentido semelhante, sobre a tutela processual dos direitos de hipossuficientes, como no caso de demandas fundadas no Código de Defesa do Consumidor:

Sabe-se que muitas vezes em uma relação de consumo há desencontro de informações, cláusulas controversas, propagandas enganosas, e um sem número de outras situações que são praticadas e detrimento do consumidor, que o Código de Defesa do Consumidor tipificou como condutas abusivas. Todas elas passíveis, inclusive, de decretação de nulidade, desde que expressamente requerido pela parte. Tratam-se sem dúvida alguma, de garantias fundamentais para que as relações negociais sejam amadurecidas e estabelecidas com segurança e prosperidade no país. **Todavia, não se pode perder de vista que a mais nobre pretensão, seja ela decorrente de relação de consumo ou de qualquer outra relação jurídica, deve ser exercida em juízo dentro dos parâmetros legais previstos em nosso sistema processual e respeitando os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tais como o da inércia jurisdicional e o da imparcialidade do Juiz** (WAMBIER e GONZALEZ, 2017, p. 41, negritou-se).

O paternalismo judicial é incompatível com o processo civil constitucional e democrático, e isso porque põe em xeque a necessária imparcialidade e a legitimidade do provimento jurisdicional: “Devem-se afastar por completo buscar solitárias na aplicação do justo e creditar-se às procedimentalidades discursivas a aplicação normativa dos princípios

constitucionais em visão forte, sem pobreza conteudística [...] e sem prefixar as condições de vida boa” (NUNES, 2008, p. 222).

2.2 O CPC/73 e a herança socializadora: discricionariedade no processo civil brasileiro

Como visto, é no contexto da socialização processual (modelo ativista) que se encontra o fundamento de política processual, pelo menos em âmbito geral, de uma atuação forte do juiz, como protagonista do processo e destinatário dos atos das partes. A concepção que comunga por esse modelo de jurisdição, assim como outras grandes tendências da teoria do direito, influenciou em muito a formação de juristas brasileiros e a elaboração de textos normativos.

Um breve estudo do caso brasileiro, por sua vez, é essencial para que se possa falar de mudança paradigmática do CPC/15. Afinal, como seria possível afirmar que as mudanças legislativas significaram um rompimento paradigmático, se não se define os elementos marcantes da norma anterior, CPC/73¹³, que justificam a afirmativa?

Assim, para consolidar os rumos da pesquisa, é preciso pavimentar o caminho e expor os dispositivos normativos e a concepção doutrinária dominante, que permite inserir o processo civil brasileiro no âmbito do CPC/73, no quadro geral do paradigma da socialização processual¹⁴.

Sem mais delongas, e iniciando a investigação dos pressupostos teóricos do CPC/73, é de extrema valia Exposição de Motivos do Código, elaborada por Alfredo Buzaid (1972, p. 12-13, grifou-se):

O processo civil é um **instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. [...] O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos.** A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade.

¹³ O corte temporal, que limita a análise ao CPC/73, não retroagindo ao Código de Processo Civil de 1939 (CPC/39), tem a vantagem de focar na resistência de ideias fundadas no paradigma normativo anterior, ainda no atual regime normativo.

Com essa exposição da ideologia do Código, Buzaid deixa claro o fortalecimento da noção de Estado e de interesse público na decisão do processo. Em outro trecho, onde expõe um pouco de sua concepção sobre o CPC/39, elogia, desta legislação, o tratamento dado ao processo de conhecimento, amplamente influenciado pela doutrina de Menger e Klein “Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Austria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália [...]” (BUZOID, 1972, p. 11).

Do ponto de vista do papel do juiz, o CPC/73 consagrava, em seu art. 131¹⁵, o chamado princípio do livre convencimento motivado, em que se delegava ao magistrado a apreciação unilateral da prova dos autos, possibilitando, inclusive, suscitar razões de fato e de direito não debatidas pelas partes, bastando motivar seu convencimento (BRASIL, 1973).

A noção de livre convencimento do julgado e a concepção de processo dirigido pelos interesses de Estado, formam o ambiente propício para o surgimento, na doutrina brasileira, da instrumentalidade do processo, de Dinamarco (2009), em que se defende que o processo seria um instrumento voltado à produção de determinados resultados esperados pela nação. O que motiva a construção desta tese é com a construção de uma noção de uma disciplina processual autônoma em relação ao direito material, sem recair na mera técnica e individualismo do paradigma liberal.

Há, então, um deslocamento do foco de estudo da Teoria Geral do Processo da categoria da “Ação”, para a “Jurisdição”¹⁶. O “Processo”, a seu turno, passa a ser instrumento, um meio para fazer valer a vontade do Estado-juiz, devendo, por isso mesmo, ser estudado de

¹⁵ O dispositivo tinha a seguinte redação: “Art. 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” (BRASIL, 1973).

¹⁶ É justamente nesse ponto que se percebe mais claramente a transição do protagonismo exclusivo das partes, típico do liberalismo clássico, para o estatismo do protagonismo judiciário. Nesse sentido, observe a crítica de Abboud e Oliveira (2008, p. 12, grifou-se): “Deslocar a centralidade da teoria processual da ação para a jurisdição, por considerar a opção pela primeira individualista, nos obriga a uma reflexão maior sobre a questão, principalmente porque a ação pode ser coletiva que se desenvolve num outro paradigma processual, o coletivo, perante o qual o Judiciário não age como mero coadjuvante disposto apenas a realizar a pacificação social, sua função é bem maior, o Judiciário perante as lides coletivas tem um papel indispensável na concretização da democracia, mediante a manutenção e implementação dos direitos fundamentais, pois, cumpre salientar que a vitaliciedade da democracia depende das condições de vida dos cidadãos, condição indispensável para inserir-se nas formas existentes de participação política, e as questões sociais hoje pendentes derivam tanto da desigual distribuição de riqueza, bem como da imposição de uma lógica de mercado que pretende atropelar os conteúdos materiais do pacto constituinte, posição esta, muitas vezes, não sustentada apenas pelos agentes privados, mas também pelos agentes públicos (Estado). **Ou seja, a ação não precisa ter uma natureza unicamente individualista, ela pode adquirir uma dimensão coletiva na democracia, que assegure à sociedade o poder de se defender das práticas abusivas cometidas pelo Estado e também de exigir a implementação de políticas públicas que o mesmo negligencia; esta perspectiva que é encoberta na instrumentalidade do processo quando a jurisdição passa a ser categoria central da teoria geral do processo, na qual a sociedade ou o cidadão são apenas os objetos sobre os quais o poder estatal incide**”.

um ponto de vista teleológico, isto é, voltado para o fim de atingimento de escopos sociais, políticos e jurídicos¹⁷ (ABBOUD e OLIVEIRA, 2008).

Nesse sentido, para Dinamarco (2009, p. 182) “todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-o para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal”.

Uma tal concepção somente faz sentido quando se acredita na capacidade da jurisdição para expressar o “bem comum”, inclusive no interpretando o que consubstanciaria as necessidades e aspirações do povo e do Estado. Assim: “Na determinação dos fins do Estado e (consequentemente) dos escopos da jurisdição é indispensável, por isso, ter em vista as necessidades e aspirações do seu povo no tempo presente” (DINAMARCO, 2009, p. 186).

Com isso, consolida-se o protagonismo judicial, além de promover a discricionariedade¹⁸, uma vez que se delega ao magistrado a interpretação de valores axiológicos extremamente abstratos que podem até mesmo determinar o sentido da decisão de um caso concreto. Nessa mesma linha de raciocínio, nota-se que, dentre as bandeiras da instrumentalidade do processo, há a defesa da flexibilização da técnica processual em favor da realização dos valores sociais e de um direito absoluto, do Estado, de descoberta da verdade (RAMOS, 2019).

O que preocupa, contudo, é que a instrumentalidade do processo, embora não de forma expressa, ainda irradia efeitos não só em parte da doutrina, mas também na jurisprudência. A cada vez que se invoca escopos metajurídicos para afastar a aplicação da norma processual, fica mais claro que, a despeito da mudança legislativa, ainda se encontram resquícios de um paradigma de socialização processual na prática jurídica.

Essa prática, que substitui a resposta jurídica pela ideologia, nada mais é do que uma das formas de representação daquilo que costuma chamar-se ativismo judicial¹⁹, no âmbito

¹⁷ O processo passa a ser visto do ponto de vista dos resultados, e as “formalidades procedimentais” pode ser livremente flexibilizadas para atingir os escopos que o Estado busca proteger. Nesse sentido: “[...] é preciso ter consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e saber superar os *óbices* econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça” (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2010, p. 47)

¹⁸ Há que se notar que Dinamarco (2009) não defende expressamente a ideia de poder discricionário do juiz, porém, ao defender a tese de que o papel da jurisdição é fazer valer escopos sociais e políticos do Estado, ele cria um ambiente propício à discricionariedade.

¹⁹ Sobre o conceito de ativismo, complementando a noção acima, é possível dizer o seguinte: “O ativismo consequencialista se apresenta antes de qualquer coisa como um déficit de legitimidade da decisão judicial, como qualquer forma de ativismo. Ora, se os juízes não são agentes eleitos, devem necessariamente obter sua legitimação por meio da motivação (que é dever constitucionalmente estabelecido pela CF 93, IX). Pouco importando se as regras legais apresentem ou não solução clara ao caso, será ativista toda decisão que não se embasa no direito e sim em fatores metajurídicos como a moral, economia, política dentre outros” (ABBOUD, 2019, p. 5).

da teoria constitucional. Naturalizar a noção de que o Poder Judiciário tem competência para interpretar unilateralmente os escopos político, econômicos e sociais do Estado, indo além do texto legal e constitucional, tem como consequência um desequilíbrio dos Poderes, enfraquecendo o Legislativo e Executivo, assim como a própria autonomia dos cidadãos na formação da vontade política (ABBOUD e MENDES, 2019).

Assim:

Disso resulta que o que interessa, para fins de combate ao ativismo, é o combate à própria noção de discricionariedade judicial, entendida, aqui, como esse recurso ilegítimo à vontade. É preciso mudar a mentalidade jurídica dominante, baseada, em muito, na ideia de “bom ativismo” e em uma defesa irrefletida do caráter discricionário da administração da justiça. No seu lugar, há de se colocar, como premissa inquestionável, que nenhum julgador – pouco importando sua posição na hierarquia judicial – tem o direito de ignorar os textos legais. Sob o jugo de uma Constituição como a de 1988, todos os julgadores são colocados “under the rule of law”, conforme o aviso que nos fora dado, já em 2008, por Augusto Zimmermann. **Por essa razão, repensar os termos com os quais, no Brasil, costumam-se traçar teorias da decisão revela-se uma tarefa urgente, sem a qual não será possível reduzir o influxo odioso da subjetividade nos julgamentos e colocar nosso país nos trilhos democráticos de uma vez por todas. Sob a ótica ativista, a determinação do direito depende da “cabeça” e do “coração” de quem decide, como se o sentido dos textos não existisse por si só e pertencesse somente aos seus intérpretes** (ABBOUD e MENDES, 2019, p. 5, grifou-se).

Retomando o exemplo dos pedidos de tutela provisória de urgência, quando se afirma que o juiz tem discricionariedade para conceder, ou não, a tutela requerida, diz-se, por consequência, que a ele cabe uma escolha. Isso significa que não há um direito da parte, mesmo preenchendo os requisitos legais, em relação ao deferimento do seu pedido e, com isso, se enfraquece a função do direito na proteção de direitos.

Se a questão, então, é dizer que o magistrado tem liberdade para decidir, cumpre lembrar que, na ordem constitucional, mesmo o Poder Legislativo encontra limites para a elaboração de leis na própria Constituição, não só no sentido de proibição do excesso (legislação inconstitucional), como também na vedação da proteção insuficiente (inconstitucionalidade por omissão). Desse modo, mesmo no âmbito da formação da vontade política a liberdade traz consigo, como consequência inexorável do constitucionalismo, a ideia de limite²⁰ (MENDES, 2000).

²⁰ Limites, aqui, não são vistos apenas em seu aspecto negativo, mas sim no aspecto positivo de delimitar o espaço de interferência de cada Poder. Para compreender isto, basta verificar o exemplo do Estado de Direito. Ter um Estado forte é bom, porém, não se pode confundir força com interferência em todos os âmbitos da vida privada dos cidadãos, sob pena de confundir-se um Estado funcional com um Estado Totalitário. O Poder Judiciário, da mesma maneira, tem totais condições de ser um poder forte, sem ter poderes totalitários.

A jurisdição, então, não pode mais ser vista do ponto de vista da atividade solitária do magistrado decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, até mesmo pela influência do Direito Constitucional e da democratização do direito, não apenas se permite, como se exige uma ampla participação de todos os sujeitos processuais na construção do provimento final do processo. Em contrapartida, como a legitimidade da decisão judicial não é mais colhida de um poder ou razão de Estado, impõe-se um rigoroso dever de fundamentação, até mesmo para controle das partes (recursos) e estabilização do precedente (coerência e integridade) (WAMBIER, 2017).

Também não convém afirmar que combater a discricionariedade significa enfraquecer o Poder Judiciário, em prejuízo de uma prestação jurisdicional efetiva, muito pelo contrário, a própria ordem constitucional, que impõe os limites ao ativismo judicial, consagra uma atuação forte da Jurisdição²¹, seja através do estabelecimento do controle concentrado de constitucionalidade, ou através de ações constitucionais que garantam ao cidadão a proteção de seus direitos, inclusive em detrimentos de ações do próprio Estado.

Dessa forma:

O princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta por omissão, do mandado de injunção, do habeas data e do mandado de segurança coletivo. A ação civil pública ganhou dimensão constitucional. A ação popular teve seu âmbito de proteção alargado.

[...] Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. **Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados** (MENDES, 2015, p. 961, grifou-se).

Sem embargo, para uma ampla compreensão da atualidade do tema, é necessário demonstrar que, mesmo na vigência do CPC/15, encontra-se posturas discricionárias na prática judicial.

²¹ No mesmo sentido, e diretamente voltado para a virada paradigmática do CPC/15, é a posição de Luiz Rodrigues Wambier (2017, p. 249): “Superada a ideologia liberal do século XIX e a concepção do welfare state, o direito brasileiro, a exemplo de outros países como a Inglaterra, Portugal e França, tem tentado se moldar às novas reclamações de uma sociedade globalizada. O novo código caminhou para uma melhor adequação do Direito Processual às exigências da sociedade contemporânea e ao Direito Constitucional, aprofundando e dando maior concretude a direitos e garantias processuais fundamentais”.

2.3 Discricionariedade na jurisprudência

2.3.1 O caso do descabimento de Embargos de Declaração contra decisão de Presidente de Tribunal que nega seguimento a Recursos Extraordinários

Para demonstrar a persistência da discricionariedade, caudatária da socialização processual (modelo ativista), e incompatível com o modelo democrático, estabelecido pelo CPC/15, em obediência às normas constitucionais, faz-se necessário a análise de pelo menos um exemplo que, no caso, diz respeito ao (des) cabimento de Embargos de Declaração contra decisão de Presidente de Tribunal que nega seguimento a Recursos Extraordinários.

Outrossim, destaca-se que, independentemente dos temas abordados também sofrerem apreciação de outros Tribunais, a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é interessante por sua própria posição no âmbito do Poder Judiciário. Verificando posicionamentos discricionários no âmbito dessas Cortes, as mais fiscalizadas do país em tempos de televisionamento de julgamentos e informatização, é possível deduzir, com certa facilidade, a existência do fenômeno também nos demais Tribunais pátrios.

Pois bem, iniciando a análise, o CPC/73, até mesmo por não dispor de requisitos tão rigorosos de cooperação processual e fundamentação das decisões, consagrando o livre convencimento do magistrado, concebia o recurso de Embargos de Declaração de maneira limitada, se comparado com o sistema normativo do CPC/15.

Assim, eram cabíveis os aclaratórios, nos termos do art. 535 do CPC/73 (com redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)²², quando houvesse “na sentença ou no acórdão” obscuridade ou contradição, ou ainda quando se constatasse omissão sobre algum ponto que deveria ter sido enfrentado pelo juiz ou tribunal (BRASIL, 1973).

A redação legal limitava o cabimento do recurso para a correção de vícios em sentenças e acórdãos, não incluindo decisões interlocutórias ou monocráticas. Já nessa época alguns doutrinadores como José Carlos Barbosa Moreira (2011), defendiam uma interpretação ampliativa do dispositivo, para que se permitisse a correção de vícios de omissão, obscuridade e contradição em todas as decisões judiciais²³.

²² “Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal” (BRASIL, 1973).

²³ Segundo Moreira (2011, p. 546): “Na realidade, tanto antes quanto depois da reforma, qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração: é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo”.

De todo modo, a jurisprudência do STF e do STJ se consolidou, durante a vigência da norma anterior, no sentido de que seria incabível a oposição dos Embargos contra decisão de Presidente de Tribunal que negasse seguimento a Recursos Extraordinários.

Em pesquisa ao sítio eletrônico do Pretório Excelso (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>), utilizando as palavras-chave “embargos declaração presidente tribunal nega seguimento recurso”, encontram-se 36 (trinta e seis) acórdãos, 6.020 (seis mil e vinte) decisões monocráticas e 139 (cento e trinta e nove) informativos. Dos acórdãos, retirando aqueles em que houve conversão dos aclaratórios em Agravo Interno ou que não dizem respeito ao tema, tem-se 17 (dezessete) decisões colegiadas no mesmo sentido: seria descabido o manejo de Embargos para correção de vícios na decisão de Presidente de Tribunal que negam seguimento a Recursos Extraordinários. Contra essa decisão, na sistemática do CPC/73, seria cabível apenas o Agravo dirigido ao STF ou STJ.

A consequência prática é que, ao considerar manifestamente descabidos os Embargos, não incidiria o efeito interruptivo, de modo que o recurso de Agravo interposto posteriormente seria tido como intempestivo, impedindo o conhecimento do Recurso Extraordinário (RE) ou Recurso Especial (REsp) pela Súmula 322 do STF²⁴.

É de se observar que, com o CPC/15, houve significativa mudança na redação do dispositivo que prevê as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração, sendo claro, conforme art. 1.022²⁵, que cabem “contra qualquer decisão judicial” para corrigir os vícios de omissão, contradição, obscuridade e erro matéria (BRASIL, 2015).

Ora, a alteração textual não é despropositada ou sem sentido, pelo contrário, até em função da nova concepção acerca da fundamentação das decisões judiciais e da nulidade de provimentos não devidamente fundamentados, passa-se a trabalhar os aclaratórios sob o pálio da *ampla embargabilidade*:

O NCPC, através do art. 1.022, adota o ***princípio da ampla embargabilidade, na medida em que permite a apresentação dos embargos de declaração contra qualquer decisão judicial bastando, para tanto, a abstrata existência dos deslizes decisórios que a figura se propõe a corrigir: omissão, contradição, obscuridade e erro material.*** Não poderia ser diferente, eis que o *princípio da ampla embargabilidade* – aplicável aos embargos de declaração – está autorizado pela Constituição Federal, especialmente pelos inc. IX e X do art. 93 e pelo inc. XXXV do

²⁴ “SÚMULA 322, do STF: Não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, quando manifestamente incabível, ou apresentado fora do prazo, ou quando for evidente a incompetência do Tribunal”

²⁵ “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”.

art. 5º, pois não há espaço – pelo texto constitucional – para qualquer ato decisório sem fundamentação hígida (isto é: clara, completa e não contraditória) e que, se judicial, negue direito à jurisdição. (MAZZEI, 2015, p. 2271, grifou-se).

Em sentido ainda mais específico, observe o Enunciado nº 75, do Conselho Justiça Federal, aprovado na “I Jornada de Direito Processual Civil”: “ENUNCIADO 75 – Cabem embargos declaratórios contra decisão que não admite recurso especial ou extraordinário, no tribunal de origem ou no tribunal superior, com a consequente interrupção do prazo recursal” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2017).

Dessa maneira, negar o cabimento dos Embargos de Declaração em caso de decisão que nega seguimento à Recursos Extraordinários equivale à violar a vigência do próprio art. 1.022 do CPC/2015, posto que não faz sentido admitir-se o manejo do recurso contra “qualquer decisão” e, ao mesmo tempo, não admiti-lo em determinados casos.

Ainda assim, embora o STF não tenha manifestação expressa sobre o tema em caso sob a regência do CPC/15, o STJ não só manteve seu posicionamento derivado da lei anterior, recusando-se, inclusive a aplicar o princípio da fungibilidade recursal, sob argumento de que a interposição dos aclaratórios, no caso, configuraria erro grosseiro. Observe, nesse sentido, a Ementa de julgado, da Quarta Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão (AgInt no AREsp: 980304 MS 2016/0237949-1), de 07 de março de 2017:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. LAPSO TEMPORAL QUE NÃO SOFRE INTERRUPTÃO. PRECEDENTES. RECURSO INTEMPESTIVO. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. ENUNCIADO 16 DO ENFAM. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Os Embargos de Declaração interpostos contra decisão de inadmissibilidade do Recurso Especial não interrompem o prazo para a interposição do Agravo, pois o único recurso cabível contra decisão que, na origem, não admite o Recurso Especial é o Agravo. 2. Não há que se falar na aplicação de honorários sucumbenciais recursais, uma vez que, de acordo com a orientação que vem se firmando nesta Corte, o art. 85 do CPC/2015 não autoriza a majoração dos honorários a cada recurso interposto no mesmo grau. Precedentes. 3. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AREsp: 980304 MS 2016/0237949-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/03/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2017) (BRASIL, 2017)

Em seu voto, o Ministro Relator, ao justificar esse posicionamento, remete ao voto da Ministra Isabel Galotti, também da Quarta Turma do STJ, no Ag nº 1341818 / RS (2010/0145304-4), julgado em 20 de setembro de 2012. Ao final, ressalta que as alterações legislativas não tem condão de alterar o posicionamento consolidado do Tribunal.

No voto da Ministra Isabel Galotti, citado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, encontra-se as seguintes razões para a posição de descabimento dos aclaratórios no caso de decisão de Presidente de Tribunal que nega seguimento a Recurso Especial:

[...] A leitura apressada da ementa do precedente, no ponto em que afirma serem os embargos declaratórios cabíveis contra "qualquer decisão judicial", poderia levar à equivocada conclusão de que seria viável a oposição de embargos de declaração contra despacho denegatório de recurso especial.

A análise do conteúdo dos votos, todavia, demonstra que o exame dos julgadores voltou-se às decisões interlocutórias - ou seja, àquelas pelas quais o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (CPC, art. 162, §2º) - enfatizando os motivos por que não deve ser excluído o cabimento de embargos de declaração visando ao seu aprimoramento.

Vejam os mesmos motivos que justificam o cabimento de embargos de declaração em face de decisões interlocutórias embasariam o seu cabimento de decisão que nega ou dá trânsito a recurso especial.

As decisões interlocutórias têm força própria; dispõem, mesmo que precariamente, sobre o direito das partes (liminares ou antecipações de tutela); resolvem todo o tipo de questão de direito processual ou material incidente. Ao proferi-las, o magistrado não exaure a prestação jurisdicional a seu cargo. Se forem agravadas, caberá juízo de retratação (CPC, art. 523, § 2º). Não seria lógico, dentro do sistema processual vigente, que o magistrado condutor do processo não pudesse esclarecer sua decisão, analisando embargos de declaração, mas tivesse competência para reconsiderá-la em face de agravo de instrumento dirigido à instância superior. O cabimento de embargos de declaração contra decisão interlocutória vem em benefício da economia processual e do aperfeiçoamento da decisão por seu próprio prolator, o qual continua na direção do processo até a sentença ou acórdão.

As decisões de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário limitam-se a decidir pelo seguimento ou trancamento do recurso dirigido à instância superior. Tais decisões não decidem questão incidente e jamais serão passíveis de execução, sequer a título precário, como as antecipações de tutela. Se não impugnadas, o trânsito em julgado acobertará a última decisão de mérito.

No sistema processual vigente, a decisão de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário é proferida por delegação do Tribunal ad quem, sendo impugnável mediante agravo de instrumento dirigido ao STJ ou STF (CPC, art. 544). Uma vez proferida, exaure-se a delegação, devendo os autos ser remetidos à instância superior, aguardar eventual decisão em agravo de instrumento, ou baixarem à origem para execução ou arquivamento. Não há previsão legal para retratação, ao contrário do que sucede com o agravo do art. 522 e seguintes do CPC.

Os precedentes da Súmula 727/STF revelam que o magistrado do tribunal de origem não pode deixar de encaminhar o agravo ao STF/STJ, precisamente porque não mais está no exercício da competência delegada, cabendo exclusivamente àqueles tribunais o julgamento do recurso.

Em face da decisão que dá seguimento ao recurso não cabe a interposição de agravo de instrumento, seja pelo recorrente seja pelo recorrido. Se o recurso especial, embora interposto por dois fundamentos, for admitido apenas por um deles, o recorrente não poderá agravar, por falta de interesse, pois o STJ não está vinculado ao juízo de admissibilidade feito na origem, podendo conhecer do recurso pelo fundamento rejeitado na origem. Igualmente não cabe recurso pelo recorrido, já que o STJ apreciará livremente a admissibilidade do recurso, sendo livre para dele não conhecer. Embargos de declaração seriam obviamente sem utilidade.

Diante da decisão que nega seguimento ao recurso especial, o recurso cabível é o agravo de instrumento do art. 544 do CPC. Embargos de declaração, aqui, também não teriam utilidade alguma, seja porque o STJ e o STF não estão vinculados aos fundamentos da decisão de admissibilidade do Tribunal de origem, seja porque, exaurida a delegação, não mais caberia, a título de sanar

defeito de obscuridade, contradição ou dúvida, reconsiderar a decisão para dar seguimento ao recurso especial trancado.

Os motivos que levaram a jurisprudência a admitir embargos de declaração contra decisão interlocutória também aqui não se fariam presentes: **não há necessidade de aperfeiçoar decisão cujos fundamentos em nada vinculam a instância superior; decisão que não é passível de execução, sequer precária (o que é passível de execução é o acórdão recorrido); decisão que não resolve questão incidental no curso do processo.**

O único efeito prático de tais embargos de declaração **seria a postergação injustificável, inútil, do trâmite processual, prejudicando a parte vencedora e assoberbando ainda mais o serviço judiciário.** Note-se que, se cabíveis os primeiros embargos de declaração por uma das partes, nada impediria sucessivos embargos de declaração das demais partes, recursos estes cuja finalidade necessariamente seria rever, a pretexto de omissão ou obscuridade, a ordem de seguimento ou negativa de seguimento do especial.

Assim, embora seja certo que mesmo embargos de declaração não conhecidos interrompam o prazo para os demais recursos, desde que tempestivos, tal não sucede em caso de erro grosseiro, de recurso manifestamente incabível, como a oposição de embargos de declaração contra despacho de admissibilidade de recurso especial (BRASIL, 2012, negritou-se).

Analisando as justificativas, dada a máxima vênica, o que se verifica nada mais é do que uma jurisprudência defensiva, que cria óbices não previstos em lei para o seguimento de recursos. A afirmativa de que a decisão do Presidente de Tribunal que nega seguimento a Recurso Especial não possui relevância é equivocada, até mesmo porque, ainda que não haja vinculação dos fundamentos da negativa de seguimento, a exposição omissa e contraditória da rejeição do Recurso atrapalha a própria elaboração do Agravo.

Afinal, como é possível haver um ataque específico da decisão se ela não for minimamente clara em seus fundamentos?

Imagine o seguinte, a parte se depara com acórdão de Tribunal local que, em divergência à precedente de outro Tribunal, nega provimento ao pleito do autor. Entendendo que, no seu caso, há uma interpretação equivocada de dispositivo de lei federal, o advogado do demandante interpõe Recurso Especial, visando justamente a pacificação da interpretação dos dispositivos invocados e conseqüente reforma da decisão recorrida. O cabimento do Recurso se dá pela divergência jurisprudencial, contudo, o Presidente do Tribunal local, ao apreciar o cabimento, nega seguimento ao mesmo sob justificativa de que o acórdão recorrido estaria em consonância com a jurisprudência do STJ.

Há apenas uma ressalva, qual seja, na decisão que nega seguimento ao Recurso Especial, alegando que a jurisprudência já está pacificada, cita julgados que tratam de matéria completamente diversa da debatida. Esta decisão, então, é obscura, pois que torna incompreensível a demanda do recurso, como também é omissa em relação ao verdadeiro tema

suscitado no REsp, tratando-se a causa de uma matéria e a decisão denegatória de seguimento de outra matéria.

A partir daí surge o dilema, se o recorrente manejar o Agravo, corre o risco da incompreensão de seus fundamentos e até mesmo de haver negativa de seu recurso por falta de prequestionamento. Por outro lado, se opõe Embargos de Declaração, tidos como manifestamente descabidos, perde o prazo para interposição do REsp, sendo inclusive considerado erro grosseiro. De qualquer maneira, o que há é verdadeira negativa de prestação jurisprudencial, uma vez que o STJ acolhe tese que possibilita a existência de decisões judiciais não fundamentadas, em clara violação ao art. 93, IX, da CRFB/88, e que deixam de apreciar lesão ou ameaça a direitos, nos termos do art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

Também não é válido utilizar-se da justificativa de abarrotamento dos Tribunais para negar o cabimento de um recurso previsto em lei, muito menos quando a análise se dá despreendida do caso concreto. Na indagação de Machado (2018,n.p.): “Se o embargante/recorrente é o próprio autor da demanda, qual o interesse dele em querer protelar? O prejuízo será único e exclusivo dele, com a demora na entrega da prestação jurisdicional para ele próprio”.

O que se percebe, então, é a utilização de argumentos alheios ao próprio processo, inclusive uma suposta preocupação com eficiência dos Tribunais (escopo metajurídico), para afastar a redação do art. 1.022 do CPC/15, fazendo com que, onde se lê “qualquer decisão”, conste a exceção “salvo no caso de decisão de Presidente de Tribunal que nega seguimento a Recursos Extraordinários”.

No caso específico, o entendimento de que são descabidos aclaratórios movidos contra decisão de Presidente de Tribunal que nega seguimento a Recursos Extraordinários, a despeito de ser exemplo de jurisprudência defensiva, é também ativista no sentido de utilizar de razões alheias ao componente jurídico, tratando do cabimento de um recurso, não só gera insegurança jurídica, como também nega prestação jurisdicional à possível lesão ou ameaça a direito.

2.3.2 O caso do enfrentamento de todos os argumentos na fundamentação das decisões judiciais

Seguindo o raciocínio, um outro caso de interpretação do direito processual, pelo STF e o STJ, limitando o alcance de regras do CPC/15, é o caso da fundamentação das decisões

judiciais. Este tema, aliás, será objeto de análise mais profunda no capítulo final do presente trabalho, sendo, no entanto, importante apreciar o entendimento jurisprudencial atual a respeito do tema para justamente compreender como há ainda uma compreensão limitada do conceito.

A fundamentação das decisões judiciais, aliás, não se trata de uma regra de formalismo, mas de norma com assento constitucional no art. 93, IX, da CRFB/88, que legitima a própria prestação jurisdicional através de uma espécie de prestação de contas, em que o magistrado explica ao jurisdicionado os motivos que o levaram a decidir daquela maneira. Paralelamente, na mesma medida em que legitima a prestação jurisdicional, a fundamentação é também garantia do jurisdicionado de um processo devido e que respeite o direito ao contraditório em seu sentido substancial.

Nesse sentido, buscando uma maior qualidade na atividade judicial e um atendimento em maior medida dos direitos do jurisdicionado, o art. 489, §1º, do CPC/15 prevê situações específicas em que não se considerará fundamentada a decisão, de modo que esta será nula. Nas hipóteses previstas, nota-se que o inciso IV dispõe que não se considerará fundamentada a decisão que “[..] não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, **em tese**, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL, 2015, grifou-se).

Há um dever de fundamentação analítica, em que não cabe ao julgador selecionar os argumentos a serem enfrentados, devendo apreciar todos os argumentos que, mesmo em tese, possam mudar o resultado do julgamento. Não é possível, por exemplo, admitir que um julgador deixe de apreciar um argumento sob a justificativa de que independentemente da análise do tema suscitado já teria formado o seu convencimento sobre a causa. Por isso é importante frisar o vocábulo “em tese” utilizado pelo legislador.

De todo modo, o STF, ainda sob o prisma de uma concepção limitada do dever de fundamentação das decisões, vista mais como uma formalidade a ser cumprida do que como efetiva garantia, posiciona-se de modo a flexibilizar a necessidade de enfrentar todos os argumentos. Observe o seguinte julgado publicado em 16 de março de 2020:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. **DESNECESSIDADE DE ENFRENTAR TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS, MAS SOMENTE AQUELES CAPAZES DE INFIRMAR, CONCRETAMENTE, A CONCLUSÃO ADOTADA PELO JULGADOR.** NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. O acórdão embargado não apresenta omissão, contradição, obscuridade ou erro material. O ofício judicante realizou-se de forma completa e satisfatória, não se mostrando necessários quaisquer reparos. 2. **Não é dever do julgador rebater todos os fundamentos apresentados pela parte, mas somente aqueles que, concretamente, sejam**

capazes de afastar a conclusão adotada na decisão. 3. A parte embargante pretende dar nítido caráter infringente aos declaratórios, os quais não estão vocacionados a essa função, salvo em situações excepcionais, não caracterizadas no caso. 4. Embargos de Declaração rejeitados. (STF - AgR-ED Rcl: 37962 SP - SÃO PAULO 0033088-76.2019.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 03/03/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-058 16-03-2020)

No relatório o Ministro Alexandre de Moraes menciona pontualmente todos os argumentos que, segundo o embargante, seriam capazes de infirmar em posicionamento diverso, porém não teriam sido enfrentados na decisão embargada. Por outro lado, no voto, ao invés de expor o porquê dos argumentos não terem sido apreciados ou o motivo pelo qual não seriam capazes de infirmar a conclusão adotada, limitou-se a informar que:

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): O Código de Processo Civil prevê o recurso de embargos de declaração para fins de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Trata-se de instrumento colocado à disposição das partes com a finalidade de eliminar do julgado omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais.

No presente caso, contudo, o acórdão embargado não apresenta nenhum desses vícios. O ofício judicante realizou-se de forma completa e satisfatória, não se mostrando necessários quaisquer reparos.

Além disso, não é dever do julgador rebater todos os fundamentos apresentados pela parte, mas somente aqueles que, concretamente, sejam capazes de afastar a conclusão adotada na decisão, o que efetivamente ocorreu no acórdão embargado.

Depreende-se que o embargante pretende dar nítido caráter infringente aos declaratórios, os quais não estão vocacionados a essa função, salvo em situações excepcionais, não caracterizadas no caso.

Diante do exposto, REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

É como voto. (Grifou-se)

Ora, ao trocar o vocábulo “em tese” por “concretamente”, o Ministro possibilita a feitura de um filtro prévio em que se possibilita a omissão sobre alguns argumentos porque, ainda que em tese pudessem infirmar a conclusão, concretamente isso não aconteceria em razão do convencimento do julgador. Nesse sentido, é curioso notar que a própria fundamentação dos Embargos em que o Ministro expõe o seu pensamento acaba por limitar-se a informar que o entendimento do julgador é no sentido de não haver qualquer omissão, o que tornaria desnecessária a demonstração de que os argumentos não enfrentados não são relevantes ao deslinde da causa.

Trocando apenas um vocábulo o sentido do dever de fundamentação torna-se completamente diferente, o que evidentemente acabar por causar insegurança jurídica. Não se trata de discordar do posicionamento do Ministro taxando-o de tal ou qual coisa, mas sim de notar que o julgador parte de um pressuposto sobre a regra que não é o mais adequado à principiologia do CPC/15.

Não se questiona também que há razões práticas que justifiquem um posicionamento restritivo da fundamentação, tais como a prestação jurisdicional com maior eficiência e celeridade. Contudo, o ponto essencial é que o Poder Judiciário não apresenta o espaço mais adequado para este tipo de discussão. Se a regra não apresenta uma incompatibilidade com o sistema constitucional, não há como ser afastada por questão de conveniência processual.

Além disso, há uma outra questão, que é a possibilidade do julgador, de forma solitária, selecionar os argumentos que entende relevantes para a causa. Ao permitir-se a manutenção desse posicionamento, é possibilitada a exclusão de teses do debate processual que, ainda que irrelevantes na visão do juízo *a quo*, por exemplo, permitiriam uma análise mais aprofundada da questão pelo juízo *ad quem*. Claro que isso não significa tolerância com posturas protelatórias, em que a parte lança uma série de argumentos irrelevantes para tumultuar o processo, mas significa análise de todos os argumentos em tese importantes, ainda que concretamente não façam parte da convicção do julgador.

2.3.3 Sobre as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento

Mais um caso que, a despeito dos relevantes motivos que justificam o posicionamento, se observa um afastamento do CPC/15 em prol de concepções ainda calcadas na sistemática processual passada, é a ampliação de hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento.

Na sistemática do CPC/73, especialmente no art. 522, se nota que as decisões interlocutórias tinham regime duplo de recorribilidade, sendo cabível o agravo retido nos casos ordinários e o agravo de instrumento, protocolado diretamente no juízo *ad quem*, nos casos em que a decisão recorrida era suscetível de “causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida” (BRASIL, 1973).

Já com o CPC/15, o legislador ao invés de prever uma hipótese abstrata de cabimento, preferiu dispor de rol taxativo que, se tem a vantagem de deixar claro o cabimento em vários casos, tem a desvantagem de deixar de fora algumas situações em que há evidente risco de lesão grave à direitos da parte que não seriam recorríveis de imediato. O exemplo mais utilizado era a decisão interlocutória que versa sobre competência.

Se é certo que a opção do legislador de 2015 não é a mais adequada, o não cabimento do Agravo de Instrumento não significa ausência de impugnabilidade, sendo possível sustentar inclusive o cabimento de Mandado de Segurança, caso haja o preenchimento dos requisitos legais na situação concreta (NUNES, ARAGÃO e BARBOSA, 2018).

Diante dessa questão, a 4ª Turma do STJ inicialmente entendeu que a melhor solução era dar interpretação extensiva ao art. 1.015 do CPC/15, possibilitando a ampliação das hipótese de cabimento do recurso. O que acabou prevalecendo, no entanto, foi a tese da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.704.520/MT, em que se estabeleceu a ideia de taxatividade mitigada do rol do CPC:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação". 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na reprivatização do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- **Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.** 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a

publicação do presente acórdão. 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência. 9- Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1704520 MT 2017/0271924-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/12/2018, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJE 19/12/2018)

Em seu voto, a Ministra faz uma análise completa da história da recorribilidade das interlocutórias, bem como de todas as posições da doutrina sobre a questão no CPC/15. Não se questiona que a solução encontrada seja adequada do ponto de vista de uma política processual, mas, mais uma vez, a questão é que ao posicionar-se pela taxatividade mitigada a interpretação do direito, a despeito de parecer justa, ultrapassa os limites do texto legal que, não sendo inconstitucional, não poderia ser ultrapassado pelo Poder Judiciário.

Descartou-se a tese de que o rol do art. 1.015 do CPC/15 seria meramente exemplificativo sob a justificativa de que a prevalência desse argumento repriminaria a sistemática processual anterior, mas ao mitigar-se o cabimento do Agravo de Instrumento com base na urgência, o que se fez foi basicamente o estabelecimento de uma sistemática processual bastante semelhante à do CPC/73²⁶.

Frise-se que o descabimento do Agravo não significa impossibilidade de impugnação imediata. Nessa linha, observe-se a importante crítica de Nunes, Aragão e Barbosa (2018, n.p.):

Contudo, é necessário fazer algumas ressalvas a essa opção doutrinária e jurisprudencial. Inicialmente, cumpre ponderar que, se o legislador quisesse incluir a hipótese de recorribilidade das decisões interlocutórias que versam sobre competência no rol do artigo 1.015, CPC, ele assim o teria feito de forma expressa.

Até porque, quando o projeto do CPC ainda tramitava no Congresso, o seu texto chegou a ser alterado pela Câmara dos Deputados para que fosse incluída tal hipótese (artigo 1.028, X), sendo, contudo, rechaçada pelo Senado Federal. Assim, a ausência de previsão legislativa em relação à matéria impede que seja conferida à norma uma interpretação elástica a ponto de se criar hipóteses de recorribilidade de agravo que não estejam previstas no texto legal.

Ademais, a justificativa de adoção de uma interpretação extensiva para afastar o uso excessivo do mandado de segurança torna-se muito frágil frente aos impactos que essa opção interpretativa pode causar no ordenamento jurídico brasileiro.

[...] Dessa forma, tem-se que é possível delinear variados impactos em torno do uso dessa interpretação extensiva, uma vez que não é possível definir, a princípio, qual seria o limite interpretativo dessa técnica, abrindo-se, então, a possibilidade de outras discussões interpretativas em torno de cada um dos incisos do artigo em comento, o que, certamente, não era o objetivo inicial do legislador. Essa técnica, portanto, apresenta sérios riscos de extrapolação e de decisionismos que mitigam a previsibilidade inerente ao sistema processual.

²⁶ Esse ponto, é de se destacar que a interpretação do Código não pode se dar de tal maneira a inutilizar disposições dele próprio. Afinal, aplicar a lei, como se verá adiante, não é, ou pelo menos não deveria ser, uma escolha do julgador. Salvo em casos de inconstitucionalidade, aplicar o texto legal é medida que se impõe.

Ademais, “há um limite interpretativo para a academia e a jurisprudência”, de forma que o juízo pessoal de desaprovação das hipóteses não pode se sobrepor ao texto legislado nem deve se criar novas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento não previstas no CPC/2015 por meio de interpretações extensivas.

De todo modo, o que se pode dizer através dos exemplos citados é que há uma recusa dos julgadores em abandonar alguns entendimentos passados, em prol do novo paradigma processual do CPC/15. Aplica-se a “nova” norma, com os olhares na sistemática anterior, em típica demonstração daquilo que, na economia comportamental, denomina-se *status quo bias*: uma anomalia de comportamento, derivada do viés de aversão à perda, que faz com que um indivíduo resista a toda tentativa de mudança que possa atingir o seu estado atual (*status quo*) (KAHNEMAN, KNETSCH e THALER, 1991).

Nesse contexto, instaura-se uma espécie de efeito manada em que se naturaliza determinados posicionamentos pelo simples fato de “sempre terem sido assim”, como se a mudança do texto legal não fosse suficiente para determinar uma revisão daquele entendimento.

Em resumo, tratam-se de exemplos de posicionamentos da jurisprudência que são incompatíveis com o paradigma processual inaugurado no CPC/15. Por isso mesmo é que se faz necessário estudar teorias que permitam, senão o completo rechaço da discricionariedade, pelo menos o controle do ato decisório.

3 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E INTEGRIDADE DO DIREITO

Uma vez que se nota a existência de um protagonismo judicial com raízes históricas na forma tradicional de se pensar o processo, e sendo perceptível a estranheza desse tipo de postura com os primados de um processo jurisdicional democrático, passa a ser necessário buscar novas bases de pensamento para o problema da decisão judicial.

O pensamento processual calcado no paradigma da socialização não vê na discricionariedade do juiz um problema, ao contrário, quando não é visto como solução para se chegar a uma igualdade material, é, no mínimo, tratado como algo que simplesmente é assim e não pode ser mudado. Em contraponto, ao delegar toda a responsabilidade ao Poder Judiciário, tanto no sentido de conduzir o processo, quanto no de construir a solução jurídica, o que se observa, em verdade, é um “déficit democrático”, até mesmo por não ser possível estabelecer limites à decisões discricionárias (STRECK, 2014a, p. 39).

Com isso não se quer dizer que só é válida a interpretação exegética das normas, ou mesmo que se devem estabelecer métodos de interpretação. Não se trata de um retorno ao positivismo clássico, mas sim de respeito ao texto legal estabelecido conforme competência do Poder Legislativo, sempre respeitando o filtro da constitucionalidade e a integridade do direito a partir dos princípios jurídicos.

A hermenêutica filosófica de cariz gadameriano, servirá como fundamento teórico para fundar a intersubjetividade na interpretação dos textos normativos, sem redundar nos truísmos da Escola da Exegese. Mais, essa perspectiva filosófica, lida conjuntamente com a teoria da integridade do direito de Dworkin (2014), podem ajudar a compreender melhor a tarefa da interpretação jurídica e necessidade de combater posturas solipsísticas.

É importante ressaltar que o objetivo aqui não é uma análise profunda de filosofia do direito. Essa análise, aliás, já é feita de forma bastante adequada por renomados autores do direito brasileiro que serão citados a seguir. A ideia aqui é simplesmente uma apresentação de fundamentos teóricos, assumindo-se as limitações decorrentes.

Outrossim, lembre-se que o presente trabalho é uma proposta dentro de uma perspectiva do processo civil constitucional, de modo que as teses apresentadas serão constantemente remetidas às necessidades e problemas do processo civil democrático. A temática em si é complexa e não se pretende propriamente uma simplificação, mas um debate a partir de uma realidade mais próxima do jurista.

3.1 Hermenêutica e intersubjetividade

Por trás das ideias de protagonismo judicial, discricionariedade, e socialização processual há um pano de fundo comum: pressupõe-se a qualidade do sujeito que interpreta de, utilizando-se puramente da razão, acoplar suas ideias no texto, como se os sentidos das palavras lhe fossem disponíveis e a sua visão de mundo a mais justa para qualquer caso apresentado. Dito de outra forma, o fundamento filosófico da visão tradicional do processo civil é refém o esquema sujeito-objeto²⁷:

O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra 'sujeito' muda de posição. Ele passa a 'assujeitar' as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que [...] proporcionou o surgimento do Estado Moderno [...]. (STRECK, 2013, p. 13-14).

No âmbito da decisão judicial, isso pode ser notado a partir de algumas concepções da socialização processual. Submete-se a interpretação da norma à objetivos abstratos e apreensíveis unicamente pelo juiz enquanto representante do Estado. As partes apresentariam visões tão somente parciais e de relevância limitada para a decisão final, não sendo de estranhar que, até a entrada em vigor do CPC/15 o magistrado pudesse decidir ignorando argumentos lançados pelas partes e até invocando novos fundamentos não debatidos para justificar o seu posicionamento.

O que se busca, então, na hermenêutica filosófica é uma visão de mundo que ultrapasse essa visão da interpretação como relação entre um sujeito isolado em sua própria razão e um objeto passivo. Na ciência e no processo democrático o objetivo deve sempre fundar uma relação intersubjetiva, em que o debate forneça elementos para uma solução adequada do conflito.

Por isso a construção de respostas adequadas aos casos judiciais apresentados sempre deve se dar como produto do diálogo. Na mesma linha, algumas concepções que fundamentam uma “vanguarda iluminista” do Poder Judiciário, sobretudo da Corte Constitucional, não se coadunam com a necessária busca da imparcialidade.

²⁷ Em sentido semelhante, Ramos (2019, p. 143) a razão iluminista deu azo ao surgimento do solipsismo, buscando na racionalidade humana todas as respostas e gerando uma sensação de segurança que, mais tarde, sucumbiria diante da complexidade adquirida pelos fatos sociais. Assim: “A razão, pois, substituiu a religião com um dogma, concentrando-se na ciência a esperança pela busca da verdade, que naquele momento, julgava-se ser apreensível pelo homem”.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2018), aliás, em sua obra doutrinária, defende que as Cortes Supremas, nas democracias contemporâneas, devem exercer três papéis fundamentais: o contramajoritário (defesa dos direitos fundamentais das minorias diante da tirania das maiorias); representativo (visão da Corte Constitucional como representativo da razão argumentativa da sociedade civil); e iluminista (noção de que os Tribunais Supremos devem encarnar uma razão humanista que conduza o processo civilizatório no sentido de promoção do progresso social).

Sobre o papel iluminista, aliás, vale o destaque:

Além do papel representativo, descrito no tópico anterior, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. **Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade.** A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reivindicações sociais. A seguir, breve justificativa do emprego do termo iluminista no contexto aqui retratado (BARROSO, 2018, p. 2207, grifou-se).

Em termos filosóficos, essa visão do papel de uma Suprema Corte faz referência à metafísica moderna, no sentido de colocar a razão como centro do pensamento humano. Mais ainda, a ideia de razão aqui se dá de maneira universal, isto é, como se fosse possível conceber a existência de uma racionalidade transcendente acessível à todos os homens²⁸.

Dentro dessa ideia de papéis fundamentais das Cortes Constitucionais, há ainda a justificação da legitimidade do ativismo judicial quando utilizado para proteger grupos vulneráveis ou mesmo em busca da promoção da razão humanista, rumo ao progresso. O ativismo judicial só seria ilegítimo quando houvesse, ao invés de promoção dos valores

²⁸ É interessante notar que o paradigma filosófico adotado por Barroso (2018) faz expressa referência à autores como Kant e Hegel. Este último, aliás, sempre foi conhecido pela teoria de que há uma racionalidade transcendental que move a história. Para que isso fique ainda mais claro, vale a citação: “É nesse sentido que o termo é empregado neste tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao despotismo esclarecido ou aos reis filósofos de Platão. **A analogia mais próxima, eventualmente, seria com uma tradição filosófica que vem de Tomás de Aquino, Hegel e Kant de que a história é um fluxo contínuo na direção do bem e do aprimoramento da condição humana.** A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais” (BARROSO, 2018, p. 2208, grifou-se).

humanistas, o julgador buscasse a promoção dos seus próprios valores em detrimento da lei (BARROSO, 2018).

Esse modo de ver o papel do STF, então, é completamente dependente da validade da tese filosófica de existência de uma razão imanente e eterna que seja o motor da história e da civilização. Além disso, em termos processuais, nota-se o protagonismo dado aos Tribunais e às razões jurídicas utilizadas pelos próprios julgadores, fazendo da sociedade civil e da comunidade jurídica meros expectadores do autoproclamado progresso social.

Isso tudo é importante na medida em que, ao contrário do que prega a teoria da vanguarda iluminista, não há qualquer imperiosidade lógica em termos de teorias democráticas contemporâneas que imponham um regime de Jurisdição Constitucional como o único arranjo institucional possível para defesa de direitos fundamentais e proteção dos princípios democráticos. Muito pelo contrário, a institucionalização de Cortes Constitucionais é apenas uma das soluções democráticas para reduzir arbitrariedades e tiranias em regimes democráticos (LEMIEUX e WATKINS, 2009).

Frise-se, ainda, que a instituição de Cortes Constitucionais também envolve assumir alguns riscos para a democracia. Isso se dá quando a Corte assume uma postura ativista frente aos dilemas sociais, invadindo o espaço de decisão próprio do Poder Legislativo. Por outro lado, é ainda possível que o Legislativo delegue esse espaço decisório voluntariamente à Corte, como meio para fugir do escrutínio público por decisões difíceis. De todo modo, a perda de credibilidade no sistema eleitoral e no sistema político como um todo pode ser extremamente danosa para o sistema democrático (LEMIEUX e WATKINS, 2009).

Não se quer com isso afirmar que o Poder Judiciário não pode exercer um papel de extrema relevância no regime democrático, mas tão somente que não há uma imposição lógica, do ponto de vista do *design* constitucional, para que seja assim. A grande ideia, então, é desmistificar a ideia do STF como espaço de resolução de todos os problemas sociais. A função jurisdicional, por si só, já é primordial, de modo que não se trata propriamente de uma limitação de poderes da Corte, mas de voltar a atenção para o que efetivamente é essencial.

Para que isso fique mais claro, é preciso entender a função do Estado em relação à dominação. Conforme Lemieux e Watkins (2009), é diferenciar entre dois tipos de dominação: a) *imperium*, que é a dominação pelo Estado em si mesmo; b) *dominium*, que é a dominação através de atores privados e elementos da sociedade civil. Um governo democrático, nesse sentido, deve combater o *dominium* enquanto limita a si mesmo como forma de evitar a sua transformação em *imperium*. Contudo, a institucionalização de uma Corte Constitucional não

necessariamente é uma resposta adequada para combater as duas formas de dominação. Mais concretamente, não é crível a ideia de que a Jurisdição Constitucional possa exercer algum papel relevante na redução de desigualdades sociais e vulnerabilidade econômica.

Nesse sentido: “Embora alguns arranjos de *judicial review* possam favorecer a democracia mais que outros, não há meio de garantir que a revisão por uma corte constitucional sempre será democrática ou imune ao risco de tornar-se um agente de dominação, ao invés de um meio de resistência” (LEMIEUX e WATKINS, 2009, p. 28, tradução livre²⁹)

Portanto, a ideia de um Poder Judiciário “salvador”, detentor de todas as respostas, acaba por se mostrar descolada da realidade. Da mesma maneira, afasta-se do que se espera do regime democrático a abordagem solipsista que por vezes se encontra no exercício do poder jurisdicional. Uma Justiça que leve a sério os sistemas de deliberação é necessariamente intersubjetiva.

Daí a importância do estudo da hermenêutica filosófica de Gadamer, que proporciona o ferramental teórico do chamado giro linguístico. A linguagem, para além de mero intermédio da relação entre um sujeito e um objeto, passa a ser vista como condição de possibilidade de todo o conhecimento. Mais importante, a linguagem não está disponível ao sujeito, uma vez que traz consigo uma carga histórica e, compartilhada *a priori* por todos, de modo que a atribuição de significados não é livre, dependendo sempre do contexto prático-social (HERZL, 2016).

Assim, a partir de Gadamer (1999), a linguagem é elevada ao patamar de acesso e limite da relação do ser com a compreensão do mundo e de si mesmo. A consequência disso é a referência intersubjetiva, possibilitando a convivência com o outro e o entendimento através de um campo comum.

Este, aliás, é o ponto fulcral a partir do qual a hermenêutica rompe com o pensamento metafísico. Uma vez que a linguagem possibilita o próprio entendimento sobre o ser, ela desvela o limite desse conhecimento nela mesma. Não há conhecimento que não pode ser expresso linguisticamente. Além disso, o intérprete sempre parte de um contexto histórico que não pode ser desconsiderado, uma vez que esse mesmo horizonte também condiciona a abordagem daquilo que se conhece.

Dessa forma:

²⁹ No original: “Although some judicial review arrangements may facilitate democracy better than others, there is no way to assure that review by a constitutional court will always be democratic or immune to the risk that such review may become an agent of domination rather than a means to resist it”.

Com o ferramental da hermenêutica [...] temos a possibilidade de mostrar como os enunciados que compõem os diversos textos jurídicos (lei, sentença, súmulas – vinculantes ou não –, medidas provisórias, decretos etc.) guardam consigo um enigma que reside na sobre. [...]. Apenas a filosofia hermenêutica (Heidegger) e a Hermenêutica Filosófica (Gadamer) podem mostrar que, antes do enunciado, existe uma série de fatores e razões que levam a sua formação. Isso será chamado por Gadamer de ‘sentido motivado dos enunciados’.

Esses fatores estão presentes na estrutura do caso debatido em juízo e nos diversos aspectos processuais que envolvem a solução da demanda. Daí que, diante de um caso concreto, o dispositivo da sentença consiste na norma, porque possui uma motivação e uma fundamentação, derivada da compreensão histórica e fática do intérprete (ABBOUD, 2018, p. 194).

A compreensão das leis, então, deve sempre partir do texto legislado, como ponto de partida comum que não pode ser ignorado. Não só isso, a compreensão humana se dá através de uma forma de diálogo, em que o sujeito interroga o texto deve estar aberto ao sentido do texto, isto é, conforme Gadamer (1999, p. 441): “[...] compreender significa, primariamente, sentir-se entendido na coisa, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal. Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão de ter de se haver com a coisa em questão”.

Assim é que a hermenêutica gadameriana, em toda a sua complexidade, nos ajuda a entender algo relativamente simples, qual seja, que como não há acesso direto à verdade das coisas, a interpretação é sempre situada histórica e linguisticamente. Justamente aí reside a importância de se respeitar o texto das normas e sempre situá-las em seu contexto no ordenamento jurídico (STRECK, 2014b).

O intérprete, então, se aproxima da verdade quando incorpora o “horizonte” do texto no seu próprio, enquanto ser historicamente situado. Faz perguntas ao texto e deixa que ele as responda³⁰, em uma experiência dialógica onde o respeito ao texto e ao contexto é fundamental. Nisso reside o que se chama comumente de “fusão de horizontes”.

Isto é assim porque, quando se fala de horizonte do intérprete o que se quer dizer é que ninguém é tabula rasa, ou seja, as pessoas deparam-se com textos já possuindo concepções prévias sobre o mundo ao seu redor. Diante desses pré-conceitos, a interpretação “autêntica” de

³⁰ Essa mesma explicação pode ser dada através da dinâmica de um “jogo” entre a obra e o intérprete. Segundo Grondin (2012, p. 65): “A fim de pensar esse encontro com a verdade, Gadamer propõe partir da noção de ‘jogo’: entender uma obra de arte é deixar-se levar por seu jogo. Nesse jogo, somos menos aqueles que dirigem e mais aqueles que são levados, encantados pela obra, que nos leva a participar de uma verdade superior. O jogo não tem nada de puramente subjetivo para Gadamer. Bem ao contrário, aquele que joga se dobra à autonomia do jogo: o jogador de tênis responde à bola que lhe é enviada, o dançarino segue o ritmo da música, aquele que lê um poema ou um romance é tomado por aquilo que está lendo.

[...] A experiência de verdade não decorre tanto de minha perspectiva de mim mesmo, decorre antes de tudo da própria obra, que me abre os olhos para o que é. [...] não é a obra que deve se dobrar a minha perspectiva, mas, ao contrário, minha perspectiva que deve se amplificar, ou até se metamorfosear, em presença da obra”.

um texto depende da capacidade do leitor de suspender temporariamente algumas de suas ideias prévias, e só a distância temporal e o confronto com a tradição possibilitam a verificação do acerto da interpretação: “Nada além da distância do que essa distância de tempo torna possível resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos *falsos* preconceitos que produzem os *mal-entendidos*” (GADAMER, 1999, p. 447).

A interpretação, assim, nada mais é do que aplicação do texto à situação concreta do intérprete. Por isso mesmo, sendo resultado da fusão de horizontes, a interpretação sempre produz algo novo que não deixa de ser também fruto dos pré-conceitos do intérprete, ainda que a atribuição de sentido não possa ser, sob pena de perda da autenticidade e validade, arbitrária.

Como a interpretação e aplicação se dão em um único momento, sendo incindíveis, também não é possível o estabelecimento de um método de interpretação ou procedimento que garanta a verdade da interpretação³¹. Os métodos chegam sempre atrasados, servindo apenas como justificativas artificiais para interpretações já realizadas, de modo que o que possibilita a verificação da interpretação é o diálogo com a tradição (STRECK, 2014b).

Daí a importância do respeito aos limites semânticos dos textos legais, bem como a localização histórica dos institutos legais, não sendo válido atribuir sentidos arbitrários a institutos legais instituídos na tradição e no ordenamento jurídico. Disso resulta o problema da mitigação judicial de textos legais, produzindo um direito inautêntico e descolado da realidade.

Assim:

Não estamos a falar de ficção científica. ***Intersubjetividade não é uma espécie de rede neural social ou consciência coletiva interconectada pelo poder da mente dos seres evoluídos ou alienígenas do passado. Intersubjetividade também não se relaciona com formigas ou abelhas. Nada disso. A intersubjetividade é uma grande metáfora, que exige do hermeneuta esforço para tentar suspender seus valores pessoais e compreender que todas as pessoas e coisas fazem parte de um mundo que nos antecede, fruto da historicidade compartilhada.*** Mais importante que a intersubjetividade, em si, é o caminho a ser percorrido, é a postura hermenêutica capaz de colocar em xeque os próprios valores morais do intérprete e suas pretensas verdades, em contínuo processo de *desconstrução e reconstrução*.

Pelo exposto, podemos concluir que o *hermeneuta acredita em verdade*, ao contrário do epistêmico que, em sua maioria, defende ser a *verdade* uma espécie de “projeção mental”, fruto de sua iluminada consciência (HERZL, 2016, p. 84, grifou-se).

³¹ Da impossibilidade de cisão entre interpretar e aplicar surge também um outro pressuposto, qual seja, a relação de dependência do ato interpretativo para com a realidade social concreta a ser aplicada, isto é, o direito só se interpreta a partir de fatos, não havendo que se falar em interpretação em abstrato, senão em aplicação à situação prática do intérprete (ABBOUD, 2018).

A partir da hermenêutica filosófica é possível colocar o intérprete em uma posição mais humilde, sem retroagir a afirmações da metafísica clássica em que haveria uma objetividade essencial que bastaria ser descoberta. Ainda que se busque a verdade a partir das coisas mesmas, admite-se que o conhecimento só se dá a partir da situação concreta do intérprete, que interpreta a partir de seus pré-conceitos. A verificação da correção depende da exposição dos pré-conceitos, o que somente se poderá observar a partir de uma fundamentação analítica dos motivos que o levaram a decidir daquela maneira (STRECK, 2014b).

Já trazendo a questão para o âmbito processual, a partir da concepção da hermenêutica filosófica é possível verificar a extrema relevância do dever de fundamentação das decisões judiciais, possibilitando a identificação dos pré-conceitos e sua adequação diante da tradição. Deixar de motivar ou fundamentar de forma insuficiente significa negar-se a prestar contas sobre o ato decisório e, a permitir-se esse tipo de postura, com isso se possibilita ao intérprete o estabelecimento de sentidos arbitrários ao texto³².

Segundo o próprio Gadamer (1999, p. 489-490, grifou-se), a tarefa da hermenêutica jurídica consiste em:

[...] *concretizar* a lei em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. [...] Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. **Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um ato de subsunção.**

É desse modo, então, que há que se falar em intersubjetividade e impossibilidade de interpretação discricionária válida. Por isso mesmo é que passa a se destacar a relevância de um verdadeiro debate processual fundado em contraditório efetivo, onde o enfrentamento de todos os argumentos possibilite ao magistrado a superação dos próprios pré-conceitos, em verdadeira atitude colaborativa. Mais que isso, exige-se ainda exposição analítica dos

³² Aqui é importante ressaltar que, para fins do presente trabalho, se considera a decisão discricionária, por si mesma, um ato de arbitrariedade judicial, e isso por fundar um espaço que fugiria do controle das partes, o que não pode ser admissível em nosso sistema processual. Nessa linha, posicionam-se Alvim e Dantas (2019, p. 235): “Daí a importância de se afirma que o Poder Judiciário *não tem discricionariedade* quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Isso implicaria, de certo modo, que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Impossível conclusão diferente. Qual sentido funcional do conceito de discricionariedade? Exatamente o de gerar essa margem de *liberdade* dentro da qual o agente estaria fora do controle dos atingidos pela decisão”.

fundamentos da decisão, possibilidade a verificação do entendimento pelas partes e outros órgãos jurisdicionais, em um sistema processual absolutamente sofisticado e adequado aos tempos atuais.

Decidir discricionariamente é desrespeitar direitos dos jurisdicionados. Estes não acessão o Poder Judiciário para saber sobre as opiniões do magistrado relativamente à situação deduzida em juízo. Muito pelo contrário, tratando-se de uma tutela condenatória, por exemplo, o autor requer a declaração de um direito com a consequente condenação, enquanto o réu requer a declaração de inexistência desse mesmo direito. De todo modo, requer-se o reconhecimento de um direito que se possui e independe da vontade pessoal do julgador.

As partes, então, possuem direito à uma prestação jurisdicional adequada, que nunca pode ser reduzida à opiniões pessoais. O julgador deve decidir fundamentadamente demonstrando sua convicção que não necessariamente coincide com a vontade dos atores envolvidos. A divergência de entendimentos pode existir, mas o debate sempre poderá ser continuado através dos recursos, no âmbito endo-processual, e com a aplicação do precedente a casos posteriores, no que se verifica uma continuidade discursiva para além do caso original.

Levar o debate e a intersubjetividade à sério é respeitar uma rede infundável de sujeitos processuais, e a própria sistemática de onde provém a decisão judicial. Contudo, não adianta respeitar pontualmente o diálogo democrático se não há coerência, ou seja, se casos semelhantes são julgados de formas diferentes. Uma abordagem intersubjetiva, então, também deve ser a de um direito íntegro e coerente.

3.2 Integridade, coerência e o papel do Poder Judiciário em Democracia

A abordagem do presente trabalho trata a postura discricionária enquanto problemática. Isso não significa que haja uma resposta pronta para todas os problemas de direito de forma abstrata. Afinal, ao partir da hermenêutica filosófica, renunciou-se à possibilidade de verdades metafísicas.

Não se cogitando a obtenção de respostas por uma razão iluminadora, impõe-se a abordagem do direito enquanto prática interpretativa. Somente no âmbito dessa prática é que se pode falar da melhor decisão para um caso concreto. A partir dessa premissa, Ronald Dworkin (2010) passa a criticar a racionalidade jurídica positivista, presa a um “modelo de regras” em

que as lacunas decorrentes da “textura aberta do direito”³³ deveriam ser preenchidas pela discricionariedade do julgador.

Para Dworkin (2010), quando os juristas debatem sobre o direito, especialmente nos chamados “casos difíceis”, recorrem a padrões argumentativos que não podem ser categorizados como regras. Frequentemente se invocam argumentos de política (que estabelecem um objetivo a ser alcançado) ou de princípios (padrões que devem ser seguidos independentemente da promoção de algum objetivo desejável. O positivismo, tratando o fenômeno jurídico como mero “modelo de regras” seria insuficiente para abarcar as nuances do direito.

Ao reconhecer outros padrões argumentativos, também se ataca a tese de que, na ausência de clareza textual das regras, a decisão ficaria a encargo da discricionariedade do juiz. A tese de Dworkin é a de que o direito deve ser visto como integridade:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltado para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo, voltados para o futuro. Insistem em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (DWORKIN, 2014, p. 271).

A sua oposição à discricionariedade judicial, então, baseia-se em dois fatores fundamentais. O primeiro é o reconhecimento de um dever, um verdadeiro compromisso moral, que o responsável pela decisão tem com a sociedade, no sentido de sempre buscar a melhor decisão possível para a situação que lhe é apresentada. Não se admite que haja múltiplas escolhas e que bastaria que o responsável utilizasse uma, de acordo com seus critérios pessoais, exige-se a melhor decisão para aquele caso específico (THEODORO JÚNIOR et al, 2016).

O segundo fator é, como já adiantado brevemente, o reconhecimento de outras espécies normativas, que não somente as regras, capazes de impedir por completa a existência

³³ É importante salientar que Dworkin (2010), até mesmo por ser um autor norte-americano, tem em vista o modelo positivista de Herbert Hart em sua crítica. O termo “textura aberta” diz respeito ao espaço em que, na teoria de Hart, a linguagem falha em ser clara, causando ambiguidades e falta de clareza. Em alguns casos, a vagueza é tal que a decisão seria fruto de verdadeira escolha discricionária entre opções possíveis de interpretação. Nessa linha: “[...] se um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo. Nos outros sistemas de regras nos quais ele tem experiência (como os jogos), as regras são a única autoridade importante a reger as decisões oficiais, de tal maneira que se um árbitro puder modificar uma regra, ele terá poder discricionário com respeito ao conteúdo dessa regra. Quaisquer princípios que os árbitros possam mencionar ao modificar uma regra representam apenas suas preferências ‘típicas’. Os positivistas tratam o direito como se ele fosse essa versão revisada do beisebol” (DWORKIN, 2010, p. 62)

das chamadas lacunas, de modo a sempre ser possível definir o direito para uma das partes envolvidas no caso sob julgamento. A ideia, então, é que todos possuem o direito de serem tratados com igual respeito e consideração, razão pela qual não se pode admitir a existência de uma proliferação indefinida de respostas diversas para casos semelhantes, refletindo em um compromisso sério do Poder Judiciário em tratar os casos com o respeito e cuidado necessário (THEODORO JÚNIOR et al, 2016).

Tratando da decisão judicial, até mesmo pelo âmbito de competência do Poder Judiciário, não se pode utilizar os argumentos de política³⁴. Os objetivos de Estado, afinal, são propriamente definidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, diretamente sob escrutínio da sociedade pelo sistema eleitoral. O Poder Judiciário, em seu relevante papel, decide por argumentos de princípio (STRECK, 2014a).

Os princípios, a seu turno, enunciam uma razão que conduz o argumento em uma direção. Em uma mesma discussão, pode haver outros princípios que argumentam em direção contrária. Por isso diz-se que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, o que não significa necessariamente que a decisão seja uma livre opção entre argumentos conflitantes. Pelo contrário, o julgador deve levar em conta o peso de cada um dos princípios naquele caso concreto:

Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado. **Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória.** Ele pode, sem dúvida, estar errado na sua avaliação dos princípios, mas pode também estar errado em seu juízo de que a regra é obrigatória (DWORKIN, 2010, p. 57, grifou-se).

No âmbito da teoria do direito como integridade a prática jurídica é um processo em desenvolvimento constante. Trata-se de um processo linguístico e, portanto, interpretativo, que remete ao passado (tradição jurídica), ao futuro (consequências de uma dada decisão), tudo isso enquanto se tenta resolver um problema presente.

Nessa visão, a coerência passa também a exercer um papel fundamental, na medida em que toda interpretação judicial deve ter a finalidade de realizar uma descrição coerente da

³⁴ Sobre a questão, Dworkin (2014, p. 292) afirma: “Os juízes devem tomar suas decisões sobre o ‘common law’ com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado”.

ordem jurídica em seu conjunto. O magistrado deve necessariamente interpretar a situação específica tendo em vista a Constituição, as leis, princípios e precedentes pertinentes ao caso, de modo a que a decisão se encaixe em um todo coerente (ABBOUD, 2018).

Esse compromisso é o que se chama de responsabilidade política, em que as decisões devem ser tomadas somente se puderem ser justificadas no âmbito de uma teoria jurídica que também justifique as outras decisões que já foram tomadas, bem como as que se pretende tomar. Isto é, se “[...] condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas” (DWORKIN, 2010, p. 137).

Trata-se de uma coerência com uma tradição jurídica historicamente considerada, levando em conta os textos normativos positivados, as práticas jurídicas efetivas, incluindo-se os precedentes e a construção principiológica do direito. Por isso é que se defende que o jurisdicionado não faz jus apenas à opinião do magistrado sobre o caso, mas à melhor resposta para o caso, a resposta que pode ser inserida e reflete o conjunto coerente da prática institucional.

Sobre esse momento da decisão judicial, aliás, uma famosa alegoria utilizada por Dworkin é a do Juiz Hércules. A intenção não é o estabelecimento de um padrão de atitude para garantir a correção das decisões judiciais. A partir de uma figura metafórica, o que se propõe é um vislumbre de como se deve visualizar *idealmente* o compromisso dos juízes nas análises dos casos que lhes são apresentados.

Assim, Dworkin (2010) imagina um juiz de capacidade, paciência e sabedoria sobre-humanas. Este juiz, ao se deparar com um caso difícil, precisa inserir sua decisão em um todo coerente de princípios que lhe antecede. Ao analisar a situação fática, nota que não há uma regra específica a regular o caso, de modo que passa a elaborar um esquema de princípios abstratos e concretos que justifiquem os precedentes em situações semelhantes, assim como os princípios que fundamentam as normas constitucionais relacionáveis ao caso.

A figura do juiz Hércules, no entanto, não pode ser encarada de forma solipsista. Embora seja ele quem é obrigado a decidir o caso, o seu entendimento não se dá de forma isolada. O conhecimento da causa é sempre mediado pela colaboração das partes, e são estas quem também ajudam a inserir o caso em um debate de princípios³⁵.

³⁵ Nesse ponto, assume grande relevância o pensamento de Theodoro Júnior et al (2016, p. 74), quando afirmam que: “Hércules institucionaliza um pressuposto interpretativo contrafático, que pode ser evidenciado mediante a necessidade de um processo democrático e participativo de formação decisória, amplamente embasado pelo

É possível que, analisando os casos passados, encontre uma linha de decisões passadas que aplicarão de forma equivocada os princípios pertinentes. Nessa linha, ao invés de sentir-se vinculado ao erro, Hércules deve poder considerar uma parte da história institucional como errônea, atraindo para si o ônus argumentativo de demonstrar a correta interpretação principiológica pertinente (DWORKIN, 2010).

Ao final, Hércules decidirá o caso e, após pormenorizada análise e elaboração de uma decisão que reflète toda ordem constitucional e legal de um dado sistema jurídica, apresentará a melhor resposta para o caso. A resposta correta construída a partir de uma “[...] *cadeia de princípios* fundantes do direito costumeiro, levando em conta justificações dadas em decisões antecedentes sobre casos que possuem uma mesma *holding*” (TOVAR, 2018, p. 138).

Não obstante, os juízes são juízes, e Hércules, no fim das contas, é só uma metáfora. O que se estabelece, então, é um compromisso com a busca dessa resposta, não a garantia de que não haverá erros judiciais:

Nessa perspectiva, compreende-se a dimensão de metáfora que permeia a resposta correta. Ou seja, se nos casos concretos é sempre possível avaliar qualitativamente uma proposição jurídica em relação à outra, torna-se crível, a imposição para o julgados de evidenciar as razões pelas quais alcançou aquela decisão e por quais razões ela se apresentou a melhor em relação às demais, no caso concreto. Ou seja, **a resposta correta é a junção da melhor resposta que pode ser dada pelo magistrado com a melhor resposta a ser obtida no caso concreto, ela não é um valor inalterável a ser acessado metafisicamente pelo intérprete.**

[...] O que não se pode perder de vista é que toda resposta correta é sempre a melhor resposta do caso concreto, e ela nunca é alcançada em abstrato (ABBOUD, 2018, p. 309, grifou-se).

Ainda no âmbito da teoria do direito como integridade, é preciso ter esclarecer ainda a extensão do conceito de coerência. Esse conceito, aliás, está intimamente ligado à outra figura de linguagem utilizada por Dworkin para descrever sua forma de pensar o direito. Trata-se da metáfora do romance em cadeia.

Dworkin (2014) imagina que a prática judicial é semelhante à tarefa de um escritor em um romance em cadeia, em que um grupo de romancistas, cada um responsável por uma parte do livro, deve colaborar na construção do todo e primar para que, ao final, a obra seja um romance único, e não uma coletânea de histórias que não possuem nada em comum.

Assim, ao iniciar sua tarefa, o romancista terá de fazer uma análise geral do que já foi estabelecido: qual o enredo construído até então; as premissas de funcionamento daquele

contraditório e fundamentação dinâmicos, contrariamente a um suposto isolamento decisório e diretamente ligado ao que o Novo CPC estabelece nos arts. 7º, 10 e 489 [...]”.

mundo fictício; quais os personagens foram colocados em posições centrais etc. Além de fazer uma interpretação do que já existe, também há uma interpretação sobre as direções que foram preparadas para serem seguidas, quais as linhas narrativas devem ser desenvolvidas nesse próximo capítulo.

A partir disso, o romancista deve seguir de forma a desenvolver a história da melhor maneira que conseguir, sempre fazendo um juízo de adequação entre suas interpretações e o conjunto já escrito, também levando em consideração de que não poderá fechar opções narrativas importantes para o futuro, prejudicando a continuidade de história (DWORKIN, 2014).

Partindo dessa metáfora, concebe-se o modo de funcionamento da atividade judicial no âmbito da teoria do direito como integridade:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. Pode permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras. Na prática, mesmo esse processo limitado será em grande parte inconsciente: um juiz experiente terá um conhecimento suficiente do terreno em que se move seu problema para saber, instintivamente, qual interpretação de um pequeno conjunto de casos sobreviveria se os limites aos quais deve ajustar-se fossem ampliados (DWORKIN, 2014, p. 294).

Nessa linha, chega-se à conclusão que a decisão jurídica é sempre parte de uma obra já iniciada dentro de um dado sistema jurídico-constitucional, não podendo ignorar os elementos já estabelecidos, tais como as regras legais, constitucionais e mesmo os entendimentos jurisprudenciais sobre um determinado tema. Claro que isso não significa que não vão existir correções de rumo em posturas judiciais já estabelecidas, mas tudo vai depender da justificação dessa mudança dentro dos próprios pressupostos estabelecidos.

Desse modo é que não se justifica a tomada de decisões a partir de um suposto “progresso social” ou impulso da “razão civilizatória”, uma vez que frequentemente tudo isso só significa que os julgadores estão aplicando suas próprias concepções políticas e morais, não o Direito estabelecido.

A própria definição dos princípios que fundamentam uma ordem jurídica elimina qualquer espaço de discricionariedade. Mais uma vez, diga-se, o jurisdicionado não procura

uma opinião do magistrado enquanto sujeito político, ele busca o reconhecimento de direito e a tutela jurisdicional a esse direito. No exercício de sua função, o magistrado deve fazer um juízo de adequação entre sua decisão e os princípios pertinentes à matéria em julgamento. As “ponderações” não são no sentido de justificar uma escolha do julgador, até mesmo porque pela teoria do direito como integridade não há várias respostas igualmente válidas a serem escolhidas, há apenas a melhor resposta para o caso³⁶.

O que se “pondera” é, a partir dos precedentes pertinentes, a dimensão de peso dos princípios que inclinará a decisão para uma determinada direção. A tarefa de decidir é complexa, mas reflete um compromisso democrático com os direitos dos jurisdicionados.

Conforme Dworkin (2014, p. 305-306, grifou-se):

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. [...] As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. [...] Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferente juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. **Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer [...] não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica.**

³⁶ Para se ter uma noção da relevância da coerência em um ordenamento jurídico, observe a passagem de Luiz Rodrigues Wambier (2021, n.p.) sobre a necessidade de segurança jurídica no caso das ações coletivas: **“Nessas demandas, de caráter coletivo, saber ao certo quem poderá se beneficiar (ou ser prejudicado) pela decisão final é entender a própria razão de ser do assim chamado microsistema das ações coletivas. E, hoje, por opção legislativa, essas sentenças valem apenas para o local onde são proferidas, independentemente do dano sofrido ultrapassar o limite do Estado onde o processo é julgado.**

A questão não é mero delírio acadêmico; antes, revela profundos impactos práticos no desenho estratégico de diversos setores econômicos, inclusive em termos regulatórios.

O tema ganha ainda maior importância se nos dermos conta do universo de ações coletivas existentes hoje no Brasil. Conforme dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o número é surpreendente: são 438 mil ações coletivas registradas no Cadastro Nacional de Ações Coletivas, envolvendo questões como meio ambiente, direitos do consumidor, improbidade administrativa, direitos trabalhistas, dentre outras matérias que ultrapassam o interesse de João ou de Maria, isto é, de um único indivíduo.

Dentre esses temas, a saúde —com destaque especial para os planos de saúde— ocupa larga pauta das ações coletivas. Segundo a pesquisa Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, realizada pelo Insuper por demanda do CNJ, 34% dos processos judiciais em matéria de saúde têm por pano de fundo tema ligado aos planos de saúde. Comparativamente, questões securitárias envolvem apenas 23,8% dessas ações judiciais.

Há muitas situações em que uma mesma questão é discutida em diversas ações coletivas propostas em diferentes localidades país afora. Vimos muito disso recentemente com a pandemia de Covid-19: choveram ações civis públicas discutindo a cobertura dos planos contratados. Diferentes desfechos também são esperados.

Parece bastante surpreendente que o nosso sistema jurídico admita esse tipo de incongruência. A coerência é qualidade intrínseca buscada em qualquer sistema (especialmente nos sistemas jurídicos) e fere os olhos a existência de diferentes conclusões para idênticos problemas”.

Aqui é possível fazer uma ligação mais direta entre o direito como integridade e a hermenêutica gadameriana. Não apenas pela dimensão de historicidade, pelo valor que se dá à tradição, mas também pela necessidade de que a interpretação seja guiada através da suspensão dos pré-juízos. É impossível reconstruir a cadeia de princípios se se estiver a todo tempo empreendendo uma superposição de convicções pessoais na análise do caso. O que parece justo ao juiz não necessariamente é a melhor resposta para aquela situação específica e, como já dito à exaustão, o que se busca ao final é a tutela do direito, não opiniões pessoais.

Também é relevante destacar a dimensão linguística, e portanto interpretativa, do direito. Regras, princípios e políticas são razões argumentativas que podem ser enunciadas linguisticamente e devem estar explicitadas na decisão.

Por isso é que não há como tolerar subjetivismos ou espaços de discricionariedade. Em um ambiente intersubjetivo, não só se exige o diálogo de todos os atores processuais, como também o diálogo entre o caso presente e a tradição jurídica. Ainda assim, mesmo sabendo que a verdade ou, melhor dizendo, a melhor resposta para cada caso, somente é obtida através dessa dinâmica, ainda é preciso analisar de que maneira é possível utilizar os institutos processuais do CPC/15 em prol do controle dos subjetivismos.

Note-se que em nenhum momento se tentou construir um método de decisão infalível, tampouco se rejeitou a hipótese de erros. Tratando-se de falibilidades humanas o que se pode fazer é firmar um compromisso de responsabilidade política (DWORKIN, 2010) e aprimorar o diálogo democrático processual, seja no próprio processo em que decidida a questão, seja nos casos futuros.

Por isso é que se destaca a importância do contraditório dinâmico e fundamentação analítica, no CPC/15, como instrumentos de controle na construção contínua de um sistema processual mais democrático e condizente com paradigmas contemporâneos da teoria do direito. Responsabilidade política, aliás, não é um compromisso sem fiabilidade, mas dever real de buscar a resposta mais adequada, de tratar os casos com seriedade (THEODORO JÚNIOR et al, 2016).

4 CONTRADITÓRIO, COOPERAÇÃO E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O CPC/15 e a superação do paradigma discricionário

A partir da tese dworkiana da resposta correta, é possível fundamentar um compromisso do Poder Judiciário no sentido de buscar a melhor resposta para aquele caso específico, não podendo descambar na subjetividade e achismos individuais de cada magistrado. É preciso, contudo, delimitar melhor o sentido desse compromisso de responsabilidade política no âmbito do processo civil constitucional.

Nunca é demais lembrar que, a despeito de não ser possível admitir, nos quadros de uma teoria do direito contemporânea, um espaço de discricionariedade do julgador, isso não significa que há um mero retorno a uma concepção de legalidade exegética. Hoje toda legalidade é mediada pela Constituição Federal, em suas regras e princípios, como, aliás, consta do art. 1º do CPC/15³⁷, de modo que a tarefa de interpretação não se torna menos complexa a partir da assunção de um compromisso com respostas “corretas”.

Também é de se destacar que não a doutrina, especialmente nos campos constitucional e processual, não admitem pacificamente as teses de Dworkin, muito pelo contrário, embora não haja admissão explícita de espaços de discricionariedade entre os principais nomes da ciência processual brasileira, há autores³⁸ que leem o processo civil constitucional a partir de outras premissas filosóficas, de maneira a adotar postura mais cética em relação à possibilidade de se obter uma única resposta para cada caso concreto.

Divergências teóricas são absolutamente naturais no âmbito de qualquer ciência, porém, a despeito de tudo, no âmbito do CPC/15 o que se vê é que, ainda que por caminhos diversos, o que a maioria esmagadora da ciência processual busca é melhorar a prestação jurisdicional, razão pela qual há grande relevância acerca do estudo dos princípios da cooperação, contraditório e motivação das decisões judiciais, que são pilares para um processo civil mais consentâneo com a nossa dogmática constitucional.

Os fundamentos jusfilosóficos elucidam o modo como cada um enxerga o direito processual. Expor esses fundamentos serve para que, antes das conclusões, as premissas do pensamento sejam submetidas à crítica da comunidade jurídica. Em se tratando de ciência,

³⁷ Observe: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

³⁸ Nesse sentido, os professores Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2017), por exemplo, não entendem assistir razões às teses de Dworkin, filiando-se a uma outra linha de pensamento do direito contemporâneo, mais alinhada com a teoria da argumentação jurídica.

contudo, ainda que com referenciais teóricos diferentes, deve-se sempre firmar um diálogo amplo com os autores mais representativos da disciplina, o que não implica em acatar cegamente as afirmações que são feitas por eles.

O que se fará a seguir é continuar aprofundando o referencial teórico do presente trabalho, desta vez unindo as bases filosóficas (Gadamer) e de teoria do Direito (Dworkin) com a doutrina constitucional brasileira. Em seguida, será realizada uma análise de algumas das normas fundamentais do processo civil brasileiro, com foco na sua contribuição para a construção de um processo mais dialógico e participativo, fortalecendo o compromisso de obtenção de respostas adequadas em cada caso, sem recair à subjetividade do julgador.

Nessa análise normativa o objetivo é dialogar amplamente com a doutrina a partir das premissas adotadas no presente trabalho, de modo a permitir uma leitura ampla das normas que contribua ao debate sem se limitar a apenas um ou alguns círculos específicos da ciência jurídica.

4.1 Constituição e Processo Civil: por uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada

A aproximação teórica entre Gadamer e Dworkin não é automática e não é inédita do presente trabalho, foi o constitucionalista brasileiro Lenio Luiz Streck o responsável pela maturação teórica dos dois autores no âmbito de sua Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Assim é que a metáfora da resposta correta, na linha de pensamento do professor Streck, é entendida no âmbito da *applicatio* gadameriana, isto é, a compreensão da obtenção das respostas não se dá *a priori*, mas sempre a partir da compreensão do caso³⁹.

Explicando melhor:

A hermenêutica não nega que um texto (um enunciado linguístico) tenha vários significados. Não se nega a vagueza e ambiguidade da linguagem. Não é essa a discussão. O problema é que as posturas analíticas (onde se insere a dogmática jurídica *lato sensu*) consideram possível esgotar os significados dos textos *in abstracto* (por isso, o *semantic sense*). Por isso, a proliferação dos verbetes e a cultura da standardização do direito. As súmulas vinculantes são um exemplo privilegiado dessa tentativa semântica de abarcar os sentidos antes da aplicação.

Contrariamente a isso, para a hermenêutica aqui adotada, não há respostas antes das perguntas. Repito: não há textos sem coisas. Pode haver centenas de definições para

³⁹ Ainda que partindo de pressupostos teóricos diferentes, é de se mencionar opinião semelhantes de Teresa Alvim e Bruno Dantas (2019, p. 165): “Embora essa expressão tenha o significado de que haveria, antes de tudo, uma decisão ‘destinada’ a resolver o caso, não é este que aqui nos interessa. Interessa-nos, isto sim, que embora, em tese, possamos admitir que um mesmo caso pode ser adequadamente resolvido de mais de um modo, depois de ter havida a *opção*, essa forma de resolver o caso será a única”

a palavra ‘furto’. Entretanto, o evento furto – momento único em que se dará o sentido de um ‘furto mesmo’ – ocorre apenas de um modo. Esse modo se dá a partir da *applicatio*. A decisão acerca desse evento se dará a partir da reconstrução institucional do direito, da coerência e da integridade. A decisão acerca do fenômeno não partirá de um grau zero e tampouco ocorrerá pelo ‘acoplamento’ de um sentido previamente elaborado (sintática e semanticamente) a um ‘fato desnudo’ (STRECK, 2014b, p. 431).

A partir de uma perspectiva voltada ao constitucionalismo brasileiro, e tendo em vista a exigência de fundamentação já contida no art. 93, IX, da CRFB/88⁴⁰, sob pena de nulidade, o professor Streck (2013, p. 107) faz um acréscimo, a sua contribuição, à tese da resposta correta. A resposta, nessa linha, “não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma [...]”.

A decisão, aliás, não é uma escolha do magistrado, mas exercício de poder estatal através da jurisdição. É preciso desmistificar a figura do juiz enquanto um ser iluminado ou com capacidades diferenciadas em relação às partes. Não se trata de um demérito aos membros do Poder Judiciário, muito pelo contrário, a questão é tão somente esclarecer que os magistrados são servidores públicos, incumbidos de uma das mais honradas funções no Estado Democrático de Direito, só que são acima de tudo pessoas, juristas, assim como os promotores, defensores públicos, advogados e etc.

Também é de se lembrar que não há uma opção do julgador no sentido de aplicar ou deixar de aplicar um lei válida a um caso concreto. Se a norma não padecer de vício de inconstitucionalidade e for plenamente aplicável ao caso, não pode o magistrado simplesmente ignorá-la, até mesmo por não ser uma prerrogativa sua. Nessa linha, aliás, importante sempre lembrar que o próprio STF possui posicionamento consolidado no sentido de que a não aplicação da lei equivale a uma declaração de inconstitucionalidade, não podendo haver a declaração incidental de inconstitucionalidade pelos Tribunais locais sem seguir o rito previsto no art. 97 da CRFB/88⁴¹.

Assim, no Ag. Reg. na RCL 28.849/ES, os membros da Primeira Turma do STF cassaram decisão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região que deixou de aplicar dispositivos da Lei nº 11.442/2007 que determinavam que as relações decorrentes de

⁴⁰ O dever de fundamentação não é a única norma constitucional que fundamenta a tese da resposta adequada à Constituição, mas é a mais relevante do ponto de vista da obtenção de um “*accountability*”. Nessa linha, é o entendimento de Tovar (2018).

⁴¹ Para que fique claro, observe o texto constitucional: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988).

contrato de transporte autônomo não configuravam vínculo empregatício. Em seu voto, o Ministro Relator Alexandre de Moraes corretamente manteve o posicionamento esboçado na decisão monocrática agravada, no sentido de considerar que a não aplicação dos dispositivos equivalia a uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o que só poderia ser feito no âmbito do Tribunal com a obediência da reserva de plenário prevista no art. 97 da CRFB/88:

Ao realizar essa redução interpretativa, o órgão fracionário do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região exerceu o controle difuso de constitucionalidade e utilizou a técnica decisória denominada declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pela qual o intérprete declara a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem, contudo, alterá-lo gramaticalmente, ou seja, censurou uma determinada interpretação por considerá-la inconstitucional. Ocorre, porém, que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. Essa verdadeira cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também no controle concentrado (BRASIL, 2018).

Esse entendimento, aliás, também já tinha sido consolidado na Súmula Vinculante nº 10, em que se dispôs que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CRFB, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (BRASIL, 2008).

Portanto, é essencial que se abandone a ideia de que aplicar a lei é ser exegético ou positivista. Se é certo que a teoria do direito, hoje, é complexa e exige um pensamento profundo sobre os princípios e a história institucional do direito, isso não quer dizer que o ato de verificar que uma lei é aplicável a um caso e decidir neste sentido seja algo simples ou inadequado. Muito pelo contrário, é justamente o que se espera de uma boa prestação jurisdicional em um cenário ideal, qual seja, a identificação da norma correta para regular o caso, sem descambar em subjetivismos.

Assim é que o exercício do poder jurisdicional deve se dar com responsabilidade política, com um compromisso de buscar repostas adequadas para cada caso, sem se limitar a decisões de tipo “padrão” ou genéricas⁴². As repostas adequadas constitucionalmente, aliás,

⁴² Dito de outra forma: “Nesse exame qualitativo dos provimentos jurisdicionais, deve-se estar atento à observação de que o direito é limitativo das escolhas do juiz” (QUINTAS, 2016a, p. 81).

por decorrerem, na visão do professor Streck (2014b; 2013) adotada no presente trabalho, do dever de fundamentação previsto no art. 93, IX, CRFB/88, é direito fundamental do jurisdicionado⁴³.

Por se trata de um direito fundamental que remete sempre a solução do caso à sistemática constitucional, formada pelas regras e princípios da CRFB/88, que compõem a base do direito aplicável no Brasil, a partir do qual se forma o conjunto íntegro e coerente, é que se pode concluir também que a leitura do direito processual civil é sempre mediada pelo filtro da constitucionalidade de suas regras. O processo é instrumento através do qual se realiza a normatividade material, especialmente a de natureza constitucional, mas isso não quer dizer que o processo seja instrumento para atingir escopos estatais nos termos da tese de Dinamarco (2009), ao contrário, o processo é meio para a realização democrática do direito, sempre pautando-se na ampla participação e na observância das normas, que não estão à livre disposição do julgador.

O conceito de princípio, nessa perspectiva, é fulcral para uma correta compreensão da CHD. Os princípios não são enunciados abstratos que servem para dar “abertura semântica” ao direito, princípios também não são valores individuais colhidos da convicção pessoal de uma dada pessoa. Com Dworkin (2010), e especialmente com o professor Streck (2013; 2014a; 2014b) os princípios têm a função de “fechar” a interpretação de cada caso, na medida mesma em que condicionam o olhar do intérprete a uma direção definida a partir da história institucional daquele sistema jurídico.

Nesse ponto é que se verifica o equívoco de quem, sob pretexto de dar aplicação a um princípio, simplesmente deixa de aplicar regras válidas e de mesmo grau hierárquico em um caso concreto. A normatividade das regras somente pode ser afastada, na jurisdição constitucional, com a declaração de sua inconstitucionalidade (QUINTAS, 2016a).

O princípio do devido processo legal não surge simplesmente por enunciar um dado valor que é caro a alguém, também não é algo simplesmente imposto em um dado ordenamento, é, isto sim, o fruto de uma longa tradição que surge como resposta a arbitrariedades reais. Levar os princípios a sério é encará-los a partir de suas respectivas tradições e desenvolvimentos, lembrando que trazem consigo toda uma cadeia discursiva que faz parte do ordenamento e que surge a partir de problemas reais.

⁴³ Nesse sentido, lembre-se que se trata de um compromisso decorrente da responsabilidade política, mais especificamente: “[...] toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do ‘grau zero de sentido’”.

Dessa maneira:

Ou seja, o princípio recupera o mundo prático, o mundo vivido, as formas de vida (Wittgenstein). O princípio ‘cotidianiza’ a regra. ‘Devolve’, pois, a espessura ao ônitico da regra. É ‘pura’ significatividade e desabstratização. Trata-se de uma espécie de ‘redenção da existência singular da regra’ (veja-se que a regra é feita com caráter de universalidade/abstratabilidade/generalidade).

Com efeito, ao contrário do que se diz na tese da distinção enunciativa sobre a ‘abertura semântica dos princípios’, é a regra que ‘abre a interpretação’, exatamente em razão de sua perspectiva universalizante [...] (STRECK, 2013, p. 113, grifou-se).

Entendido o aspecto substancial da decisão judicial, é preciso ainda ressaltar um outro ponto importante na relação entre constitucionalismo e direito processual civil, qual seja, o valor intrínseco da “forma”, isto é, da observância de procedimentos adequados para a prolação de uma decisão em um processo (QUINTAS, 2016a).

Não que se adote uma postura procedimentalista ou se elogie um formalismo pelo formalismo, mas tão somente se deve sempre levar em conta que a busca por uma tutela efetiva dos direitos não deve ignorar algumas ditas formalidades que nada mais são do que pilares do processo civil constitucional, tais como o contraditório e a ampla defesa. Nesse ponto, não se reputa adequada constitucionalmente uma decisão que busque uma solução da situação da vida no âmbito do conjunto de regras, princípios e precedentes do sistema jurídico, mas que ignore os argumentos das partes ou negue um pedido de prova cabível e formulado tempestivamente⁴⁴.

O processo, visto a partir de sua conformação constitucional, é sempre meio para tutela efetiva de direitos fundamentais, não sendo possível, seja do ponto de vista lógico ou jurídico, a partir dessa concepção, defender restrições indevidas de garantias processuais com vistas à uma eficiência que, dada a falta de democraticidade, em si é vazia (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2020).

Advertir-se que a aproximação entre constitucionalismo e processo aqui defendida afasta-se da corrente defendida por teóricos ditos neoconstitucionalistas, que muitas vezes, sob pretexto de uma tutela mais efetiva dos direitos fundamentais, faz a aposta no protagonismo judicial. Com Nunes, Bahia e Pedro (2020, p. 251), pode-se afirmar que:

⁴⁴ No dizer de Quintas (2016, p. 76, grifou-se): “Ver o valor intrínseco da forma é uma advertência necessária para não se enveredar num instrumentalismo deturpado, que põe o processo a serviço do direito material a qualquer custo.

Não se pode ignorar que princípios como **o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa são demonstrações inequívocas de que a forma do processo possui valor intrínseco, a qual não pode ficar submissa à tutela do direito material”.**

[...] a principal função do processo constitucional é garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos), permitindo controle dinâmico dos argumentos encontrados pelo órgão decisor, por meio de debate exaustivo e através de um novo formalismo processual democrático, que se utiliza da instrumentalidade das formas para privilegiar e realizar os direitos materiais discutidos, mediante o exercício das garantias processuais discursivas.

Por fim, uma última observação de importância fundamental diz respeito à tutela de direitos sociais através do processo civil ordinário. Nesse ponto, a mudança paradigmática da noção de Estado ocorrida no âmbito do chamado “Estado Social”, foi causa decisiva na ampliação do papel dos juízes na tutela dos direitos sociais. A constitucionalização dos direitos sociais teria fomentado um novo tipo de litigiosidade civil, denominada litigância de interesse público, em que as partes buscavam a implementação de políticas públicas (QUINTAS, 2016b).

Essa mudança, ainda que trazendo consigo pontos importantíssimos para o avanço da dogmática constitucional, acabou por acentuar algumas fragilidades institucionais do ponto de vista da atuação do Poder Judiciário em políticas públicas, valendo mencionar especialmente a falta de capacidade técnica dos membros do Poder Judiciário no tocante à elaboração de políticas públicas, assim como a falta de legitimidade democrática para atuar no campo das políticas públicas, criadoras de direitos, haja vista a atividade típica de declaração de direitos pré-existentes.

No caso brasileiro, a despeito da previsão constitucional de controle abstrato da constitucionalidade por omissão, a grande atuação dos Tribunais Pátrios nas políticas públicas se formou através de ações ordinárias específicas, em que se faria o controle difuso da constitucionalidade. A jurisprudência do STF, caracterizada pelo ativismo judicial, teria se formado de tal maneira à tornar o Judiciário em um “[...] centro autônomo prestador de benefícios sociais dotado de caráter supletivo em relação aos poderes legislativo e administrativo” (MORAIS, 2011, pp. 215-216, *apud* QUINTAS, 2016b, p. 34).

Conforme explica Quintas (2016b), o pensamento subjacente à prática judicial brasileira ainda estaria calcado em uma concepção de Estado assistencialista, consubstanciada em uma exacerbação do modelo constitucional de Estado Social. A ideia é de que a prestação jurisdicional, fundada em um dirigismo constitucional, deveria ser ampla e irrestrita, tudo com objetivo de fazer valer os objetivos fundamentais do próprio Estado. Defende-se, em uma linha mais tradicional, um certo protagonismo judicial na definição do sentido dos direitos e na condução das políticas públicas estatais.

É certo que o obrigado a efetuar a prestação é o Estado, não apenas o Poder Executivo ou Legislativo. O Poder Judiciário não só tem permissão, como dever de atuar e

garantir os direitos sociais, até mesmo como meio de fazer valer o texto constitucional (PIOVESAN, 2010). Contudo, a atividade do Poder Judiciário no âmbito dos direitos sociais não pode pretender substituir a atividade dos demais poderes. A chave para um constitucionalismo adequado à multiplicidade e variedade da vida contemporânea é justamente a abertura para diálogo entre os vários âmbitos da sociedade civil.

Com isso não se quer atacar a justiciabilidade dos direitos sociais em si, mas sim fomentar a busca de alternativas à prática atual, sempre buscando atender a heterogeneidade e pluralismo inerentes ao Estado Democrático de Direito. Os juízes não podem ser vistos como senhores do direito, mas sim como garantidores da complexidade estrutural do direito no âmbito do constitucionalismo.

Nessa linha, são relevantes os questionamentos levantados por Ferreira (2018, p. 124):

Esse parece ser um questionamento interessante e com potencial para amplo debate. Tanto mais quando se afirma que o Judiciário seria legítimo para ‘corrigir políticas públicas equivocadas’ com base no (assim chamado) princípio da razoabilidade (deixando de lado as ferrenhas discussões acerca da pertinência da razoabilidade como critério decisório). Dentre as inquietações que surgem, indagamos: quando falamos em políticas públicas equivocadas ou adequadas, não estaríamos no território da conveniência e aperfeiçoamento políticos? A implementação de políticas públicas ‘equivocadas’ da perspectiva do (ir)razoável, não seria uma parte natural do aprimoramento e amadurecimento das instituições democráticas e do diálogo entre sociedade civil e corpo de representantes?

A chave para um modelo alternativo é o diálogo institucional do Judiciário com outras esferas da sociedade. Adota-se, assim, a postura chamada de “incrementalismo”⁴⁵, em que se busca uma decisão fundada em dados e objetivos interconectados entre os poderes, buscando o diálogo e a concordância de várias agentes políticas sobre o tema (QUINTAS, 2016b).

⁴⁵ Sobre esse ponto, Quintas (2016b, p. 42-43, grifou-se) esclarece que: “O incrementalismo é um método de gestão e de tomada de decisões por atores racionais atuando sob circunstâncias de severa complexidade e ampla incerteza, o qual teve grande impacto na teoria das organizações e na administração pública (especialmente na prática orçamentária). A ideia básica é que, em situações complexas e cercadas de incertezas, há dificuldade de tomar decisões com base no modelo racional compreensivo, que busca esclarecer objetivos, para depois coletar dados empíricos, e em seguida formular políticas, primeiro elegendo finalidades e depois os meios, com um teste de razoabilidade, levando em consideração todas as variáveis relevantes, com o que se alcançam decisões confiáveis. Pelo incrementalismo, **há uma identificação de objetivos e dados empíricos de forma interconectada, buscando a concordância de vários agentes sobre a decisão; assume-se que a análise é limitada, porque se negligenciam importantes resultados, alternativas e valores afetados pela decisão que não puderam ser identificados, com o que se submete a decisão a sucessivas comparações ao longo do tempo para aprimorá-la**”.

Isso não significa dizer que a atuação do juiz estaria limitada apenas a reconhecer o *standard* legal fixado pelo Legislativo, haja vista que é possível a intervenção judicial que vise ao melhoramento de políticas já existentes, sem empreender uma construção ampla da política pública, mas se concentrando em aspectos pontuais a serem melhorados e corrigidos. A decisão, aliás, nunca é definitiva, sempre sendo mais um passo no aperfeiçoamento do entendimento sobre o tema, possibilitando sempre que os demais Poderes revisitem a questão e aprimorem ainda mais a medida (QUINTAS, 2016b).

Desse modo, e à guisa de conclusão deste tópico, pode-se dizer que o papel da Jurisdição Constitucional é a verificação de adequação das normas com a Constituição, de modo que, se forem adequadas, isto é, se a norma produzida pelo intérprete não ultrapassar os limites semânticos do texto a que diz respeito, não podem ser substituídas por nenhum tipo de subjetivismo dos julgadores.

A importância de tudo isso, aliás, é sentida ainda mais em tempos de crise, e a segurança jurídica é fundamental para o bom funcionamento de um Estado de Direito, e isso não só do ponto de vista político e social, mas também repercute na própria situação econômica de um país. Nessa linha, é a advertência de Luiz Rodrigues Wambier (2021, n.p., grifou-se):

Em uma visão objetiva do tema, hoje é difícil ao empresariado ou, mais especificamente, a um investidor, estabelecer estratégias seguras quanto à supressão de possíveis passivos judiciais e administrativos diante da corda bamba interpretativa decorrente da confusa legislação e da jurisprudência oscilante. Deve o empresário se preparar para desdobramentos potencialmente complexos para cada sentença proferida em ação coletiva ou pode considerar a limitação de eficácia territorialmente prevista? Difícil se aventurar.

Daí porque a preocupação quanto ao desfecho pelo STF sobre o tema é legítima: **no fim do dia, é a segurança jurídica um dos elementos protagonistas na definição de um ambiente vocacionado ao crescimento econômico do país. E, claro, à higidez do Estado de Direito.**

Assim, é possível compreender que a tutela jurisdicional não pode estar à mercê de subjetivismos e arbitrariedades. Toda atividade jurisdicional é atividade de jurisdição constitucional, posto que é foro passível de discussão de questões constitucionais. Quem interpreta a constituição a está concretizando e está obrigado a produzir um resultado constitucionalmente “justo”. Se é assim, as partes afetadas por um dado provimento jurisdicional possuem um direito fundamental de que a Constituição seja adequadamente interpretada e cumprida (STRECK, 2014a).

4.2 Cooperação processual como modelo de superação do solipsismo judicial

Definidas as bases para leitura do processo civil constitucional no CPC/15, cumpre-nos analisar em que medidas as inovações do Código podem contribuir para a superação da discricionariedade e, conseqüentemente, para a construção de uma prestação jurisdicional mais dialógica e democrática. Por uma questão de delimitação, 03 (três) foram as normas que se reputou, para fins deste trabalho, como pilares para essa superação, quais sejam: o estabelecimento de um modelo cooperativo de processo (art. 6º); o contraditório dinâmico arts. (9º e 10); e o dever de fundamentação analítica das decisões judiciais (arts. 11 e 489).

Com isso não se quer desmerecer a relevância de temas como a negociação processual ou o estabelecimento de precedentes vinculantes, que também contribuem para um aprimoramento técnico do direito processual civil. Não obstante, até por uma limitação de objeto de pesquisa, foi necessário definir aquelas normas que constituem a centralidade da democraticidade processual, sob pena de fazer-se uma análise completa do CPC/15, o que evidentemente não é o caso.

Por se tratarem de normas, nada melhor, até mesmo para seguir tudo aquilo que foi exposto, do que partir do próprio texto legal. Observe: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem **cooperar** entre si para que se obtenha, em tempo razoável, **decisão de mérito justa e efetiva**” (BRASIL, 2015).

O CPC/15, então, aderiu a tendência já esboçada em outros sistemas processuais, em especial os do direito português e alemão, de estabelecer um sistema cooperativo, privilegiando uma atuação mais ativa das partes.

Conforme Daniel Neves (2016, p. 146):

Seguir a tendência de legislações estrangeiras, em especial a alemã, na propositura de um sistema participativo/cooperativo é benéfico ao processo porque, centrando-se em deveres do juiz, permite uma participação mais ativa das partes na condução do processo e aumenta as chances de influenciarem de maneira efetiva na formação do convencimento judicial. Sob esse ponto de vista, é salutar falar em princípio cooperativo e o art. 6.º do Novo CPC deve ser saudado.

Para Daniel Mitidiero (2015, p. 64), o art. 6º estabelece um modelo cooperativo de processo, que repercute na posição do juiz que, “isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão [...]”, cumpriria duplo papel, uma vez que participaria em condições de igualdade com as partes no diálogo processual, sendo um dos sujeitos do contraditório, além de ser o responsável pela prolação da decisão a partir desse diálogo.

Ainda segundo esse raciocínio: “[...] quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si” (MITIDIERO, 2015, p. 70-71). Na visão aqui defendida, no entanto, essa concepção da cooperação processual acaba por ser demasiado limitativa, uma vez que há sim compromisso das partes de cooperarem entre si⁴⁶, até mesmo com consequência lógica da boa-fé (art. 5º do CPC/15). Claro que o réu, por exemplo, não é obrigado a confessar que deve ao autor para fins de colaborar com uma decisão de mérito justa e efetiva, mas ele é de fato obrigado a não alterar a verdade dos fatos, a não usar o processo com objetivo ilegal, a não opor resistência injusta ao andamento processual e etc. (art. 80 do CPC/15).

Ainda sobre a boa-fé, há que se ter em conta a sua importância não só no âmbito processual, mas de todo o direito. O autor do presente trabalho, aliás, já teve a oportunidade de se manifestar sobre a temática em outra oportunidade:

Por conseguinte, com a promulgação da Carta Magna de 1988, a autonomia da vontade deve ceder lugar às exigências éticas e morais da boa-fé. **Todos os comportamentos inerentes ao meio social, regulados pelo direito, devem, necessariamente, ser orientados pela lealdade, confiança e pela honestidade. Conforme os demais princípios constitucionais, o princípio da boa-fé passa a atuar como um ‘farol’, de modo a guiar a interpretação constitucional, pilar essencial para um ordem jurídica democrática [...]** (COSTA e NINA, 2014, p. 165, grifou-se).

É preciso ainda destacar a crítica de Ramos (2019, p. 177), com a qual se concorda, ao posicionamento de Daniel Mitidiero, uma vez que não há como considerar o juiz em uma situação paritária de diálogo em relação às partes, até mesmo por não ser o magistrado destinatário da decisão. Nessa linha, “Contraditório é direito que se liga invariavelmente à *produção de provas e alegações*, de modo que, entendido o juiz como sujeito processual dele integrante, estar-se-ia a autorizar posturas ativistas que representam sério risco à sua posição de terceiro imparcial”.

De todo modo, o ponto fulcral do modelo cooperativo é o estabelecimento de uma comunidade de trabalho em que todos os sujeitos atuem de forma interdependente na construção da solução judicial para o caso apresentado (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2020). Dessa forma,

⁴⁶ Em sentido semelhante é a posição de Didier Júnior (2015, p. 127): “É por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos processuais devem cooperar *entre si*. Os deveres de cooperação são conteúdo de *todas* as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-juiz-réu, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação”.

não há mais como admitir-se protagonismos, de tal maneira que as relações entre os diversos sujeitos processuais passa a ser horizontalizadas (WAMBIER, 2017).

Esse modelo, muito além de implementar direitos às partes, demanda o cumprimento de uma série de exigências, não só do ponto de vista das partes, como também por parte do magistrado, que fica obrigado aos deveres de esclarecimento⁴⁷, consulta⁴⁸, prevenção⁴⁹ e auxílio⁵⁰ (WAMBIER, 2017).

Sem embargo, o modelo cooperativo só faz sentido se analisado em um contexto mais amplo, onde se garante um contraditório dinâmico, com vedação de decisão surpresa, assim como onde se exige do magistrado um dever de fundamentação analítica dos argumentos levantados no processo. A partir do conjunto é que se nota a função da cooperação no combate ao protagonismo judicial e de atitudes discricionárias.

Para Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 301-302, grifos do original):

Assim, há que se ler a **cooperação** (art. 6º) **não como dever ético da parte agir contra seus interesses, mas a partir da ideia de ‘comunidade de trabalho’**. É preciso se compreender a **cooperação a partir do ‘contraditório como garantia de influência e não surpresa’**, para que criemos um **ambiente procedimental** em que, realmente, **as partes possam** (já que não são obrigadas, mas facultadas a tal), *ao agir na defesa dos seus interesses, contribuir para a construção do pronunciamento em conjunto com o magistrado* (que deve agir como facilitador desse procedimento). E mais, se compreendemos que provimento jurisdicional só é legítimo se for o resultado direto daquilo que foi produzido em contraditório no processo (art. 489, § 1º, CPC/2015), seja na reconstrução dos ‘fatos’, seja no levantamento de ‘pretensões de direito’ (reconstrução do ordenamento) –, então ter-se-á uma compreensão democraticamente adequada da cooperação. Lembramos que a decisão é ‘correta’ não porque é ‘justa’, o que implicaria uma sobrecarga moral para as partes e para o juiz. É correta porque se criou um ambiente

⁴⁷ Para Didier Júnior (2015) o dever de esclarecimento se manifesta em relação tanto às partes, quanto ao juiz. No que toca às partes, o dever de esclarecimento consiste no dever de redigir a sua respectiva demanda com clareza e coerência, sob pena de ser considerada inepta, além de abranger o dever de agir com lealdade no processo (arts. 79 e 80). No que concerne ao órgão jurisdicional, o dever de esclarecimento é tanto a exigência de lealdade, quanto o dever de esclarecer seus próprios pronunciamentos, além de pedir esclarecimentos das partes quanto a suas alegações e pedidos, evitando conclusões precipitados e mal entendidos.

⁴⁸ O dever de consulta tem relação íntima com a vedação de decisões surpresa, consistindo no dever do magistrado de pedir a manifestação das partes em relação às questões não debatidas no processo, ainda que pudessem ser conhecidas de ofício (DIDIER JÚNIOR, 2015).

⁴⁹ O dever de prevenção aplica-se a situações em que o êxito da ação ou defesa possam ser indevidamente frustradas por erros formais ou usos inadequados dos instrumentos processuais plenamente sanáveis. Para Didier Júnior (2015, p. 130) o dever de prevenção aplica-se em quatro áreas: “[...] explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação pela parte”.

⁵⁰ O dever de auxílio ou assistência é previsto no direito português e diz respeito ao dever do magistrado de auxiliar as partes na superação de certos obstáculos que possam atrapalhar o exercício de direitos, faculdades ou a desincumbência de ônus processuais (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2020). Sobre esse ponto, Didier Júnior (2015) faz importante observação, com a qual se concorda, no sentido de que não há como defender um dever geral de auxílio na dogmática processual brasileira, até mesmo porque a tarefa de auxiliar as partes é dos advogados e defensores públicos. O que há, então, são deveres típicos de auxílio que devem ser expressamente previstos em lei.

procedimental no qual cada sujeito do processo, tendo a possibilidade de contribuir, ao agir na defesa dos seus interesses (ou, ao agir de acordo com o papel que lhe é esperado, no caso do magistrado), pôde trazer elementos para o processo e tais elementos estão presentes no pronunciamento. Isto é, não se trata de o Estado-juiz outorgar ‘tutela’ às partes, já que o judiciário não está na condição de ‘tutor’, mas tem a função jurisdicional de resolver o conflito e, para isso, sua decisão precisa refletir, seja para aderir seja para negar, as pretensões a direito feitas pelas partes.

Com uma boa prestação jurisdicional, em cooperação entre os sujeitos processuais, a expectativa é o melhoramento da qualidade das decisões, com conseqüente incremento de segurança jurídica. Só assim é que se pode pensar em uma valorização da primeira instância e redução da carga de trabalho dos Tribunais. A aposta em decisões solipsistas, aliás, também carrega sua parcela de culpa na expansão desmedida da litigiosidade, de modo que é somente com o esforço para a construção de um sistema íntegro e coerente que se conseguirá colher os melhores resultados no âmbito do CPC/15 (FIGUEIREDO FILHO e MOUZALAS, 2016; WAMBIER, 2017).

Do ponto de vista de conformação do direito processual civil ao paradigma filosófico da intersubjetividade, cooperação significa especialmente o reconhecimento de que conhecimento válido não é aquele advindo de uma “razão superior” ou “iluminação” do magistrado que, a despeito da função pública, é também um ser, assim como as partes e os seus representantes. O aspecto de correção da decisão só advém do competente diálogo dos argumentos levantados pelos sujeitos processuais e o cotejo deste com a tradição, em sentido gadameriano.

Em outras palavras, há uma nítida superação da ideia do juiz como sujeito com capacidades extraordinárias para absorver os escopos do Estado e aplica-los ao processo, o que por si já é um avanço tremendo. Independentemente de adotar-se estritamente a fundamentação filosófica e de teoria do direito do presente trabalho, os grandes processualistas em tempos de CPC/15 formam quase um consenso relativamente à importância do diálogo, havendo variações relevantes de posicionamentos, mas nunca subestimando o caráter dialógico e discursivo do direito processual⁵¹.

Sem embargo, para compreender a importância do CPC/15 para superação de um modelo discricionário em direção ao aprimoramento democrático do processo, é preciso

⁵¹ Nessa linha, a preocupação com um processo civil mais dialógico também é demonstrada por Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2017). Mais uma vez, destaque-se que a divergência de referenciais teóricos não implica em dizer que os demais autores estão errados ou ultrapassados, muito pelo contrário. Há um respeito muito grande com esses pensadores que, se veem o processo de uma maneira que ainda favorece, de certa maneira, uma centralidade do papel do juiz (a quem caberia uma interpretação valorativa, derivada da concepção axiológica de princípios adotada pelos citados autores), em nenhum momento defenderão que os magistrados podem dizer o que bem entenderem no processo.

aprofundar duas normas essenciais e absolutamente complementares que agem diretamente na garantia de intersubjetividade e diálogo, quais sejam, o princípio do contraditório e o dever de fundamentação analítica das decisões judiciais.

4.3 Princípio constitucional do Contraditório e Dever de Motivação das Decisões: instrumentos de controle epistemológico no processo

É certo que o modelo cooperativo de processo busca compreender o processo civil como uma comunidade de trabalho, com uma série de mecanismos destinados à proporcionar um intenso diálogo. Esse diálogo não se consubstancia meramente na possibilidade de manifestação ou interação com os demais sujeitos do processo, mas sim em contraditório dinâmico, visto como garantia de influência. O provimento final de um processo desenvolvido em contraditório, por sua vez, deve colher sua legitimidade de uma fundamentação analítica que abarque os argumentos levantados no processo e se insira de forma íntegra e coerente na história institucional do sistema jurídico.

A inovação do CPC/15 não consiste no mero estabelecimento do princípio do contraditório e do dever de motivação das decisões judiciais, até mesmo porque, ainda que não se queira retroagir a previsões legais do CPC/73, seria forçoso reconhecer a previsão dessas normas na CRFB/88, inclusive erigindo-as, especialmente em relação ao contraditório (art. 5º, LV⁵²), ao *status* de cláusulas pétreas.

A contribuição do CPC/15, então, encontra-se na forma com que, olhando para o texto constitucional, concretiza as normas no plano infraconstitucional, destacando de forma expressa desdobramentos que, se poderiam ser deduzidos da tessitura normativa dos princípios subjacentes, agora são claramente expostos no plano legal. Essa necessidade de clareza, aliás, só se mostra em razão da importância do contraditório e de uma fundamentação analítica, não se mostrando suficiente, pelo menos para o legislador, deixar a interpretação do alcance dessas

⁵² Nessa linha, com Schenk (2016), pode-se afirmar que o constituinte impôs ao legislador ordinário um limite no estabelecimento de procedimentos processuais que, independentemente da profundidade da cognição a ser exercida, exige a concretização do contraditório, ainda que adaptado às necessidades materiais de uma tutela específica. Não há processo sem contraditório, sob nenhuma hipótese, que possa produzir resultados válidos. Em verdade, o compromisso é de tal maneira que Schenk (2016) entende ainda que que, mesmo quando se garante o contraditório, porém de uma maneira limitada em razão da sumariedade da cognição a ser exercida, as decisões não se qualificariam para receber o manto protetor da coisa julgada. Não se concorda com esse aspecto, ainda que se reconheça relevância da preocupação esboçada.

normas aos órgãos jurisdicionais que, de outro modo, interpretavam de forma restritiva esses direitos fundamentais⁵³.

Sem mais delongas, note-se a previsão legal do contraditório no âmbito do CPC/15:

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 decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (BRASIL, 2015)

Uma leitura apressada do art. 9º talvez pudesse levar alguém menos atento a pensar que ainda existe razão na defesa do contraditório enquanto bilateralidade ciência/reação, contudo o art. 10 afasta em definitivo essa concepção que hoje é completamente antiquada e inadequada. No conjunto, o CPC/15 institui um contraditório que é garantia plena participação e efetiva influência no provimento jurisdicional, observando-se, ainda, a necessária paridade de armas⁵⁴ (WAMBIER, 2016).

Ora, para entender isso é necessário lembrar que o modelo cooperativo se apresenta enquanto alternativa que ultrapassa os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, de modo que nem a passividade judicial, nem a visão assistencialista de jurisdição são adequadas para compreensão do atual momento da ciência do processo. Dizer que as partes têm uma garantia de influenciar de forma efetiva na formação do provimento final, significa, em outras palavras, reconhecer que, seja em relação às chamadas questões de fato ou de direito⁵⁵, o magistrado não tem o poder de estipular sozinho os rumos do processo.

⁵³ Para tanto, basta lembrar do que foi exposto no primeiro capítulo do presente trabalho sobre a insistência dos Tribunais Superiores em limitar o alcance do dever de motivação, mesmo na vigência do CPC/15.

⁵⁴ Sobre a paridade de armas e a necessária igualdade das partes, é importante lembrar a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2005), no sentido de que, em se tratando de situações equivalentes, é vedado a aplicação de disciplinas diversas. No entanto, quando verificada uma desigualdade ocasionada por um fator de *descripen*, até mesmo para não reduzir o princípio da igualdade ao formalismo liberal, há que se promover tratamentos desiguais na medida mesma dessa desigualdade.

Assim: “[...] o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando *nelas* não se encontram fatores desiguais. E, por fim, consoante averbado insistentemente, cumpre ademais que a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta” (MELLO, 2005, p. 35).

No direito processual, exemplo claro disso é o benefício concedido pelo legislador ao consumidor, na defesa de seus direitos, possibilitando inclusive a inversão do ônus da prova com o preenchimentos de alguns requisitos.

⁵⁵ Sobre as questões de direito, Wambier (2016) afirma que, a apesar do *iura novit curia* impõe-se a possibilidade de participação das partes também em relação às questões de direito. Nesse ponto, lembre-se que o art. 10, que

Esse dever de diálogo que o Poder Judiciário tem que cumprir em relação às partes é justamente o que proporciona a abertura democrática ao direito processual, reconhecendo o caráter intersubjetivo do direito e da atuação solitária do juiz (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2020). Ademais, levando em conta que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, “apenas a participação dos afetados no processo de (re) construção da norma é capaz de conduzir à produção de resultados legítimos a partir de sua aceitação racional decorrente das condições adequadas de argumentação e debate” (RAMOS, 2019, p. 172).

Essa noção de contraditório que, frise-se, é caudatária de toda construção dogmática do princípio constitucional insculpido no art. 5º, LV, da CRFB/88, deixa claro que a atuação do Poder Judiciário na tutela de direitos, seja declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, jamais poderá ser utilizada em desfavor de alguém sem que lhe tenha sido oportunizada efetiva manifestação e influência no julgamento da causa⁵⁶. O que garante essa influência, aliás, é o enfrentamento de toda a argumentação suscitada no provimento, sob pena de nulidade, no que já se verifica a ligação umbilical entre contraditório e dever de motivação:

Assim, com o CPC/2015 se constata que o sistema normativo exorciza a incrustada versão que imprime aos princípios constitucionais essência meramente formal, acomodando as partes e seus advogados em um arranjo afetado e ficcional em que o conteúdo legítimo e democrático de uma decisão soçobra diante das pré-compreensões para as quais o decisor obteve (ou não) comprovação nos autos ou que o mesmo gerou ancoramentos e bloqueios ao julgar. Os princípios constitucionalizados do processo exigirão do juiz que mostre de forma ostensiva como formou sua decisão: ele não pode decidir questões de ofício sem consulta prévia às partes; não pode citar leis/precedentes/súmulas sem mostrar como elas se aplicam ao caso; não pode fazer ‘ponderações’ de princípios sem igualmente mostrar sua pertinência às especificidades dos autos. Tudo isso implica no reconhecimento legal de uma renovada ideia de contraditório que já defendemos há anos. Tais princípios, mais do que nunca, serão compreendidos como normas do processo no dia a dia dos profissionais.

Busca-se, assim, **publicizar o debate processual entre todos os sujeitos processuais, de forma que o processo deixe de ser formado por atos isolados dos sujeitos processuais e passe a ser produto da comparticipação deles na formação do provimento jurisdicional**. Reconhece-se que há papéis distintos, mas que todos cooperam para o resultado final (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2020, p. 325, grifou-se).

ainda será tratado com a devida atenção, dispõe que o juiz é obrigado a oportunizar a manifestação das partes em relação a todas as questões que possam influenciar o resultado da causa, ainda que essas questões possam ser conhecidas de ofício. Em outras palavras, apesar de se reconhecer a capacidade dos magistrados em identificarem fundamentos jurídicos relevantes para o deslinde do feito, não lhes é lícita a invocação desse ferramental teórico sem que tenha sido albergado em amplo debate, até mesmo porque a legitimidade da atuação do Poder Judiciário é dependente desse diálogo.

⁵⁶ Exemplo claro disso é a possibilidade de oposição de Embargos de Terceiro por aquele que, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição a bens ou direitos que possua, conforme se observa do art. 674 do CPC/15.

Por outro lado, o Parágrafo Único do art. 9º estabelece três hipóteses em que não se aplicaria o disposto no *caput*, isto é, são exemplos de decisões que poderão ser proferidas sem a oitiva prévia de um ou algumas das partes. Especificamente, tratam-se de: hipóteses de tutela de urgência, em que não se pode aguardar o término do prazo de manifestação para apreciação da questão; tutela de evidência em caso em que as alegações fáticas possam ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, assim como o pedido reipersecutório fundado documentalmente em contrato de depósito; por fim, no caso de ação monitória, é permitida a emissão, pelo magistrado, de mandado de pagamento, entre de coisa, ou para execução de obrigação de fazer ou não fazer (BRASIL, 2015).

Não é que haja a previsão de decisões sobre as quais não se instaurará contraditório, o que iria de encontro com a própria lógica do modelo cooperativo de processo, mas tão somente do estabelecimento do contraditório diferido, diante de situações específicas que o legislador optou por adiar o momento da manifestação em prol de uma maior efetividade naqueles casos⁵⁷. Não há decisão válida sem que esteja lastreada em amplo debate entre as partes, assim como não há decisão válida quando sustentada por fundamentos sobre os quais essas mesmas partes não tiveram oportunidade de manifestação.

É a regra insculpida no art. 10, que veda a prolação das chamadas decisões surpresa mesmo nos casos de questões conhecíveis de ofício, até como decorrência do dever de boa-fé entre todos os sujeitos processuais:

⁵⁷ Ainda sobre a questão do contraditório diferido, é pertinente a observação de Ramos (2019) sobre a compatibilização do art. 332, § 1º, do CPC com o art. 10.

Ora, o art. 332, § 1º, prevê que: “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição”.

A questão é saber se nesse caso não haveria uma incoerência interna no Código, que autorizaria a interpretação de que o art. 332 deveria ser lido no sentido de oportunizar a manifestação prévia do autor sobre a prescrição ou decadência. O Parágrafo Único do art. 487, no entanto, parece deslegitimar esse entendimento quando dispõe que: “Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”.

Desse modo, concorda-se com Ramos (2019, p. 175-176): “No caso, não há violação ao devido processo legal porque a parte autora poderá manifestar-se sobre o fundamento invocado no julgamento de improcedência liminar em sede de apelação, que, inclusive, é dotada de efeito regressivo. Daí essas hipóteses serem chamadas de contraditório diferido, uma vez que o direito de influência permanece preservado, embora seja exercido em instante ulterior. Entendimento em contrário esvaziaria o sentido do parágrafo único do art. 487 – norma estabelecida pelo mesmo legislador. A opção pode até ser criticável, mas não pode ser taxada de inconstitucional, já que é legítimo que o legislador, sopesando os valores em conflito no plano da confecção da norma abstrata, prioriza a celeridade, notadamente quando há mecanismos de controle que asseguram o efeito regressivo a partir da impugnação da parte interessada”.

A rigor, **poder o juiz decidir de ofício não implica dizer que possa ele decidir sem conceder a oportunidade de prévia manifestação às partes.** Nesse sentido, além da regra geral da parte final do art. 10 do CPC, o parágrafo único do art. 493 determina que, se o juiz constatar de ofício algum fato novo que possa influir no julgamento do mérito, antes de decidir, deverá a respeito desse fato ouvir as partes. Essa mesma orientação aplica-se na instância recursal. Conforme dispõe o art. 933, se o relator constatar a ocorrência de fato posterior à decisão recorrida ou a existência de questão que possa ser apreciada de ofício, deverá intimar as partes para que sobre isso se manifestem no prazo de cinco dias (WAMBIER, 2016, p. 7, grifou-se).

O art. 10, aliás, tem sua importância reconhecida também em julgados do STJ. No Recurso Especial nº 1.676.027/PR, os membros da Segunda Turma, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgaram caso em que o Tribunal *a quo*, por ocasião do julgamento da Apelação, decidiu a controvérsia por fundamento não submetido à debate prévio das partes. Mais especificamente, reformou a sentença para extinguir o processo sem resolução do mérito, em função de suposta ausência de provas (BRASIL, 2017).

Na Ementa do Acórdão, questões interessantes sobre a concepção do contraditório no CPC/15 foram expostas pelos julgadores (BRASIL, 2017):

[...] 5. **O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC.**

6. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador.

7. **O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código.**

[...] 9. Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória.

[...] 11. **Nada há de heterodoxo ou atípico no contraditório dinâmico e preventivo exigido pelo CPC/2015. Na eventual hipótese de adoção de fundamento ignorado e imprevisível, a decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica error in procedendo e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação**

dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada.

12. In casu, o Acórdão recorrido decidiu o recurso de apelação da autora mediante fundamento original não cogitado, explícita ou implicitamente, pelas partes. Resolveu o Tribunal de origem contrariar a sentença monocrática e julgar extinto o processo sem resolução de mérito por insuficiência de prova, sem que as partes tenham tido a oportunidade de exercitar sua influência na formação da convicção do julgador. Por tratar-se de resultado que não está previsto objetivamente no ordenamento jurídico nacional, e refoge ao desdobramento natural da controvérsia, considera-se insuscetível de pronunciamento com desatenção à regra da proibição da decisão surpresa, posto não terem as partes obrigação de prevê-lo ou advinha-lo. Deve o julgado ser anulado, com retorno dos autos à instância anterior para intimação das partes a se manifestarem sobre a possibilidade aventada pelo juízo no prazo de 5 (cinco) dias.

[...] 17. Por derradeiro, o retorno dos autos à origem para adequação do procedimento à legislação federal tida por violada, sem ingresso no mérito por esta Corte com supressão ou sobreposição de instância, é medida que se impõe não apenas por tecnicismo procedimental, mas também pelo efeito pedagógico da observância fiel do devido processo legal, de modo a conformar o direito do recorrente e o dever do julgador às novas e boas práticas estabelecidas no Digesto Processual de 2015. 18. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1676027 PR 2017/0131484-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2017).

A despeito dos próprios membros da Segunda Turma do STJ reconhecerem que o novo paradigma enfrenta resistência, a decisão citada é verdadeiramente animadora para aqueles que apostam na superação do protagonismo e do solipsismo. Também é de se destacar a técnica aplicada na decisão, reconhecendo o *error in procedendo* e determinando o retorno dos autos para adequação do procedimento. A medida, conforme consta da própria decisão, cumpre dois fins, quais sejam, evitar a supressão de instância e dar um efeito pedagógico, no sentido de conscientizar o Tribunal *a quo* no sentido de que decisões surpresa não são toleradas na sistemática do CPC/15.

Com isso o que há é verdadeira reformulação completa das funções processuais desempenhadas pelos sujeitos processuais. O juiz já não é aquele que recebe a Petição Inicial, determina a citação do réu e, após a fase instrutória, verificando os fatos ocorridos na causa, utiliza-se de sua razão para “dar” o direito às partes. Primeiro que, com a hermenêutica gadameriana, se percebe que não há como separar a interpretação da lei dos fatos apresentados, uma vez que tudo ocorre no mesmo momento da *applicatio*. Segundo, a legitimidade do provimento depende de um debate mais amplo e, por isso mesmo, exige uma postura mais dinâmica de todos os atores processuais. Terceiro, o Poder Judiciário não “dá”, mas reconhece os direitos das partes⁵⁸.

⁵⁸ Isto não significa dizer que os juízes não criam “direito” ao (re)construir a norma jurídica para o caso concreto, ou mesmo não possam contribuir para a “evolução do direito” através de uma argumentação qualificada. Significa

Falando nisso, essa é a hora mais que adequada para tratar sobre o dever de motivação das decisões judiciais, cuja previsão no âmbito do CPC/15 pode ser remetida ao arts. 11 e 489:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º **A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (BRASIL, 2015, grifou-se).**

Sem dúvidas, levando em conta novamente que a previsão de motivação das decisões já era norma insculpida no art. 93, IX, da CRFB/88, o que chama a atenção não é exatamente uma novidade, mas sim a consolidação das várias implicações sobre o que consistiria em uma fundamentação de qualidade que, de resto, já era objeto de debate doutrinário.

Em especial, o art. 489, § 1º, prevê uma série de casos em que não se considerará fundamentada uma decisão, no que já se percebe um verdadeiro choque entre a previsão

tão somente que não cabe ao Judiciário a criação, retroativa, de “direitos” que as partes não detinham previamente ao ajuizamento do processo.

normativa e uma prática jurídica ainda baseada em paradigmas inadequados. De acordo com este dispositivo, não basta a indicação de um texto legal e a citação de um ou duas ementas de acórdãos para considerar uma decisão fundamentada, cumpre ao magistrado efetivamente analisar as normas em debate com as nuances do caso, assim como relacionar a *ratio decidendi* dos precedentes relevantes com a situação sob análise.

Esses casos, por outro lado, não são os únicos em que se considerará uma decisão não fundamentada, tratando-se de rol exemplificativo que visa estabelecer critérios gerais do que seria uma boa fundamentação no âmbito da sistemática processual estabelecida pelo CPC/15 (RAMOS, 2019).

Se com Gadamer (1999) interpretar é explicitar o compreendido a partir da suspensão provisória dos pré-conceitos, fundamentar uma decisão do ponto de vista hermenêutico é um exercício de reconstruir todos os passos do raciocínio de aplicação da norma ao caso, demonstrando os elementos que levaram a decisão em um ou outro sentido.

Afirma-se, com Tovar (2018, p. 371, grifou-se):

Daí porque se considera que só com a fundamentação se pode controlar adequadamente uma decisão jurídica; mas a fundamentação não se confunde com mera justificação, exatamente porque correlacionada com o contraditório substancial e pleno, efetivo e dinâmico, em um viés participativo.

Em caráter absolutamente conclusivo: a construção de respostas adequadas pressupõe ônus argumentativo! Só o irremediável respeito ao modelo constitucional de processo, com a garantia do contraditório, possibilitará isso. Se mostra imperioso que se mantenha a convicção de que os juízes possuem responsabilidade política ao interpretar, de modo a assumir o dever constitucional de enfrentar substancialmente os argumentos levados pelas partes. Apenas com tal mentalidade, será viável um caminhar caminho seguro na direção da obtenção não de qualquer resposta, mas daquela que é a melhor, a constitucionalmente adequada.

Quando o art. 489, § 1º, do CPC/15 dispõe sobre a necessidade de demonstrar a relação entre dispositivos normativos, precedentes, súmulas e conceitos jurídicos indeterminados com a causa, o que estabelece é a necessidade de fusão de horizontes entre o intérprete e a tradição, a história institucional do direito. Combinando isso com a já estabelecida necessidade de diálogo com os demais sujeitos processuais, percebe-se a dimensão da contribuição do CPC/15 no combate a posturas solipsistas.

Claro que a previsão normativa por si só é muito pouco sem a consolidação de uma cultura jurídica de caráter democrático, porém é justamente a partir do reconhecimento das bases adequadas de interpretação da lei instrumental cível que se pode fomentar uma nova concepção do processo e do constitucionalismo.

Claro que não há unanimidade, de modo que essa nova concepção do contraditório e do dever de motivação são atacados como se fossem causas para o agravamento da situação da morosidade processual. Contudo, não há como reputar a absurda situação da tramitação processual no território nacional ao prazo de manifestação eventualmente aberto para cumprimento pleno de garantias constitucionais. No dizer de Wambier (2016, p. 11): “Há outras questões estruturais e culturais como, por exemplo, a burocracia ou os ‘tempos mortos’, de que fala a doutrina, que efetivamente dão causa à morosidade.

Certo é que a má prestação jurisdicional, consubstanciada em uma prática jurídica negligente com as exigências de uma fundamentação analítica, bem como a falta de preocupação com a coerência e integridade, com conseqüente primazia dos entendimentos individuais de cada magistrado, geram insegurança jurídica que, esta sim, tem condão de agravar o problema da litigiosidade⁵⁹. Se há várias decisões para um mesmo caso, estimula-se a tentativa daquele litigante que, sendo certo o posicionamento de que não lhe assiste direito, dificilmente ajuizaria um processo para arcar com os encargos de custas e honorários de sucumbência.

Segurança jurídica é a palavra-chave e não há outro meio de alcançá-la que não a partir do reconhecimento da falibilidade do sujeito individualmente considerado para dar respostas “justas” ao caso apresentado. Por isso é que se exige um debate processual qualitativo e a contrapartida da fundamentação da decisão, possibilitando até mesmo um controle efetivo da correção da decisão pela via recursal.

Decidir é mais do que a convicção pessoal do julgador (STRECK, 2014a), é analisar um caso a partir de um processo em contraditório dinâmico e em cotejo com a história institucional do direito, encaixado a resolução daquele processo em um contexto mais amplo da dogmática jurídica de um dado sistema jurídico, integrando-a com coerência e integridade.

Por isso mesmo é que não se afigura compatível com o CPC/15 posturas e teorias que coloquem o juiz em posição superior ou mais importante que as partes, ou que se fundem em uma concepção de relação jurídica tendente a estatização do processo. Aliás, conforme Câmara (2016, p. 379):

⁵⁹ Sobre a preocupação com a segurança jurídica, observe o entendimento de Medina (2018, p. 81): “Em momento de crise como esse, cumpre ao jurista ocupar-se em compreender a realidade social, identificar e afastar ideias temerárias ou aventureiras sobre o modo como deve ser interpretado e aplicado o direito, e, sobretudo, ocupar-se com o aumento da certeza do direito, com a realização dos direitos fundamentais. Em tempos de novo Código de Processo Civil, esses direitos fundamentais não devem ser realizados não apenas através do processo, mas, também, no processo, como temos insistido”.

Isto leva a *uma crise do conceito de relação processual*, já percebida por diversos setores da doutrina, de onde se retira a necessidade de uma nova concepção de processo, de matiz cooperativo e policêntrico, o que leva a defini-lo como *procedimento em contraditório*. O princípio do contraditório, então, é elemento integrante do próprio conceito de processo e, portanto, onde não houver contraditório não haverá verdadeiro processo, mas *mero procedimento*.

Com o CPC/15, então, o que se tem é uma concepção de processo civil constitucional complexa, em que se reconhece a equivalente importância dos múltiplos sujeitos processuais da comunidade de trabalho. As partes defendem seus interesses, deduzem pretensões, levantam argumentos e produzem as provas que reputam necessárias à elucidação do caso. O juiz tem a função de conduzir o processo, dialogar com as partes e decidir, mas não possui a prerrogativa de “mandar” ou escolher um entendimento possível.

Enquanto modelo que busca superar o Estado Liberal e o Estado Social, rumo a uma maior democratização da jurisdição, há conciliação da defesa de direitos sociais com os necessários espaços de liberdade⁶⁰ reservados às partes. Há também uma valorização das formas processuais sem, no entanto, retroceder a um formalismo vazio, o que deve existir é a primazia de julgamento de mérito sem atropelar garantias processuais.

É assim que os pilares do modelo cooperativo se encontram, então, em um diálogo efetivo entre os sujeitos processuais e a garantia de que esse diálogo servirá para determinar os resultados do processo. Direito de influência e fundamentação analítica abrangendo todos os argumentos suscitados e as normas aplicáveis ao caso. Debate constante endoprocessual e com a tradição.

Somente a partir dessas bases que se pode compreender corretamente as demais inovações do CPC/15, notadamente o uso de precedentes. Afinal de contas, um precedente só servirá a seu propósito se for o resultado de uma prestação jurisdicional dialógica e de qualidade.

⁶⁰ Aqui o exemplo típico de valorização da autonomia privada no processo civil é a previsão de negócios jurídicos processuais. Didier Júnior (2018), inclusive, afirma que o princípio do devido processo legal garante pelo menos o mínimo exercício do autorregramento da vontade. Para ele, um processo que limite injustificadamente a liberdade não há de ser considerado como devido.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a responder, partindo da premissa do descabimento lógico e filosófico do reconhecimento de algum poder discricionário aos juízes, à pergunta sobre de que modo a nova face do princípio do contraditório e do dever de motivação das decisões judiciais institucionalizados no CPC/15 poderiam contribuir com uma teoria da decisão judicial que combativa do solipsismo do julgador.

Para tentar responder o problema, até por uma questão de coerência interna, foi necessário identificar algumas pré-compreensões do pesquisador para que pudessem ser no momento adequado expostas e submetidas à crítica.

Sendo assim, a primeira coisa que pode chamar a atenção do leitor é que, ao assumir a discricionariade como algo em si problemático, o autor obriga-se a demonstrar que há meios de obtenção de respostas jurídicas verificáveis intersubjetivamente. Ou seja, se a decisão não pode ser discricionária, ela pode ser obtida de tal maneira que outros possam verificar a correção do posicionamento do julgador.

Também é de se notar que, ao destacar uma possível contribuição do CPC/15, há implicitamente uma afirmação de que o ambiente normativo anterior não era favorável, ou pelo menos não tão favorável quanto a nova legislação processual, a esse combate da discricionariade judicial. Nesse ponto surge uma nova obrigação do pesquisador, no sentido de mostrar em que ponto as mudanças normativas são relevantes para uma mudança de paradigmas.

A partir de uma ideia aparentemente simples, inicia-se uma reflexão que leva a toda uma série de premissas que seguiam não problematizadas no raciocínio e, para que a ideia inicial se mostrasse como pergunta científica válida, era necessário colocar em cheque o não questionado, até mesmo para verificar se as referências que levavam a esse caminho teórico eram realmente adequadas para se pensar sobre decisão judicial no CPC/15. Esse exercício inicial apresenta uma dificuldade particular porque, em grande medida, o levantamento de objetivos de pesquisa e hipóteses envolvem uma série de afirmações veladas e que são difíceis de identificar.

Ao mesmo tempo, contudo, empreender ao exercício de verificar essas afirmações prévias e coloca-las às claras, ajudou a pensar a própria tarefa do magistrado que, ao decidir um caso em julgamento, deve ele mesmo expor as premissas de seu raciocínio. Com isso, maturou-

se a ideia inicial, o que levou ao desenvolvimento de questões secundárias, correspondentes aos objetivos específicos da pesquisa.

Para não atropelar o caminho metodológico, no entanto, cumpre destacar o objetivo geral do trabalho: analisar a contribuição do CPC/15, mormente na nova concepção do princípio constitucional do contraditório, bem como no dever de motivação das decisões judiciais, para garantia do direito fundamental de tutela constitucionalmente adequada.

Como já aludido, ao enunciar o objetivo dessa maneira, assume-se várias afirmativas. Assume-se, ainda, a necessidade de partir de um dado referencial teórico, afinal, a ideia de “direito fundamental de tutela constitucionalmente adequada” é própria do pensamento de Streck (2014a), que, por sua vez, assume em sua teoria as teses de Gadamer (1999) e Dworkin (2014). Nessa linha, o pensamento dos três precisa ser verificado, sob pena de tornar o raciocínio insuficiente para as finalidades científicas a que se propõe.

Investigar o pensamento desses autores específicos, por outro lado, também limita outros caminhos que se poderia seguir na tentativa de justificar uma superação da discricionariedade. E isso é assim não só nos autores que tratam sobre a discricionariedade num âmbito de filosofia, teoria do direito e direito constitucional, como na aproximação com doutrinadores do direito processual civil.

Da mesma forma, falar da contribuição do CPC/15 impede que se adote como referencial teórico autores cujo pensamento esteja calcado sob a égide de legislações anteriores, salvo no caso da crítica ao ambiente processual estabelecido do Código anterior.

Tudo isso serve apenas para destacar que escolhas metodológicas levaram à construção deste trabalho. Serve também para possibilitar ao leitor a crítica aos pontos fulcrais da Dissertação, sob os fundamentos mesmos do pensamento erigido, o que permite melhor clareza do ponto de vista doutrinário.

De todo modo, expor estes pressupostos do raciocínio também ajuda a compreender de que maneira se estabeleceu os objetivos específicos. Melhor dizendo, é mais fácil entender que pressupostos se tentou esclarecer com cada tópico. Os objetivos específicos eram: a) descrever o fenômeno da discricionariedade judicial no âmbito do direito processual civil, para fins de compreensão da tensão entre o subjetivismo do julgador e as diretrizes do Estado Democrático e Constitucional de Direito; b) explicar os rumos tomados pela hermenêutica filosófica que, com Gadamer, proporcionaram a ideia de interpretação como intersubjetividade, e como isso proporcionou a concepção teórica do direito fundamental à tutela constitucionalmente adequada; c) analisar as novas concepções do princípio do contraditório e

do dever de motivação das decisões judiciais no CPC/15, e de que modo esses institutos podem ser utilizados para combater a discricionariedade judicial.

O método utilizado na investigação foi o hipotético-dedutivo, e a hipótese levantada foi que o CPC/15, ao desenvolver normas que já constavam da CRFB/88, dando-lhes um maior grau de democratização, em especial no que tange ao contraditório e ao dever de motivação das decisões judiciais, constrói um ambiente processuais mais favorável ao combate à discricionariedade judicial, justamente por possibilitar um processo com maior participação das partes interessadas no provimento, que devem colaborar para a obtenção de uma solução de mérito justa e efetiva.

Assim é que se iniciou a construção da Dissertação, de modo que cada capítulo se propusesse à solução de um dos objetivos para que, ao final, fosse possível passar por todas as premissas do raciocínio e responder à pergunta inicial. Afinal, haveria que se falar em contribuição para combate à discricionariedade?

O primeiro capítulo após a introdução buscou justamente verificar de que maneira se estabelecia o paradigma normativo anterior (CPC/73), não só para verificar as diferenças com o CPC/15, mas para entender em que medida seria possível falar em discricionariedade judicial. Por outro lado, se a discricionariedade não fosse por si mesma um problema, aliás, o problema, assim como a hipótese, seriam considerados como insuficientes para a realidade do processo, até mesmo por mal formulados.

Dessa forma, no bojo desse capítulo buscou-se também mostrar em que contexto doutrinário havia uma justificativa dessa discricionária para verificar se realmente seria correto uma busca pela sua superação. Da mesma maneira, como nada adiantaria se não mais existisse exemplos de práticas discricionárias, buscou-se na jurisprudência exemplos que demonstrassem posturas solipsistas.

O que se obteve, ao final do capítulo, foi uma demonstração de que um protagonismo judicial surgiu em um contexto específico de preocupação com a efetivação de direitos sociais que, se serviu para a evolução do processo em um momento específico, mostrou-se inadequado diante do Estado Democrático de Direito, sobretudo, no Brasil, após a promulgação da CRFB/88.

De fato, ao permitir-se um ativismo judicial no ambiente democrático, o que aconteceria seria um desequilíbrio de poderes instituídos, gerando instabilidade tanto no direito, quanto no próprio governo democrático. O Poder Judiciário não poderia, assim, colher legitimidade de suas decisões com base apenas em sua autoridade de representante do Estado.

Essa é uma herança de uma era “socializadora” que, no Brasil, pode ser exemplificada no instrumentalismo processual.

Destacou-se que, se no contexto anterior à promulgação da CRFB/88 e antes da consolidação do constitucionalismo democrático pátrio, a aposta no protagonismo judicial fazia sentido, no ambiente proporcionado pelo atual Estado Democrático de Direito, esse tipo de atuação só seria prejudicial na obtenção de respostas processuais adequadas.

A pesquisa jurisprudencial, aliás, deu razão à hipótese de que mesmo no CPC/15, persistiriam posturas calcadas no paradigma anterior, prejudicando o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial combativa da discricionariedade.

Já no segundo capítulo após a introdução, buscou-se cumprir o objetivo “b” e, acima de tudo, verificar se assistia razão à premissa de que seria possível a obtenção de respostas corretas aos problemas judiciais. Melhor dizendo, a ideia era entender se a decisão fatalmente é fruto de uma convicção do julgador não controlável epistemologicamente, ou se haveria meios de verificar se um dado posicionamento era mais adequado que outro para uma dada situação concreta.

Aqui se investigou os pensamento de Gadamer (1999) e Dworkin (2014), pensadores cujas teses foram fundamentais para formulação da tese do direito fundamental à uma resposta adequada constitucionalmente, de autoria do professor Lênio Streck (2014a). Mais uma vez, se não se mostrassem como aplicáveis as teses estudadas, corria-se novamente o risco de se demonstrar completamente sem sentido a formulação do problema, no que é possível vislumbrar o quanto assumir tantas premissas no questionamento foi uma decisão arriscada.

Nesse capítulo, a ideia era desmistificar a noção de “subjetividade” em relação à decisão judicial. O que se conseguiu demonstrar foi que posturas de protagonismo e discricionariedade judicial são derivadas de uma noção de “sujeito” que passa a ser inadequada no atual estágio de desenvolvimento do pensamento filosófico.

Gadamer (1999), que foi pioneiro no âmbito da hermenêutica da intersubjetividade, ao evidenciar a importância da linguagem na compreensão das coisas ao redor do homem, destacou que todo conhecimento em que se pode dizer que algo é correto ou incorreto, é construído intersubjetivamente. Se ele reconhece que não se compreende a partir do “nada”, isto é, que há pré-compreensões que guiam o pensamento, há também a noção clara de que somente a identificação dessas pré-compreensões, com a sua conseqüente suspensão temporária para um autêntico diálogo com o texto, é que permitirá uma interpretação autêntica.

Com Dworkin (2010; 2014), por outro lado, destaca-se a importância dos princípios para o fechamento da interpretação dos casos considerados mais difíceis, bem como privilegia-se a contextualização histórica do direito ao inserir a interpretação em uma história institucional, permitindo que se vislumbre a decisão como continuidade de algo já construído, o que impede interpretações arbitrárias.

Há, ainda, que se destacar a responsabilidade política dos juízes, no sentido de terem um compromisso de achar a melhor resposta para cada caso. Nisso, ao perceber que não há um poder dos magistrados de decidirem os casos como bem entenderem, se nota que há, por outro lado, um dever destes de decidirem conforme o direito, e não suas opiniões pessoais. Por isso, as decisões, para serem válidas, deve fundamentar-se em princípios.

Pode-se considerar como discricionária decisões que ignoram ou ultrapassam os textos legais, bem como as que substituem a fundamentação jurídica por opiniões pessoais. Também se percebe que a construção de uma boa doutrina dos precedentes poderá ajudar muito uma cultura de mais segurança relativamente à decisões judiciais.

No último capítulo, por sua vez, empreendeu-se uma análise de três dispositivos específicos do CPC/15, sempre a partir do referencial teórico consolidado nos capítulos anteriores (confirmações de premissas do raciocínio inicial). Em específico, foi neste capítulo que se enfrentou mais diretamente o problema de saber se a cooperação (art. 6º), o contraditório dinâmico (arts. 9º e 10) e o dever de fundamentação das decisões judiciais (arts. 11 e 489), de fato poderiam contribuir para uma teoria da decisão judicial mais adequada ao Estado Democrático de Direito.

Nesse capítulo, restou demonstrado que é possível sustentar, no âmbito do paradigma processual do CPC/15, a tese do “direito fundamental à respostas adequadas constitucionalmente”, no sentido de que o Poder Judiciário assume o compromisso de sempre buscar a melhor resposta para cada caso, o que não significa uma blindagem para erros, mas sim uma postura que permita uma maior transparência no ato de julgar, no sentido de admitir que uma resposta construída intersubjetivamente, com plena participação dos interessados, necessita de amplo diálogo e correspondente fundamentação analítica, em ambiente cooperativo.

O modelo cooperativo, entendimento como comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais, com o estabelecimento de direitos e deveres entre esses mesmo sujeitos, favorece uma superação de protagonismos, o que por si já apresenta o aspecto positivo de possibilitar uma construção democrática dos provimentos judiciais.

Contudo, dizer que o processo é cooperativo de nada adianta sem as normas dispostas nos arts. 9º e 10, assim como nos arts. 11 e 489. O contraditório como garantia de influência, e o correspondente dever de fundamentação exaustiva e analítica, corporizam o compromisso de um processo dialógico e democrático. Por essa razão, substituindo espaços que antes eram de ampla liberdade do juiz, pela plena participação dos sujeitos interessados, o CPC/15 possibilita um ambiente processual mais favorável à construção de respostas qualitativamente melhores.

A aposta na qualidade discursiva do processo, aliás, também pode ajudar a combater o inchaço do Poder Judiciário, assoberbado com a quantidade de processos ajuizados. Claro que a mudança normativa por si não teve o condão de substituir um mundo imperfeito pelo paraíso, porém é possível afirmar que o CPC/15 contribui decisivamente na formação de uma cultura processual mais democrática que, agora, depende dos juristas para se consolidar.

Do ponto de vista prático, o presente trabalho tentou contribuir na consolidação dessa cultura de valorização do amplo debate. A leitura do direito processual que se buscou foi sempre no sentido de valorizar a construção dialógica de respostas.

As limitações do autor, aliás, também foram decisivas na humildade dos objetivos do trabalho, buscando não a formação de uma tese revolucionária, mas a aplicação de uma teoria jurídica que se entende adequada ao CPC/15, com vistas a contribuir para o desenvolvimento da ciência. Essas mesmas limitações também impediram que o trabalho abrangesse outras temáticas que, a seu próprio modo, podem contribuir sobremaneira com uma compreensão democrática das normas processuais.

Aqui, cumpre ressaltar que várias são as possibilidades de linhas de pesquisa derivadas do presente trabalho, com clara expansão dos escopos iniciais e contribuições relevantes para a cultura democrática processual que aqui se defende.

Se o enfoque for um desenvolvimento maior do aspecto histórico do direito e das decisões, uma investigação sobre os precedentes judiciais no direito brasileiro pode muito bem partir do referencial de Dworkin (2014), ainda mais quando se verifica a referência clara a “coerência e integridade” no art. 926 do CPC/15. Em uma pesquisa cujo objetivo seja demonstrar a valorização da liberdade individual das partes, é possível pesquisar em que medida se pode ler a possibilidade de negociações processuais no modelo cooperativo. Sobre a fundamentação das decisões, é possível investigar a importância dos Embargos de Declaração para garantia da qualidade argumentativa dos provimentos judiciais, etc.

O que importa ressaltar, por fim, é que confirmou-se a hipótese inicial, sendo possível constatar que o CPC/15 contribuí decisivamente para um ambiente processual sem protagonismos e em que se rechaça a discricionarietà.

Divergências interpretativas continuarão ocorrendo, pois as respostas jurídicas são sempre construídas discursivamente em cada caso, não havendo ontologicamente uma interpretação definitiva de todas as normas. Contudo, com um dever de fundamentação analítica, em um processo de ampla participação, as decisões precisam se desincumbir de uma série de ônus argumentativos que forçam o magistrado a expor as premissas de seu raciocínio. Essas premissas expostas, por sua vez, permitem verificar a adequação da decisão com as regras, princípios e precedentes pertinentes, bem como um controle mais específico da decisão pela via recursal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais Online**. v. RT 1009/2019, nov. 2019, DTR 2019/40623, pp. 1-9

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais Online**. v. RT 1008/2019, out. 2019, DTR 2019/40623, pp. 1-9

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, vol. 166, p. 27, Dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-do-processo.pdf>>. Acesso em 20 de jul. 2020.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p.2171-2228, out. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12 de set. 2015.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 de mar. De 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 04 de jul. de 2020.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 de jan. de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno do Agravo em Recurso Especial nº 980.304/MS. Agravante: KLEBER SCARABELO GARCIA DA COSTA. Agravada:

PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 de março de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575979&num_registro=201602379491&data=20170315&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CORTE ESPECIAL. Recurso Especial nº 1704520 MT 2017/0271924-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Brasília, DF, 05 de dezembro de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.676.027/PR. Relator: Ministro Herman Benjamim. Brasília, DF, 26 de setembro de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 out. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Embargos de Declaração em Reclamação nº 37.962 SP - SÃO PAULO 0033088-76.2019.1.00.0000. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Brasília, DF, 03 de março de 2020. **Diário Oficial da União**. 16 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Rcl nº 28.849/ES. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 24 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Brasília, DF, 18 de junho de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 jun. 2008.

BÜLLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Lima: Aras Editores, 2008.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de Motivos nº GM/473-B, de 31 de julho de 1972**.

Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em 18 de jul. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Novo CPC doutrina selecionada**. v. 1: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 369-382.

CAPPELLETTI, Mauro. **El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas**. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasília). **Enunciado nº 75**. I Jornada de Direito Processual Civil. 2017. Disponível em: www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1111. Acesso em: 18 jun. 2020.

COSTA, Gabriel Ahid; NINA, Leandro Costa. O princípio constitucional da boa-fé: garantia de lealdade e confiança nas relações jurídicas privadas. In: CRUZ, André Gonzalez; DUARTE JÚNIOR, Hildélis Silva; JUSUS, Thiago Allisson Cardoso de. **Estudos atuais de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Barra Livros, 2014, pp. 153-166.

DAHL, Robert A.. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>>. Acesso em: 03 Jun. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v252.2009.7954>.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERREIRA, Fábio Luiz. Bragança. **A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015**. Salvador: JusPodivm, 2018.

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de; MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“*ambush decision*”). DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Novo CPC doutrina selecionada**. v. 1: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 501-516.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. I. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola, 2012.

HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica hermenêutica do direito processual civil**: uma exploração filosófica do direito processual civil brasileiro em tempos de (crise do) protagonismo judicial. 2016. 298 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Unisinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6006/Ricardo%20Augusto%20Herzl_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jan. 2021.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; e THALER, Richard H.. Anomalies: the Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. **Journal of Economic Perspectives**. v.5, n. 1. 1991, pp. 193–206. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.5.1.193>>. Acesso em 22 de jul. 2020.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LEMIEUX, Scott E.; WATKINS, David J.. Beyond the “Countermajoritarian Difficulty”: Lessons From Contemporary Democratic Theory. **Polity**, Chicago, v. 41, n. 1, p.30-62, jan. 2009. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1057/pol.2008.25>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

MACHADO, Eduardo Montalvão. **Jurisprudência defensiva**: embargos de declaração contra decisão do tribunal de origem, que inadmite recurso especial e recurso extraordinário. Migalhas, 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/292506/jurisprudencia-defensiva-embargos-de-declaracao-contra-decisao-do-tribunal-de-origem-que-inadmite-recurso-especial-e-recurso-extraordinario>>. Acesso em 15 de jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo curso de processo civil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZEI, Rodrigo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 13ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Poder Judiciário. In: **Curso de direito constitucional**. _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 961-1025.

_____. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 197-314.

MENGER, Anton. **El derecho civil y los pobres**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

_____; ARAGÃO, Erica Alves; BARBOSA, Lígia de Freitas. **STJ, o agravo e a interpretação extensiva do artigo 1.015 do novo CPC**. COJUR, 08 de fevereiro de 2018.

Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/opiniao-stj-agravo-interpretacao-artigo-1015-cpc#sdfootnote12sym>>. Acesso em 15 de dez. 2020.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 53-70.

QUINTAS, Fábio Lima. Cidadania, Estado e Sistema Monetário Internacional. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 417-440, dez. 2014. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/1808-2432201417>>. Acesso em 15 fev. 2021.

_____. Juízes administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. **Revista de informação legislativa**. v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016b.

_____. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016a.

RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no Processo Civil e sua conformação Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. In: _____. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre o contraditório e a cognição no processo civil. DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Novo CPC doutrina selecionada**. v. 1: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 517-530.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

THEODORO JUNIOR, Huberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. Salvador: JusPodivm, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11.

v. 18, n. 3, set./dez. 2017. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. pp. 238-255.

_____. Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no Novo CPC. **Revista Paradigma**, v. 25, n. 2, 7 fev. 2017. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2-12>>. Acesso em 30 de dez. 2020.

_____. A incoerência do resultado da aplicação da lei não necessariamente a torna inconstitucional. **O Estadão**. São Paulo, n.p. 25 fev. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/flexibilizacao-do-acesso-a-armas-afasta-entraves-desnecessarios-alegam-defesa-e-justica/>. Acesso em 27 fev. 2021.

_____; GONZALEZ, Anselmo Moreira. A declaração *ex officio* da nulidade de cláusulas contratuais à luz do CPC/15. **Revista Paradigma**, v. 26, n. 2, 7, dez. 2017. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/952>>. Acesso em 17 de jul. 2020.